

# TÍTULO

## PRELIMINAR

### DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

#### ARTÍCULO I

*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	arts. 139 nums. 3 y 14; 143
C.P.C.	arts. VI, 1, 2
C.P. Const.:	arts. II, 4
C.N.A.	art. 136
LEY 26636	art. I
D.S. 017-93-JUS	arts. 7, 26, 184 num. 1.

---

### Comentario

---

1. El derecho a la tutela jurisdiccional permite que toda persona sea parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional frente a pretensiones con trascendencia. Este derecho se reconoce tanto a personas físicas o naturales como a personas jurídicas o colectivas.

No se agota en la garantía del acceso a la justicia, sino que faculta obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas, el que solo podrá ser eludido cuando tales pretensiones resulten inadmisibles o improcedentes, de acuerdo con las normas legales.

La tutela judicial efectiva no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de observaciones subsanables. No implica un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino que requiere el cumplimiento de requisitos previos e indispensables a través de las vías procesales legalmente establecidas. Ello tampoco podría llevar a hablar de indefensión, cuando el recurrente ha tenido abiertas todas las instancias y recursos, para hacer valer sus derechos; sin embargo, este derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro

derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo.

En este supuesto, es necesaria la concurrencia de una causa legalmente establecida, conjuntamente con la imposibilidad de realizar una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso, para poder denegar el mismo, sin vulnerar por ello el derecho a la tutela judicial efectiva.

En síntesis, podemos decir que la tutela judicial efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia. Este derecho puede quedar satisfecho con la inadmisibilidad de la pretensión, siempre y cuando, se produzca ese rechazo a través de una resolución razonada y fundada en derecho. Se conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo del asunto, siempre que se hayan empleado las vías procesales adecuadas.

2. El debido proceso tiene origen anglosajón. Se redactó por primera vez –por escrito– en la Carta Magna de Inglaterra en 1215, frente al Rey Juan Sin Tierra, al disponer que “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”.

A partir del siglo XVIII es recogida por la Constitución norteamericana de 1787 en sus enmiendas V y XIV, las cuales han repercutido sobre los ordenamientos latinoamericanos.

Tradicionalmente la idea del debido proceso se limitaba a un simple respeto a los procedimientos legales establecidos, sin embargo, de una mera garantía procesal hoy se concibe como un verdadero ideal de justicia. Cooke fue el juez que afirmó el derecho al debido proceso, mediante la revisión judicial, el control difuso de la ley.

El debido proceso formal, adjetivo o procesal, está comprendido por aquellos elementos procesales mínimos que resultan imprescindibles para que un determinado procedimiento sea justo, como es, brindar la oportunidad de impugnar, contradecir, probar, ser escuchado, etc. El debido proceso procesal no solo se limita al escenario de la jurisdicción sino que es aplicable a cualquier tipo de procedimiento, sea administrativo, militar, arbitral o particular.

Está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos se afecten ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento. Esto lleva a considerar para algunos autores el derecho al proceso y el derecho en el proceso.

El primer supuesto –derecho al proceso– permite que todo sujeto de derecho tenga la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con el fin que el

órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada. Bustamante<sup>(1)</sup> explica la tutela efectiva como “el derecho que tiene todo sujeto a que el órgano competente dicte oportunamente las medidas necesarias para asegurar la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan y lograr que estas se cumplan (por ejemplo dictando medidas cautelares, medidas conminatorias, etc.) y por tutela diferenciada nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento (por citar, las medidas anticipadas)”.

El derecho al proceso también implica que ningún sujeto de derecho puede ser sancionado o afectado sin que se someta a un procedimiento previo regular fijado por la ley; caso contrario, la decisión que se emita estará infestada de nulidad procesal.

El contenido del debido proceso está constituido por los siguientes derechos: derecho al juez ordinario; derecho a la asistencia de letrado; derecho a ser informado de la acusación formulada; derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesar-se culpables; derecho a la presunción de inocencia.

Para que exista un debido proceso, según Couture, se requiere que: “el demandado haya tenido debida noticia del proceso que pueda afectar su derecho; se le haya dado una razonable oportunidad para comparecer y exponer sus derechos y actuar medios probatorios; y que el órgano jurisdiccional sea independiente y honesto y de la jurisdicción adecuada”.

El segundo supuesto –el derecho en el proceso– permite que todo sujeto que participa en él cuente con derechos esenciales durante su tramitación y conclusión. El proceso tiene que permitir la suficiente oportunidad al justiciable para participar en él, para lo cual debe ser notificado de su existencia y de cada uno de los actos que se susciten en él para permitir el ejercicio de la contradicción, de la impugnación, de la prueba; el proceso debe desarrollarse sin las dilaciones indebidas, con la publicidad de este; debe contener decisiones motivadas y emitidas en un plazo razonable. Si se viola estos derechos, el acto que lo permitió es nulo.

El debido proceso material o sustancial desarrolla la idea de un derecho a la justicia como expectativa de una sentencia razonablemente justa. Es un patrón para determinar lo axiológico y constitucionalmente válido del actuar del legislador, de la administración y del órgano judicial.

(1) BUSTAMANTE, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara editores. Lima, 2001, p. 208.

El debido proceso sustantivo exige que los actos tanto del legislador, del juez y la administración sean justos, es decir, razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En el proceso judicial, esta labor se posibilita a través del control difuso que realiza el juez en sus decisiones. Tanto las normas procesales y materiales deben ser aplicadas con justicia, pues, una sentencia injusta agravia tanto como un proceso formalmente irregular.

Ya no se trata de asegurar al ciudadano un conjunto de derechos dentro del proceso, sino de asegurar la razonabilidad de lo que se va a decidir dentro del proceso.

En una sociedad determinada hay estándares jurídicos, hay concepciones en torno hacia cuáles son los valores donde se orienta el derecho en un momento histórico determinado, esos valores tienen que ser perseguidos por el juez; ya no se trata que todo lo que está en la ley está legitimado, que se presuma absolutamente justo y por lo tanto se falle como esta dicho en la ley, todo lo contrario, permite la posibilidad de discutir la arbitrariedad y el alto grado de injusticia que puede tener una ley. El proceso no está para aplicar, de manera absoluta, las cosas que dice la ley sino permite discutir la eficacia frente al valor de la justicia. El juez puede declarar ineficaz la ley e inaplicarla a través del control difuso. Por otro lado, al interior del proceso una decisión tiene que tener un grado elemental de congruencia, una estructura lógica, caso contrario, estaríamos ante una sentencia irrazonable, arbitraria, no jurídica. Precisamente, el avance del derecho implica dejar la arbitrariedad.

El debido proceso sustancial no solo permite que el juez pueda discutir una norma jurídica en su contenido axiológico donde se va a aplicar, sino que también alcanza a la estructura lógica interna de una decisión judicial, la cual se va a apreciar en la motivación de los fallos. El control de la logicidad se orienta a velar por el debido proceso sustancial permitiendo que en caso de afectación pueda ser esta casada para romper sus efectos.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a percibir que hay dos expresiones íntimamente relacionadas al debido proceso, el sustancial y el adjetivo. El primero como principio de razonabilidad y el segundo como rito legal en la tramitación de los procedimientos. Frente a ellos, lo más común es referirnos al debido proceso adjetivo o procesal, pues, si no hay debido proceso procesal no hay proceso, menos existirá debido proceso sustancial.

Puede existir debido proceso adjetivo pero bajo un no debido proceso sustancial, en este supuesto podemos hablar de un proceso válido pero irrazonable. No se puede admitir la existencia de proceso judicial donde no hay debido proceso.

Por ello, coincidimos con Bustamante<sup>(2)</sup>, cuando señala que: “De nada sirve que se garantice el acceso a un proceso y que su tramitación no sea formalmente irregular, si no se garantiza también –hasta donde sea humana y razonablemente posible– que las decisiones que se emitan no sean absurdas ni arbitrarias, ni contrarias a los valores superiores, los derechos fundamentales o los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; es decir, si no se garantiza también que las decisiones que se emitan serán objetiva y materialmente justas”.

3. Hay posiciones en la doctrina, en especial la española, que consideran que la tutela jurisdiccional efectiva está contenida en el debido proceso. Para sus detractores, esa identificación no es adecuada porque son dos derechos distintos, con orígenes y ámbitos de aplicación también distintos; porque la tutela jurisdiccional opera con los procesos de la jurisdicción, en cambio, el proceso debido es aplicable no solo al judicial sino a los procedimientos administrativos, arbitrales, militares y particulares.

Frente a ello la Constitución Política de 1993 (artículo 139 inciso 3) considera tanto “al debido proceso y la tutela jurisdiccional” como derechos a contemplar en la función jurisdiccional; serán las interpretaciones judiciales las que deslinden y fijen los alcances de ambos derechos.

4. El debido proceso es apreciado como principio general del derecho, como garantía constitucional y como derecho fundamental. Para quienes sostienen que es un principio general, señalan que el proceso justo inspira todo el ordenamiento jurídico-político y no requiere de un reconocimiento positivo para que pueda producir sus efectos; sin embargo, el sector que lo califica como derecho fundamental le atribuye no solo funciones propias de un principio general sino que trasciende a valores superiores que provienen de la dignidad del ser humano y del logro de una sociedad justa y libre; además tampoco requiere de una norma positiva para existir. Los que lo conciben como garantía le atribuyen una función instrumental o garantizadora de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto; sin embargo, integran el derecho fundamental de justicia a través del proceso que tradicionalmente es catalogado como derechos fundamentales de la persona. En esta línea Hoyos<sup>(3)</sup> califica al debido proceso no solo como un derecho fundamental sino que además cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento en su conjunto, atribuyéndole la calificación de un derecho fundamental de carácter instrumental.

Actualmente, la mayor parte de instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen al debido proceso –sea en forma explícita o implícita– como un derecho o fundamental.

(2) BUSTAMANTE, Reynaldo. Op. cit., p. 210.

(3) HOYOS Arturo. El debido proceso. Temis. Bogotá, 1996, pp. 3 y 4.

**JURISPRUDENCIA**

*Fuera del supuesto de la integración procesal, el acceso a un proceso entablado debe atender a finalidades razonables y está íntimamente vinculado al derecho a la tutela jurisdiccional, por ello cuando el juez niega ese acceso, necesariamente debe hacerlo fundado en una causa legal aplicada razonadamente, de tal manera que no se lesione ese derecho fundamental de tutela (Cas. Nº 983-98-Lima, El Peruano, 18/11/98, p. 2056).*

*El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no exime del cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de acción. Siendo esto así, la eventual denuncia referida a la vulneración del derecho de acción en mérito al incumplimiento de algún elemento procesal subordinado a la acción, carece de base legal (Cas. Nº 1169-99-Lima, El Peruano, 20/01/2000, p. 4608).*

*El derecho de defensa como principio y garantía de la tutela jurisdiccional se sustenta en el principio de la igualdad procesal, el cual asegura a las partes que participan en el proceso a ser oídos y presentar pruebas (Cas. Nº 1241-97-Lima, El Peruano, 26/11/98, p. 2119).*

*El derecho al debido proceso se entiende como el derecho fundamental de los justiciables, el cual no solo les permite acceder al proceso ejercitando su derecho de acción, sino también el usar mecanismos procesales preestablecidos en la ley con el fin de defender su derecho durante el proceso y conseguir una resolución emitida con sujeción a la ley (Cas. Nº 799-99-Arequipa, El Peruano, 20/11/99, p. 4030).*

*No se puede admitir que un órgano del Poder Judicial abdique de su obligación de otorgar tutela jurisdiccional efectiva, máxime si aparecen claramente distinguibles y no implicantes los objetivos de cada proceso (Exp. Nº 2978-98, Tercera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 285).*

*Toda persona, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo solución a un conflicto de intereses subjetivos o a una incertidumbre jurídica.*

*Debe admitirse la demanda si se colige que el actor sería un tercero no comprendido en un proceso judicial fenecido donde se han transferido derechos y acciones de un bien de su propiedad. Dicho hecho debe aclararse en el debate que se produzca y no liminarmente (Exp. Nº 3966-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 283).*

*Se afecta el principio de legalidad cuando se emite decisión contraria a la naturaleza de las instituciones previstas en el ordenamiento procesal. Todo magistrado tiene el deber de resolver los procesos con sujeción a las garantías del debido proceso (Exp. Nº 455-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 257).*

*El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite a toda persona, en tanto sea sujeto de derechos, exigir al Estado los requisitos esenciales para solventar el proceso judicial.*

*El órgano jurisdiccional se halla obligado a dar curso a la demanda independientemente del resultado que se logre en la culminación del mismo (Exp. Nº 782-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 261).*

*El acceso a la justicia es una de las garantías reconocida a toda persona para el ejercicio o defensa de sus derechos con sujeción a un debido proceso.*

*Tratándose de la emplazada, esta solo puede hacerse efectiva a través de un emplazamiento válido, mediante el cual se ponga en conocimiento la demanda y las resoluciones judiciales (Exp. N° 264-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 332).*

*El derecho al debido proceso es una categoría genérica, que a su vez implica una serie de derechos específicos, como el derecho a la defensa, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la impugnación; al no haber precisado el actor qué derecho específico respecto al debido proceso se ha violado, debe declararse improcedente la demanda sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta (Exp. N° 570-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 345).*

*En los procedimientos administrativos también son de observancia los principios que rigen el debido proceso, dentro de los cuales encontramos el ineludible derecho de defensa, que tiene rango constitucional (Exp. N° 1368-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 284).*

*La sentencia impugnada no se ha pronunciado sobre el pedido de nulidad deducida en esa instancia por la demandada y en consecuencia al emitirla se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (Cas. N° 1285.96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.4-A.5).*

*Es garantía de la administración de justicia el derecho de defensa del que nadie puede ser privado.*

*Con la notificación judicial se cautela aquel derecho elevado a rango constitucional observándose de ese modo el debido proceso (Exp. N° 1177-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 130-132).*

*“... Si el documento (...) no ha sido ofrecido como medio probatorio ni ha sido admitido como tal; en consecuencia, la impugnada contraviene el debido proceso al fundar su decisión en aquel” (Cas. N° 1861-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 172-173).*

*No obstante que el demandado tiene la condición de casado y suscribe el contrato como propietario del inmueble en su condición de soltero, la sociedad de gananciales es irrenunciable.*

*La acción de otorgamiento de escritura debe entenderse con la cónyuge del demandado quien es la actual ocupante del bien a efecto de garantizar un debido proceso (Exp. N° 1011-95-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 164-165).*

*La autoridad judicial es la única facultada para ordenar a la universidad pertinente la expedición de un nuevo diploma, ante la sustracción o extravío de este. (Exp. N° 939-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 272)*

## TÍTULO PRELIMINAR

---

*Se contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de la defensa con arreglo a un debido proceso cuando se omite poner en conocimiento de alguna de las partes las resoluciones recaídas en el proceso (Cas. Nº 2347-97-Lima, El Peruano, 02/10/98, p. 1723).*

*Es fundamental para un debido proceso, la existencia de un emplazamiento válido que acredite el pleno ejercicio de los derechos de las partes (Exp. Nº N-163-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 340).*

## PRINCIPIOS DE DIRECCIÓN E IMPULSO DEL PROCESO

### ARTÍCULO II

*La dirección del proceso está a cargo del juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.*

*El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. V, 50 num. 1, 120, 121, 202, 305.
C. de P.P.	art. 49.
C.P. Const.	art. III.
C.N.A.	art. 136.
LEY 26572	art. 34 inc. 7.
LEY 27444	arts. IV inc. 1.3, 103.
D.S. 017-93-JUS	arts. 5, 184 incs. 1 y 2, 200, 201 inc. 8, 202.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

CPC Italia	art. 11.
CPCM Iberoamérica	arts. 2, 3.
CPC Colombia	art. 2.

---

### Comentario

---

1. Tradicionalmente se consideraba que el proceso era exclusividad de las partes, quienes tenían poder omnímodo no solo sobre el objeto litigioso sino con el desarrollo del proceso, de tal forma, que solo la parte interesada, ante irregularidades formales del proceso, podía cuestionarla. El juez no podía denunciarlo de oficio porque se decía que este debería permanecer extraño al proceso, a fin que no pierda su imparcialidad. Bajo el principio de no intervención del Estado, se concibió al juez como un mero espectador de la contienda, con el único compromiso de pronunciar un veredicto al final del proceso, sin embargo, este criterio es superado por una posición jerárquico-autoritaria del juez en el proceso. Se ha empezado a hablar del juez-director, como una creación de la doctrina para atemperar el rigor del juez-espectador. El juez director es considerado por Cappelletti como el juez tropo, esto es el juez que es y sabe ser el centro del proceso; de ahí que también este principio reciba el nombre de principio de autoridad, sin embargo este nombre se ha dejado de lado, por la deformación que podría provocar la idea del juez dictador o autoritario, situación que difiere del rol protagónico y principal que se le asigna en el proceso.

En opinión de Monroy<sup>(1)</sup> el principio de dirección del proceso es la expresión del sistema publicístico, aparecido junto con el auge de los estudios científicos del proceso, caracterizado por privilegiar el análisis de este desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretado de paso la paz social en justicia.

No se trata simplemente de sustituir la actividad de las partes por la del juez sino que es preciso desplazar al centro de gravedad del proceso, hacer del juez ese centro, manteniendo incólume el poder de disposición del derecho material a las partes e incluso la iniciativa de estas para el inicio del proceso.

Por otro lado, el juez en la dirección del proceso debe operar bajo el principio de preclusión, que no permite retroceder a etapas ya cumplidas, esto es, extinguida la oportunidad procesal para realizar un acto, este acto ya no podrá realizarse más.

Para Palacio<sup>(2)</sup> la dirección del proceso puede definirse como el conjunto de actos que corresponde cumplir para colocar al proceso en cada una de las etapas que lo integran, resolver las diversas situaciones que en ellas se susciten, reexaminar actos defectuosos o injustos, comunicar a las partes o a los terceros las resoluciones que se dicten, formar materialmente el expediente, dejar constancia escrita de actos verbales, expedir certificados o testimonios y asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva.

En resumen podemos decir: a) la intervención del juez en el proceso ha estado marcada en su desarrollo por dos posiciones antagónicas: la privada, que exalta el principio de no intervención del Estado, del juez espectador; y la pública, que enarbola una posición jerárquico autoritaria del órgano jurisdiccional respecto del conflicto y los justiciables; b) la conducción actual del proceso civil está influenciado por una concepción publicista que confiere poderes vastos y hasta discrecionales al juez para el desarrollo formal del proceso, conservando siempre las partes su poder dispositivo sobre el objeto litigioso y su pertenencia sobre el *thema decidendum*.

2. En relación al impulso procesal por parte del juez, se dice que este es una manifestación del principio de dirección del proceso y por tanto de la orientación publicística. Para Monroy<sup>(3)</sup> “consiste en la aptitud que tiene el juez para conducir autónomamente el proceso –vale decir sin necesidad de intervención de las partes– a la consecuencia de sus fines. No está demás recordar que dentro de una

(1) MONROY, Juan. “Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992”, en la Formación del proceso civil peruano: escritos reunidos. Comunidad. Lima, 2003, p. 2266.

(2) PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Abeledo Perrot. Buenos Aires. T. V, p. 8.

(3) Op. cit., p. 267.

estructura procesal dispositiva, hay un cerrado monopolio de las partes respecto del avance del proceso, el impulso procesal busca precisamente quebrar dicha exclusividad”.

En ese sentido, véase de la redacción de la norma que no hace referencia a una facultad, sino a un deber, el mismo que se va a reafirmar posteriormente, en el inciso 1º del artículo 50 CPC, cuando enfatiza que el juez dirige el proceso, velando por su rápida solución, adoptando las medidas convenientes para impedir su paralización.

Ese deber aparentemente se contradice con la posibilidad que tiene el juez de declarar el abandono de oficio (ver artículo 346 CPC), sin embargo ello no es así. Hay que precisar que el deber de impulsar de oficio el proceso se agota en la imposibilidad de realizar alguna actuación procesal, cuya realización dependa exclusivamente de la parte o las partes; en tanto ello no suceda, el deber del impulso del proceso por el juez seguirá inmanente. Por citar, si el proceso se paraliza porque la parte actora no cumple con señalar la dirección clara y precisa para el emplazamiento del demandado (por citar, omite señalar el número del departamento o del interior del inmueble para la notificación) o no cumple con la publicación de los edictos. En dichos supuestos, operaría el abandono, siempre y cuando transcurra el plazo legal de los cuatro meses, pues se trata de actuaciones cuya realización no depende de la actividad del juez sino del diligenciamiento de la parte actora.

Esto implica que agotado el plazo para la contestación de la demanda, sin que esta se haya materializado, el juez de oficio, tiene el deber de declarar la rebeldía del demandado y señalar fecha para audiencia y no esperar que la parte actora lo solicite para continuar con el trámite del proceso; salvo los casos que por Ley estén exceptuados del impulso de oficio, como ocurre en los procedimientos de divorcio por causal o en la responsabilidad civil de jueces (véase artículos 480 y 509 CPC).

Apreciéese que la norma en comentario, hace referencia a la responsabilidad que se puede atribuir al juez, “cuando la demora del proceso sea ocasionada por negligencia”; en ese sentido, hay que precisar que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye responsabilidad disciplinaria al juez que no observe los plazos legales para proveer escritos o exedir resoluciones dentro de los plazos fijados (ver inciso 8 artículo 201); sin embargo, la demora en el proceso ocasionada por su negligencia, podría extenderse hacia la responsabilidad civil del juez, siempre y cuando el ejercicio de su función jurisdiccional cause daño que demande reparar. Sobre el particular, véase la redacción del artículo 509 CPC que cataloga de conducta dolosa, “si el juez deniega justicia al rehusar u omitir un acto”, criterio que consideramos sea redefinido hacia la responsabilidad objetiva del Estado, ante la inejecución de los deberes expresos de los jueces (ver artículo 50 CPC), como lo sostenemos en el comentario pertinente a dicha norma.

## TÍTULO PRELIMINAR

---



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien el juez es el director del proceso, el principio rector del proceso civil es el principio dispositivo, por lo que el juez no puede irrogarse la calidad de parte y aducir argumentos que no fueron hechos valer por las partes a través de los recursos que les franquea la ley (Cas. Nº 2935-98-Apurímac, El Peruano, 04/09/99, p. 3428).*

*Si bien la medida cautelar fue concedida antes del acuerdo conciliatorio, no procede el levantamiento de esta, si el ejecutado en la actualidad aún no ha cumplido con la obligación derivada del acuerdo.*

*Dentro de un sistema publicístico, el juez como director del proceso, está facultado por el principio de elasticidad a adecuar la exigencia de cumplir con las formalidades para los fines del proceso (Exp. Nº 4444-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 564-565).*

*El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia.*

*Notificado al ejecutado el mandato de ejecución, el juez debe impulsar de oficio el proceso, ordenando el remate de la prenda minera o la suspensión del proceso (Exp. Nº 162-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 271).*

*Es obligación del juez, en su calidad de director del proceso, verificar el cumplimiento de las leyes, desde la etapa postulatoria del proceso, para la debida admisión a trámite de la demanda (Exp. Nº 633-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 272-273).*

*La dirección del proceso está a cargo del juez, quien debe impulsar el proceso por sí mismo, de acuerdo a las normas del CPC (Exp. Nº N-711-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 274).*

## FINES DEL PROCESO E INTEGRACIÓN DE LA NORMA PROCESAL

### ARTÍCULO III

*El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*

*En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 num. 8.
C.C.	art. VIII.
C.P.C.	arts. 2, 48, 50 num. 4.
C.P. Const.	arts. II, IX.
LEY 27444	art. VIII.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 num. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

CPCM Iberoamérica	arts. 14, 15.
CPC Colombia	art. 4, 5.

---

## Comentario

---

1. El proceso es un conjunto de actos ordenados, sistematizados, orientados al logro de un fin predeterminado. El proceso no se agota en un instante sino que responde a una secuencia de etapas, ello le da un carácter dinámico. Todo proceso tiene una vocación de arribo, no tiene un fin en sí mismo sino que es teleológico. En el campo del proceso civil, este va a estar orientado a poner fin al conflicto de intereses y permitir la paz social en justicia por medio de la actividad jurisdiccional.

Al conflicto de manera general lo percibimos como un conjunto de propósitos, métodos, intereses o conductas divergentes. Atendiendo a la naturaleza del conflicto podemos distinguir al conflicto de derecho y al conflicto de intereses. Los primeros son conflictos jurídicos, que reclaman el incumplimiento de convenios o leyes, por citar, un trabajador que no se le abona las horas extras estipulado en el convenio colectivo. Se parte del supuesto que existe una disposición sobre el particular que se trata de interpretar y aplicar. Lo importante es que el conflicto se

refiera a una supuesta violación de un derecho establecido y jurídicamente reconocido; en cambio los conflictos de intereses, llamados también económicos o de negocios, son distintos. No se trata aquí de interpretar el contenido de los derechos de las partes en relación con unas reglas ya existentes sino de determinar en qué deben consistir esas reglas. Aquí no existe necesariamente un derecho que se pueda reivindicar, por citar, un salario digno puede justificarse por razón de justicia pero no suele haber ninguna disposición legal a la cual remitirse para ello.

El proceso opera con un conflicto de intereses, pero con relevancia jurídica, esto es, que la materia en disputa esté prevista en el sistema jurídico de una colectividad. La relevancia jurídica no puede estar asociada exclusivamente al derecho positivo sino se ubica en las diversas manifestaciones que conforman el sistema jurídico. Según Monroy “cuando la norma acoge la situación discutida o cuando en uso de la hermenéutica jurídica se encuentra la norma que la contenga, estamos ante un caso justiciable, es decir, un conflicto de intereses pasible de ser presentado ante el juez”. Bajo el supuesto de la juricidad, podemos mostrar al conflicto como la existencia de intereses recíprocamente resistidos u opuestos, respecto de un determinado bien jurídico.

2. La incertidumbre jurídica está ligada al llamado proceso declarativo. Tomando como referencia la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con el proceso, la doctrina distingue tres tipos de procesos: declarativo o de conocimiento, de ejecución y cautelar. Monroy<sup>(1)</sup> al comentar el proceso declarativo señala que este “tiene como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Frente a tales opiniones contrarias (...) el juez decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declararla extinguida esta y crear una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial, con la cual el juez pone fin a la inseguridad o incertidumbre antes expresada”.

Para ilustrar la ausencia de certeza Monroy<sup>(2)</sup> presenta el caso del fallecimiento de una persona *ab intestato*. La masa hereditaria es transferida del fallecido a sus sucesores, de tal suerte que estos, teóricamente, podrían disponer de ella casi de inmediato; pero, si se tratara de un inmueble inscrito que los sucesores quisieran

(1) MONROY, Juan. Introducción al proceso civil. Temis. Bogotá, 1996, p.137.

(2) MONROY, Juan. “Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”. En: Análisis del Código Procesal Civil. T.I, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Cuzco editores. Lima, 1994, p. 89.

gravar, tal acto no podría ocurrir hasta que no se inicie el proceso que ratifique su calidad de sucesores.

Las sentencias declarativas son concebidas como tutelas preventivas, al igual que las condenas de futuro. Señala Peyrano<sup>(3)</sup> “supongamos que dos partes celebran un contrato, ambas tienen dudas y una dice ‘yo no sé bien como cumplirlo’ entonces, en lugar de arriesgarse a incumplir, a veces sin malicia porque no entiende bien tal cláusula, hace una demanda judicial contra la otra parte –el otro contratante– para que el juez con fuerza vinculatoria interprete el alcance del contrato. El juez acude en auxilio de las partes e interpreta el alcance del contrato”.

3. Otro aspecto que regula la norma es la integración frente al vacío o defecto de las disposiciones del Código Procesal. Numerosos hechos de la vida social no han podido ser previstos por el derecho y, por tanto, no existe para ellos una norma expresa. A este fenómeno, que consiste en “ausencia de regulación” específica se le denomina laguna, sin embargo, hay hechos que contando con una regulación legislativa, ella es imperfecta. La norma recoge los dos supuestos: el defecto normativo cuando hay insuficiencia de normas existentes para regular el fenómeno factual; y el vacío o inexistencia de normativa, cuando no existe norma alguna para regular la realidad concreta.

La Constitución del Estado (ver artículo 139 inciso 8 ) señala que no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. El Código Procesal al igual que la Constitución, propone recurrir a los principios generales del Derecho Procesal; sin embargo, frente a los métodos de integración, la recurrencia a los principios generales del proceso no puede ser tomado en preferencia si hay la posibilidad de recurrir a la analogía, pues, se podría atentar contra la seguridad jurídica por lo siguiente: la analogía supone extender a un caso no previsto por la norma lo que el legislador previó para otro semejante; supone siempre igualdad en las razones que justifican la aplicación de la norma jurídica en uno y otro caso; en cambio, en la aplicación de los principios generales hay una fuerte carga axiológica, donde la subjetividad de quien lo aplica tiene un rol importante como elemento orientador en dicha labor, por ello, la recurrencia a los principios como mecanismo integrador debe operar cuando se haya agotado la posibilidad de construir soluciones existentes en el ordenamiento a través de la analogía.

La doctrina tiene un papel relevante en el desarrollo de la experiencia jurídica, pero, ella no podría ser incorporada como fuente del derecho porque no se desenvuelve en una estructura de poder. Las fuentes del derecho producen modelos jurídicos, estructuras normativas que, con carácter obligatorio, regulan los diversos tipos de relaciones sociales.

(3) PEYRANO, Jorge. “Imposición procesal y sujeción procesal” (entrevista). En *Advocatus*, Revista de derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Año III, quinta entrega, 1993, p. 58.

4. La jurisprudencia es el derecho objetivo que se desprende de los fallos pronunciados por los órganos jurisdiccionales. Miguel Reale, la califica como “la manifestación del derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones de los tribunales”, pero, frente a la continuidad y permanencia en el pensamiento de los órganos judiciales frente a similares supuestos fácticos la jurisprudencia involucra criterios con mayor envergadura, como el precedente jurisprudencial, que genera efectos vinculantes, cuando se está ante circunstancias similares de casos ya resueltos.

Nuestra legislación interna permite la producción de jurisprudencia con efectos vinculantes a través de los siguientes mecanismos:

- a) El artículo 22 de la LOPJ dispone “las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia deben ordenar la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano de las ejecutorias que fijan principios que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales”.
- b) El caso de la doctrina jurisprudencial que regula el artículo 400 del Código como expresión del efecto vinculante de esta ante los órganos jurisdiccionales del Estado. Ella se produce por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República y con mayoría absoluta de los asistentes al pleno. Al respecto, en diciembre del año 1999, se realizó la primera sala de jurisprudencia vinculante aprobando algunos principios jurisprudenciales en temas de nulidad de cosa juzgada fraudulenta<sup>(\*)</sup>.

La jurisprudencia es la vanguardia de la legislación. Decimos ello porque el juez compone para el caso concreto una norma que va a completar el sistema objetivo del derecho vigente, de esta manera, la jurisprudencia tiende a tornar menos dilatada la separación entre la ley y la justicia.

La producción normativa de la jurisprudencia se acentúa cuando el juez decide, por equidad, aplicar la norma que él establecería si fuere legislador. En esta tarea, el juez realiza una justicia individualizada, orientada a formar un derecho justo. Es cierto, la ley es igual para todos; pero antes que la ley se halla el hombre, y aquella es hecha para este y no recíprocamente, pues, como señala Spota “el juez es al mismo tiempo, juez de las partes y juez del legislador”.

Convergen en esta tarea la creación de fallos de especie y de principios. Los primeros constatan y aprecian los hechos en particular; en cambio, los fallos de principio resuelven con un alcance más general porque fijan una noción suscepti-

(\*) Véase Resolución Administrativa N° 876-CME-PJ de abril - 1999.

ble de aplicación en otros casos semejantes. Constituyen un precedente y por su naturaleza “forman jurisprudencia”, para lo cual es necesario que dichos principios sean conocidos por otras personas además de los litigantes y el juez.

En nuestro país, la actividad jurisprudencial se orienta a la producción de fallos de especie, mas los que contienen principios generadores de jurisprudencia, tienen una incipiente –por no decir casi inexistente– producción.

Nuestra realidad nos dice que subyace una jurisprudencia virtual que, sin mayor efecto vinculante, viene siendo expresión del acopio de diversos fallos emitidos por las Salas de las Cortes Superiores y Corte Suprema de la República, muchos de ellos con posiciones contrarias a las de otras judicaturas. Dichos fallos generan una ilusa jurisprudencia y hacen que el juez inferior no entre en contradicción con lo resuelto por la Corte, adoptando en lo sucesivo el criterio del superior, a fin de evitar que sus fallos sean posteriormente rechazados, máxime que de antemano ya conoce cuál es el criterio del órgano superior; sin embargo, como señala Miguel Reale hay que evitar los extremos, pues, si dañoso es el juez que anda buscando innovaciones seducido por las últimas verdades, también lo es, quien se convierte en autómatas al servicio de un fichero de decisiones de los tribunales superiores.

La tarea de la jurisprudencia es ardua y compleja y se orienta a obtener soluciones unitarias, gracias a las cuales el Derecho se perfecciona. A través de diferentes formas de precedentes se abre base para la uniformización jurisprudencial. La Corte Suprema tiene la misión de establecer y unificar las decisiones judiciales, procediendo a coordinar y sistematizar su jurisprudencia a través de enunciados normativos llamados “doctrina jurisprudencial” que recoge las tesis –con carácter vinculante– consagradas en reiteradas decisiones de las Salas de la Corte Suprema.

Ante las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, el órgano unificador escoge y hace predominar aquella posición que corresponda al verdadero significado de la ley, eliminando otras interpretaciones, las cuales, al no ser conformes a la única interpretación verdadera, son también, como consecuencia, no conformes a la ley. La casación encierra aquí un papel importante porque busca –entre otros fines– la unificación de la jurisprudencia nacional. La Corte Suprema de la República es la llamada a viabilizar los plenos casatorios, sin embargo, la ausencia de ellos, hace que la doctrina jurisprudencial se vaya tornando en una espera sin fin para nuestro Derecho nacional.

5. Debemos precisar que el Código no consagra la recurrencia a la costumbre porque esta no es fuente del Derecho Procesal por la ausencia de vinculación jurídica de las partes y del juez respecto de cualquier repetición de conducta; sin embargo, no se puede negar la existencia de hábitos o usos forenses, pero, ello no es suficiente para ser fuente de derecho porque no existe en la comunidad la

conciencia del carácter normativo de la conducta repetida, esto es, que toda otra conducta posterior deba, para no ser antijurídica, producirse con el mismo contenido que la repetida o habitual.



## JURISPRUDENCIA

*Si en el proceso de conocimiento, se parte de una situación de incertidumbre a fin de obtener una declaración jurisdiccional de certeza o la solución a un conflicto de intereses, en el proceso ejecutivo se parte de un derecho cierto pero insatisfecho (Cas. Nº 1695-97-Lima, El Peruano, 18/10/98, p. 1976).*

*En los procesos de conocimiento se parte de una situación incierta para obtener un pronunciamiento jurisdiccional de certeza del derecho controvertido. En los procesos de ejecución, se parte de una situación cierta, pero, insatisfecha, y el proceso verá, precisamente, sobre esa satisfacción que debe tener el ejecutante respecto de su acreencia la que se puede reducir mas no alterar (Cas. Nº 871-97-Puno, El Peruano, 19/10/98, p. 1985).*

*Por interpretación errónea se entiende la elección de la sentencia de un precepto procedente, pero que ha habido error en el juzgador al otorgarle un sentido distinto al querido por el legislador. Por tanto si una norma no ha sido aplicada al caso, mal se podrá hablar de haberse interpretado erróneamente la misma (Cas. Nº 1664-98-Ucayali, El Peruano, 22/09/98, p. 1636).*

*El principio de vinculación del proceso civil exige que el órgano jurisdiccional se active justificadamente para resolver un real conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, para lo cual se debe presentar un petitorio con arreglo a ley, el mismo que puede ser observado hasta en tres oportunidades que a continuación se mencionan: al admitirse la demanda, al contestarla o al declararse saneado el proceso (Cas. Nº 802-97-Ica, El Peruano, 16/10/98, p. 1938).*

*El proceso no es un fin en sí mismo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados tanto en su realización como en su omisión, de los efectos que producen, toda vez que el culto a la forma ha de ser guardado en cuanto sirva de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido del jus litigatoris. Su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia y el juez puede adecuar las exigencias de las formalidades al logro de los fines del proceso (Cas. Nº 733-98-Lima-Cono norte, El Peruano, 21/11/98, p. 2078).*

*El proceso, del latín "processus", etimológicamente significa avanzar, marchar, proceder en cierto orden, y desde el punto de vista jurídico, es conjunto ordenado y sucesivo de actos y formas, determinados por el Estado, destinados a asegurar en orden los debates; que protegen a las partes por igual, y que deben ser cumplidos a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que solucione un conflicto intersubjetivo de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica. De faltar alguna de las formalidades establecidas se incurriría en vicio, mas esta no siempre acarrea una nulidad (Cas. Nº 225-98-Cusco, El Peruano, 03/01/99, p. 2338).*

## TÍTULO PRELIMINAR

---

*Es un deber del organismo jurisdiccional componer el litigio si se dan los presupuestos procesales y las condiciones para un pronunciamiento válido sobre las pretensiones procesales propuestas (Exp. N° 1359-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 510-512).*

*Si se ha demandado el pago en dólares sin que se haya probado que se ha convenido en dicha moneda, y más bien de la prueba documental fluye que se ha efectuado en moneda nacional, corresponde a los jueces resolver el conflicto cuando exista una real congruencia entre los hechos planteados y que han dado motivo al conflicto y las pruebas actuadas, haciendo uso del poder de administrar justicia con la finalidad de conseguir la paz social en justicia.*

*La indemnización de daños y perjuicios no basta invocarlos sino que debe probarse (Exp. N° 438-94-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 324-325).*

*El proceso judicial es el conjunto de actos realizados dentro del ejercicio de la función jurisdiccional por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios.*

*La resolución que no es materia de impugnación tiene la calidad de resolución firme (Exp. N° N-582-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 264-265).*

## PRINCIPIOS DE INICIATIVA DE PARTE Y DE CONDUCTA PROCESAL

### ARTÍCULO IV

*El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.*

*Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.*

*El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 159.
<b>C.C.</b>	art. VI.
<b>C.P.C.</b>	arts. 50 inc. 5, 52 inc. 3, 60, 82, 101, 107, 109, 241, 242, 246, 247, 254, 270, 583.
<b>C. de. P.P.</b>	arts. 2, 74.
<b>C.P. Const.</b>	arts. III, 39 y ss.
<b>LEY 26887</b>	arts. 15, 35, 140, 325, 429.
<b>LEY 27444</b>	arts. 107, 108.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 8, 9, 184 nums. 12, 13 y 14, 201 incs. 4 y 9, 284.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>CPCM Iberoamérica</b>	arts. 1, 5, 6.
--------------------------	----------------

---

### Comentario

1. El principio rector del proceso civil es el dispositivo, que consagra que sin la iniciativa de la parte interesada no hay demanda: “*nemo iudex sine actore*”.

Para este principio, aquellos asuntos en los cuales solo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares; situación distinta si es el interés social el comprometido, frente a lo cual no es lícito a la partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público. Este principio no es absoluto, pues, se permite la intervención de oficio del juez en el impulso del proceso y la prueba de oficio.

El ejercicio del dispositivo se tiene que invocar interés y legitimidad para obrar, que son denominados en la doctrina como condiciones de la acción, para que el juez pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo. Estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una

expectativa cierta a la sentencia. La aptitud para obrar tiene como referencia a otro sujeto, que es con quien se va a constituir la relación jurídica procesal, la que de todos modos, tiene antecedentes en los hechos que la preceden. Basta con afirmar como propia una situación determinada y denunciar un demandado para que surja la legitimación para actuar.

Por otro lado, la necesidad de tutela jurídica exige un interés procesal, es decir, un interés a la actuación del derecho y al mantenimiento de la paz mediante la invocación de los órganos de la tutela jurídica. Para Liebman<sup>(1)</sup>, “el interés para accionar está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la utilidad de la providencia, como medio para adquirir por parte del interés para obrar ha sido superado por la tutela jurisdiccional preventiva. Adelantándose a la violación del derecho, se permite transitar por el proceso de cognición y obtener una sentencia que solo podrá desplegar sus efectos una vez producida la violación de aquel. En esta línea se presenta el caso de la condena a futuro regulado en el artículo 594 CPC. Aquí ya no opera el criterio de utilidad que sostenía la concepción clásica del interés para obrar sino que frente a cualquier deber de prestación y ante el temor del incumplimiento por parte del deudor, puede el acreedor, sin esperar que el incumplimiento se materialice, promover un proceso tendiente a obtener una sentencia que condene al cumplimiento de la prestación debida, aun cuando el crédito no sea aún exigible, pues, no ha habiendo aún incumplimiento, esto es, violación del derecho sustancial.

Como señala la norma, el interés ni la legitimidad para obrar debe ser de invocación por el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. Nótese que el Ministerio Público en el proceso civil puede asumir tres roles: como parte, como tercero con interés y como dictaminador (véase artículo 113 CPC). Cuando el Ministerio Público interviene como parte en el proceso civil, puede interponer pretensiones y parte en el proceso civil, puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, realizar en el proceso todos los actos propios de las partes. El Ministerio Público asume la condición de parte, de manera especial, porque su interés no es privado sino que actúa en defensa de la legalidad. La legitimación del Ministerio Público es extraordinaria, pues parte de la imposibilidad práctica de la defensa individual del derecho subjetivo, pues, se orienta a la protección de intereses públicos.

Cuando la norma permite al Ministerio Público intervenir como parte, sin invocar legitimidad ni interés, según Montero Aroca estamos ingresando a la publicación de una parcela del derecho material. señala Montero Aroca “la ampliación

(1) LIEBMAN, Enrico Tullio, Manual de Derecho Procesal Civil. Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 116.

o limitación de la legitimación del Ministerio Público en estos casos responde a motivos políticos. Cuando la ley amplía la legitimación del Ministerio Público está reflejado la publicización de los derechos subjetivos que sustrae de la disposición de los particulares, los cuales dejan de tener la libre disposición de los mismos. Cuando la ley priva de legitimación al Ministerio Público en alguna materia en la que antes sí la tenía está privatizando la misma”.

En relación a los intereses difusos se debe tener en cuenta que estos son expresión de una legitimación extraordinaria. Montero Aroca<sup>(2)</sup> los define como aquellos pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino mas bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc. Los derechos difusos tienen un reconocimiento constitucional, tal como se aprecia en el inciso 22 del artículo 2 que establece que toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; en igual sentido, apreciamos la regulación del artículo 7 en relación a la protección de la salud, del medio familiar y a la comunidad; los artículos 66 y 69 hace referencia al derecho de uso racional de los recursos naturales y protección del medio ambiente. Apreciéese que lo característico de estos intereses no radica en la imposibilidad de determinar a sus titulares, sino en la naturaleza del bien necesario para que ese grupo indeterminado pueda satisfacer sus necesidades.

Vescovi<sup>(3)</sup>, califica al interés difuso como intereses fragmentarios, de grupos intermedios, que no tienen el carácter de personas jurídicas y que, sin embargo, aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra moderna sociedad (sociedad de masas, economía de consumo, agresiones al medio ambiente , etc). Son intereses que no encuentran tras sí un grupo colectivo individualizable y, menos, jurídicamente compacto, como puede ser la persona jurídica o colectiva; todo lo contrario, “se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo, lo es también a la clase”. Esta nueva realidad, como son los intereses difusos o indefinidos no calzan en los tradicionales institutos jurídicos como para brindarles protección, de ahí que aparezcan cuestionamientos en relación a la legitimación de las partes en este nuevo proceso.

2. El proceso debe responder a un leal debate procesal en el que se expresen en forma clara y enumerada los hechos del conflicto a fin de evitar emboscadas posteriores del adversario; en este sentido, los medios probatorios y las excepcio-

(2) MONTERO AROCA, Juan. “La legitimación en el Código Procesal Civil” en IUS ET PRAXIS. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 24, pp. 22-23.

(3) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso, Temis. Bogotá, 1984, pp. 322-323.

nes deben proponerse en la primera intervención en el proceso; las pruebas deben limitarse a los hechos debatidos a fin de evitar una maliciosa dispersión del material probatorio; los errores del procedimiento deben ser advertidos en la primera oportunidad para que se corrijan inmediatamente a través de las nulidades y la convalidación; y la conducta maliciosa del litigante debe ser sancionada.

Se busca dar moralidad al proceso al incorporar en el ordenamiento procesal estructuras normativas con contenido ético, pues, la conducta del justiciable no puede ser indiferente al Derecho Procesal. La buena fe, la lealtad, la veracidad, la probidad son predicados que se involucran en el principio de moralidad. Este es definido como el conjunto de reglas de conducta, presididas por un imperativo ético a las cuales deben ajustar su conducta todos los sujetos del proceso. Mediante este principio se proscribe del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad, que no son instrumentos adecuados para ganar pleitos. El Derecho Procesal al imponer un comportamiento debido, impide que la conducta contraria perjudique al justiciable o a la justicia misma. Asegura al juez contra el engaño y a la contraparte contra el perjuicio.

3. La norma consagra el deber del juez de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria, enunciado que es coherente con la orientación publicista del proceso de no permitir que el juez sea un mero espectador en la contienda, un tercero neutral. Las tendencias del proceso moderno coinciden en aumentar los poderes del juez en la dirección y conducción del proceso, permitiendo ingresar a vigilar la conducta de los justiciables en este.

Los enunciados que se puedan formular sobre la conducta de los sujetos en el proceso, son moralmente valiosos, pero si no ofrecen sanción, ellos carecen de juridicidad, por ello el Código consagra en el artículos 109 y 112 del CPC supuestos típicos, reglas concretas de conducta, que determinan el comportamiento procesal de los justiciables y sus abogados. La conducta moral se presume, lo que se sanciona es la conducta inmoral del justiciable en el proceso. Según Beatriz Quintero<sup>(4)</sup> existe discrepancia sobre la naturaleza jurídica de las normas procesales que regulan el principio de moralidad. Por citar, Couture, sostiene que puede ser una obligación, es decir, un vínculo de carácter obligatorio cuando la infracción se resuelve en la reparación pecuniaria del daño irrogado con el proceso injusto. En cambio es carga procesal, cuando la infracción solo causa una situación más desfavorable al justiciable; y es deber procesal cuando la infracción se traduce en una sanción de carácter penal y disciplinaria. Para Calamandrei, se trata de una carga procesal sui géneris porque puede resolverse no en una egoísta defensa del interés propio sino en una ventaja para el adversario y en todo caso, en una

(4) QUINTERO, Beatriz. Teoría general del proceso. T.1. Temis. Bogotá, 1995, p. 107.

## TÍTULO PRELIMINAR

---

colaboración para la justicia. Clemente Díaz, considera que el principio se caracteriza por la implantación de deberes jurídico procesales. La lealtad, la probidad, la veracidad, la buena fe son predicados morales que, como deberes éticos, no interesan al Derecho Procesal, sino cuando se establezca una sanción a aplicar en caso de conductas contrarias.

En la doctrina hay posiciones discrepantes sobre lo apropiado de las sanciones. Algunos critican la penalización del Derecho Procesal; otros repudian las sanciones civiles como que podrían implicar un desmedro del derecho sustancial. Este aspecto revela la necesidad de consagrar una verdadera sistematización de la regla moral en el proceso. Nuestro Código ha asumido –ver artículo 111 del CPC– una gama de sanciones, desde las multas hasta la denuncia ante el Ministerio Público.



### JURISPRUDENCIA

---

*La legitimidad para obrar es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide con la relación jurídico procesal. Los demandantes acreditan legitimidad para obrar con la suscripción de la escritura pública de constitución de fianza, respaldada con garantía hipotecaria otorgada a favor del banco emplazado.*

*El debate para determinar si la empresa afianzada es aún deudora del banco emplazado, corresponde al fondo de la controversia y no a una discusión que se deba dilucidar vía excepción (Exp. Nº 48004-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 260).*

*Para amparar la falta de legitimidad para obrar del demandante, solo es suficiente que el actor invoque, no que acredite, la legitimidad para demandar. El juez al sentenciar evaluará si procede o no amparar la indemnización reclamada, y ello será evaluado de acuerdo a los medios probatorios que se aporten en el proceso (Exp. Nº 4485-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 255).*

*Nuestro sistema procesal se basa en el principio dispositivo pues el juez puede brindar tutela jurídica solo a iniciativa de parte y, por lo mismo, resulta vigente el principio de congruencia procesal, por el cual se exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve (Cas. Nº 1453-99-Lima-Cono norte, El Peruano, 20/01/2000, p. 4603).*

*Si el demandado considera que el actor ha errado en el planteamiento de su demanda, solo a él le permite nuestro sistema procesal y no al órgano jurisdiccional denunciarlo al momento de ejercer su derecho de contradicción (Cas. Nº 1112-98-Ucayali, El Peruano, 30/11/99, p. 4189).*

*La suspensión de la prescripción debe ser invocada por cualquiera que tenga un interés legítimo. Por tratarse de hechos ocurridos, no puede ser intervenida de oficio por el juez,*

## TÍTULO PRELIMINAR

---

quien debe sujetarse y limitarse a lo que las partes invoquen (**Exp. Nº 629-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 292-293**).

La legitimidad para obrar está vinculada con la relación jurídica de derecho material o estado jurídico cuya declaración de certeza judicial se pretende. Está dirigida a quienes la ley autoriza a solicitar la actividad jurisdiccional en resguardo de determinados derechos de tipo material (**Exp. Nº 257-97-10F, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 413**).

No existe una relación procesal válida, si a la fecha de la interposición de la demanda, el accionante carece de legitimidad para pretender el pago, pues no basta que se considere existente el derecho, sino que es necesario que este corresponda precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel con quien es hecho valer (**Exp. Nº 196-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 414-415**).

Tiene legitimidad para obrar el demandante que peticiona una indemnización por haber sido denunciado penalmente.

Si bien el delito imputado, del que fuera absuelto, lo habría cometido en el ejercicio del cargo de director de una empresa; ello no implica la imposibilidad que él, como individuo, independientemente de la empresa, hubiera sufrido daños cuyo resarcimiento económico reclama (**Exp. Nº 1252-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 417**).

La legitimidad para obrar, como condición de la acción, consiste en la adecuación lógica entre las partes que intervienen en la relación jurídico material, con las que pretenden constituir la relación jurídica procesal; adecuación lógica que no significa identificación sino concordancia (**Exp. Nº 52736-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 422-423**).

Para que pueda considerarse la existencia de legitimación en la causa basta la afirmación sustentada en la apariencia que se es titular de una relación sustancial dejando al debate probatorio de fondo, la acreditación de la referida condición, salvo que la ausencia de la misma, por ser manifiesta, pueda ser declarada así, antes de la sentencia (**Exp. Nº 1128-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 425**).

“... En base al principio dispositivo en materia procesal civil son las partes las que deben hacer uso de los medios de defensa e invocar los hechos que sustentan su pretensión o defensa; por ende, el juez no puede sustituirse en lugar de las partes ordenando la actuación de algún medio probatorio respecto a un hecho no invocado...” (**Cas. Nº 141-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 98-99**).

*No carece el demandante de legitimidad para obrar, si en el título con que se apareja la demanda constan los números de las libretas electorales de los accionantes, que son los mismos que se indican en la demanda (Exp. N° 1015-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 164-165).*

*La parte civil que se constituyó en el proceso penal, respecto de solo uno de los hechos investigados, tiene interés para obrar por su propio derecho y en representación de sus menores hijos en este proceso (Exp. N° 1430-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 280-281).*

*La legitimatio ad causam es la cualidad emanada de la Ley para requerirse una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide en la mayoría de los casos, con la titularidad de la relación jurídico sustancial (Exp. N° 1740-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 283-284).*

*El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, la que quedará obligada a mantener en depósito hasta la conclusión del proceso, debiendo el actor acompañar a su demanda como un requisito de admisibilidad, la constancia del depósito que le expedirá el depositario.*

*Esta exigencia formal prueba la legitimidad para obrar del accionista, no siendo necesario acreditar mediante otros elementos de juicio el interés económico o moral (Exp. N° 624-93-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 646-647).*

## PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN, ECONOMÍA Y CELERIDAD PROCESALES

### ARTÍCULO V

*Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.*

*El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.*

*El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.*

*La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. II, 2, 48, 50, 91, 126, 151, 257, 286.
C.P. Const.	art. III.
LEY 26572	art. 34 inc. 7.
LEY 26636	art. I.
LEY 26872	art. 2.
LEY 27444	art. IV.
D.S. 017-93-JUS	art. 6.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

CPCM Iberoamérica	arts. 8, 9, 10.
-------------------	-----------------

---

### Comentario

---

1. Tradicionalmente el proceso civil se desarrollaba entre los abogados, las partes y los auxiliares del juez, en ausencia de este. El juez intervenía al final del proceso para sentenciar y apoyaba su decisión en los escritos que las partes habían intercambiado en el proceso. El proceso tenía una connotación epistolar pues se temía que el juez perdiera su imparcialidad si tuviera contacto directo con las partes y sus medios de prueba. Como señala Monroy<sup>(1)</sup>, “la tendencia a usar y

---

(1) MONROY, Juan. Op. cit., p. 275.

abusar de la escritura dentro del proceso es el medio a través del cual se asentó –en la evolución del proceso civil– el principio de mediación. Esto significa que durante mucho tiempo –todo el medioevo hasta fines del siglo XVIII– se consideró como adecuado (...) mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo aquello que constituyan elementos objetivos de este, para permitir al juzgador la expedición de decisiones justas”. Frente a ello, el proceso civil moderno se presenta privilegiando la oralidad para hacer realidad el principio de inmediatez. La opción de la oralidad –señala Monroy– contra o que podrá creerse, no descarta la necesidad de la escritura, todo lo contrario, ésta sigue siendo el mejor medio de perpetuar y acreditar la ocurrencia de un hecho o la manifestación de la voluntad, sin embargo, va a dejar de ser el hecho y el acto mismo<sup>(2)</sup>.

Este principio postula la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquel con los medios de prueba, para llegar a una íntima compenetración entre los intereses en juego, el proceso y el objeto litigioso. Como consecuencia de esta relación directa, el juez tendrá una inmediata percepción de los hechos que son materia del proceso, tendrá mayor capacidad para discernir sobre los elementos del juicio, recogidos directamente y sin intermediarios.

El Código impone que el acto de prueba se verifique ante el juez; en ese sentido, léase el artículo 202 CPC que dice: “la audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad”. Esta inmediatez puede ser subjetiva, objetiva y de actividad. Es subjetiva por la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean las partes, terceros. La inmediatez objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materia del proceso, por citar, cuando el juez autoriza que la parte o testigo consulten apuntes, libros o papeles; y la inmediatez de actividad opera cuando se prescribe el contacto del acto probatorio con otro acaecimiento distinto, que a su vez puede preceder, acompañar o seguir a la actividad de prueba.

2. Cuando la norma señala que “el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales” tiene como referente al principio de economía procesal.

Este principio sostiene la proporción entre el fin y los medios que se utiliza, por ello, se busca concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para evitar la dispersión. Las partes deben aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa para favorecer la celeridad de los trámites impidiendo regresiones en el proceso.

(2) *Ibidem*.

La simplificación de las formas del debate y los términos abreviados del proceso, según la naturaleza del conflicto, contribuyen a la economía procesal. Se dice que los procesos con una cuantía económica modesta deben ser objeto de trámites más simples; incrementándose las garantías en la medida que aumenta la importancia económica del conflicto.

En esa orientación se ubica la limitación de los medios de pruebas; por citar, en el desalojo y en el proceso ejecutivos (ver artículos 591 y 700) solo le corresponde la prueba documental, pericia y declaración de parte; y la creación de órganos jurisdiccionales especializados que contribuyen a lograr fallos certeros evitando así dilaciones innecesarias en el proceso.

Como ya se ha señalado, tradicionalmente el proceso estaba marcado por el desinterés estatal por el objeto litigioso y el impulso oficial por obra de los interesados, sin embargo, la versión moderna del dispositivo permite que ese impulso sea operado por el juez atendiendo al fin público del proceso, esto es, lograr una pronta solución al conflicto; sin embargo, debe tenerse en cuenta que frente al impulso de oficio se antepone el abandono, el que no procede cuando el proceso se encuentre pendiente de una resolución y la demora fuere imputable al juez (ver artículo 350 inciso 5 del CPC).

En conclusión, podemos decir que el principio de economía que gobierna al proceso, cualquiera sea su denominación o especialidad, procura la agilización de las decisiones judiciales, haciendo que los procesos se tramiten de la manera más rápida y menos costosa en dinero y tiempo. Simplificar el proceso, descargarlo de toda innecesaria documentación, limitar la duración de traslados, términos y demás trámites naturales y, desde luego, impedir que las partes aprovechándose de los medios procesales legítimos, abusen de ellos para dilatar considerablemente la solución de los conflictos confiados a la actividad procesal.

3. La norma pone especial énfasis en señalar que “la actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos” para sustentar la preclusión que opera en el proceso. La preclusión es una limitación al poder de las partes para la realización de la actividad procesal. Es la pérdida o extinción de una actividad procesal por haber rebasado los límites impuestos por el legislador para el ejercicio de las facultades o cargas procesales de las partes. Chiovenda explicaba la preclusión diciendo que: “las etapas del proceso se obturan como las esclusas de un canal, que al abrirse la próxima queda sellada la anterior y las demás ya recorridas”.

En razón de la preclusión, la actividad procesal de la parte no puede producir efectos útiles porque ella ha debido realizarse en la oportunidad fijada por ley. El vencimiento de la oportunidad produce la pérdida del derecho a ejercer válidamente la actividad procesal. La división del proceso por etapas, impone el paso de una etapa a otra, implicando la clausura de la anterior.

4. El proceso judicial es dialéctico, pues, en él convergen las tesis que son contradichas –antítesis– para luego el juez realizar la síntesis de estas en su decisión. El carácter dialéctico del proceso permite la participación del juez y de las partes, no como un monólogo sino como un diálogo donde los sujetos que concurren no solo sean titulares de derechos, sino también de deberes.

Las partes no están frente al juez como vasallos, a quien deben obedecer pasivamente, sino que estas tienen derechos que hacer respetar. En igual forma, el juez no solo está dotado de poderes, sino que también es sujeto de deberes y responsabilidades frente a las partes, como es: el dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptando las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal. Dichos deberes están regulados en el artículo 50 del CPC.

Como señala la norma en comentario “el juez dirige el proceso teniendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran”. Véase sobre el particular, el caso del juzgamiento anticipado, que recoge el inciso 1º del artículo 473 CPC, mediante el cual el juez comunica a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando advierte que la cuestión debatida es solo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva, como sería el caso de la prueba documental.



## JURISPRUDENCIA

*La declaración de nulidad de vicio debe influir de manera decisiva sobre el acto, de tal modo que pueda ser capaz de producir su ineficacia. Además debe tener una influencia decisiva sobre la sentencia, la cual constituye el objeto del recurso de casación. Una nulidad de vicio, de hecho existente pero que no ha de influir sobre la sentencia, no solo carece de todo interés jurídico sino que además atenta contra la economía procesal (Cas. Nº 3300-99, El Peruano, 25/08/2000, p. 6094).*

*El principio de preclusión alude a la división del proceso en una serie de etapas, en las cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes, de tal manera que a determinados actos debe corresponder determinada etapa, fuera de la cual no puede ser ejercido, siendo las partes responsables de las consecuencias jurídico procesales de no haber ejercido los actos correspondientes a la etapa reclusa, lo que si bien constituye una limitación, es beneficiosa pues redundará en un proceso ordenado, claro y rápido. Este principio no limita la facultad discrecional del juzgador para disponer la renovación de un acto procesal, se actúen pruebas ofrecidas oportunamente y admitidas, pues el logro de los fines del proceso prima sobre estas consideraciones (Cas. Nº 720-97-Lima, El Peruano, 01/02/99, p. 2565).*

*Se infringe el principio de inmediación si de autos se aprecia que la audiencia de pruebas fue celebrada ante un vocal superior que no intervino en la resolución de vista, no verificándose que haya existido avocamiento alguno por parte de otro vocal (Cas. Nº 815-99-Lima, El Peruano, 02/11/99, p. 3844).*

*Si en primera y en segunda instancia, los juzgadores han omitido valorar una prueba esencial del proceso, por economía procesal, corresponde solamente anular la sentencia de vista, habida cuenta que esta última está facultada para revisar el proceso seguido en primera instancia y emitir un pronunciamiento válido (Cas. Nº 950-99-Lima, El Peruano, 12/11/99, p. 3910).*

*La intermediación requiere que el juez de la sentencia sea el mismo que actuó las pruebas, pero no es un principio absoluto y admite excepciones, que están señaladas en artículo 50 del Código Procesal Civil, de tal manera que el juez que se hace cargo de un proceso, ya en estado de sentencia, está facultado, y no obligado, a repetir las audiencias y solo si lo considera indispensable (Cas. Nº 1053-97-Callao, El Peruano, 05/08/98, p. 1517).*

*Si bien cuando se inició el proceso de alimentos, la menor no estaba reconocida por su progenitor; y, posteriormente durante el trámite del proceso, el demandado efectuó el acto del reconocimiento; resulta procedente continuar con el proceso de alimentos, invocando los principios de economía y celeridad procesal (Exp. Nº 2732-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 124).*

*Si bien el proceso tiene por objeto principal la desocupación del bien, el juez atendiendo al principio de economía procesal debe pronunciarse sobre la devolución de la garantía –la que ha sido consignada–, por ser un aspecto accesorio al conflicto principal (Exp. Nº 692-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 332-333).*

*La norma contenida en el último párrafo del artículo cincuenta del Código Procesal Civil debe ser necesariamente concordada con el principio de inmediatez contemplado en el artículo V del Título Preliminar del mismo Código Procesal Civil y con la garantía constitucional contenida en el inciso tres del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado.*

*La sentencia apelada, fue expedida por el juez que reemplazo temporalmente por vacaciones al titular del juzgado, razón por la cual carece de los requisitos mínimos para lograr su finalidad (Cas. Nº 1089-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.15-A.16).*

*Debe imponerse al juez la medida disciplinaria cuando incurre en negligencia inexcusable, esto es cuando dilata el proceso innecesariamente, atentando contra el principio de celeridad procesal en detrimento de los justiciables y de la administración de justicia (Exp. Nº N-331-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 279).*

*“... La audiencia de pruebas fue celebrada ante la Vocal Superior (...), y sin embargo, dicha magistrada no intervino en la resolución de vista, no verificándose que haya existido avocamiento alguno por parte de otro vocal; infringiéndose así el principio de intermediación recogido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 815-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 333-335).*

*No obstante haberse interpuesto tercería sin sustanciarse bajo las normas del nuevo C.P.C., no resulta viable declarar la nulidad de lo actuado en atención a los principios de economía y celeridad procesal (Exp. Nº 20-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 194-195).*

## TÍTULO PRELIMINAR

---

*El principio de intermediación impone al juez el deber de proximidad al litigio, comunicación con las partes, intervención en la actuación de la prueba, con el fin de investigar la verdad con sus propios medios, y no ingresar al juicio solo cuando haya terminado las actuaciones y se halle en estado de sentencia, es decir cuando haya perdido su dinamismo y sea solo letra muerta (Exp. N° 1126-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 165-166).*

*El padre que no participa de la tenencia, mantiene expedito su derecho de visitar a sus hijos, sin restricción alguna. Aunque no se haya planteado acumulativamente la tenencia y el régimen de visitas, cabe señalar dicho régimen no solo por economía procesal en atención al interés superior del niño, sino por ser de necesidad evidente (Exp. N° 1517-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 153-154).*

*Es efecto objetivo de una acumulación, sea de pretensiones o de procesos, que todos los sujetos involucrados tengan capacidad para ser parte material en él, y por consiguiente, puedan ser afectados con la decisión. No se puede, por un mal entendido criterio de economía, congregar en un solo proceso dos o más pretensiones con sujetos pasivos distintos y entre los que no los vincula obligación o derecho alguno (Exp. N° 3162-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 306).*

*El juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos. Dada la naturaleza del medio probatorio, como es la inspección judicial, no cabe legalmente que el juez de la causa encargue el cumplimiento de ella, al juez de paz (Exp. N° 1657-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 239-240).*

## PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

### ARTÍCULO VI

*El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	arts. 2 num. 2, 139 inc. 3.
<b>C.P.C.</b>	arts. 1, 50 num. 2, 195.
<b>C.P. Const.</b>	arts. III, 37 inc. 1.
<b>C.N.A.</b>	art. V.
<b>LEY 26572</b>	arts. 33 párr. 3, 107.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 6.
<b>R.ADM. 1067-CME-PJ</b>	arts. 1 y ss.
<b>LEY 26846</b>	arts. 1, 6.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>CPCM Iberoamérica</b>	art. 4.
--------------------------	---------

---

### *Comentario*

---

La norma reafirma el principio constitucional de igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2 Constitución Política). El artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también reproduce que “todos somos iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”.

El Derecho Procesal ha traducido la idea de la igualdad excluyendo privilegios en el proceso por motivos de raza, sexo o cualquier otra condición, asegurando que dentro del proceso todas las partes gocen de igualdad de derechos y oportunidades.

La igualdad procesal de los litigantes aparece como un aspecto de socialización o democratización del proceso que implica el tratamiento igualitario de los litigantes. En el proceso las partes deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y defensa.

La igualdad ante la ley, se transforma para la significación del Derecho Procesal en una relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que ninguno pueda encontrarse en una posición de inferioridad jurídica frente al otro. No debe concederse a uno lo que se niega al otro, en igualdad de circunstancias; sin embargo, este principio se estremera bajo un sistema social donde no hay un mínimo equilibrio en el reparto de los medios para la subsistencia del ser humano, ni igualdad en razones de raza, religión, idioma, condición social y política; ello

## TÍTULO PRELIMINAR

---

implicaría que no todos los litigantes estén en la posibilidad, no solo de ingresar la proceso, sino de afrontarlo en toda su dimensión; además, la calidad técnica para la defensa o resistencia del derecho en debate y las estrategias procesales que se asuman en el proceso, dependen del profesionalismo del abogado y de los honorarios que se fijen para su retribución.

## JUEZ Y DERECHO

### ARTÍCULO VII

*El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. I, II, III.
C.P. Const.	arts. VIII y IX.
LEY 27444	arts. IV inc. 1.4, 103.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 incs. 2 y 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

CPC Italia	art. 112.
CPC Colombia	art. 86.

---

### Comentario

---

1. El artículo consagra el aforismo *iura novit curia* que señala “las partes deben expresar los hechos y el juez el derecho” el cual también es reproducido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil a pesar de su naturaleza procesal.

Históricamente en la conducción del proceso se han debatido dos corrientes: la supremacía de la libertad individual de las partes sobre el juez espectador y la jerárquico autoritaria que postula el aumento de los poderes del juez para la dirección y conducción del proceso así como la vigilancia de la conducta de los justiciables, generando con ello a un juez-director del proceso.

El aforismo *iura novit curia*, se presenta como una restricción al clásico principio dispositivo y al contemporáneo principio de autoridad. Reconoce la necesaria libertad con que debe contar el juez para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro del tipo legal; libertad que subsiste aun en la hipótesis que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones. En otras palabras, implica conferir al juez la facultad de calificar libremente la relación jurídica en litigio, sin tener en consideración que las partes puedan haber efectuado un encuadro diverso del hecho a la norma.

El juez no está obligado a seguir a los litigantes en sus planteamientos jurídicos; puede apartarse de ellos cuando los considere erróneos, invocando precisamente el *iura novit curia* porque son objeto de decisión los petitorios no las razones

jurídicas que expongan. El juez debe dirimir la litis con prescindencia de las alegaciones normativas efectuadas por los justiciables. Como señala Peyrano<sup>(1)</sup> al juez le está vedado, dentro de un esquema procesal crudamente positivista, ser curioso respecto del material fáctico; pero puede, y debe, emprender una búsqueda sin fronteras, tendiente a subsumir rectamente aquel dentro del ordenamiento normativo.

Esta búsqueda constituye un verdadero deber para el juez por su carácter de órgano técnico encargado de aplicar rectamente el derecho; por ello debe suplir la ignorancia normativa, o en su caso, subsanar el yerro cometido al fundar normativamente sus pretensiones y defensas. Según Monroy,<sup>(2)</sup> se justifica el aforismo desde una perspectiva teórica, afirmándose que si el juez es el representante del Estado en un proceso, y este (Estado) es el creador de la norma jurídica, entonces no debe dudarse que su representante —el juez— es la persona más indicada para identificar y aplicar la norma correcta”; sin embargo hay ordenamientos que rechazan la vigencia de este principio pues consideran que el juez ignora cuales normas rigen el *thema decidendum*. Se dice que las partes deben invocarlas y probarlas, quedando el juez obligado a aceptar el enfoque normativo efectuado por los justiciables.

Consideramos que el empleo de este principio por parte del juez debe operar con prudencia, limitado por la congruencia procesal, esto es, “no puede ir más allá del petitorio ni fundando su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”. Debe aplicar la norma siempre enmarcada dentro de las situaciones presentadas por las partes. De no ser así se estaría permitiendo la indefensión para las partes que han armado su estrategia sobre la base de normas que a la postre resultan inaplicables

Mediante este principio se reafirma el deber del juez de tener en cuenta —de manera preferente— la Constitución cuando resuelva un caso. Es obligación del juez aplicar el derecho aunque haya sido invocado erróneamente; en esta actividad el juez asume un rol contralor constitucional, de oficio, dentro de lo más estricto de su función. La actividad contralora importa una cuestión de derecho donde el juez no está vinculado por el derecho que las dos partes aleguen.

2. Como ya hemos señalado, el juez debe aplicar la norma siempre enmarcada dentro de las situaciones fácticas presentadas por las partes. Es importante reafirmar ello, porque —a diferencia de la regulación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil— que también recoge el *iura novil curia*, no solo debe limitarse a la demanda, sino que bajo una interpretación extensiva, podría aplicarse a la reconvencción, pues, el aforismo impone al juez el deber de aplicar el derecho que corresponda en el proceso, durante todo su recorrido y no respecto de un

(1) PEYRANO, Jorge. El proceso civil, principios y fundamentos. Astrea. Buenos Aires, 1978, p. 97.

(2) MONROY, Juan, op. cit., p. 281.

determinado acto procesal, como aparentemente lo restringiría a la demanda, la redacción del Código Civil.

Por otro lado, que reafirma el señorío pleno de las partes sobre el proceso; dominio que se perdería si se permitiera al juez apreciar hechos no alegados por los litigantes o concediera cosas no reclamadas. Con ello se busca frenar cualquier eventual exceso de autoridad del juez, al limitar su intervención al material fáctico que solo las partes pueden impetrar. El juez se encuentra encerrado dentro del círculo de hierro formado por los hechos alegados y probados por las partes, pero, no se encuentra obligado a aceptar el encuadramiento normativo propiciado por estas.

La congruencia exige que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima.

El juez al dictar su sentencia no puede ir más allá de lo pedido por las partes. Tiene que existir congruencia entre lo pretendido y lo que declara el juez en su fallo. Si esta se pronuncia más allá de lo pedido estamos ante sentencias *ultra petita*, si se pronuncia agregando una pretensión no reclamada estamos ante las pretensiones *extrapetita* y si omite pronunciarse sobre alguna pretensión solicitada estamos ante la sentencia *citrá petita*.

Para Reicer<sup>(3)</sup>, la congruencia en el proceso civil comprende los siguientes aspectos: a) resolución de todas las pretensiones deducidas, es decir, prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b) resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas, o sea, prohibición de resolver pretensiones no ejercitadas o alterar o exceder las deducidas; y c) aplicación de las reglas precedentes a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas.

Un análisis particularizado sobre la incongruencia producida respecto de los litigantes, del material fáctico aportado por ellos y de las reclamaciones formuladas, es trabajado por Peyrano<sup>(4)</sup>. Considera que se presenta incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional dirimente condena a quien no era parte juntamente con quienes sí lo eran (incongruencia subjetiva por exceso) u olvida condenar a quien lo merecía tanto como los incluidos en la resolución (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demanda (incongruencia mixta). Con respecto al material fáctico, se reconoce tres categorías: por exceso, por defecto y mixta. En el primer supuesto, opera cuando la sentencia resuelve una cuestión no planteada; por defecto, cuando la decisión omite resolver una cuestión oportunamente planteada; y mixta cuando se resuelve una cues-

(3) REICER, Abraham. "La congruencia en el proceso civil". En: Revista de Estudios Procesales. Nº 5, p. 18. Citado por PEYRANO, Jorge. Op. cit., p. 64.

(4) PEYRANO, Jorge. Op. cit., p. 65.

ción distinta; por último, la incongruencia objetiva, puede darse por exceso, cuando el juez concede más de lo reclamado (*ultrapetita*) y por defecto cuando el juez, sin razón valedera otorga menos de lo reclamado. La incongruencia objetiva *extrapetita* se da cuando el juez otorga algo que no ha sido impetrado por las partes; en tanto que habrá *citrá petita* si aquel omite pronunciarse sobre la viabilidad de alguno de los pedidos deducidos.

3. Especial comentario merece la posición que vienen asumiendo algunos procesalistas, en el divorcio por causal, para justificar que bajo el iura novit curia es posible que el juez se pronuncie por una causal distinta a la invocada, bajo el argumento que el demandante ha calificado erróneamente los hechos y que más bien, los mismos, configuran otra causal.

En esta línea, Juan Morales Godo<sup>(5)</sup> sostiene que si se trata de los mismos hechos invocados por el demandante, los cuales han sido debidamente acreditados, pero dicha acreditación no es útil para las causales invocadas, pero sí para otra causal no invocada por el actor, el juez, como técnico en derecho, aplica la norma jurídica pertinente.

Si bien no se modifican los hechos, surge la interrogante si con ello se modifica el petitorio. Según Morales Godo, este no se altera, pues el juez nova a resolver sobre algo distinto a lo que quiere el actor, como es, la disolución del vínculo matrimonial. "El juez en ese sentido, no le da algo diferente a lo deseado por el actor, sin embargo, se objetará diciendo que se excede el juez porque está yendo más allá de la real voluntad del actor, que es que se declare la disolución del vínculo matrimonial, pero por las causales invocadas, no por otras, que alguna razón puede haber tenido para no invocarlas. Este último tema es el más delicado, porque en efecto, el juez al resolver por otra causal, asume que el demandante se ha equivocado o lo ha omitido aún cuando no sea con conocimiento de causa"<sup>(6)</sup>.

Cuando se pronuncia sobre algo no demandado en el petitorio, no transgrede el principio de congruencia, porque no se le otorga algo distinto a lo que pretende realmente el actor, como es, la disolución del vínculo matrimonial.

Tampoco se vulnera el contradictorio pues el juez al pronunciarse sobre una causal no invocada, lo hace en base a los hechos y las pruebas materia del debate en el proceso. El juez no introduce hechos nuevos; los hechos están allí, expuestos por las partes. Los hechos relevantes son los que jurídicamente han sido considerados por el actor en el petitorio, pero calificados jurídicamente, en forma errada.

(5) Véase sobre el particular el trabajo presentado por Morales Godo Juan, "iura novit curia: una propuesta de aplicación a los casos de divorcio" en *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, N° 36, año 2, martes 8 de Marzo del 2005, Lima, pp. 1-2.

(6) *Ibidem*

**JURISPRUDENCIA**

*Es nula la sentencia que declara un derecho preferente a favor del demandante mucho mayor al que este ha solicitado.*

*Por el principio de congruencia y por lo regulado en el artículo VII del TP del CPC, el juez no puede darle a las partes más allá de su petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por ellas (Exp. Nº 56-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 202).*

*El juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que no han sido alegados por las partes.*

*Es nula la resolución si el juez se pronuncia sobre el mejor derecho a la propiedad, el mismo que no ha sido objeto de la demanda. Dicha controversia debe ser dirimida por CO-FOPRI (Exp. Nº 889-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 146).*

*Resulta imposible que la voluntad del pretensor sea modificada por decisión jurisdiccional, en razón de tratarse de un derecho inherente a la persona como justiciable.*

*No se puede resolver en función de intereses particulares distintos al invocado, situación que reafirma el artículo VII del TP del CPC.*

*La función correctora y supletoria del juez, respecto a la aplicación de la norma responde al derecho discutido, mas no se refiere a la persona que invoca la titularidad del mismo (Exp. Nº 4301-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 143).*

*El juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar sus decisiones en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.*

*Si se demanda la acción petitoria de herencia, el juez no puede declarar a quienes quedan como legítimos sucesores para concurrir a la herencia, pues, ni de la demanda ni de la contestación se ha solicitado ello (Exp. Nº 4105-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 144).*

*La resolución del contrato es una sanción derivada por el incumplimiento de las prestaciones; situación distinta a que este haya sido resuelto por acuerdo de las partes y luego se pretenda el cumplimiento de ese acuerdo. Ello importaría modificar el petitorio, lo que constituye un imposible jurídico, a tenor del artículo VII del TP del CPC (Exp. Nº 13-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 106).*

*El objeto del acto jurídico se entiende como el resultado que las partes esperan obtener con el acto.*

*Si el fin del acto jurídico, es el mutuo con garantía hipotecaria, la intención oscura de alguna de las partes no puede analizarse desde ese punto, porque las causales de dolo, fraude, engaño, ardid y simulación, son causas de anulabilidad respecto de las cuales no cabe pronunciamiento, porque implicaría modificar el petitorio de nulidad que se demanda, en transgresión del artículo VII del TP del CPC (Exp. Nº 59856-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 6).*

## TÍTULO PRELIMINAR

---

La obligación judicial de aplicar el derecho, invocado o no en la demanda, a los hechos expuestos en ella, tiene relación con la limitación que tiene el juez de no ampliar el marco de análisis de la situación controvertida que puede ser enfocada desde varias instituciones jurídicas, prefiriéndose el punto que encuentre identidad con la relación fáctica del petitorio (**Cas. Nº 2632-99-Callao, El Peruano, 20/06/2000, p. 5498**).

Si bien los jueces tienen la obligación de aplicar la norma pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda; también es que, la iniciativa del proceso civil corresponde a los litigantes, quienes son los que deben promoverlo y soportar la carga de alegar y probar los hechos constitutivos de sus pretensiones y los obstativos de las pretensiones contrarias.

Por el principio del iura novit curia el juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte; en cambio, no puede alterar la naturaleza y las articulaciones de la pretensión misma, pues esto es carga de la parte. El juez en virtud de la congruencia de sentencias, queda vinculado a resolver sobre la pretensión que la parte formula (**Exp. Nº 202-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 286-287**).

El juez en la motivación de su sentencia debe invocar el derecho que corresponde a la pretensión y no el señalado erróneamente por las partes (**Exp. Nº 382-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 255**).

El juez no puede ir más allá del petitorio. No se puede ordenar en ejecución de sentencia se comprenda dentro de la independización y reglamento interno, las cocheras, que no obstante corresponder al inmueble de litis, provienen de otro título distinto al que ha sido materia de este proceso (**Exp. Nº 213-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 276**).

La elección de la pretensión corresponde al sujeto activo de la relación procesal, quien es el obligado a puntualizar inequívocamente la acción que escoge; en tanto, el juez no puede sustituirlo ni menos ir más allá del petitorio (**Exp. Nº 607-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 300-301**).

Es nula la sentencia si el juez al dictar la misma procede a la liquidación de la sociedad de bienes gananciales sin que haya sido solicitado por las partes. El juez no puede ir más allá del petitorio (**Exp. Nº 304-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 329**).

Tal como lo expresa la doctrina procesal más reconocida, el juez puede suplir el derecho no invocado, pero no le está permitido suplir los hechos, cuya exposición y prueba corresponde a las partes, a cuyo cargo serán las consecuencias de su omisión o negligencia (**Exp. Nº 35-95-Lima, Editora Normas Legales S.A. Tomo 249, Febrero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.23-A.24**).

Si bien la recurrida en forma ambigua y contradictoria señala primero, que la cambial no cumple con el requisito del protesto, como si se tratara de una acción cambial, sin embargo, contradictoriamente señala a continuación que el actor no ha acreditado la relación subyacente, dando a entender que se trata de una acción causal; en todo caso, debe interpretarse que la recurrida ha calificado la pretensión como una acción derivada del

*título valor, es por ello que ha declarado improcedente la demanda, con lo cual ha devenido el fallo impugnado en incongruente por exceso, en tanto se ha resuelto una cuestión no planteada en la etapa postulatoria (Cas. N° 713-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 260, Enero 1998, Trujillo-Perú, pp. A.11-A.13).*

*Transgrede las formas esenciales para la validez de los actos procesales, la sentencia que falla más allá del petitorio reclamado (Exp. N° 1561-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 213-214).*

*Los jueces deberán en su oportunidad aplicar las normas jurídicas pertinentes, en la forma que corresponda (Exp. N° 1900-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 166-168).*

*Si el juez no pudo advertir las deficiencias de la demanda en la etapa postulatoria, no puede remediarlas en la sentencia invocando el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Exp. N° 102-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 196-197).*

*Los jueces no pueden resolver más cuestiones de hecho y derecho que las partes someten a su conocimiento y que hayan sido planteadas, discutidas y fijadas en los escritos fundamentales del pleito.*

*No obstante que se incurre en exceso de pronunciamiento el ordenar la cancelación de las hipotecas que no han sido demandadas, por economía procesal debe declararse la nulidad e insubsistencia de estas (Exp. N° 641-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 509-510).*

*Aun cuando las sentencias inferiores se han pronunciado sobre la pretensión demandada disponiendo la división de los bienes sin que se haya liquidado previamente la sociedad de ganancias, corresponde aplicar el principio del iura novit curia: esto es que el juez puede corregir el derecho mal o insuficientemente invocado por las partes siempre y cuando exista una real congruencia entre los hechos y las pruebas actuadas.*

*La omisión de aplicar dicho precepto no acarrea la nulidad. No existe nulidad cuando la subsanación del vicio no ha de alterar el sentido de la decisión (Exp. N° 273-95-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 512-513).*

*El juzgador carece de facultad para sustituir o modificar los hechos que sustentan la pretensión (Exp. N° 715-95-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 521-522).*

## PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

### ARTÍCULO VIII

*El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial.<sup>(1)</sup>*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 139 num. 16.
<b>C.P.C.</b>	arts. 179 a 187, 410 y ss., 420 y ss.
<b>C.P. Const.</b>	art. III.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 24, 295 y ss.
<b>R.ADM. 1067-CME-PJ</b>	arts. 1 y ss.
<b>LEY 26846</b>	arts. 1, 6.

### Comentario

1. El acceso a la justicia sirve para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Dichos propósitos –señala Cappelletti y Garth– deben orientarse a contar con un sistema accesible para todos; y que brinde resultados individual y socialmente justos. El derecho a un acceso efectivo a la justicia se reconoce, cada vez más, como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva.<sup>1</sup> En ese sentido, resulta atendible la idea de Cappelletti, de calificar al acceso a la justicia como el derecho humano más fundamental, en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar –y no solamente proclamar– los derechos de todos.

2. Como ya se ha señalado, este principio está ligado a la idea del libre acceso de los justiciables al Órgano jurisdiccional, sin embargo, la desigualdad económica de las personas, la lejanía geográfica de las sedes judiciales, los patrones culturales y lingüísticos, constituyen los principales obstáculos para un efectivo acceso a la justicia. Frente a ellos decimos que el desequilibrio económico de los litigantes, va a permitir ventajas o desventajas estratégicas en los litigios, puesto que las personas que posean mejores recursos financieros podrán darse el lujo de iniciar un litigio y soportar los retrasos de este, si así fuere la estrategia trazada.

(1) CAPPELLETTI Mauro y BRYANT Garth, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 9-10.

Para permitir el equilibrio entre los justiciables, no solo para el acceso sino para la permanencia en el proceso, se ha optado por asistir a las partes económicamente débiles a través de la figura procesal del auxilio judicial; a pesar de ello, este postulado en la realidad no es viable porque nunca son suficientes los mecanismos que crea el Estado para tal efecto, en tanto este propicie y mantenga la desigualdad económica entre los hombres. De ahí que, este principio aparezca como un ideal, pues, la realidad nos dice que el proceso civil sigue siendo costoso y el ciudadano solamente tiene real acceso a la justicia, si dispone de suficientes medios económicos. Bajo esa óptica resulta declarativo la gratuidad de la administración de justicia y la defensa gratuita para las personas de escasos recursos que regula el artículo 139 inciso 16 de la Constitución Política, pues, consideramos que existe un acceso a la justicia igualitaria de derecho mas no de hecho.

3. En estos últimos tiempos venimos apreciando algunos deplorables criterios judiciales, en la ciudad de Ayacucho, para postergar el acceso a la justicia, cuando el documento de identidad (DNI) del justiciable hubiere caducado. Para nada interesa que exista la inscripción ante el Registro Nacional de Identificación (RENIEC) y que el documento de identidad caduco contenga el Código Único de Identificación, mas aim, si conforme lo señala el artículo 31 de la Ley Orgánica de la RENIEC, este Código Único de identificación se mantendrá invariablemente hasta el fallecimiento de la persona, como único referente identificatorio de la misma. Sobre el particular, véase el pronunciamiento recaído en el proceso seguido por *Olga Dora Santa Cruz viuda de Tello con el Consejo Universitario de la Universidad de San Cristobal de Huamanga, sobre Accion de Amparo*. En este proceso, la Sala Civil de Ayacucho, **declare la nulidad de la sentencia y la insubsistencia de todo lo actuado**,<sup>2</sup> por que la actora, al momento de haber interpuesto el amparo constitucional, su DNI habia caducado. El mensaje que trasmite dicho Colegiado senala que mientras no se encuentre renovado el DNI, las puertas del proceso judicial set-an cerradas; y si a pesar de ello, se hubiere –a puntillas– osado ingresar, sin que el juez y las partes lo advirtieran en su momento y fuere descubierto, al final de la batalla –con sentencia en mano– se declarara, sin mayor contemplacion, la nulidad de ella y de todo lo actuado. La Sala Civil sostiene, como la demanda ha sido interpuesta por quien no se hallaba "habilitado" para ejercerla (por no tener su DNI renovado); al no haber el juez reparado en ese aspecto fundamental al calificar la demanda, procede declarar la nulidad de todo lo actuado, situacion que no compartimos y que es materia de especial comentario al desarrollar el artículo 171 CPC<sup>3</sup>.

(2) Resolución de fecha 18 de noviembre del 2004 recaída en el Exp. N° 2004-290. Interviniendo como Ponente el Vocal Superior Hugo Palomino Enríquez. Sala conformada además por Rojas Ruiz de Castilla y Tapia Montoya.  
(3) Sobre el particular, léase el artículo publicado por Ledesma Marianella, "La nulidad procesal y legitimatio ad processum habilitada" en *Dialogo con la Jurisprudencia*, junio, N° 81, Gaceta Juridica, Lima, 2005, p. 133.

## PRINCIPIOS DE VINCULACIÓN Y DE FORMALIDAD

### ARTÍCULO IX

*Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.*

*Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 171, 172, 1DF, 2DF, 4DF, 5DF, 6DF, 10DF.
C.P. Const.	arts. III, VIII, 13.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 num. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

CPCM Iberoamérica	art. 12.
CPC Colombia	art. 6.

---

## Comentario

---

1. Una vieja creencia que ha acompañado a la práctica judicial nacional es calificar a las normas procesales como de orden público. Monroy<sup>(1)</sup> se refiere a ellas como normas que contienen una propuesta de conducta, que puede o no ser realizada por una de las partes, sin que su incumplimiento afecte el sistema jurídico o las reglas de conducta social consensualmente aceptadas. Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, ubicadas en el derecho público, sin que ello signifique que sean de orden público.

La norma procesal recoge imperativos categóricos, tanto de mandatos como de prohibiciones, a la voluntad de los particulares, de suerte que la observancia de la norma no puede dejarse a la espontaneidad de los sujetos a quienes tales imperativos se dirigen.

El Derecho Procesal está adscrito al Derecho Público –a pesar que en el proceso civil se discutan derechos de índole privado– por el rol que asume el Estado en el proceso, a través de sus órganos judiciales. Estos, al ser titulares de un

---

(1) MONROY, Juan. Introducción al proceso civil. Themis. Bogotá, 1996, p. 104.

poder público, no se hallan equiparados a las partes o a los terceros, sino que se encuentran en un plano supraordenador con respecto a los restantes sujetos procesales, a quienes imponen, en forma unilateral, la observancia de determinadas conductas.

Algunos autores erradamente consideran que el carácter público o privado del Derecho Procesal depende de la concepción general que inspire a la legislación sobre los poderes de los jueces. Para quienes ubican al proceso civil dentro del Derecho Público confieren a los jueces un papel preponderante en la dirección de los procesos, mientras que aquellos que lo consideran como una rama del Derecho Privado le asignan al juez el carácter de espectador en el litigio.

Esta postura es errada porque la mayor o menor intensidad de los poderes conferidos a los jueces en la dirección del proceso, constituye una circunstancia que no afecta la posición jerárquica del juez respecto a los restantes sujetos procesales. La limitación de los poderes judiciales, por importante que sea, no se equipara con el que gozan las partes y terceros, ni mucho menos engendra una relación de subordinación del juez hacia las partes.

El carácter público del Derecho Procesal, señala Palacio<sup>(2)</sup>, prohíbe a las partes derogar o alterar mediante pactos las normas que regulan el funcionamiento de los órganos judiciales, así como aquellas que reglamentan los requisitos y efectos de los actos procesales. La relación de subordinación de las partes hacia el órgano jurisdiccional constituye uno de los elementos que califica al proceso judicial como de Derecho Público.

2. Clásicamente se consideraba que las formalidades procesales tenían que ser de obligatorio cumplimiento. Las actuaciones procesales eran exageradamente ritualistas que apenas se diferenciaban de una ceremonia religiosa; esta exageración originó los abusos y las degeneraciones del formalismo, ya que la forma fue adquiriendo un valor esencial, por la forma misma, con prescindencia de su objeto y de su fin.

Esta posición ha sido superada hoy en día con la influencia del sistema publicístico en el proceso civil, atribuyendo al juez –director del proceso– la facultad de adecuar la exigencia de la forma más apta para obtener el propósito perseguido en el proceso: solución al conflicto y restablecer la paz social.

Concurren al proceso dos principios antagónicos para abordar la forma de los actos procesales. Uno que propicia la liberalidad, sin embargo, no puede contrarrestar la arbitrariedad y el caos que dicha posición genera; y otra, la formalidad que privilegia el abuso de la forma y la postergación del derecho.

---

(2) PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Abeledo Perrot. Buenos Aires. T.1, p. 29.

Frente a estas dos posturas emerge el sistema de la “legalidad de formas” que asegura con mayor eficacia los fines del proceso. Este sistema permite mayor seguridad jurídica para todos los sujetos que concurren al proceso, pues, solo se sanciona cuando su incumplimiento viole o lesione derechos fundamentales o su trascendencia sea imperativa para la validez del proceso.

Nuestra legislación regula las dos posiciones: la libertad de formas y la legalidad de estas. El arbitraje privado es una expresión de la primera y la legalidad es impuesta como regla general en el artículo 171 del CPC.

La regulación normativa de la forma implica la indicación del conjunto de condiciones que debe reunir el acto procesal para producir un efecto jurídico. Se vincula con la función y trascendencia de cada acto procesal en el proceso y asegura seguridad jurídica para todos los sujetos del proceso y permite la igualdad de los justiciables.



## JURISPRUDENCIA

*El Código Procesal contiene una norma que atañe a la conducta del juez y de las partes. En algunos casos tiene carácter imperativo, de tal manera que todos los actores en el proceso deben acatarlas, mientras que en otros, sea que se faculta al juez o porque la norma no trasciende la finalidad del proceso, se puede adecuar o eximir su cumplimiento, sin incurrir en sanción de nulidad (Cas. Nº 554-2000-Lima, El Peruano, 17/09/2000, p. 6277).*

*Las normas procesales pueden ser “rígidas” o “flexibles” para el juez y “absolutas” o “dispositivas” para las partes, según se encuentre en juego el orden público o el interés privado, de ahí que no todas las normas de procedimiento son de orden público. Asimismo, no existe un criterio definido para determinar en qué medida se encuentra comprometido el orden público, para distinguir una norma de interés público de una de interés privado, por lo que queda solo resolver teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de cada disposición (Cas. Nº 2400-98-Lima, El Peruano, 03/05/99, p. 2947).*

*La voluntad de las partes tiene su límite en las normas legales de orden imperativo. Si la restricción a la propiedad no se basa en necesidad pública, o interés social, no resulta legítima (Exp. Nº 184-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 173).*

*Si bien la competencia territorial es prorrogable, los cambios administrativos en el Poder Judicial no pueden ir más allá de las disposiciones legales de mayor trascendencia, por su rango (Exp. Nº N-740-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 266).*

## PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

### ARTÍCULO X

*El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 139 num. 6.
<b>C.P.C.</b>	art. 319.
<b>C. de P.P.:</b>	arts. 361 a 365.
<b>C.P. Const.</b>	arts. III, IV.
<b>LEY 27444</b>	art. 210.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 11.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>CPC Colombia</b>	art. 3.
---------------------	---------

### Comentario

En el proceso primitivo no se concebía la pluralidad de instancias porque se consideraba que el fallo era expresión de la divinidad, por tanto, no se admitía que exista un órgano superior a ella capaz de revocar sus decisiones. En la medida que el proceso se va incorporando al orden estatal, se fue advirtiendo la conveniencia de proteger a las partes del error o la arbitrariedad del juez.

Modernamente la organización judicial puede presentarse, según los grados de conocimiento, en instancia única o en instancia plural. Según Monroy<sup>(1)</sup>, los que han incorporado y consolidado procesos de instancia única, son aquellos que han logrado una considerable evolución del Derecho y del proceso, así como un elevado desarrollo en la solución de sus problemas básicos; por esa razón, estando al proceso de evolución de los estudios procesales en el Perú y de solución de sus problemas esenciales, no sería oportuno por ahora concretar legislativamente procesos de instancia única".

Por otro lado, los que asumen la posición de pluralidad de instancias la justifican como la garantía del individuo frente al Estado, frente a las providencias de los jueces, para que sean revisados por otros jueces de superior jerarquía el control de legalidad y justicia. La legislación suele limitar sus instancias a dos o a un máximo de tres. El derogado Código de Procedimientos de 1912 es una expresión de la pluralidad de instancias, al permitir no solo que los jueces de las salas civiles de la Corte Superior conozcan del recurso de apelación sino que, a través del recurso de nulidad, se permitía la intervención de las salas de la Corte Supre-

(1) MONROY, La formación del proceso ..., op. cit., p. 287.

ma. La Constitución Política del 93 también regula la pluralidad de instancia (artículo 139 inciso 6) a diferencia del Código Procesal Civil que lo restringe a la doble instancia.

El principio de economía procesal es el principal sustento para los partidarios de la instancia única pues consideran que la multiplicación de instancias, so pretexto del control de legalidad, permite la presencia de procesos eternos y costosos; sin embargo, los valores jurídicos de seguridad y orden no se encuentran en función directa con el número de instancias, y los postulados de economía y celeridad pueden darse igualmente en ambos tipos procesales: la instancia única y la plural.

Sobre el número de jueces que deben fallar en el mismo grado de conocimiento, existen dos criterios: la intervención de un juez (los unipersonales o singulares) y la intervención de varios jueces (los pluripersonales o colegiados). En los regímenes sometidos a la doble instancia se reserva al primer grado a los unipersonales, mientras que al segundo grado a los pluripersonales; en los ordenamientos procesales de instancia única, existe la tendencia hacia los jueces pluripersonales. Nuestra legislación procesal opta por el doble grado de conocimiento, como juez único en el primero y múltiple en el segundo, pero con las adecuaciones de la celeridad en el proceso.

Un aforismo íntimamente ligado a la doble instancia es el *tantum devolutum quantum appellatum*, que implica a decir de Calamandrei<sup>(2)</sup>, "...el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita solo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura". La *reformatio in peius* también concurre al accionar del colegiado superior en grado de apelación y consiste en atribuirle una competencia revisora restringida a los aspectos desfavorables a la quejosa, por tanto, el superior no puede modificar lo resuelto por el juez inferior en sentido favorable a las pretensiones del impugnante, a menos que su contraparte recurriera a esa parte de la resolución del inferior.

Ariano<sup>(3)</sup> califica a las impugnaciones, en especial a la aplicación, una suerte de "garantías de las garantías", esto es, una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario

(2) CALAMANDREI, Piero. "Apuntes sobre la reformatio in peius". En: Estudios sobre el proceso civil, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, Omeba, p. 301, citado por PEYRANO, Jorge. El proceso civil. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 67.

(3) ARIANO, Eugenia. "Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso", en *Advocatus*, N° 09, 2003-II, Universidad de Lima. Lima, p. 402.

del poder por parte del juez a quo y, por el otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo; sin embargo precisa, que las impugnaciones van mucho más allá de la posibilidad de llevar una controversia, ya resuelta en primer grado a un segundo. “El alcance garantista de las impugnaciones no se agota en poder impugnar la resolución final del proceso en primer grado para lograr su sustitución por otra (o su anulación), sino también en poder impugnar todas las resoluciones que a lo largo del *iter* del proceso se pueden emitir. Y es aquí donde nuestro CPC peca de cierto “antigarantismo”<sup>(4)</sup>.

En oposición a la impugnación, Priori<sup>(5)</sup> señala que si el error es el gran fundamento de esta, habría también que permitir que la decisión de quien revisa sea también revisada, pues, ella al ser emitida por un ser humano, es también susceptible de error, y por tanto, jamás existiría decisión judicial definitiva ni se alcanzaría la paz social en justicia. Para dicho autor, es sumamente importante que se llegue a una decisión justa lo más rápido posible. “ello parece no importar, parece mucho más importante que exista todo un complejo sistema de impugnación donde todas las resoluciones puedan ser apeladas. Se olvida que ello recarga la tarea del juzgador. Se olvida que con ello no solo el proceso, sino todo el sistema procesal se vuelve más lento, y, en consecuencia, menos fiable”<sup>(6)</sup>.

Frente a dichas posiciones decimos que si bien la doble instancia es una garantía contra la arbitrariedad, el error, la ignorancia o la mal fe del juez; no se puede dejar de desconocer que las apelaciones limitan la tutela pronta y oportuna de los derechos afectados, sin embargo, la realidad socio-jurídica de nuestro país, todavía no hace aconsejable optar por la instancia única.

Bajo una deformación del mundo jurídico, que cuestiona la pronta justicia, se recurre a la apelación –no como un mecanismo para corregir los errores de la resolución impugnada que genera agravio– sino todo lo contrario, un medio para dilatar la solución del conflicto. Decimos ello porque en la argumentación para la búsqueda del error y del agravio se fuerza la realidad fáctica y jurídica, para alegar (a sabiendas) hechos contrarios a la realidad y justificar así la apelación. El Código Procesal lo califica y sanciona como acto de temeridad o mala fe procesal. Como señala el inciso 1 del artículo 112 CPC, constituye temeridad procesal, “cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio”. Véase el caso, de la apelación a una sentencia, que bajo el ropaje del agravio y del error, reproduce el apelante los argumentos ya

(4) Op. cit., p. 401.

(5) PRIORI Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción” en *Advocatus*. N° 09, 2003-II. Universidad de Lima. Lima, p. 405.

(6) Op. cit., p. 418.

## TÍTULO PRELIMINAR

---

planteados a una excepción resuelta desfavorablemente en el saneamiento, la misma que no fuera impugnada en su momento; o el caso, de alegar hechos contrarios a la realidad, en la apelación, para generar confusión y dilación en el proceso.

Frante a ello decimos que si bien la doble instancia es una garantía del debido proceso, también es cierto que la tutela efectiva se afecta por impugnaciones temerarias, a las que el juez como director del proceso tiene el deber de sancionar. Léase en ese sentido, la última parte del artículo IV del TP CPC que dice: “las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad lealtad y buena fe. El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria”.

El Código regula en el artículo 111 CPC, la sanción pecuniaria al abogado que ha actuado con temeridad o mala fe; sin perjuicio de ello debe remitirse copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiere haber lugar.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el juez es responsable disciplinariamente por conceder una apelación, que no contenga agravios que corregir. Si bien el juez revisor declara la nulidad y la insubsistencia del concesorio de apelación, la afectación al principio de celeridad procesal y tutela efectiva, es mas cuestionable cuando la apelación ha suspendido la ejecución del acto impugnado, como sería el caso de la sentencia que ampara un derecho, pero que su ejecución se posterga a las resultas de la apelación concedida indebidamente por el juez inferior. Sobre el particular, léase lo señalado en el artículo 213 LOPJ que dice: “Los magistrados, en el conocimiento de los procesos o medios impugnatorios, están obligados a aplicar las sanciones de apercibimiento o multa cuando advierten irregularidades o deficiencias en la tramitación de los procesos, no siendo necesario trámite previo. En la resolución se menciona el motivo de la sanción, la que es notificada al infractor y anotada en el registro de medidas disciplinarias y en su legajo personal”.

En conclusión, a pesar que las impugnaciones pudieren generar dilaciones al proceso y afectar la tutela efectiva, la doble instancia debe seguir manteniéndose, como garantía contra la posible arbitrariedad o error del juez; sin embargo, cuando la impugnación se ejerce con manifiesta carencia de fundamentación jurídica y se aleguen hechos (a sabiendas) contrarios a la realidad, este ejercicio temerario debe ser sancionado por quien lo hubiere propiciado, tal como lo permite el artículo 111 CPC.

## TÍTULO PRELIMINAR

---



### JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia que resuelve una pretensión parcial. Ella no puede ser objeto de convalidación, en atención al principio de la doble instancia que regula el artículo X del TP del CPC (Exp. N° 4797-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 191).*

*La falta de motivación en la sentencia debe ser sancionada. No puede convalidarse por el colegiado porque se afectaría la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, pues se argumentarían situaciones no consideradas por las partes al apelar; que de afectar sus intereses, estas no podrían impugnar para su reexamen (Exp. N° 4129-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 187).*

*La indemnización implica una obligación solidaria, mas no mancomunada; por tanto, no se puede ordenar pagar cantidades distintas a cada uno de los emplazados porque el monto es único.*

*Si el juez no ha compulsado adecuadamente la responsabilidad que atañe a cada uno de los demandados, de acuerdo a la prueba actuada, no puede determinarse por el colegiado, en atención al principio de la doble instancia (Exp. N° 4675-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 96).*

*La facultad conferida a los abogados patrocinantes en el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no les faculta a interponer apelaciones ni ningún otro recurso impugnatorio, lo que solo puede ser formulado por los propios justiciables. Las normas establecidas en el Código Procesal Civil se aplican preferentemente respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Exp. N° 608-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 288).*

*Toda resolución que cause estado, es decir, que resuelva algo de manera definitiva dentro del proceso, es apelable, en virtud del principio constitucional de la doble instancia.*

*La modalidad de la apelación dependerá de la trascendencia de la misma (Exp. N° N-700-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 394).*

*Habiendo planteado al mismo tiempo la nulidad de la sentencia y la apelación de la misma no debe el juzgador denegar ambas, pues se atentaría contra el principio del acceso a la tutela jurisdiccional, así como la instancia plural y la revisabilidad de los fallos (Exp. N° 182-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 124-125).*

*Si bien es cierto el artículo trescientos sesentiséis de la norma procesal impone al recurrente la carga de fundamentar su apelación indicando error de hecho o de derecho en que incurre la apelada, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria, esta obligación no puede interpretarse restrictivamente de tal manera que implique una privación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho a la doble instancia.*

## TÍTULO PRELIMINAR

---

*Cuando la denuncia versa sobre una causal in procedendo la Corte necesariamente debe constatar la ocurrencia de dicho vicio al interior del proceso (Cas. N° 268-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.16-A.17).*

*En principio, el juez superior (de segunda instancia) tiene plenitud de poder para revisar, conocer y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el juez inferior, sin embargo, cabe precisar que la extensión de los poderes de la instancia de alzada está presidida por un postulado que limita el conocimiento del superior, recogido históricamente en el aforismo: *Tantum appellatum quantum devolutum*, en virtud del cual, el tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación de los agravios que afectan al impugnante (Cas. N° 136-96-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 267, Agosto 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10).*

# SECCIÓN PRIMERA JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y COMPETENCIA

## TÍTULO I

### JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

#### ÓRGANOS Y ALCANCES DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL CIVIL

##### ARTÍCULO 1

*La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la república.*

---

##### CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 incs. 1 y 2.
C.P.C.	arts. I, V, 126.
D.S. 017-93-JUS	art. 1.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 18.
C.P.C. Colombia	art. 7.

---

#### Comentario

---

1. Jurisdicción es expresión de la soberanía del Estado que se manifiesta en el poder absoluto de juzgar. Solo aquellas personas que están investidas de autoridad lo pueden hacer y sus decisiones –una vez ejecutoriadas– adquieren el valor de cosa juzgada, esto es, se transforman en decisiones inmodificables y absolutas.

El artículo 138 de la Constitución Política señala: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Si partimos de tal supuesto normativo podemos decir que la potestad supone una derivación de la soberanía, por la que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan. A los jueces se les atribuye el *imperium* derivado precisamente de la soberanía. Esta posición encierra una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo si es necesario al uso de la fuerza. En ese sentido, Devid Echeandía<sup>(1)</sup>, define la jurisdicción como “la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana(...) mediante decisiones obligatorias”.

Frente a la posición de considerar a la jurisdicción como expresión de investidura, de jerarquía, se contrapone la idea de jurisdicción-función. La noción de poder es insuficiente porque la jurisdicción es un poder-deber. Junto a la facultad de juzgar, el juez tiene el deber administrativo de hacerlo. En esta línea se ubica Couture al plantear que el concepto de poder debe ser sustituido por el concepto de función.

La jurisdicción, ante todo, es una función. Las definiciones que la conciben como una potestad, solo señalan uno de los aspectos de la jurisdicción. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público. Esa función se realiza mediante órganos competentes. El orden jurídico que regula la organización estatal, crea los órganos adecuados para el ejercicio de cada una de las funciones públicas.

Frente a lo desarrollado, asumimos la posición de Couture<sup>(2)</sup> cuando define la jurisdicción como la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

La función jurisdiccional en su eficacia es un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a los valores que merecen la tutela del Estado. La jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada.

(1) DEVID ECHEANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Dike. 13ed. Medellín, 1994. T. 1, p. 80.

(2) COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma. Buenos Aires, 1977, p. 40.

2. Los elementos que concurren al acto jurisdiccional son tres: la forma, el contenido y el fin. El elemento externo o forma está conformado por las partes, el juez y los procedimientos establecidos en la ley. El contenido de la jurisdicción es la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada; esto en doctrina se denomina el carácter material del acto. El fin consiste en asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación del Derecho.

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Cuando se prohibió que los individuos hagan justicia por mano propia, el orden jurídico les invistió del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción.

La jurisdicción es teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Es un medio de lograr un fin, cual es, asegurar la efectividad del derecho, la continuidad del orden jurídico. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no solo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria.

3. El ámbito de actuación de esa potestad jurisdiccional que tradicionalmente se orientaba a los conflictos entre particulares y a la imposición de las penas ha sido alterado. Como señala Monroy<sup>(3)</sup> “el ejercicio de la potestad jurisdiccional se ha ampliado además al control de la constitucionalidad de las leyes, de tal forma que la jurisdicción no solo se orienta a resolver conflictos, controlar conductas antisociales sino también al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa. Ello es importante porque la jurisdicción al imponer la supremacía constitucional va poder operar con eficacia en la decisión y solución de conflictos y será de mayor obstáculo para el ejercicio arbitrario del poder a través de los juzgados”.

4. En cuanto a la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional esta corresponde a los jueces porque el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción. Asumir la posición que dentro del territorio de cada país, personas o entidades distintas al Estado se constituyan en órganos para la actuación de la ley, es atentar contra la soberanía nacional. A la par que se concede la exclusividad de esta función a los jueces, a estos se les exige que su única función sea la de juzgar.

La jurisdicción es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República.

(3) MONROY, Juan. Introducción al proceso civil. Temis. Vol 1. Bogotá, 1996, p. 216.

## EJERCICIO Y ALCANCES

### ARTÍCULO 2

*Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.*

*Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. I, III, IV, V, IX, 1, 3, 58.
D. LEG. 822	art. 67.
D.S. 017-93-JUS	arts. 2, 7.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	arts. 99, 100, 101.
C.F.P.C. México	art. 1.

---

## Comentario

---

1. Tradicionalmente se concebía a la acción como el derecho material puesto en movimiento, como consecuencia de su violación, a fin de reestablecer su eficacia. No se distinguía la acción del derecho material porque se otorgaba la misma significación, que solo cuando se amenazaba o violaba, adquiría la condición dinámica, facultando a su titular a reclamar ante la jurisdicción su respeto. Se afirmaba que ante la violación del derecho aparecía un nuevo estado, el estado de defensa, que reobraba sobre el contenido y la esencia del derecho mismo al que se le designó con el nombre de acción. Había una identidad entre derecho y acción que se resumía en tres principios: no hay derecho sin acción, de otro modo no tendría eficacia; no hay acción sin derecho porque aquella no es sino un aspecto de esta; y el derecho califica a la acción, generando así las denominadas acciones reales, personales, de garantía.

Las nuevas corrientes procesales enarbolaron la idea de la acción como un derecho autónomo y distinto al derecho material comprometido. Muther señalaba que la acción es un derecho público subjetivo que se dirige contra el Estado y contra el demandado; Watch coincidía en considerarla como derecho público subjetivo que se dirige contra el Estado pero frente al demandado; Chiovenda señalaba que era un derecho potestativo contra el adversario y frente al Estado; Couture

lo ubica como el Derecho constitucional de petición en cuanto se ejercita frente al Poder Judicial.

Tomando como referencia la finalidad que se persigue con la acción se presentan dos posiciones: la teoría de la acción concreta y la teoría de la acción abstracta. La primera sostiene que la acción es el derecho a perseguir y obtener en el proceso una sentencia favorable, en cuanto es el derecho de quien tiene la razón contra quien no la tiene. La segunda posición asume que es el derecho a obtener en el proceso una sentencia, no necesariamente favorable; un derecho que pertenece aun a los que no tienen la razón.

La acción es pues un derecho subjetivo público de activar la jurisdicción mediante el proceso. El derecho de acción no solo se puede ver materializado por la declaración del demandante, a través de la demanda, sino que también es un derecho que puede ser ejercido por el demandado a través de la contrademanda. Este ejercicio produce en el proceso una acumulación de pretensiones. Lo importante de resaltar de la redacción de la norma es que el derecho de acción no se agota en la actividad del demandante, sino que también es extensiva a la que realice el demandado a través de la incorporación de sus pretensiones en el proceso, de ahí que la redacción de la norma en comentario señala “por el derecho de acción **todo sujeto** (...) puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses...”.

2. La tutela jurisdiccional se orienta a pedir a la jurisdicción la solución de un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

El conflicto de manera general es percibido como el conjunto de propósitos, métodos, intereses o conductas divergentes. Atendiendo a la naturaleza del conflicto podemos señalar al conflicto de derecho y al conflicto de intereses. Los primeros son conflictos jurídicos, que reclaman el incumplimiento de convenios o leyes, por citar, un trabajador que no se le abona las horas extras estipulado en el convenio colectivo. Se parte del supuesto que existe una disposición sobre el particular que se trata de interpretar y aplicar. Lo importante es que el conflicto se refiera a una supuesta violación de un derecho establecido y jurídicamente reconocido; en cambio los conflictos de intereses, llamados también económicos o de negocios, son distintos. No se trata aquí de interpretar el contenido de los derechos de las partes en relación con unas reglas ya existentes sino de determinar en qué deben consistir esas reglas. Aquí no existe necesariamente un derecho que se pueda reivindicar, por citar, un salario digno puede justificarse por razón de justicia pero no suele haber ninguna disposición legal a la cual remitirse para ello.

La incertidumbre jurídica está ligada al llamado proceso declarativo. Tomando como referencia la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con el proceso, la doctrina distingue tres tipos de procesos: declarativo o de conocimien-

to, de ejecución y cautelar. Monroy<sup>(1)</sup> al comentar el proceso declarativo señala que este “tiene como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Frente a tales opiniones contrarias (...) el juez decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declararla extinguida esta y crear una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial, con la cual el juez pone fin a la inseguridad o incertidumbre antes expresada”.

3. Frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva emerge como correlato el derecho de contradicción durante todo el desarrollo del debate procesal, de ahí que frente a la demanda se corre traslado a fin de poner en conocimiento del emplazado lo que contra él se pretende, para que pueda refutar no solo los hechos sino también cuestionar el ofrecimiento y la actuación de las pruebas. Las dos partes deben estar en condiciones de presentar alegatos y el que no está conforme con la sentencia puede impugnarla por considerarla agravante, lo cierto es, que el derecho de contradicción está presente durante todo el desarrollo del proceso. Por último, debemos afirmar que este derecho solo busca permitir a ambas partes una razonable oportunidad de ser escuchados. No requiere la efectividad del ejercicio de tal derecho, de tal manera, que si uno de ellos no aprovecha la oportunidad que se le brinda, no puede luego invocar la vulneración del contradictorio.

La noción de igualdad que está presente en el principio de contradicción, no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. Es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas, por citar, el conocimiento de una causal de tacha u oposición, luego del plazo para interponerla, señala el artículo 302, “el juez pondrá en conocimiento a la otra parte, acompañando el documento que lo sustente, apreciando la tacha al momento de sentenciar”. Dicha limitación a la prueba documental, opera luego de haber precluido el momento procesal para interponer tachas, sin embargo, se admite ella pero con una prueba restringida a la documental, por razones de orden y economía procesal. En ese sentido, si la razón es técnica y el desnivel es de poca intensidad, no por ello se viola la esencia del contradictorio.

(1) MONROY, Juan. Introducción al proceso civil. Temis. Bogotá, 1996, p. 137.



### JURISPRUDENCIA

---

*Toda persona, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo solución a un conflicto de intereses subjetivos o a una incertidumbre jurídica.*

*Debe admitirse la demanda si se colige que el actor sería un tercero no comprendido en un proceso judicial fenecido donde se han transferido derechos y acciones de un bien de su propiedad. Dicho hecho debe aclararse en el debate que se produzca y no liminarmente (Exp. Nº 3966-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 283).*

*Si en el proceso de conocimiento, se parte de una situación de incertidumbre a fin de obtener una declaración jurisdiccional de certeza o la solución a un conflicto de intereses, en el proceso ejecutivo se parte de un derecho cierto pero insatisfecho (Cas. Nº 1695-97-Lima, El Peruano, 18/10/98, p. 1976).*

*En los procesos de conocimiento se parte de una situación incierta para obtener un pronunciamiento jurisdiccional de certeza del derecho controvertido. En los procesos de ejecución, se parte de una situación cierta, pero, insatisfecha, y el proceso verá, precisamente, sobre esa satisfacción que debe tener el ejecutante respecto de su acreencia la que se puede reducir mas no alterar (Cas. Nº 871-97-Puno, El Peruano, 19/10/98, p. 1985).*

*La solicitud del recurrente que pide la declaración de soltería porque en su libreta electoral se le ha atribuido erróneamente el estado civil de casado, no puede considerarse dentro del marco de una incertidumbre jurídica con posibilidad de recurrencia al órgano jurisdiccional, por cuanto su formulación es inadecuada para el propósito que busca resolver (Exp. Nº 2733-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 262).*

*La solicitud del recurrente que pide la declaración de soltería porque en su libreta electoral se le ha atribuido erróneamente el estado civil de casado, no puede considerarse dentro del marco de una incertidumbre jurídica con posibilidad de recurrencia al órgano jurisdiccional, por cuanto su formulación es inadecuada para el propósito que busca resolver (Exp. Nº 2733-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 262).*

## REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 3

*Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 2, 4, 700, 718, 722, 810, 822.

---

### Comentario

---

1. En la jurisdicción contenciosa concurren tanto la acción y la contradicción. El derecho de acción es el poder jurídico de reclamar la prestación de tutela jurisdiccional. Es un derecho subjetivo procesal que se dirige al juez, como órgano del Estado, para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento jurisdiccional, al margen que ampare o no, la pretensión interpuesta.

La contestación de la demanda permite la posibilidad de contradecir o no a la demanda. El principio de bilateralidad brinda esa oportunidad y no exige la materialización de la contradicción. Se agota en la mera posibilidad del ejercicio de la contradicción. La contestación encierra el ejercicio de una facultad que es incompatible con la anterior. Por citar, si luego de contestada la demanda, se interpone excepciones –porque todavía se encuentra pendiente el término para interponerlas– ello no puede prosperar porque ha operado automáticamente la preclusión con la contestación de la demanda.

El derecho de contradicción, al igual que el derecho de acción pertenece a toda persona, sea natural o jurídica, por el solo hecho de ser demandada y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante.

La contradicción se fundamenta en un interés general porque no solo mira a la defensa del demandado y la protección de sus derechos sometidos al proceso, sino que, principalmente, contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: a) no se puede juzgar a nadie sin haber sido oído y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos; b) no se puede hacer justicia por sí mismo.

2. La norma reafirma la no limitación ni restricción para el ejercicio del derecho de acción y contradicción, sin embargo, hay algunas voces que confunden el

derecho a la contradicción con la reconvencción y señalan que “la ausencia de reconvencción afecta el derecho de contradicción, limitándola en su ejercicio”, citando como ejemplo, el caso de los procesos sumarísimos y en ciertos procesos abreviados, en la que no se permite ejercer la reconvencción. Frente a ese cuestionamiento, debemos señalar que la reconvencción, o mejor llamada contrapretensión, es una expresión del derecho de acción que tiene el demandado de recurrir a la jurisdicción y que puede materializar ese derecho (según la vía procedimental) dentro del mismo proceso, en la contradicción, provocando como resultado de ello una acumulación de pretensiones, situación que también puede verse materializada en un proceso autónomo, pues, con la reconvencción el demandado ejerce el derecho de acción y no su derecho de contradicción, esto es, su derecho a la defensa. Ahora bien, la justificante para que no se permita la reconvencción en determinados procesos, es evitar la acumulación de pretensiones, en procedimientos breves –como es el sumarísimo– que requiere una tramitación rápida.



## JURISPRUDENCIA

*El acceso a la justicia es una de las garantías reconocida a toda persona para el ejercicio o defensa de sus derechos con sujeción a un debido proceso.*

*Tratándose de la emplazada, esta solo puede hacerse efectiva a través de un emplazamiento válido, mediante el cual se ponga en conocimiento la demanda y las resoluciones judiciales (Exp. Nº 264-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 332).*

*El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite a toda persona, en tanto sea sujeto de derechos, exigir al Estado los requisitos esenciales para solventar el proceso judicial.*

*El órgano jurisdiccional se halla obligado a dar curso a la demanda independientemente del resultado que se logre en la culminación del mismo (Exp. Nº 782-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 261).*

*Es garantía de la administración de justicia el derecho de defensa del que nadie puede ser privado.*

*Con la notificación judicial se cautela aquel derecho elevado a rango constitucional observándose de ese modo el debido proceso (Exp. Nº 1177-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 130-132).*

## CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO IRREGULAR DEL DERECHO DE ACCIÓN CIVIL

### ARTÍCULO 4

*Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	arts. IV párrs. 2 y 3, VIII, 65, 109, 518.
<i>LEY 26887</i>	art. 149.
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	arts. 8, 9.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	art. 96.
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	art. 71.

---

### Comentario

1. El ejercicio de la acción es inherente a todo sujeto de derecho y se materializa con la demanda. La acción se ejerce ante los órganos jurisdiccionales con el fin de obtener el pronunciamiento sobre una pretensión, contenida en la demanda. La pretensión es un acto por el cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a una cierta relación jurídica. Implica la afirmación de un derecho y la reclamación de la tutela jurídica para el mismo, sin embargo, ese derecho puede ser desestimado. Cuando estamos bajo ese supuesto, la norma en comentario permite demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios siempre y cuando el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, para lo cual, corresponde a los jueces decidir sobre los alcances y calificación de tal ejercicio.

Como señala Fernández Sessarego<sup>(1)</sup>, la función del juez es de mayor importancia tratándose del abuso del derecho desde que, a su intuición axiológica, a su sensibilidad valorativa, deberá agregar una especial capacidad de análisis de las circunstancias del caso. En efecto, el juez deberá apreciar objetivamente si el titular, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad socio-económica

---

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El abuso del Derecho. Astrea. Buenos Aires, 1992, p. 30.

del mismo. Debe por ello conocer la estructura económico-social de cada derecho, tener una especial capacidad para definir la finalidad de cada derecho y el papel que asume en la regulación de las relaciones sociales.

Técnicamente se discute si la norma prohibitiva del abuso del derecho debe contener parámetros que sirvan al juez para caracterizar dicho abuso. Un sector de la doctrina, se inclina por una precisión normativa del abuso para afianzar la certeza y evitar arbitrariedades judiciales. Otro sector, confiando en la prudencia del juez, considera que es recomendable que este tenga la libertad de estudiar casuísticamente los casos sometidos a su consideración. Frente a estas posiciones diremos que el juez tiene pautas concretas que orientan su función, no necesariamente en el mismo texto de la ley pero si tomadas de la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, por tanto, no es del todo cierto que el juez pueda actuar de modo arbitrario cuando no tiene precisión normativa.

Nuestro Código Procesal, a través del artículo 112 enuncia algunas pautas que podrían ser catalogadas como ejercicio abusivo del derecho; por citar: entorpecer por cualquier medio el desarrollo del proceso; obstruir la actuación de los medios probatorios; promover un proceso para fines ilegales o propósitos fraudulentos; alegar a sabiendas hechos contrarios a la realidad, entre otros.

2. En cada sociedad, señala De Trazegnies<sup>(2)</sup>, la ley puede autorizar expresamente ciertos daños. Cuando el verdugo aplica la pena de muerte, está causando un daño a otro, pero tiene el derecho y el deber de hacerlo; cuando no pagamos una deuda y se nos traba un embargo, también se nos causa un daño; el acreedor, el juez, el secretario, la autoridad policial que descerraja la puerta, están actuando de acuerdo a un derecho o facultad de dañar que la ley expresamente les concede.

Hay un derecho de actuar aunque se cause daño a otro. No se tiene derecho directamente de dañar pero se tiene derecho de actuar en un determinado sentido aunque ello cause daño a otro. Bajo esa hipótesis –explica De Trazegnies– “el derecho que ejerzo no está dirigido a dañar a otro, sino a gozar de las ventajas que me otorga determinada atribución. Pero el derecho sabe que gozar de esa atribución comporta necesariamente dañar a otros; y lo admite sin considerarlo daño resarcible”.

Estos daños autorizados están fuera del campo de la responsabilidad extracontractual: están al margen de las culpas y sus exenciones o justificaciones. Nótese que tanto la norma procesal en comentario y el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil no plantean una causa liberatoria de la obligación de pagar una indemnización sino una exclusión del sistema de responsabilidad.

(2) DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. PUCP. Vol. IV. Lima, 1988, p. 190.

Por otro lado, el ejercicio del derecho de dañar debe ser usado dentro de sus propios límites. Por citar, un secretario de juzgado que al momento de embargar se lleva algunas cosas del deudor para su satisfacción personal; una persona que denuncia criminalmente a otra a sabiendas que no ha cometido ningún delito, obviamente se está ejerciendo regularmente el derecho que otorga el orden jurídico. Podría decirse que, en los casos presentados, hay un “ejercicio irregular de un derecho” porque las personas mencionadas simplemente no tienen derecho para causar ese daño. El ejercicio de un derecho tiene que ser siempre regular, ya que en caso contrario deja de ser derecho. Por ello, discrepa De Trazegnies de la tesis que plantea el abuso del derecho como un acto lícito, pero abusivo: el abuso del derecho, señala De Trazegnies, ya no es derecho. Los derechos deben ser usados en armonía con el interés social, por consiguiente, todo uso del derecho que no respeta el interés social es irregular y por consiguiente ilícito.

Un aspecto importante a destacar, radica en la improcedencia de la reconvencción –en un proceso en giro– para reclamar la indemnización, por el daño moral. Dicha pretensión es prematura, toda vez que, conforme señala el presente artículo, ella debe ser planteada una vez haya sido desestimada la demanda. No cabe aquí la acumulación objetiva sucesiva de pretensiones, a través de la reconvencción, sino que la pretensión indemnizatoria debe ser discutida de manera autónoma, luego que se desestima la demanda.

3. Una consecuencia colateral que se deriva de este ejercicio abusivo es el reclamo de los gastos procesales, entendidos estos, como las costas, costos y multas del proceso concluido. Al respecto debemos tener en consideración que el gasto procesal es una figura estrictamente procesal, surge a partir de una condena en la sentencia final, de tal forma que mientras no haya título que lo constituya este no existirá. Por otro lado, los gastos procesales son reembolsos que se hacen a los gastos que han ocasionado a la parte vencedora al ingresar al proceso judicial para defender su derecho, de ahí que no se puede entender como un pago sino como un reembolso o devolución de lo gastado, previa liquidación y control documentario que al respecto exige la norma.

Sobre los gastos procesales operan dos teorías, la objetiva y la subjetiva. Nuestro Código asume la posición de la teoría objetiva, esto es, que la parte vencida asume el reembolso de ellos; sin embargo, debemos señalar que tradicionalmente se consideraba un criterio subjetivo para justificar los gastos. Se apreciaba la intencionalidad con la que había ingresado o promovido el proceso el agente para imponer la condena de gastos. El presente artículo considera que: “litigante malicioso es el que asume los gastos establecidos en el proceso terminado” (nótese que no se refiere al litigante vencido) lo que nos lleva a señalar la influencia subjetiva en este enunciado; influencia que rompe con la tesis central –la objetiva– que regula el artículo 412 del CPC y que nos ubica en los supuestos de temeridad o mala fe procesal, regodidas en el artículo 112 CPC.

Otro aspecto que recoge la norma es que el resarcimiento por los daños causados debe operar cuando “el proceso haya concluido por resolución que desestima la demanda”. Bajo ese supuesto podemos encontrar una serie de posibilidades que se pueden ajustar a ella, que no necesariamente se agota en la sentencia, porque se desestima una demanda por medio de autos interlocutorios, sea en el saneamiento del proceso o en los actos postulatorios al calificar la demanda. La norma hace restricciones al respecto, pues, busca la conclusión del proceso como condicionante para la posterior pretensión.

4. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Tal como lo señala el artículo 110 CPC.

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la cual varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

*Al concluirse un proceso que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario puede demandar el resarcimiento de daños que haya sufrido (Exp. N° 32826-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 410).*

*La multa a imponerse debe ser calculada prudencialmente por el juez, en función a la cuantía de la suma ejecutada (Exp. N° 410-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 270-271).*

*Para amparar una indemnización derivada de una responsabilidad extracontractual es necesario que el actor acredite no solo los daños sufridos sino también que pruebe fehacientemente que el denunciante a sabiendas de la falsedad de los cargos imputados o existiendo ausencia evidente de una motivación razonable, haya formulado la denuncia penal, esto es, haya hecho ejercicio abusivo del derecho a denunciar penalmente a una persona (Exp. N° 413-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 468-472).*

## TÍTULO II

### COMPETENCIA

#### Capítulo I DISPOSICIONES GENERALES

#### COMPETENCIA CIVIL

##### ARTÍCULO 5

*Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales.*

---

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	arts. 62, 81, 97, 99, 100, 106, 131.
<b>C.P.C.</b>	arts. 6 a 47, 49.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 51, 65, 85.
<b>C.N.A.</b>	arts. 133 a 135.
<b>C.D.I.P.</b>	arts. 314, 332.
<b>LEY 27287</b>	art. 111.
<b>LEY 26572</b>	arts. 1, 2, 3, 4, 16, 17, 44 a 47, 79.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 27, 33, 40, 46 inc. 1, 49, 57, 65.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 1, 2, 3, 4.
<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	arts. 23, 24, 25.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 12, 13.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 1.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 12-17.

---

#### **Comentario**

---

1. Tradicionalmente los conceptos de jurisdicción y competencia eran tratados como sinónimos. Hoy en día se concibe que la competencia es una medida de la jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción pero sin competencia.

La afirmación universal que la competencia es la medida de la jurisdicción, no goza del reconocimiento de un sector de la doctrina porque consideran que la jurisdicción implica labor de juzgamiento, esta carece de medida, porque el juez es soberano en la evaluación de los hechos, en la interpretación de las conductas y en la aplicación de la norma que considere apropiada para cada caso.

Oderigo, haciendo una distinción entre jurisdicción y competencia señala que aquella representa la función de aplicar el Derecho, mientras que la competencia es la aptitud legal de ejercer dicha función en relación con un asunto determinado.

La jurisdicción es única e idéntica, pero no todo órgano revestido de esta función puede ejercerla indistintamente con respecto a cualquier materia y lugar. Razones de interés público y privado, motivos de economía funcional, presunciones de mayor o menor capacidad técnica, aptitud psíquica, necesidades de orden, comodidades de prueba, criterios de garantía y una equitativa facilidad que se otorgue para la defensa, han inducido al Estado a poner linderos al ejercicio de la potestad, delimitándola por medio de la regulación normativa. En líneas generales podemos decir que la competencia responde a la aplicación del principio de la división del trabajo, porque permite asegurar el mayor acierto en la administración de justicia.

2. Un sector de la doctrina delimita la competencia bajo la siguiente clasificación: la objetiva, la funcional y la territorial. La objetiva se sustenta en el valor y la naturaleza de la causa. La funcional en las funciones que la ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía en el proceso y la territorial opera ante la existencia de jueces de la misma clase y la asignación de procesos a cada uno de ellos en atención al orden geográfico.

Tanto la competencia objetiva y funcional no son objeto de disposición de las partes. Es absoluta, porque la organización de los estamentos judiciales no se hallan sujetos al arbitrio de las partes.

3. La presente norma se remite a la competencia objetiva por la materia, que es catalogada en atención a la naturaleza del conflicto en discusión. Ello nos lleva a distinguir la competencia tanto civil, laboral, penal, etc. La norma, de manera excluyente, considera de competencia del juez civil toda aquella materia que no le esté atribuida conocer a otros jueces.

En otras palabras, si tomamos como criterio para clasificar los órganos judiciales en el modo de atribuirles competencia, podemos distinguir entre órganos de competencia general u ordinarios y órganos de competencia especializada.

El artículo en comentario se acoge al primer modelo, a la competencia de carácter general y confía al juez civil el conocimiento de todos los asuntos que surjan, de tal forma que la generalidad implica *vis attractiva* sobre los asuntos no atribuidos expresa y concretamente a otros juzgados, de ahí que se justifique lo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

señalado por la norma en comentario: “corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales”.

En cuanto a la competencia especializada, se dice que las complejidades del conocimiento jurídico, ponen de relieve la necesidad de especializar a los órganos jurisdiccionales. Esta especialización consiste en la atribución de competencia atendiendo a ramas o sectores del ordenamiento jurídico, y en ese orden de ideas encontramos a los juzgados contencioso-administrativos, provisionales, civiles, penales, familia y laborales.

Existen órganos judiciales de competencia especial y se realiza con relación a grupos de asuntos específicos e incluso respecto de grupos de personas, como sería el caso de los juzgados en materia comercial y juzgados en materia de familia, para menores infractores y menores en tutela.

Bajo estos criterios, véase el reparto en la competencia que se asumió en el Distrito Judicial de Lima hace algunos años, procedimental, como una modalidad de distribución de la competencia para los módulos corporativos civiles, para lo cual, se creó las subespecialidades que permitan un adecuado tratamiento de ciertas materias, a fin de procurar una respuesta judicial oportuna y eficaz (ver Resolución Administrativa N° 427-CME-PJ del 25 de julio de 1997). Se crearon las siguientes subespecialidades: procesos ejecutivos y procesos cautelares; procesos no contenciosos y procesos sumarísimos; procesos de conocimiento y abreviados. Posteriormente, por Resolución Administrativa N° 418-CME-PJ de fecha 11 de julio de 1997, se creó los juzgados permanentes para conocer la ejecución de sentencias firmes en todos los procesos provenientes de los Módulos Corporativos Civiles de Lima. Por Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS se ha dispuesto la creación de la subespecialidad comercial dentro de la especialidad civil, fijando los temas de su competencia<sup>(1)</sup>, bajo el argumento que el Poder Judicial se encuentra inmerso en un proceso de reestructuración, cuya finalidad es el afianzamiento de la justicia con el redimensionamiento de la función judicial para lograr consolidar en el país una justicia independiente, predecible, moderna, confiable y eficaz y que coadyuve al desarrollo económico de la nación.



### JURISPRUDENCIA

---

*Corresponde en la vía civil conocer la restitución del accionante en todos sus derechos como socio de la cooperativa demandada; y en el fuero laboral, la restitución de sus derechos y pagos en calidad de trabajador de la referida cooperativa (Exp. N° 744-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 182-184).*

(1) Ver en el anexo del trabajo la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IRRENUNCIABILIDAD DE LA COMPETENCIA

### ARTÍCULO 6

*La competencia solo puede ser establecida por la ley.  
La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 139 inc. 3.
<b>C.P.C.</b>	arts. 5, 30, 49.
<b>LEY 27444</b>	art. 3 inc. 1.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 27.

---



La distribución de la competencia responde a la necesidad de una mejor y eficiente administración de justicia. Ella se determina y modifica por ley; sin embargo, hay determinadas competencias que podrían ser reguladas por otro medio que no sea la ley, por citar, la competencia por turnos o por vías procedimentales. En este supuesto, la distribución del trabajo puede ser regulada por el simple acuerdo interno de los juzgados o directivas administrativas. En este último caso, véase la Resolución Administrativa N° 427-CME-PJ del 25 de julio de 1997 que distribuyó la competencia en los juzgados civiles de Lima por la vía procedimental.

La competencia no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa por regla general; de tal forma que, la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta o insubsanable.

Su carácter es absoluto ya que los criterios de organización de la administración de justicia no pueden estar sujetos al arbitrio de las partes; sin embargo, excepcionalmente se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación que recoge el artículo 26 del Código Procesal.

La norma nos permite señalar el caso de la derogación de la competencia, que en la teoría del proceso se ubica al arbitraje como un fenómeno de desplazamiento

to de la competencia con modificación o como excepción a la regla de la competencia permanente.

Si bien la norma en comentario pone énfasis en que la competencia no se renuncia, ello no impide el desplazamiento de esta, por cambio del juez, en los casos de impedimento, recusación o abstención.



## JURISPRUDENCIA

*Si bien el inciso 2 del artículo 51 de la LOPJ precisa que los juzgados de trabajo conocen de las acciones en materia de seguridad social, debe entenderse que se refiere a los trabajadores de la actividad privada sujetos al régimen de prestaciones y de pensiones del D. Ley N° 19990, pero de ningún modo de las acciones establecidas por funcionarios y servidores públicos sujetos al régimen pensionario del D. Ley N° 20530.*

*Petroperú no representa al Estado peruano en cuanto al régimen pensionario del D. Ley N° 20530 porque no administra fondos del tesoro público destinados al pago de pensiones a favor de sus trabajadores (**Exp. N° 1382-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 235-237**).*

## INDELEGABILIDAD DE LA COMPETENCIA

### ARTÍCULO 7

*Ningún juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye. Sin embargo, puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 inc. 3.
C.P.C.	arts. V, 49, 127, 151, 309, 731.
D.S. 017-93-JUS	arts. 156 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina	art. 3.
--------------------	---------

---



1. La competencia viene a ser la manera como se ejerce la función de administrar justicia. Dicha obligación es asumida por el poder público para asegurar el mayor acierto en la función judicial, de tal manera, que ese poder que se le otorga a cada juez para conocer determinados conflictos tiene que ser ejercida por el órgano al cual se le atribuye. Existe una competencia propia, originaria, retenida por los jueces y otra por delegación, cuando se conoce por encargo de otros jueces. La primera es amplia, en cambio la segunda tiene límites que el delegante fija. Frente a ellas, se dice que la verdadera jurisdicción es la propia porque se va a pronunciar sobre el objeto del proceso, mientras que la delegada es reflejo de la jurisdicción con fines de asistencia judicial y para determinadas diligencias. Se establece la comisión para actos y diligencias que no impliquen juzgamiento y práctica de pruebas.

2. Sobre la comisión, se hace la distinción si el objeto de esta debe cumplirse fuera del territorio o dentro de este. En el primer supuesto se afrontará la necesidad de comisionar; en cambio, en el segundo supuesto, es una facultad la comisión. Los partidarios de la facultad de la comisión la justifican como alivio al exceso de trabajo del juez y la economía procesal, pues genera un menor gasto el traslado desde la sede a otro lugar, aun cuando se ubique dentro de su circunscripción; sin embargo, los detractores de esta posición consideran que la comisión facultativa atenta contra el principio de inmediación.

El Código Procesal admite la posibilidad de la encomienda, esto es, la delegación de algunos actos procesales de un juez a otro, siempre y cuando corresponda a un ámbito fuera de la competencia territorial del juez delegante. Por citar, el juez especializado en lo civil de Lima puede comisionar al juez de igual clase de Trujillo para realizar determinado acto procesal dentro de su territorio, pero, no resulta atendible que un juez comisione a otro –de su mismo ámbito espacial y clase– para realizar determinado acto procesal; tampoco procedería la comisión de jueces de grados diferentes, pero dentro del mismo territorio, por ejemplo: el juez civil de Lima no podría comisionar al juez de paz letrado de un distrito de Lima, por citar San Borja, para realizar determinada actuación procesal. Aquel debe realizarla personalmente sin encargar su cumplimiento.

El artículo 151 del CPC señala: “cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto”.

La comisión puede versar sobre diligencias coercitivas o sobre la práctica de pruebas, pero jamás sobre la *jurisdictio*. En el último caso, tiene que conferirse el encargo a otro juez o al cónsul; en el primero a un juez o policía.

Distinguiendo entre indelegabilidad de competencia y prórroga de esta, regulada en los artículos 25 y 26 del Código Procesal, diremos que la prórroga es un fenómeno que le corresponde exclusivamente a las partes, implica solo el desplazamiento de la competencia territorial por voluntad de las partes, mientras que la indelegabilidad de la competencia es una carga que le incumbe al juez.

## DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

### ARTÍCULO 8

*La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14 a 24, 27, 438.  
LEY 26636 art. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 5.

---

### Comentario

---

1. La norma consagra la *perpetuatio iurisdictionis* que significa que la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda, es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla. Por citar, el objeto litigioso puede sufrir alteraciones, sea en su valor comercial, en su deterioro, etc. Nada de ello puede alterar la competencia del juez.

Es el valor que tenía el objeto al tiempo de admitirse la demanda, lo que regulará el proceso hasta su terminación. Los intereses y frutos se tienen en cuenta hasta la fecha de la admisión de la demanda, aun cuando estén estipulados para su cumplimiento, en el curso del proceso.

Las partes pueden variar de domicilio durante el proceso, pero la competencia señalada sobre la base del que se tenía en el momento de admitirse la demanda continuará hasta finalizar el proceso.

2. La inmodificabilidad de la competencia, implica no solo que la cuantía no cambie por los accesorios posteriores a la demanda ni tampoco por reducción posterior de la pretensión o del objeto litigioso, por citar, en el supuesto que prospere parcialmente una transacción en el proceso, la cuantía de las pretensiones pendientes de resolver no afecta para nada la competencia ya establecida, tampoco el hecho que la sentencia ampare o desestime la pretensión en todo o en parte.

La *perpetuatio iurisdictionis* se debe apreciar no solo limitada a la competencia sino, en general, a todo el proceso que no permite que la situación jurídica contenida en la demanda pueda modificarse, agotada la posibilidad del artículo 428 del CPC.

Frente al supuesto que una nueva ley cambie la competencia para determinados asuntos, surge la interrogante acerca de la permanencia del mismo juez, en los procesos pendientes. Para Véscovi<sup>(1)</sup>, ello es un tema discutido. Señala: “hay autores que sostienen la absoluta irretroactividad de la Ley Procesal, que solo se aplica a los procesos pendientes, y, por consiguiente, rechazan cualquier alteración (Guasp), sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que, en este caso, se plantea una excepción a la regla. Por lo demás, no estaríamos ante un caso de retroactividad de la nueva ley, sino, simplemente, de limitación del principio de ultractividad de la ley antigua”.



## JURISPRUDENCIA

*Si bien el juez de la causa consideró que la vía procedimental que debe tener el proceso sea más lata, tal hecho no hace que la competencia que tiene se modifique, pues, esta quedó determinada por la situación fáctica que existía al momento de interponerse la demanda.*

*Las disposiciones administrativas dispuestas por los órganos de gestión del Poder Judicial, en el marco de la reforma judicial, deben interpretarse en concordancia con las normas procesales, sin afectar el derecho de las partes y sin provocar dilación de los procesos (Exp. N° 63885-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 325-326).*

(1) VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, p. 170.

## COMPETENCIA POR MATERIA

### ARTÍCULO 9

*La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 19 a 23, 33, 34, 85, 511, 519, 547, 749, 750.  
**LEY 26636** arts. 2, 4.  
**D.S. 017-93-JUS** arts. 28 al 71.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.F.P.C. México** arts. 18, 19, 20, 21, 22.

---



La jurisdicción es única e idéntica, pero no todo órgano revestido de esta función puede ejercerla indistintamente con respecto a cualquier asunto y lugar.

Razones de interés público y privado han inducido al Estado a poner linderos al ejercicio de la potestad jurisdiccional, delimitándola por medio de la competencia que asigna, a través de la ley, a todos los niveles de jueces. Como señala Oderigo, “la jurisdicción representa la función de aplicar el derecho, mientras que la competencia es la aptitud legal de ejercer dicha función en relación con un asunto determinado”.

Los criterios que se utilizan para delimitar esa aptitud son diversos. Por citar, Carnelutti la clasifica en objetiva, subjetiva, territorial y funcional. La norma en comentario se ubica según dicha clasificación en la competencia objetiva, denominada también competencia por razón del litigio o según la materia. Tiene como referente la naturaleza del conflicto, esto es, atiende al modo de ser del litigio, de tal forma, que nos permite hablar de conflictos penales, civiles, laborales, administrativos, tributarios, etc.

Hay la tendencia moderna a la especialización de los órganos judiciales, en virtud de la cada vez más compleja y abundante legislación en todas las ramas del Derecho, que han llevado a la organización judicial a la creación de los juzgados laborales, de familia, contencioso-administrativo y los juzgados comerciales.

**JURISPRUDENCIA**

*Si la indemnización se solicita por la enfermedad producida, como consecuencia de la responsabilidad derivada del contrato de trabajo, en el cual se vincularon las partes, son competentes los jueces de trabajo (Exp. N° 48733-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 147).*

*El pedido de indemnización de la demandante, por haber adquirido la enfermedad de silicosis, producto de su trabajo en la mina, debe ser conocido por el juez laboral, porque la pretensión se deriva de una vinculación contractual (Exp. N° 4809-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 148).*

*Es competente el juzgado especializado en lo civil para conocer los conflictos derivados de la relación laboral de los futbolistas profesionales, por estar sujeta a las normas de la actividad privada como locación de servicios. Su discusión no puede someterse al ámbito laboral (Exp. N° 4345-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 149).*

*Si bien el petitorio se contrae a una indemnización por daños y perjuicios, sin embargo, los hechos que la sustentan se refieren a situaciones de índole laboral. A pesar de no haberse invocado responsabilidad objetiva que prevé el artículo 1970 Código Civil, la competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión. Tratándose de derechos laborales, estos deben hacerse valer por ante el órgano jurisdiccional laboral (Exp. N° 313-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 319-320).*

*La pretensión indemnizatoria del accionante contra su ex empleadora por haber contraído silicosis, que le ha producido incapacidad laboral, debe ser conocida por los juzgados de trabajo por tratarse de un asunto laboral (Exp. N° 34948-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 320-321).*

*La pretensión del actor de una indemnización por el pago de la pensión de la renta vitalicia que le adeuda el Seguro Social, derivada de la enfermedad adquirida durante el vínculo laboral con la empresa minera, está sujeta a la competencia de los juzgados laborales (Exp. N° 703-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 321-322).*

*Es competente el fuero laboral para conocer las pretensiones de los asegurados bajo la cobertura del Seguro Social.*

*La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan conforme al artículo 9 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 51 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*El auto que declara fundada la excepción de incompetencia tiene por efecto anular lo actuado y dar por concluido el proceso (Exp. N° 691-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 327-328).*

*Si el actor persigue la indemnización por la responsabilidad extracontractual, pero los hechos emergen de la relación laboral con la demandada, merece amparar la excepción de incompetencia, pues, fue a mérito de esa relación que se produjo el hecho generador del daño (Exp. N° 2589-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 328-329).*

*Corresponde al juzgado especializado de trabajo el conocimiento del evento originario de una relación estrictamente laboral.*

*Para considerar al evento dentro de los alcances del D. Ley N° 18846, seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, debe tenerse en cuenta la oportunidad del daño, la fecha del reconocimiento o la ratificación de la atribuida enfermedad profesional (Exp. N° 906-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 288-290).*

*Si la indemnización que reclama el actor, proviene del vínculo laboral que existía entre este y la demandada, es competente para ello el juez de trabajo porque la naturaleza de su pretensión es de carácter laboral.*

*No es competente el juez civil para conocer la pretensión de indemnización sustentada en el perjuicio que se le ha causado con el despido por supuesta falta grave (Exp. N° 3584-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 291).*

*Si el accidente, cuya indemnización se reclama, ocurrió dentro de las actividades de rutina laboral del accionante, resultan de aplicación las reglas referidas a la responsabilidad contractual por la existencia del vínculo laboral.*

*Para los efectos de determinar la competencia del juez civil debe precisarse si se refiere a una responsabilidad contractual o extracontractual (Exp. N° 3795-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 292).*

*La pretensión indemnizatoria sustentada en que el trabajador ha contraído la enfermedad ocupacional de silicosis, por la naturaleza de la prestación de sus servicios, deriva en una responsabilidad contractual o en inejecución de las obligaciones del empleador contratante, siendo competente para ello el juzgado de trabajo.*

*Corresponde a la Caja Nacional del Seguro Nacional Obrero asumir el seguro por accidente de trabajo y enfermedad profesional de los trabajadores de la actividad privada (Exp. N° 3380-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 293-294).*

*Si el objeto debatido, deriva de una relación laboral de una empresa del propio Estado con un particular, la acción de indemnización no está comprendida como un proceso laboral, porque no se trata de un petitorio de derechos laborales no cumplidos sino de una indemnización por la inejecución de una obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (Exp. N° 1106-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 201-202).*

*Constituye objetivo de la política estatal la desaparición de la violencia familiar, estableciendo mecanismos legales eficaces para las víctimas, mediante procesos caracterizados por el mínimo de formalismo, correspondiendo a los juzgados especializados de familia garantizar una efectiva e integral protección de la infancia y adolescencia (Exp. N° 2364-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 167).*

*Corresponde en la vía civil conocer la restitución del accionante en todos sus derechos como socio de la cooperativa demandada; y en el fuero laboral, la restitución de sus derechos y pagos en calidad de trabajador de la referida cooperativa (Exp. N° 744-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 182-184).*

*No hay conflicto de competencia entre los jueces especializados civil y penal por razón de la materia, pues los fines perseguidos en el proceso penal y en el proceso civil no son los mismos (Exp. N° 442-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 419-420).*

## COMPETENCIA POR CUANTÍA

### ARTÍCULO 10

*La competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:*

- 1. De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y,*
- 2. Si de la demanda o sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, el juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al juez competente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 8, 11, 12, 13, 32, 51, 297, 424 inc. 8, 488, 696, 750.  
LEY 26636 arts. 2, 6.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 10.

---



1. La jurisdicción representa la función de aplicar el derecho, mientras que la competencia es la aptitud legal de ejercer dicha función en relación con un asunto determinado. Todos los jueces ejercen jurisdicción, pero no todos tienen competencia porque ella está delimitada por diversos factores como la materia y el monto de la pretensión, criterios que en la doctrina son conocidos como factores objetivos de la competencia.

El costo del proceso condiciona la importancia del litigio y este influye no solo sobre la forma procedimental que se le asigne (proceso sumarísimo, abreviado, etc.) sino también sobre la instancia judicial que debe conocer la pretensión (juez de paz letrado y juez de primera instancia), por ello Carnelutti consideraba a la cuantía como un factor decisivo para delimitar no solo la competencia objetiva sino la funcional, porque el monto de la pretensión determina si se asigna al órgano judicial de superior o inferior nivel jerárquico. Dicho autor afirma que debe haber una relación entre la importancia del litigio y el esfuerzo necesario para su composición.

La doctrina sostiene que es conveniente para los conflictos de menor importancia que sean conocidos por juzgados de menor nivel jerárquico y por un proceso

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

más simple; sin embargo, este criterio es cuestionado porque no responde a una auténtica democratización de la justicia.

En el criterio de valor se distinguen dos conceptos que según Clemente Díaz los denomina valor cuestionado y valor disputado. Entiende el tratadista argentino por valor cuestionado el monto de lo reclamado en la petición, como combinación del bien y del interés (el objeto mediato y el inmediato); y, por valor disputado la diferencia entre lo reclamado y lo concedido en la sentencia, como agravio que de la misma resulte y legitime al recurrente en casación.

2. El reclamo concreto de lo que se aspira a que sea reconocido debe estimarse en la demanda. Para la determinación de la cuantía, la doctrina señala que deben considerarse el bien litigioso y el interés con respecto al cual se espera tutela.

La cuantía se reduce a un común denominador que es el dinero; ello acaece no solo cuando el objeto de la pretensión sea una prestación dineraria, sino también cuando sea de distinta naturaleza; en este caso la cuantía debe estimarse, reducirse a una apreciación en dinero; sin embargo, existen pretensiones que son inestimables en dinero, tales como la filiación y el estado civil de las personas. En estos casos, su tratamiento es equiparado a un proceso de máximo nivel, como es el de conocimiento; por tanto, podemos decir la cuantía presenta tres posibilidades, la determinada, la estimable y la inestimable.

La norma permite que el juez –de oficio– corrija el monto de la cuantía reclamada tomando como referencia el contenido y anexos de la demanda. Véase la demanda de ejecución de un título valor (pagaré) mas intereses convencionales y gastos procesales. El juez advierte que el monto demandado no solo se refiere al valor del título, sino que incluye la liquidación de intereses a la fecha de la demanda, por lo que para evitar la capitalización de intereses sobre los intereses ya liquidados, los mismos que forman parte de la suma demandada, de oficio, fija el monto de la suma demandada en base a la suma consignada en el título ejecutivo, dejando pendiente la liquidación de los intereses pactados para la posterior ejecución. También permite la norma que se inhiba del conocimiento del proceso y remita al juez competente. Pese a todas estas posibilidades, apreciamos que es práctica judicial invocar la inadmisibilidad de la demanda para que el demandante precise el monto correcto de la pretensión o se opta por declarar la improcedencia liminarmente por incompetencia objetiva, devolviendo al interesado su demanda para que lo plantee –si lo considera– ante el juez competente.



### JURISPRUDENCIA

---

*La ampliación de la cuantía sobre lo pretendido no solo estriba en la reserva del derecho, sino que los vencimientos de las obligaciones se den antes de la sentencia (Exp. N° 532-*

---

**99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 156).**

*El juez de paz letrado es competente para conocer el proceso sobre desalojo por falta de pago, si la renta mensual del predio no supera las cinco unidades de referencia procesal (Exp. N° 27620-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 330-331).*

*Se puede ampliar la cuantía de lo pretendido siempre y cuando se refieran a vencimiento de nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional. Para ello debe reservarse el derecho en la demanda (Exp. N° 1099-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 295).*

## CÁLCULO DE LA CUANTÍA

### ARTÍCULO 11

*Para calcular la cuantía, se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda, pero no los futuros.*

*Si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, solo se atenderá a la de mayor valor.*

*Si son varios los demandados, la cuantía se determina por el valor total de lo demandado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.  
LEY 26636

arts. 10, 83.  
art. 6.

---



1. Uno de los factores que se invoca para delimitar la competencia objetiva es el valor económico de la pretensión que se expresa en la llamada cuantía.

La delimitación de esta cuantía debe tomar en consideración si se trata de una pretensión con cuantía determinada, estimable o inestimable. El cálculo de la cuantía que señala la presente norma opera con las pretensiones con valores determinados y estimables.

Como ya hemos señalado, hay prestaciones dinerarias en las cuales la cuantía se expresa por el monto correspondiente. Otras de distinta naturaleza, exigen que la cuantía se estime con expresión también de su apreciación en dinero. En el caso de los bienes inestimables, como la filiación y el estado civil de las personas, la reducción a dinero es factible simplificando al máximo el criterio selectivo. Las pretensiones de contenido inestimable son equiparadas en su tratamiento a las de máxima cuantía, tramitados ante los procesos de conocimiento.

La norma consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que implica que la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda, es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla. En ese sentido, es el valor que tenía el objeto litigioso, al tiempo de admitirse la demanda, lo que regulará la cuantía del

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

proceso hasta su terminación. También es extensivo la *perpetuatio iurisdictionis* al cálculo de los frutos, intereses y gastos que se hubieren demandado y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda, pero no a los futuros.

2. Teóricamente existen varios sistemas para fijar la cuantía como valor cuestionado. La mayor parte de la doctrina los ubica en dos. El sistema inquisitivo o de libre apreciación del juez y el sistema puramente dispositivo, confiado exclusivamente a la actividad de las partes.

Frente a ellos, Devis Echeandía sustenta un sistema mixto que permita la introducción de un procedimiento liminar, a través del cual, la cuantía pueda ser debatida y definida para concluir con la inmodificabilidad de la competencia. Considera que no siendo disponible la competencia por cuantía, tiene que darse al juez la posibilidad del cuestionamiento oficioso. Esta disposición es inocua porque no admite discusión que la cuantía quede definida en la etapa liminar del proceso, pues así lo exige el principio de inmodificabilidad de la competencia.

3. La norma presenta además el supuesto de acumulación objetiva de pretensiones (ver artículo 85 del CPC), situación en la cual, cada una conserva su propia individualidad y la cuantía se determina por el valor de todas, por citar, si se demanda la resolución de un contrato de obra por la suma de S/. 100,000 nuevos soles y la indemnización de S/. 50,000 nuevos soles, por el daño causado por la inejecución oportuna, la cuantía demandada ascenderá a S/. 150,000 nuevos soles. Aquí opera una acumulación objetiva de una pretensión principal con la accesorio; sin embargo, cuando la acumulación objetiva se refiere a pretensiones subordinadas o alternativas, para el cálculo de la cuantía solo se atenderá a la de mayor valor. Véase en el caso que se demanda el cumplimiento de un contrato de obra que asciende a S/. 50,000 nuevos soles o el pago de S/. 80,000 nuevos soles por la inejecución. Aquí la cuantía se determinará en atención a la pretensión de mayor valor, esto es, el pago por la inejecución.

Cuando las pretensiones acumuladas provengan de una misma causa o título, se permite la suma de los valores. Estamos frente al supuesto de la acumulación objetiva-subjetiva de pretensiones que regula el artículo 86 del CPC; por citar, si demanda el pago de una deuda ascendente a S/. 100,000 nuevos soles, al obligado principal y al fiador, la cuantía se determina por el valor total de lo demandado, esto es, los S/. 100,000 nuevos soles. A pesar que la norma haga referencia a la pluralidad pasiva de sujetos, puede operar dicha regla para el cálculo de pluralidad activa de sujetos; por ejemplo, A, B y C sufren daños personales en un accidente de tránsito y demandan indemnización al propietario y conductor del vehículo. Según los daños sufridos por cada pasajero, A reclama S/. 20,000; B S/. 30,000 y C S/. 50,000 nuevos soles. Aquí la cuantía se determinará por el valor total de lo demandado, esto es, S/. 100,000 nuevos soles.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Un aspecto que destaca la redacción de la norma, es que permite para el cálculo de la cuantía la acumulación originaria, mas no influye en él la acumulación sucesiva o sobrevenida que pudiere darse, como sería en el caso de la contrademanda (llamada según nuestro Código reconvención). Ella, de producirse, no altera para nada el valor del litigio, el cual queda fijado por el monto de la demanda.

## CUANTÍA EN LAS PRETENSIONES SOBRE INMUEBLE

### ARTÍCULO 12

*En las pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina en base al valor del inmueble vigente a la fecha de interposición de la demanda.*

*Sin embargo, el juez determinará la cuantía de lo que aparece en la demanda y su eventual anexo. Si estos no ofrecen elementos para su estimación, no se aplicará el criterio de la cuantía y será competente el juez civil.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 10.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 15.

---



Ingresa aquí el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que significa que la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda, es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla. Se considera como el valor que tenía el objeto al tiempo de admitirse la demanda, lo que regulará el proceso hasta su terminación. Los intereses y frutos se tienen en cuenta hasta la fecha de la admisión de la demanda, aun cuando estén estipulados para su cumplimiento, en el curso del proceso.

En atención al principio glosado, *perpetuatio iurisdictionis*, tratándose de pretensiones referentes a derechos reales sobre un inmueble, la norma señala que la cuantía se determina “en base al valor del inmueble vigente a la fecha de interposición de la demanda”.

Los criterios objetivos a tener en cuenta sobre el valor del inmueble pueden estar contenidos en documentos como una tasación convencional o un avalúo unilateral del bien por el propietario o por el precio de compra del bien, entre otros. Lo importante es que exista un referente objetivo y preliminar sobre el valor del bien al momento de interponer la demanda, pues, este referente determinará la cuantía y la vía procedimental a través de la cual se discutirá la pretensión.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Dentro de las diferentes posibilidades que pueden manifestarse las prestaciones dinerarias, tenemos a los denominados bienes inestimables cuya expresión dineraria es imposible, por citar las pretensiones relacionadas sobre el estado civil de las personas, la filiación o el régimen de visitas. En este supuesto, la norma regula que en las pretensiones de contenido inestimable no se aplicará el criterio de la cuantía para delimitar la competencia sino que su tratamiento se las deriva ante el juez que conoce las pretensiones de máxima cuantía, esto es, el juez civil mediante el trámite de los procesos de conocimiento.

Véase sobre el particular el inciso 3 del artículo 475 del CPC, aplicable a los casos inapreciables en dinero o cuando hay duda sobre su monto.

Cuando la reducción a dinero es factible debe simplificarse al máximo el criterio selectivo.

## COSTAS, COSTOS Y MULTA POR EXCESO EN LA CUANTÍA

### ARTÍCULO 13

*Si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagará las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

arts. 10 inc. 2, 12, 412.

---



1. La exigencia de un derecho a través del proceso judicial requiere tiempo y gasto que no puede volverse contra quien acude a este en busca de razón, mucho menos si la tiene, de manera que la justificación de la condena de los gastos procesales (llámese costas y costos) no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de quien se realiza.

Hay dos sistemas que legislan los gastos procesales. Uno, llamado sistema automático u objetivo, que recoge nuestro Código Procesal y otro, el del libre albedrío judicial. El primero funda la condena en un hecho objetivo: la derrota procesal, de manera que, la sentencia debe contener la decisión expresa en tal sentido. Para el sistema del albedrío judicial, que no inspira a nuestro Código, las costas se imponen al litigante bajo el criterio subjetivo de la mala fe, dejando la apreciación al criterio del juez, con la consiguiente facultad de no imponer costas, cuando estime que el vencido procedió de buena fe.

Por otro lado, el gasto procesal es una obligación estrictamente procesal que nace a partir de una condena expresada en la sentencia. Para Carnelutti el carácter procesal de los gastos no es porque la obligación nace de la actividad procesal, sino porque se orienta también a la justa composición de la litis. Si el daño ocasionado por el proceso a la parte que tiene razón no le fuera resarcido por la que no la tiene, la litis no quedaría compuesta justamente. Sin embargo, las tesis modernas se orientan a considerar a los gastos no como un resarcimiento sino como un reembolso al vencedor del gasto realizado para hacer realidad su derecho.

El vencimiento puro y simple, prescindiendo de la intención o del comportamiento procesal de las partes, es lo que justifica el artículo 412 del Código Procesal. El reembolso de los gastos del proceso se sustenta en el hecho objetivo de la

derrota, esa es la regla general, no interesa si la parte ha dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha sostenido un proceso sin justa razón, lo que interesa es el hecho objetivo de la derrota o el vencimiento.

2. La intervención de un juez incompetente puede ser cuestionada a través de los mecanismos que regula el artículo 35 del Código. El efecto de la incompetencia es la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, pero, adicionalmente a ello, el juez está obligado a la condena de los gastos procesales. Estos no se reembolsan en atención a la teoría objetiva del vencimiento sino a la mala práctica del litigante que deliberadamente ha alterado la cuantía de su pretensión para lograr una competencia distinta a la que –por un orden natural– le correspondía.

En el supuesto que regula la norma no hay el elemento objetivo de la derrota, solo hay la apreciación de una conducta procesal que ha motivado un proceso ante un juez incompetente, cuyo gasto hay que reembolsarse; pero, adicionalmente a ello, la norma contempla la sanción a la mala práctica del litigante, imponiéndose el pago de una multa dentro de la siguiente gradación: no menor de una ni mayor de cinco unidades de referencia procesal. Las multas no tienen como destinatario a la parte afectada con la intervención en el proceso sino que constituyen ingreso propio del Poder Judicial. A diferencia de los gastos procesales que contempla la posibilidad de la exoneración (ver artículo 413) en el caso de la multa, no procede ello.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, cual varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

## REGLAS GENERALES DE LA COMPETENCIA

### ARTÍCULO 14

*Cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.*

*Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.*

*Si el demandado carece de domicilio o este es desconocido, es competente el juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de este último.*

*Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.*

*Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el juez civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	arts. 33, 35, 36, 38, 41.
<b>C.P.C.</b>	arts. 5 a 8, 24, 25, 34.
<b>C. de P.P.</b>	art. 19.
<b>C.D.I.P.</b>	arts. 23, 26.
<b>LEY 26636</b>	arts. 2, 3.
<b>LEY 26872</b>	art. 13.
<b>LEY 27809</b>	art. 7.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 5, 18.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 23.

---



1. La competencia puede ser deslindada en atención a diversos criterios como el objetivo, funcional y territorial. Siendo varios los criterios que concurren para ello, es posible que aparezcan en forma contrapuesta.

Bajo ese supuesto, unos tienen primacía sobre los otros, de tal manera que el factor objetivo prevalece sobre el territorial. El objetivo a su vez presenta dos modalidades, materia y cuantía, siendo la materia la que se considera antes; y, solamente en ausencia de asignación expresa por la materia, se acude a la cuantía.

El factor objetivo prevalece sobre el territorial y en la cúspide de la pirámide se coloca la competencia funcional. Esta corresponde a organismos judiciales de

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

diversos grados, perteneciendo a cada grado una determinada actividad. Su vulneración implica nulidad absoluta. La norma le atribuye competencia al juez civil, si no se pudiera determinar, sea por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga, el grado.

En orden descendente, la competencia por materia es absoluta e improrrogable. La competencia por cuantía o por valor también es absoluta. La competencia por territorio es prorrogable porque es dispositiva, está confiada a la autonomía de la voluntad privada, cuya vulneración apenas produce nulidad relativa. Esta competencia se sana por preclusión, a través de la prórroga tácita.

La competencia territorial es un criterio pragmático. Su fin tiene una connotación económica de facilitar y acercar al juez al justiciable, a los dos o a alguno de ellos.

2. La regla general de la competencia territorial se define en atención al domicilio de la parte demandada y toma como sujeto a la persona natural. La competencia en atención a la persona jurídica es abordada en los artículos 17 y 18 del Código Civil.

Si todos los elementos del proceso se dieran en un mismo lugar, el régimen de la competencia territorial sería bien simple. Pero ello no es usual porque la realidad nos presenta supuestos en los que hay que escoger, entre varios lugares, el mejor, indicado por la presencia de las partes en el lugar, por la presencia del bien o los instrumentos del proceso que permitan facilidad probatoria.

La regla general –indicada por el lugar donde se encuentra el demandado– se aplica siempre que la ley no haga señalamiento expreso de otro territorio competente.

La competencia territorial también se puede explicar por la conveniencia que el juzgado se halle próximo a aquello que pueda tener que ser sometido a inspección. Tal conveniencia se aprecia de manera especial en las pretensiones sobre inmuebles, dado que los muebles pueden ser llevados usualmente ante el juez con facilidad. Opera así su señalamiento en los procesos reales inmobiliarios.

En suma, la norma en comentario aborda la competencia territorial bajo el criterio de vecindad de la sede del juzgado con los elementos del proceso (sea personas o cosas) que van a servir al juez para su ejercicio. En atención a esta vecindad, crece el rendimiento y decrece el costo.

La tendencia descentralizadora, dice Carnelutti, aspira a realizar el proceso lo más cerca posible del lugar del litigio, para aumentar el rendimiento (eficacia) y disminuir su costo. La incomodidad de las partes es menor; la búsqueda de pruebas, es más fácil; el ambiente para la apreciación, más propicio; el beneficio de la sentencia, más saludable. En ese sentido, señala el autor, lo ideal sería que el juez fuera al encuentro del litigio, como el médico al enfermo.

3. Domicilio y residencia que detalla el artículo 33 del Código Civil concurren al Derecho Procesal. El domicilio, señala Fernández Sesarego<sup>(1)</sup>, es el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el territorio donde se le encuentra para imputarle posiciones jurídicas, para atribuirle derechos o deberes”.

El domicilio lo determina la ley, la residencia es el lugar donde normalmente vive la persona con su familia y la morada es el lugar donde accidentalmente se encuentra a la persona. La residencia es habitual, la morada es temporal, es el lugar donde la persona se halla por breve tiempo, sea de vacaciones o por desempeño de una comisión. Para el Código Civil, el domicilio se constituye por la residencia y por su habitualidad.

La norma procesal es coherente con lo regulado en el artículo 35 del Código Civil cuando permite que la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considere domiciliada en cualquiera de ellos, por tanto, puede ser demandado en cualquiera de ellos.

Otro supuesto que contempla el artículo es el domicilio desconocido o la ausencia de domicilio. Aquí se otorga el mismo efecto que regula el artículo 41 del Código Civil, esto es, considerar domiciliada en el lugar donde se encuentre a la persona. Se opta por una posición supletoria frente a los enunciados anteriores que recogen el artículos 33 y 35 del Código Civil y la primera parte de la norma en comentario, porque ninguna persona puede ser teóricamente un indomiciliado. Su calidad de sujeto de derecho exige una sede jurídica para la imputación de derechos y deberes; sin embargo, la norma permite la posibilidad que sea competente el juez del domicilio del demandante, a elección de este último

Por último, un supuesto bastante acertado que recoge el artículo en comentario, es el que señala “si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el Juez Civil”.

Véase al respecto las pretensiones de cambio de nombre(no rectificación de nombre) y cambio de sexo, sobre las que no se regula el mecanismo procesal a seguir ni la competencia por razón de grado, situación que en aplicación de la última parte de la norma en comentario, conlleva a recurrir al juez de primera instancia en lo civil, bajo las reglas del proceso contencioso sumarísimo, en atención al inciso 6 del artículo 546 CPC; situación diversa al caso de la impugnación judicial por cambio o adición de nombre que recoge el artículo 31 CC, en el que se fija el procedimiento abreviado para su discusión, tal como lo indica la 4 Disposición Final del CPC.

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas. Grijley. Lima, p. 117.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es improcedente la demanda que solicita el otorgamiento de escritura pública respecto de acciones y derechos que le corresponden a los codemandados sobre inmuebles ubicados en Arequipa y adquiridos mediante transacción extrajudicial en Lima, pues, le corresponde conocer al juez del lugar del domicilio de la demandada, salvo que hubieren convenido someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que le corresponde (Exp. N° 36592-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 331-332).*

*La letra de cambio debe ser presentada para el pago en el lugar o en la dirección indicada en ella, aunque el deudor hubiere cambiado de residencia (Exp. N° 1050-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 627).*

*Habiéndose fijado en las letras de cambio como domicilio del aceptante y los avalistas en el distrito de Ventanilla, corresponde al juez de dicho domicilio conocer la ejecución de los títulos en armonía con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley N° 16587 (Exp. N° 1137-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 283-284).*

## ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA

### ARTÍCULO 15

*Siendo dos o más los demandados, es competente el juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. 33.  
C.P.C. arts. 14, 17, 18, 29, 83.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 33.

---

### Comentario

---

La norma regula la hipótesis del foro concurrente y solo opera exclusivamente en la competencia territorial. Es un fenómeno de competencia que hace aptos para atender un asunto a diversos juzgados. Dicho fenómeno el Código lo denomina competencia acumulativa, pero nada tiene que ver con la acumulación procesal. Consiste en el hecho que frente a varios demandados se puede elegir el juez de cualquiera de sus domicilios; por citar, si existe una pretensión pecuniaria para ejecutar contra Rogelio y Rufino, quienes son litisconsortes pasivos y tienen domicilios en distritos judiciales diferentes, podemos colegir, que es legalmente competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos, aunque estén en distinto distrito judicial. Véase el caso de la división y partición de un bien. Los co-propietarios demandados tienen, cada uno como domicilio, en Chiclayo, Trujillo y Lima, por tanto, es tan juez competente el que se ubica en cualquiera de las localidades señaladas como domicilio de los demandados.

Se parte de un supuesto, existe más de un juzgado competente para conocer un mismo asunto. Naturalmente como ya hemos señalado, esto no sucede con la competencia por razón de la materia, sino con la territorial. Este es un fenómeno de competencia que hace aptos para entender un asunto a diversos juzgados.

Este instituto se complementa con el fenómeno de la prevención. El artículo 29 CPC, señala: "En caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento". Ello implica que el juzgado que previno primero, se convierte en competente exclusivo y excluye a los demás. Esta prevención no se puede confundir con la prórroga de la competencia porque lo que se hace es asegurar la competencia de un juez natural de por sí competente, logrando que dicha competencia quede firme; en cambio, en la prórroga se altera la competencia de un juez incompetente tornándole competente.

## ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES

### ARTÍCULO 16

*Cuando por razón de conexión se demanden varias pretensiones contra varios demandados, será competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 33.
C.P.C.	arts. 14, 84, 86.

---

### Comentario

---

1. La norma regula la acumulación de pretensiones, que opera cuando no obstante su diversidad, tienen elementos comunes o interdependientes que los vinculan, sea por su objeto, sea por su causa o por elementos afines a ella, como lo señala el artículo 84 del Código Procesal, generando con dicha acumulación la pluralidad de sujetos en el proceso. La norma nos ubica ante el supuesto de una acumulación pasiva porque no solo permite la acumulación de varias pretensiones sino que estas se dirijan contra varios demandados. Nótese que a diferencia del artículo 15 del CPC, en la que se ha colocado el nombre de “acumulación subjetiva pasiva”, a pesar que nada tiene que ver con la acumulación, aquí sí estamos ante la competencia por efecto de la acumulación de pretensiones; sin embargo, el efecto en ambos supuestos (ver artículo 15 y 16) es el mismo: la competencia del juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos.

2. Frente a la posibilidad de la concurrencia de varios juzgados como competentes, la doctrina muestra las siguientes posibilidades de definir el juez competente. Puede darse que cada uno de estos pueda ser señalado por ley como exclusivo o concurrente sucesivo, según que alguien tenga que ser demandado ante un solo juez con exclusión de cualquier otro (juez exclusivo) o si el demandante puede elegir entre varios jueces para la presentación de su demanda (juez concurrente por elección) o si son diversos los jueces competentes, pero, no a elección del demandante, sino uno a falta del otro, nos ubicamos ante el juez concurrente sucesivo. La norma en comentario consagra frente a las alternativas señaladas la concurrencia por elección, tomando como referente para ello, el domicilio de cualquiera de los demandados, en ese sentido, véase la demanda del pago de una deuda, tanto al obligado principal cuyo domicilio se ubica en Chiclayo y al garante, que reside en Trujillo; frente a dichas pretensiones, es tan competente el juez de Chiclayo como el de Trujillo, para conocer el pago demandado.

## PERSONAS JURÍDICAS

### ARTÍCULO 17

*Si se demanda a una persona jurídica, es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario.*

*En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 8, 18.

LEY 26887

arts. 5, 117, 137, 139, 143, 403.

---

### Comentario

Desde un punto de vista formal podemos señalar que la persona jurídica es un centro ideal de referencia de situaciones jurídicas, de imputación de deberes y derechos. Tiene existencia distinta a la de sus miembros y ninguno de estos, ni todos ellos, tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. Es a partir del acto formal de la inscripción en un determinado registro, que la persona jurídica adquiere existencia formal.

La norma recoge un criterio de vecindad para justificar la competencia en atención a las personas o cosas que sirven al juez para ese ejercicio, porque se dice que permite crecer el rendimiento y decrecer los costos de la distancia. Si todos los elementos del proceso (personas y cosas) se dieran en un mismo lugar, el régimen de la competencia territorial sería bien simple, pero, ello no es usual porque tratándose de personas jurídicas, se dan varias posibilidades para escoger al juez competente. Por citar, cuando la persona jurídica tiene varias sucursales, agencias o representantes; es regla general que el juez competente sea el del domicilio donde tiene su sede principal, o el de cualquiera de dichos domicilios donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada, a elección del demandante.

Estos criterios que se utilizan para delimitar la competencia pueden ser de orden personal o real. En el primer supuesto, la competencia se define por la presencia de las partes en el lugar; y, la real, si se tiene en cuenta la presencia del bien, los instrumentos del proceso y la facilidad probatoria.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La regla general o común se aplica siempre que la ley no haya hecho señalamiento expreso de otro foro como determinante de la competencia territorial y está indicado por el lugar en donde se encuentra el demandado. Tratándose de personas jurídicas inscritas, la regla general señala que es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario.

La razón es porque la ley presume que las personas privadas de existencia ideal, residen de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, en el lugar que consta en los estatutos aprobados por la autoridad que le reconoció personería jurídica. En el caso de las sociedades, en igual forma, se deben notificar en su domicilio legal, esto es en su domicilio social inscrito, donde la ley presume que es su lugar de residencia. (ver artículo 20 LGA). La sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país. De no hacerlo, se le presume domiciliada en Lima.



## JURISPRUDENCIA

---

*Advirtiéndose que el título valor puesto a cobro corresponde a la cuenta corriente de una persona jurídica, no resulta válido el emplazamiento efectuado a los demandados como personas naturales (Exp. N° 645-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 275).*

*Si la persona jurídica cuenta con sucursales, agencias u otros establecimientos, puede esta ser demandada a elección del demandante, ante el juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios donde ocurrió el hecho o donde se ejecute la pretensión (Exp. N° 333-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 269).*

*Que conforme a lo dispuesto en el artículo 2073 del Código Civil, la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado, se rigen por la ley del país en que fueron constituidas; pero para el ejercicio habitual en el territorio del país, de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas (Exp. N° 1100-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 75).*

*Si la pretensión indemnizatoria no deriva de daño por dolo o culpa causado por accidente de tránsito, sino de una obligación de dar suma de dinero como consecuencia de una subrogación, derivada del pago que este efectuó a favor de la víctima del accidente, es competente el juez del domicilio donde tiene su sede principal la firma emplazada (Exp. N° 2605-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 154).*

## PERSONA JURÍDICA IRREGULAR

### ARTÍCULO 18

*Tratándose de demandas contra asociaciones, fundaciones, comités y sociedades no inscritas o de cualquier otra entidad cuya constitución, inscripción o funcionamiento sea irregular, es competente el juez del lugar en donde realizan la actividad que motiva la demanda o solicitud.*

*Se aplica la misma regla en caso de demandarse directamente a su representante, administrador, director u otro sujeto por actos realizados en nombre de la persona jurídica.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 124, 128, 130, 131.
C.P.C.	arts. 8, 17.

---

### Comentario

1. La norma consagra, a diferencia del artículo anterior, el tratamiento procesal de la persona jurídica no inscrita. La realidad social del país consideró indispensable regular aquellas organizaciones de personas, que encontrándose presentes en la vida social y actuando como si fueran personas jurídicas no cumplían, por diversas causas, con el requisito de su inscripción en el respectivo registro. La inscripción es determinante para que la persona jurídica adquiriera existencia legal como sujeto de derecho; no obstante carecer formalmente de la calidad de persona jurídica, tales organizaciones de personas venían actuando como sujetos de derechos. Esta experiencia motivó para que el Código Civil les otorgue reconocimiento normativo, lo que implica considerarlas como una especial categoría de sujeto de derecho distinta de aquella lingüísticamente designada como persona jurídica. Bajo el contexto descrito resulta coherente que el actual Código Procesal haya dedicado un artículo exclusivamente a las personas jurídicas irregulares.

Nótese que a diferencia del anterior artículo, la competencia de personas irregulares corresponde al juez del lugar donde realiza la actividad que motiva la demanda o solicitud. No se opta por el domicilio como referente sino por el lugar donde se desarrolla la actividad que motiva la pretensión. La norma se libera de regular los casos de concurrencia de sucursales, establecimientos u otros análogos que pudieren llevar a confusión con la sede principal de la actividad.

Con ese mismo criterio también se ha regulado la competencia de las personas irregulares, en caso que se demande directamente al representante, administrador,

director u otro sujeto por actos realizados en nombre de la persona jurídica no inscrita.

2. Si todos los elementos del proceso se dieran en un mismo lugar, el régimen de la competencia territorial sería bien simple. Pero ello no es usual. Hay que escoger entre varios lugares el mejor, indicado por la presencia de las partes en el lugar, por los instrumentos del proceso y por la facilidad probatoria.

En el caso de las personas irregulares el criterio que se toma como referencia no es la presencia de las partes en el lugar sino “por el lugar donde se realiza la actividad que motiva la pretensión”. Es conveniente que el juez se halle próximo a aquello que pueda tener que ser sometido a inspección, por la presencia o facilidad de la producción de las pruebas, y por ser el lugar en el que ocurrió la actividad donde racionalmente deben encontrarse las pruebas del proceso.

## SUCESIONES

### ARTÍCULO 19

*En materia sucesoria, es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 663.
C.P.C.	art. 9.
C.D.I.P.	art. 327.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 22.
C.F.P.C. México	art. 24.

---

### Comentario

---

1. La materia sucesoria a que se refiere la norma debe entenderse en un sentido restringido, esto es, solo a aquellos casos en que la muerte de un sujeto origina la transmisión de todos sus bienes, derechos y obligaciones a otro u otros designados por la ley o por la voluntad del causante; por tanto, excluye de su competencia toda transferencia de derechos y obligaciones que se hubieran producido por actos traslativos inter vivos, pues, tanto el comprador o donatario ya no pueden considerarse sucesores en sentido estricto, porque solo lo será el heredero o legatario respecto del causante.

Hay consenso en la doctrina en señalar que “por la sucesión *mortis causa* se produce la colocación de una persona en lugar de otra sin que se extingan las relaciones jurídicas de esta última, sino que permanecen en cabeza del nuevo titular; y este cambio se da generalmente en bloque, *per universitatem*, comprendiendo un conjunto de relaciones jurídicas, sin necesidad de un acto de transmisión específico para cada una de las relaciones jurídicas singulares”.

En el proceso sucesorio van a concurrir elementos de carácter personal, material y formal. En el primer caso, nos encontramos con la persona que con su fallecimiento causa o genera una sucesión y con los beneficiarios o sucesores. Solo las personas naturales –no las jurídicas– generan sucesión; pese a que estas últimas puedan disolverse, solo dan lugar a la liquidación del patrimonio pero ello no se regula por el derecho sucesorio.

La herencia o la masa hereditaria constituye el elemento material del proceso sucesorio y es definido como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial que deja una persona a su fallecimiento.

La forma como los sucesores deben acreditar su condición de tales para ejercitar los derechos hereditarios conforman el elemento formal del proceso sucesorio. El título dependerá de la clase de sucesión que se trate, sea por testamento o por sucesión intestada.

2. La competencia es la manera como se va a ejercer la jurisdicción. Ella se delimita en atención a varios criterios como la materia, la cuantía, el grado y el territorio. En este último caso, la regla general o común, siempre que la ley no haya hecho señalamiento expreso de otro foro como determinante de la competencia territorial, está indicado por el lugar en donde se encuentra el demandado. Los demás foros se estructuran como especiales, es decir, los indicados específicamente por la ley, como definitivos en atención a la naturaleza de la pretensión debatida. Las pretensiones sucesorias en este extremo tienen una competencia específica territorial, esto es, se fija por el último domicilio que tuvo el causante en el país; sin embargo, aquí no opera la posibilidad que las partes puedan disponer de esta competencia, a pesar de ser territorial. La norma expresamente prohíbe la prórroga. Es una excepción a lo regulado en los artículos 25 y 26 del Código.

La prórroga de la competencia territorial debe operar cuando el litigio verse sobre asuntos patrimoniales. En este caso, se estima que el interés protegido es el de las partes y la ley solo busca procurarles el juez que más cómodo les resulte y por eso se admite en ello el libre juego de la autonomía de la voluntad privada, sea a través de las cláusulas procesales de contratación o de la prórroga tácita. Si no versa sobre aspectos patrimoniales, la competencia territorial interesa al orden público porque es la administración de justicia la protegida y por lo mismo su régimen es imperativo. De lo que debemos colegir que no todo lo territorial es prorrogable, una expresión de esto consagra el presente artículo.

La doctrina explica este tipo de limitaciones para disponer la competencia bajo la figura del “desplazamiento por atracción”. Los procesos universales, tales como los concursales y los sucesorios, presentan la peculiaridad del desplazamiento de la competencia sobre las pretensiones que se ejerciten contra el patrimonio del concursado o causante. Los procesos universales atraen, salvo excepciones, todos aquellos procesos que se encuentran vinculados al patrimonio considerado como universalidad jurídica: que origina el llamado fuero de atracción cuyo fundamento se apoya en dos razones: jurídicamente porque el patrimonio es la prenda general de los acreedores; prácticamente porque la liquidación del patrimonio debe ser realizada ante un solo juez. Se facilita así la liquidación y distribución de la masa de bienes entre los titulares de la misma, una vez que ha sido depurada como patrimonio bruto al cual se deduce el pasivo para la obtención del activo líquido a distribuir. De otra manera vendría una dispersión de procesos en contra de

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

principios de orden público, como es que el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores y también el de la *par conditio creditorum*. De ello deriva la improrrogabilidad e irrenunciabilidad del fuero de atracción y su vigilancia oficiosa.



## JURISPRUDENCIA

---

*La competencia territorial, por su naturaleza, es prorrogable. Constituye una excepción a ella lo dispuesto en el artículo 19 del CPC (Exp. N° 211-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 181-182).*

*No resulta procedente acumular en una misma solicitud el pedido de sucesión intestada de las personas fallecidas en distinta fecha, que corresponde a distinto orden y sin revisar si ambos tuvieron el mismo domicilio a efectos de determinar la competencia (Exp. N° 826-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 114-116).*

*En materia sucesoria en general es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, competencia que es improrrogable.*

*Si el de cujus, a la fecha del fallecimiento, tuvo como domicilio el distrito de Comas, corresponde el conocimiento a la Corte Superior de Justicia de Lima, Cono Norte (Exp. N° 1738-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 116-117).*

## EXPROPIACIÓN

### ARTÍCULO 20

*Tratándose de bienes inscritos, es competente el juez del lugar en donde el derecho de propiedad se encuentra inscrito.*

*Si la expropiación versa sobre bienes no inscritos, es competente el del lugar donde el bien está situado, aplicándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 24, inciso 1.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 928.
C.P.C.	art. 24 inc. 1.

---

### Comentario

---

La expropiación es el despojo a una persona de una cosa que le pertenece, generalmente inmueble, por el que se le paga una indemnización denominada justiprecio. La facultad de expropiar le corresponde al Estado por razones de utilidad o de interés público. Para que proceda es necesario un debate judicial en el que exista una condena sobre el justiprecio. Dicho procedimiento está regulado en los artículos 519 y siguientes del Código Procesal y que han sido modificados por Ley N° 27117.

Tanto las Constituciones de 1979 como la de 1993 se han pronunciado sobre la expropiación. El Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago en dinero de una indemnización justipreciada.

El Código ha fijado la competencia territorial en este tipo de pretensiones en atención a la ubicación del inmueble y a su posible registro. El criterio real que se utiliza se explica por la conveniencia que el juzgado se halle próximo a aquello que pueda tener que ser sometido a inspección y valoración judicial, si la pretensión se refiere a inmuebles, dado que los muebles pueden ser llevados usualmente ante el juez con facilidad. Justifica así su señalamiento en los procesos reales inmobiliarios, como es el caso de la expropiación.

Nótese que la competencia territorial del juzgado está condicionada a que se trate de un bien registrable. La regla dice que si el bien expropiado es un bien no inscrito, es competente el juez del lugar donde está situado el bien, ello en concordancia con la competencia territorial facultativa que recoge el inciso 1 del artículo

## **JURISDICCIÓN Y ACCIÓN**

---

24, en materia de expropiación; en cambio, si se trata de un bien inscrito, es competente el juez del lugar donde el derecho se encuentra inscrito. En caso la demanda de expropiación verse sobre varios inmuebles,

## INCAPACIDAD

### ARTÍCULO 21

*En materia de patria potestad, tutela y curatela, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el juez del lugar donde se encuentra el incapaz.*

*Para instituir las curatelas de bienes a que se refieren los artículos 597 al 600 del Código Civil, es competente el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, observándose, en su caso, la regla establecida en el artículo 47 del Código Civil.*

*Para las curatelas especiales a que se refiere el artículo 606 del Código Civil se observará lo dispuesto en el artículo 23 de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 47, 419 párr. 2, 471, 597 a 600, 606.
C.P.C.	arts. 23, 25, 61, 66, 560.
C.N.A.	arts. 74 al 87 y 98 al 103.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México	art. 26.
-----------------	----------

---

## Comentario

La patria potestad es una función social, cuya finalidad inmediata es la protección del menor y su formación espiritual, moral e intelectual. No es un mero derecho sino un deber ejercido en interés del hijo, cuya transgresión no solo podría dar lugar a sanciones graves e inclusive a la pérdida de esta.

La tutela es una institución creada por ley para que cuide los bienes y persona del menor de edad que no se encuentra sometido a patria potestad. La curatela también es una institución del Derecho Familiar, orientada a designar a una persona que se encargue de asistir a los incapaces sometidos a interdicción. Existe una curatela real que opera tanto para los bienes del ausente o desaparecido, para los bienes del hijo póstumo y para bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie.

La presente norma consagra diversos criterios para fijar la competencia territorial delimitada por el tipo de pretensión que se discute. Las referentes a la patria potestad, tutela y curatela, se atribuye la competencia al juez del lugar donde se encuentre el incapaz. Hay aquí un criterio personal para determinar la competencia, pues, se define por la presencia de las partes en el lugar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En el caso de la curatela de bienes, concurre un criterio de índole real para fijar la competencia, como es, el lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes.

La curatela especial, que detalla los nueve incisos del artículo 606 del Código Civil, remite al juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve.

Los supuestos citados se tratan de competencias especiales, es decir, los indicados específicamente por la ley, como definitivos en atención a la naturaleza de la pretensión debatida. El fuero real que se asume para el caso de las curatelas de bienes, se explica por la conveniencia que el juez se halle próximo a aquello que tenga que ser sometido a inspección.



## JURISPRUDENCIA

---

*Los padres, no obstante estar separados de hecho, conservan la patria potestad respecto de sus menores hijos. No existe suspensión de la patria potestad. Todo progenitor tiene obligación, y a la vez, facultad de visitar a sus hijos en forma irrestricta con la salvedad de los horarios a respetar por razones de estudio y de descanso (Exp. Nº 1187-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 128-129).*

*La patria potestad es una institución reguladora de la relación paterno filial, no pudiendo ser objeto de convenio o renuncia por los padres. Se admite la suspensión o privación de la misma, solo por mandato legal y con carácter de sanción. No debe confundirse con la tenencia ni con la representación legal del hijo.*

*Corresponde al juez fijar, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y acoger en la sentencia la propuesta del convenio, siempre que asegure adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad (Exp. Nº 1547-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 130-131).*

*Las resoluciones sobre tenencia pueden ser modificadas por el mismo juzgado atendiendo a su función tuitiva, por circunstancias debidamente comprobadas, transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del menor.*

*El juzgador debe exhortar a los padres para que depongan actitudes de egoísmo y resentimiento que redunden en perjuicio de la estabilidad emocional de su menor hija (Exp. Nº 447-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 155).*

*La tenencia es un atributo de la institución jurídica de la patria potestad, destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, siendo de carácter temporal.*

*La determinación judicial de la tenencia no debe afectar los derechos y obligaciones inherentes a esta, como el permanente contacto que deben mantener los padres e hijos, garantizando así una satisfactoria relación paterno filial (Exp. Nº 250-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 156).*

*Debe otorgarse la tenencia del menor a su madre si del examen psicológico se aprecia que este se siente más cerca de la figura materna pero confundido respecto a la función de su padre en el contexto familiar, pues privarlo de ella le afectaría aún más su desarrollo integral (Exp. N° 3420-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 158).*

*La curatela es una institución de protección a los mayores de edad, que no están en aptitud para dirigir su persona ni conservar sus bienes (Exp. N° 368-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 163).*

*Los abuelos paternos de la menor no tienen mejor derecho que la madre biológica. Habiendo fallecido el padre de la menor, es derecho de la madre ejercer la patria potestad, mas no a los abuelos (Exp. N° 4353-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 30-31).*

*Siendo la demandante madre de los menores, una persona imbuida en ideas religiosas que lindan con el fanatismo, que su mundo se circunscribe al misticismo, debe el padre mantener la tenencia de los menores, máxime si estos han manifestado su deseo de vivir con este (Exp. N° 1086-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 72-74).*

*La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o madre que los ha reconocido.*

*El reconocimiento efectuado por los padres les otorga igual derecho a accionar por la tenencia del menor.*

*Es deber de los padres velar por sus hijos para que reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral (Exp. N° 932-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 75-77).*

## **QUIEBRA Y CONCURSO DE ACREEDORES**

### **ARTÍCULO 22**

DEROGADO (\*)

---

(\*) Derogado por la 1ª disp. final del D. Leg. Nº 845 (21/09/96).

## PROCESO NO CONTENCIOSO

### ARTÍCULO 23

*En el proceso no contencioso es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

arts. 21, 749, 750.

---

### Comentario

---

1. El Código Procesal, recurre a la presencia o ausencia de conflicto de intereses, para dividir los procesos en contenciosos y no contenciosos. La última sección del Código, se destina a lo que en doctrina se conoce como jurisdicción voluntaria, aunque –cabe señalar– que el Código no utiliza esta última denominación, sino la de procesos no contenciosos.

Según Carnelutti, la denominada jurisdicción voluntaria es un caso de jurisdicción especial, pues, esta no solo sirve para resolver conflictos, sino también para evitarlos o prevenirlos. En esa misma línea de pensamiento, Monroy señala, “... reconocemos la existencia de una actividad jurisdiccional que sin ser notoriamente contenciosa cumple una función preventiva y, en ese contexto, los antecedentes de una distorsión histórica –que no es otra cosa que el concepto de jurisdicción voluntaria– bien podrían utilizarse como cauce para esta otra finalidad (preventiva) de la jurisdicción, cuya importancia contemporánea es considerable”<sup>(1)</sup>.

2. Carnelutti<sup>(2)</sup> indica que existen dos principios en antítesis, determinantes de la estructura del proceso contencioso y del proceso voluntario: el principio del contradictorio o principio de bilateralidad, propio del proceso contencioso; y el principio de la unilateralidad, característico del proceso no contencioso. Esto significa que la noción de parte, al implicar un enfrentamiento entre dos sujetos, solo es aplicable a los procesos contenciosos. Ello explica porque en el proceso no contencioso el concepto parte sea reemplazado por el de peticionario, en concordancia con el objeto del proceso voluntario, que implica que la persona –en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judi-

---

(1) Monroy, Juan, Introducción..., p.244.

(2) Carnelutti, Francesco: Instituciones del proceso civil, v.3, Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires 1960, pp. 263-264.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cial— se oriente a obtener una decisión que integre, constituya o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica, y cuyo objeto está constituido por una o más peticiones emanadas, no de sujetos privados que actúan como partes, sino como ya se ha señalado bajo el carácter de peticionarios o solicitantes.

3. Ahora bien, esa condición de ausencia de enfrentamiento hace que no se cumpla con el supuesto objetivo para la cosa juzgada, como es la contienda; tampoco se aprecia la existencia del elemento subjetivo —como es la concurrencia de partes— sobre las que pueda extender los efectos de la cosa juzgada. Bajo esa perspectiva, Devis Echandía refiere que “la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho, o por varias, pero sin que exista desacuerdo entre ellas al hacer tal solicitud y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia, es decir, se ejercita inter volentes o pro volentivos”<sup>(3)</sup>. Esto significa, como señala Monroy<sup>(4)</sup>, que la actividad judicial que se promueve “... tiene el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. El juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolización de un nuevo estado jurídico. Un rasgo típico de esta actividad judicial es que está desprovista de la autoridad de la cosa juzgada, aunque más que una característica, nos parece que es consecuencia del hecho de no ser útil para resolver conflictos de intereses”.

4. La norma frente a este tipo de procesos considera como juez competente, al del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve. Opera aquí una regla de competencia especial en base al *forum domicilii*. El Código regula en su sección sexta, los diversos asuntos que se pueden tramitar, bajo el procedimiento del proceso no contencioso y corresponde conocerlos a los Jueces Civiles y los Jueces de Paz Letrados. Además, como el solicitante no es considerado procesalmente como parte, no cabe la reconvencción ni las excepciones y defensas previas. Tampoco está permitida la recusación del juez ni del secretario, pues, no cabe la cosa juzgada en este tipo de procedimientos, ni que se declare el abandono del proceso. (Ver artículo 761 y 350 CPC).

---

(3) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, editorial Universidad, Buenos Aires 1984, p.83.

(4) Monroy, Juan, *op. cit.*, p. 232.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... De acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Civil, en materia de prueba anticipada es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33 del mismo cuerpo legal, el juez que por razón de cuantía y territorio deberá conocer el futuro proceso; (...) es con esa norma específica que debe definirse la competencia del juez, para este tipo de procesos, aplicándose las demás reglas generales de la competencia de modo complementario y no excluyente de la norma especial; (...) la regla contenida en el artículo 23 del Código Adjetivo es aplicable para los procesos no contenciosos, mas no así para la prueba anticipada...” (Exp. N° 343-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 584-585*).*

*“La prueba anticipada consiste en la actuación de medio probatorio antes del inicio del proceso, correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso; siendo esto así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para esta a la culminación del trámite” (Exp. N° 706-98-Lima, 07/07/98 *Ejecutoria citada en Pioner de Jurisprudencia, Boletín Mensual, Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2004, año 1, N° 10, p. 27*).*

## COMPETENCIA FACULTATIVA

### ARTÍCULO 24

*Además del juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:*

- 1. El juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el juez de cualquiera de ellos;*
- 2. El juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;*
- 3. El juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias;*
- 4. El juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación;*
- 5. El juez del lugar en donde ocurrió el daño, tratándose de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual;*
- 6. El juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido; y,*
- 7. El juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos al tiempo de interponerse las demandas de rendición, de aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 8, 12, 14, 20, 21, 480, 486 incs. 1, 2 y 4, 511, 546 incs. 1, 2, 4 y 5, 560, 655, 774.

**C.D.I.P.** arts. 323, 324, 325, 326.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.N. Argentina** art. 6.

**C.F.P.C. México** arts. 24, 25.

---



Si todos los elementos del proceso se dieran en un mismo lugar, el régimen de la competencia territorial sería bien simple. Pero ello no es usual porque la realidad

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

nos presenta supuestos en los que hay que escoger algunos elementos como la presencia de las partes en el lugar o la presencia del bien o los instrumentos del proceso, para la facilidad probatoria.

En atención a lo señalado líneas arriba, la competencia no solo puede determinarse por la regla que contiene el artículo 14 del Código Procesal, sino el demandante tiene la posibilidad de elegir la competencia de otros jueces en atención a siete supuestos que enuncia la norma en comentario. La recurrencia a este tipo de competencia es facultativa y se confía al actor la selección de jueces alternos y cumplida ella se perpetúa la competencia del elegido.

El inciso 1 recurre a un criterio de índole real, referido al lugar donde está situada la cosa en litigio, para fijar la competencia y se explica por la conveniencia que el juez se halle próximo a aquello que pueda tener que ser sometido a inspección. Tal conveniencia se aprecia de manera especial en las pretensiones sobre inmuebles, dado que los muebles pueden ser llevados usualmente ante el juez con facilidad. En los procesos de pretensiones inmobiliarias es competente el juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el juez de cualquiera de ellos.

El último domicilio conyugal también delimita ciertas competencias como la nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad. En este último caso, nótese lo regulado en el artículo 21 del Código que considera al juez del lugar donde se encuentra el incapaz, como competente.

Con relación a la competencia en la separación de cuerpos esta operaría de la siguiente manera: si uno de los cónyuges vive en Iquitos y el otro en Lima, pero el último domicilio conyugal ha sido en Ate-Vitarte, será competente en aplicación del inciso 2, el juez de este último domicilio, siempre y cuando la parte actora así lo hubiere elegido e invocado, a pesar que ambos cónyuges residan en domicilios con competencias territoriales diferentes (Iquitos y Lima). Será la elección de estos, como demandantes, los que fijarán de mutuo acuerdo la competencia del juzgado de Ate-Vitarte, en atención a este inciso 2 de la norma. El emplazamiento de los cónyuges se materializará, a través de exhorto, ante los jueces de las circunscripciones donde residan, en aplicación del artículo 432 del CPC.

En cambio, si nos ponemos en el supuesto del divorcio por causal, será competente a elección del cónyuge actor juez del último domicilio conyugal, esto es, Ate-Vitarte (competencia facultativa); caso contrario, podría recurrirse a la regla general de la competencia contenida en el artículo 14 del CPC y considerar la competencia del juez del domicilio donde domicilia el cónyuge demandado, esto es, será el juez de Iquitos ante quien se presente la demanda.

Con relación a las pretensiones alimenticias corresponde el conocimiento al juez del domicilio del demandado (por regla general) o del demandante a elección de este (competencia facultativa). Este inciso resulta coherente con lo regulado en el artículo 560 del Código Procesal.

Un criterio instrumental atiende a la presencia o facilidad de la producción de las pruebas, es la sede de estas; el lugar donde ocurrió el hecho es la sede donde racionalmente deben encontrarse las pruebas del proceso; por ello, el inciso quinto de la norma considera como competente el juez del lugar donde ocurrió el daño.

Tratándose de prestaciones relacionadas con el cumplimiento de la obligación, puede ser competente el juez del lugar señalado para su cumplimiento. Opera aquí un criterio instrumental para determinar la competencia, en razón que es el lugar donde están los instrumentos del proceso, donde presumiblemente han surgido los conflictos que le dan origen. Hay quienes lo llaman fuero convencional tácito, pues, si las partes acuerdan un lugar de cumplimiento, están fijando la competencia territorial del futuro litigio.

Cuando se trata de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido; resulta competente el juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación.

En el caso del inciso 7, opera una competencia especial para los negocios nacidos en una administración, como por ejemplo, para pedir la rendición de cuentas, corresponde al juez del lugar donde se hallan los elementos de aquella, donde se encuentren las pruebas de lo que pueda controvertirse.



## JURISPRUDENCIA

*Solamente cuando se demanda como pretensión accesoria la indemnización por daños y perjuicios, resulta aplicable la competencia facultativa de la pretensión principal de cumplimiento de la obligación o contrato. En sentido contrario, cuando se demanda como única pretensión dicha indemnización, no resulta aplicable aquella competencia (Cas. N° 2365-99-Lima, El Peruano, 18/08/2000, p. 5983).*

*Si bien el pagaré puesto a cobro carece de la indicación del lugar de expedición, tal omisión no enerva su exigibilidad como título valor pues, a falta de mención, se considera girado el título en el domicilio del girador (Exp. N° 2484-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 217-218).*

*No habiéndose puesto a conocimiento del girador el cambio de domicilio, debe ser esta pagadera en el lugar señalado en ella, por la naturaleza literal de la cambial (Exp. N° N-550-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 587).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Gozando de nacionalidad peruana los padres y los hijos y habiendo tenido el último domicilio conyugal en el Perú, resulta competente para el juez peruano (Exp. N° 779-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 77-79).*

*No resulta procedente el reconocimiento de sentencia extranjera si se advierte que ambos cónyuges se encuentran domiciliados en dos países distintos, donde existen legislaciones diferentes sobre la misma materia.*

*El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la Ley del domicilio conyugal (Exp. N° 3355-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 155-157).*

*Las leyes aplicables al divorcio se rigen por la del domicilio conyugal. Si se acredita que el domicilio conyugal se encuentra en los Estados Unidos de Norte América, no es aplicable las leyes peruanas (Exp. N° 320-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 519-520).*

*Cuando se demanda el prorrateo de alimentos corresponde conocer del proceso al juez que realizó el primer emplazamiento, ello es aplicable extensivamente a los procesos de aumentos de alimentos.*

*Si los alimentistas domicilian en Lima y el juez que conoció el proceso de alimentos es de Huaraz, corresponde al primero la pretensión de aumento de alimentos en mérito a la competencia facultativa que regula el artículo 24 del CPC. Los alimentos son un derecho de atención urgente e inmediata (Exp. N° 2367-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 292).*

## PRÓRROGA CONVENCIONAL DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

### ARTÍCULO 25

*Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 5 a 8, 14, 15, 26.  
C.D.I.P. arts. 318, 320, 321.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 2.

---

### Comentario

La competencia es imperativa por regla general. La vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta o insubsanable; sin embargo, excepcionalmente se ofrece una competencia dispositiva, cual es la territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada y, por lo mismo, la vulneración de las reglas pertinentes implica nulidad relativa pasible de ser saneada a través de la prórroga tácita.

La norma consagra la posibilidad que a través de las cláusulas procesales de contratación las partes puedan alterar la competencia territorial prorrogándola; en realidad, más que alterarla, se permite que las partes se aseguren un juez competente. Se contribuye así con el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* que resulta ser un principio de buen orden para la fijación de la competencia.

La prorrogabilidad de la competencia opera de dos maneras: expresa, como pacto de prórroga; y, tácitamente, como sumisión; la cual se estructura cuando el actor vulnera la norma de competencia y el opositor se somete a esa vulneración y no impugna. Hay una actitud pasiva, de quien pudiendo impugnar el defecto de competencia no lo hace y de esta manera se prorroga.

La prorrogabilidad de la competencia territorial opera sobre un conflicto de intereses patrimoniales. En este caso, como se estima que el interés protegido es el de las partes, la ley solo busca procurarles el juez que más cómodo les resulte y por eso se admite el libre juego de la autonomía de la voluntad privada. Si no versa sobre aspectos patrimoniales, la competencia territorial interesa al orden público y es la administración de justicia la protegida, por lo mismo, su régimen es imperativo; lo que implica que no todo lo territorial es prorrogable, véase el caso de los conflictos en materia sucesoria (artículo 19).

**JURISPRUDENCIA**

*Es improcedente la demanda que solicita el otorgamiento de escritura pública respecto de acciones y derechos que le corresponden a los codemandados sobre inmuebles ubicados en Arequipa y adquiridos mediante transacción extrajudicial en Lima, pues, le corresponde conocer al juez del lugar del domicilio de la demandada, salvo que hubieren convenido someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que le corresponde (Exp. N° 36592-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 331-332).*

*Si del contrato de prenda vehicular se desprende que las partes se sometieron a la competencia de los jueces de la localidad, al haberse suscrito dicho contrato en la ciudad de Piura, le corresponde a los tribunales de esa ciudad, el conocimiento (Exp. N° 99-22341-1973, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 329-330).*

*Si bien la competencia territorial es prorrogable, los cambios administrativos en el Poder Judicial no pueden ir más allá de las disposiciones legales de mayor trascendencia, por su rango (Exp. N° N-740-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 266).*

*La competencia territorial por su naturaleza es prorrogable. Constituye una excepción a ella lo dispuesto en el artículo 19 del CPC (Exp. N° 211-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 181-182).*

*Si el hipotecante y el prestatario renuncian al fuero de sus domicilios y se someten a la jurisdicción y competencia de los jueces de Lima para cualquier controversia que surgiera sobre el cumplimiento de las obligaciones del contrato, resulta competente para el conocimiento de este proceso el juez especializado de Lima y no el juez especializado del cono norte (Exp. N° N-383-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 268).*

*Las partes pueden convenir por escrito someterse expresamente a la competencia territorial de un juez distinto al que le corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable (Exp. N° 1137-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 283-284).*

*Se paraliza indebidamente el proceso si las partes interponen contienda de competencia no obstante la prórroga convencional de la competencia territorial (Exp. N° 1290-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 515-516).*

## PRÓRROGA TÁCITA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

### ARTÍCULO 26

*Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 5, 7, 8, 14, 25, 35.  
C.D.I.P. arts. 318, 320, 322.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México art. 23.

---



La competencia –por regla general– no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta e insubsanable; sin embargo, excepcionalmente se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación. Bajo este último supuesto, la norma consagra la prórroga tácita de competencia, que busca asegurar un juez competente por omisión del demandado. La competencia por inacción, en adelante, queda firme; contribuyendo así al arraigo del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Es un principio de buen orden para la fijación de la competencia.

La sumisión, es la convención mediante la cual las partes exteriorizan su voluntad para que el juez que defina el litigio sea uno diverso al llamado legalmente. La doctrina lo denomina prorrogación o pacto de foro prorrogado.

La prórroga tácita que regula la norma se estructura cuando el demandante vulnera la norma de competencia y el opositor o demandado se somete a esa vulneración sin impugnar. Hay una actitud pasiva de quien pudiendo impugnar el defecto de competencia no lo hace y de esta manera la prorroga. Véase el caso en que el actor inicia un proceso ante un juzgado incompetente territorialmente y el demandado no opone la excepción de incompetencia, opera la prórroga y el juez del proceso queda convertido en competente. Lo descrito solo puede operar en los casos de incompetencia relativa, llamada así en cuanto queda subsanada por el acuerdo de partes, sea expreso tácito (ver artículos 25 y 26 del CPC), pero

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

no en los de incompetencia absoluta, como por materia, cuantía y grado, en los que no se permite la prórroga.

La prórroga de la competencia territorial debe admitirse sobre conflictos de índole patrimonial. En este caso, se estima que el interés protegido es el de las partes, por eso se admite, el libre juego de la autonomía de la voluntad privada. Si no versa sobre aspectos patrimoniales, la competencia territorial interesa al orden público y es la administración de justicia la protegida, por lo mismo, su régimen es imperativo. Ello nos lleva a decir que no todo lo territorial es prorrogable, aun tácitamente.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si se demanda ante un juez distinto al que las partes acordaron someterse y no se cuestiona ni como excepción ni como inhibitoria, ocurre la prórroga de la competencia, por la intervención de ambas partes en el proceso, una ejerciendo la acción y la otra, el de contradicción (Exp. Nº 809-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 332-333).*

*El juez que declara y tramita el proceso de quiebra, es el juez universal del proceso, con competencia exclusiva y excluyente sobre los demás órganos jurisdiccionales, en virtud de la naturaleza de la institución concursal y a lo regulado por la legislación de reestructuración empresarial.*

*No es prorrogable la competencia del juzgado que dictó el auto de quiebra y señaló la entidad liquidadora. Es nula la medida cautelar dictada por otro órgano jurisdiccional, pues causa perjuicio no solo al recurrente, sino a todos los acreedores de la fallida (Exp. Nº 10664-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 155).*

## COMPETENCIA DEL ESTADO

### ARTÍCULO 27

*Es juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Departamental, Local o ente de Derecho Público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.*

*Cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de Derecho Privado, se aplican las reglas generales de la competencia.*

*Las mismas reglas se aplican cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14, 50, 64.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México arts. 28, 29.

---

## Comentario

---

La competencia busca dar –a las partes– el mejor acceso a la administración de justicia y en atención a ello, cuando el conflicto de intereses involucre al Estado, es necesario determinar previamente si se trata de una relación jurídica de Derecho Privado.

La personalidad jurídica del Estado la podemos ubicar bajo dos aristas: como persona de Derecho Privado, en igualdad relativa con las demás personas jurídicas e individuales; y, como entidad suprema de Derecho Público, con jerarquía para establecer la ley y hacerla cumplir.

Según García Toma<sup>(1)</sup> “conforme ha aumentado la presencia del Estado en la esfera de la administración o supervisión de los bienes y servicios públicos, se ha

---

(1) GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1999, p. 114.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ido configurando el carácter bifronte de su personalidad jurídica. Así el Estado tiene una determinada personalidad cuando actúa en la vida jurídica como poder político que ejerce funciones de gobierno e imperio y tiene otra cuando se desenvuelve como un simple particular. Cuando actúa como una entidad soberana desde su posición de supraordinación y supremacía con respecto a los ciudadanos, el cuerpo político presenta una personalidad jurídica pública. En cambio, cuando actúa en un mismo plano de igualdad respecto a los ciudadanos, el cuerpo político asume una personalidad jurídica privada”.

Cuando el Estado opera como persona de Derecho Privado es igual a los particulares, de ahí que la norma en comentario, cuando hace referencia a dicha personalidad del Estado, le aplica sin mayor distinción, las reglas generales de la competencia contenidas en el artículo 14 del CPC, esto es, el juez competente del lugar del domicilio del demandado. Este carácter bifronte tiene utilidad práctica, porque permite garantizar el derecho de los ciudadanos que pactan obligaciones patrimoniales con el Estado. En ese sentido, si se pretende el cobro de una suma dineraria por la adquisición de útiles de escritorio (que por su cuantía corresponde al juzgado de paz letrado) a una universidad nacional, la que es un organismo autónomo estatal, será el juez de paz letrado el competente y no el juez civil, a pesar que el inciso 4 del artículo 49 de la LOPJ concordante con el artículo 28 del CPC, señale a este último como competente, por referirse a asuntos contra el Estado. La razón es que el conflicto de intereses tiene origen en una relación jurídica de Derecho Privado, por tanto, aplicando las reglas generales de la competencia le corresponderá al juez de paz letrado del domicilio de la universidad demandada.

En otros supuestos, ajenos a la actividad privada del Estado, es juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Departamental, Local o ente de Derecho Público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama. Las mismas reglas se aplican cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones. En ese sentido léase la Ejecutoria Suprema N° 953-2004 de fecha 6 de mayo de 2004 que frente al conflicto positivo de competencia entre un juzgado especializado de Huancayo y otro de Lima, dispone que sea juez competente el de Lima, pues, el acto calificado por el demandante como violatorio de los derechos constitucionales tuvo su origen en un acuerdo del Consejo Nacional de la Magistratura, organismo cuya sede se encuentra en la ciudad de Lima.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si en el proceso se logra los fines abstractos y concretos establecidos legalmente, perpetuarlo por la negligente inactividad de una de las partes resultaría contradictorio, por lo que el abandono como una de las formas especiales de conclusión del proceso resulta también aplicable para el propio Estado, en aras del favorecimiento de la seguridad jurídica pues, caso contrario, todo derecho subjetivo permanecería incierto (Cas. N° 508-98-Loreto, El Peruano, 06/07/2000, p. 5545).*

*Todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravenzan leyes de orden público.*

*No se puede amparar el otorgamiento de escritura si es imposible que los litisconsortes pasivos formalicen el compromiso de compraventa por tratarse de un bien jurídico, dada la naturaleza pública del bien materia del contrato.*

*El terreno por el cual se solicita el otorgamiento de escritura constituye una zona de recreación y/o de minas arqueológicas, los mismos que son bienes del Estado intangibles (Exp. N° 22-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 495-498).*

*La ley obliga a agotar una vía administrativa previa cuando el Estado actúa como ente del gobierno y no como persona de Derecho Privado; y, cuando la norma procesal condicione el ejercicio de la acción civil al tránsito por esa vía de una determinada reclamación (Exp. N° 30-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 438).*

*Encontrándose la Dirección de la Unidad de Servicios Educativos N° 26 de la Provincia de Barranca del Departamento de Lima y la Dirección Departamental de Educación de Lima, a la que pertenece, representados por el Ministerio de Educación del Gobierno Central como ente rector, por no tener tales organismos personería propia individualizada, resulta competente el juez especializado en lo civil de la capital (Exp. N° 832-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 118-122).*

*La indemnización por inejecución de prestaciones derivadas de una norma legal laboral dictada por el Estado, como acto de gobierno, para regular la relación de una empresa del Estado con sus servidores, corresponde conocerla al juez laboral, al amparo del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4 de la Ley Procesal del Trabajo, por no ser materia contractual civil (Exp. N° 212-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 324-325).*

## DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL

### ARTÍCULO 28

*La competencia funcional queda sujeta a las disposiciones de la Constitución, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	arts. 138, 143.
C.P.C.	art. 35.
LEY 26636	arts. 2, 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	arts. 25, 26, 28, 29, 30.
-----------------	---------------------------

---

### Comentario

---

1. La competencia funcional comprende tanto el grado como la etapa procesal en la que se desarrolla. La designación del juez competente se cumple no por causa de una cualidad del litigio sino por una cualidad de la actividad del cargo, o sea, de la función que está llamado a ejercer el juez.

La aplicación de este criterio conlleva a distinguir entre juez *a quo* y juez *ad quem*, esto es, juez de primera y segunda instancia. Esta competencia distribuye los litigios entre los jueces, determinando quien debe hacer el primer examen del conflicto y quien el que suceda. En nuestro país, los órganos de primera instancia son unipersonales, y, los de segunda, colegiados, conformado por tres magistrados.

Razones de conveniencia, mas no de necesidad esencial, mueven a distribuir el conocimiento del caso al juez *ad quem*. La ley aprovecha la jerarquía de los jueces en su integridad para su intervención en las casaciones, apelaciones y consultas; por ello, se asigna a un juez de grado superior el conocimiento de la providencia impugnada. Esto justifica la competencia por grado, la cual es vertical, frente a la competencia territorial que es horizontal.

2. La competencia por grado está ligada al principio de doble instancia que regula el Título Preliminar del Código Procesal y constituye una garantía esencial en el Derecho Procesal.

El juez en cada grado es diferente porque cumple una tarea distinta. Así, en el primer grado, tiene atribuciones para aplicar la norma que, según su análisis,

resulte más apropiada; en el segundo grado, limita su decisión a los argumentos o agravios de la parte vencida apelante.

La competencia funcional también opera en los equivalentes jurisdiccionales cuando tiene que intervenir la jurisdicción en el caso de la homologación. Por citar, solo la sala laboral es competente para conocer la homologación de los acuerdos privados laborales (ver artículo 103 de la Ley Procesal del Trabajo). En el caso de la impugnación de laudos arbitrales, solo la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la anulación. (ver artículo 71 de la Ley General de Arbitraje).



## JURISPRUDENCIA

*Si la pretensión versa sobre la nulidad de una resolución administrativa, resulta competente para conocer ello, la sala encargada de las acciones contenciosas administrativas y no la sala de procesos abreviados y conocimiento (Exp. N° 16941, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 151).*

*Si bien constituye una facultad de los jueces evaluar y declarar en cada caso concreto la existencia o no de la competencia funcional, también lo es que dicha declaración tiene que estar fundada en ley expresa, en mérito al principio de legalidad (Cas. N° 725-97-Arequipa, El Peruano, 05/10/98, p. 1773).*

*Las resoluciones y pronunciamientos que expida el Tribunal Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, solo podrán ser impugnadas en la vía judicial ante la sala competente de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 118-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 321-323).*

*El Banco de la Nación no es un órgano administrativo colegiado ni autoridad unipersonal de carácter local o regional, para que la impugnación de un acto administrativo sea conocido por la Sala Civil de la Corte Superior en primera instancia (Exp. N° 1026-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 259-260).*

*La facultad de casación le compete exclusivamente a la Corte Suprema de la República. Habiéndose agotado el proceso en las instancias del juzgado de paz letrado y juzgado especializado, lo que se pretende vía queja es la apertura de una tercera instancia, lo cual resulta manifiestamente improcedente (Exp. N° 2417-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 144-145).*

## CASOS DE PREVENCIÓN

### ARTÍCULO 29

*Previene el juez que emplaza en primer lugar al demandado. En caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 15.
LEY 27809	art. 8.

---

### Comentario

---

Prevenir viene del latín *praeventione*, que significa ver antes, conocer antes que otro. Couture define la prevención como la situación jurídica en que se halla un órgano del Poder Judicial, cuando ha tomado conocimiento de un asunto antes que los otros órganos –también competentes– y que por ese hecho, dejan de serlo.

La competencia preventiva surge cuando dos o más jueces son competentes para conocer de una misma pretensión. El juez que primero conoce se convierte en competente exclusivo, siempre y cuando hubiere efectuado el primer emplazamiento, caso contrario, no opera la exclusión.

Este instituto se complementa con el fenómeno de la prevención que opera cuando dos o más salas civiles son competentes para conocer una misma pretensión, la que conoce antes, se convierte en competente exclusiva y excluye a las demás.

## EFFECTOS DE LA PREVENCIÓN

### ARTÍCULO 30

*La prevención convierte en exclusiva la competencia del juez en aquellos casos en los que por disposición de la ley son varios los jueces que podrían conocer el mismo asunto.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 6, 29.

---

### Comentario

---

La competencia se complementa con el fenómeno de la prevención y consiste cuando dos o más órganos judiciales son competentes para entender de un mismo asunto, el que conoce antes se convierte en competente exclusivo y excluye a los demás. Prevenir viene del latín *praeventionem*, significa ver antes, conocer antes que otro. Esta prevención genera una situación jurídica de exclusión frente a los otros órganos judiciales que también son competentes. Frente a la concurrencia, surge un criterio de temporalidad y primacía, que va a generar el efecto de la competencia exclusiva.

## PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL

### ARTÍCULO 31

*En primera instancia la prevención solo es procedente por razón de territorio.*

*En segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera notificación.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

arts. X, 28 a 30.

---

### Comentario

---

La competencia preventiva surge cuando dos o más jueces son competentes para conocer de una misma pretensión. Cuando la concurrencia se refiera a jueces de primera instancia, solo la prevención es procedente en razón del territorio, esto es, que el juez que primero conoce se convierte en competente exclusivo.

En el caso de los jueces superiores, la competencia preventiva se determina por quien realiza la primera notificación, esto significa, que si una sala civil conoció en un primer momento la causa ella seguirá conociendo esta para las sucesivas incidencias que se deriven del proceso.

En tiempos pasados de la organización judicial, la competencia por turno y la fecha del concesorio de apelación, eran elementos que se tomaban en cuenta para fijar la prevención de las salas civiles; hoy ese criterio ha sido superado por la primera notificación de los órganos superiores.

## PRETENSIONES DE GARANTÍA, ACCESORIAS Y COMPLEMENTARIAS

### ARTÍCULO 32

*Es competente para conocer la pretensión de garantía, así como de la pretensión accesoria, complementaria o derivada de otra planteada anteriormente, el juez de la pretensión principal, aunque consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez o de su competencia territorial.*

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 5, 430.  
C. de P.P. arts. 20 y ss.

### Comentario

1. El artículo regula lo que en doctrina se denomina “desplazamiento de la competencia” que permite que un mismo juez resuelva varias pretensiones, aun cuando una de ellas no sea de su competencia.

La razón de ese desplazamiento busca evitar sentencias contradictorias y realizar el principio de economía procesal al producir ahorro de costo, de esfuerzos, evitando repetir los mismos actos, producir las mismas pruebas y requerir idéntica actividad de juzgados diferentes.

La conexión descrita en el artículo 84 del CPC, es vital para este tipo de acumulación y puede aparecer antes de iniciarse el proceso, produciendo la acumulación de pretensiones originaria; también puede darse luego de la demanda, mediante la reconvención y el llamamiento en garantía; y por último, en la acumulación de procesos.

2. Frente a lo descrito líneas arriba, el supuesto que recoge el artículo en comentario, lo dirige a las pretensiones de garantía y lo remite a la competencia al juez de la pretensión principal, lo que nos lleva a asumir que estamos frente a pretensiones sobrevenidas o sucesivas, como sería el caso del aseguramiento de pretensión futura o llamamiento en garantía, que regula el artículo 104 del CPC.

Esto se explicaría así: la universidad X contrata con la empresa Y la construcción del nuevo local de la Facultad de Derecho. Como la empresa contratista no cumple con entregar la obra en el plazo pactado, la universidad decide demandar

a esta la resolución del contrato y la indemnización por el incumplimiento. La empresa por su parte ha buscado los servicios de Z para la edificación, sin embargo, Z no ha cumplido con la entrega, pues, argumenta que la empresa Y no realizó los desembolsos en el monto y tiempo pactado. Frente a la demanda interpuesta por la universidad contra la empresa, esta invoca el llamamiento en garantía (regulado en el artículo 104 del CPC) y emplaza al tercero Z porque considera tener derecho a exigirle una indemnización por el daño que pudiere ocasionarle el resultado del proceso, cuyo monto lo fija a la mitad de la suma reclamada por la universidad. A pesar que el domicilio de este tercero se encuentre fuera de la competencia territorial del juzgado y la suma reclamada no se ajuste a la cuantía ni a la vía procedimental del proceso en giro, conocerá de la nueva pretensión sobrevenida, el juez de la pretensión principal originaria.

Este artículo aparentemente afecta las reglas de la acumulación que recoge el artículo 85 del CPC porque uno de los requisitos para que ella prospere es que sea de competencia del mismo juez y se tramite en una misma vía procedimental; sin embargo, el caso que recoge el artículo 32 del CPC lo podemos justificar bajo las excepciones que expresamente este Código permite, liberando de dichas formalidades, tal como lo señala la última parte del artículo 85 del CPC.

La norma no distingue la parte que puede interponer la pretensión de garantía, situación que lleva a que sea, tanto la parte demandante como la demandada, esta última, a través de la reconvencción. Como señala el artículo 445 del CPC, ella es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental original, presupuestos que no se contradicen con los requisitos del artículo 85 del CPC.

Tampoco operaría en la acumulación de procesos (ver artículos 88 y 89 del CPC), porque según el artículo 32 del CPC, la competencia se desplaza al juez de la pretensión principal, en cambio en la acumulación de procesos la competencia le corresponde al juez que realizó el primer emplazamiento.

3. La conexidad se asume como justificación para el desplazamiento de la competencia, produciendo una modificación de la regla general y haciendo competente un juzgado que no lo era.

Se debe diferenciar esta competencia, con lo regulado en el artículo 15 del CPC. Si bien hay concurrencia de varios demandados, allí no opera ninguna acumulación, todo lo contrario, se asume el supuesto de la pretensión única con varios demandados, como sería el caso del litisconsorcio pasivo necesario. Aquí, los jueces del domicilio de cada uno de los litisconsortes son igual de competentes, para conocer el proceso.

El artículo 16 del CPC regula la competencia por acumulación de pretensiones. Uno de los efectos de esa acumulación subjetiva (artículo 86) es la pluralidad de sujetos, a diferencia de la objetiva propia del artículo 85, donde los sujetos se

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

reproducen bajo la dualidad. Como hay varios demandados (dos o más dice la norma) es competente el juez del lugar del domicilio de cada uno de ellos. Aquí todos los jueces son competentes territorialmente, lo que se busca es elegir a uno de ellos, para fijar la competencia exclusiva.

En el caso del artículo 32 del CPC, también se parte de la acumulación de pretensiones subjetiva sucesiva, desplazando la competencia de un juzgado a otro, produciendo con ello una modificación a la regla general y haciendo competente un juzgado que no lo era. Esa incompetencia es tolerable solo en lo territorial y en la cuantía. Vemos pues que en el caso del artículo 16 del CPC, hay varios jueces competentes territorialmente y opera, a consecuencia de ello, una elección entre estos; en cambio, en el caso del artículo 32, lo que se produce es el desplazamiento de la competencia del territorio y la cuantía a otro que no lo es, pero que, por obra de la acumulación de pretensiones, lo torna en competente.

Se advierte en este artículo, que si bien la ley establece las reglas atributivas de competencia, también contempla las modificaciones posibles a ellas, de tal manera, que la competencia que ordinariamente correspondería a un juez por razón del territorio o cuantía se traslada a otro por motivos especiales. La norma en comentario, ante la acumulación de pretensiones, considera competente “al juez de la pretensión principal, aunque consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez o de su competencia territorial”. Esto nos lleva a sostener, para que opere el desplazamiento es necesario se produzca una acumulación de pretensiones. Mediante este desplazamiento, se atribuye el conocimiento de la causa a un juez incompetente, sea por razón del territorio o cuantía.

## MEDIDA CAUTELAR Y PRUEBA ANTICIPADA

### ARTÍCULO 33

*Es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso y para la actuación de la prueba anticipada, el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 2 párr. 2.
C.P.C.	arts. 284, 297 párr. 1, 608.

---

### Comentario

---

1. El poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela, no se materializa a través de la demanda, sino que sin necesidad de ella se puede ejercer el derecho de acción, a través de otros mecanismos como la prueba anticipada y la medida cautelar fuera de proceso. Técnicamente no pueden ser calificadas como una demanda, pero acuden al órgano judicial en busca de tutela, materializando de esta manera el derecho de acción. Aquí se da inicio a una instancia, mas no al proceso, porque se acude al órgano judicial sin demanda, bajo la justificación de pretender iniciar luego un proceso.

2. La prueba anticipada es una expresión de las diligencias preliminares, que tiene por objeto la producción de ciertas medidas probatorias frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo antes del proceso o durante el periodo procesal correspondiente.

Tanto la prueba anticipada como la medida cautelar están orientadas a remover los obstáculos que puedan presentarse respecto a la eficacia del proceso principal.

La prueba anticipada es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista porque busca evitar que determinados medios probatorios, al no actuarse oportunamente, sean afectados y se frustre la posibilidad de ser utilizados en un proceso posterior.

Esta finalidad de asegurar y conservar medios de prueba lleva a confundir a la medida anticipada como una expresión de la medida cautelar; sin embargo, hay dos grandes argumentos para excluirla de la medida cautelar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

a) La prueba anticipada no participa de las características de la medida cautelar, como lo provisional y mutable de la medida. Lo provisional implica que la medida subsiste mientras duren las circunstancias que la determinaron; y, es mutable porque el juez para evitar perjuicios innecesarios puede disponer de medida cautelar diferente a la solicitada. Estas características no son aplicables a la prueba anticipada porque producida en cualquier etapa se incorpora al proceso en definitiva y el juez no puede dejar de valorarla aunque perjudique a la parte que la produjo. Esa valoración opera al momento de dictar sentencia definitiva.

b) La medida cautelar se decreta *inaudita pars*; en cambio, la prueba anticipada se practica con citación de la parte contraria, salvo que resulte imposible por razón de urgencia (ver artículo 287 del CPC).

En conclusión, las pruebas producidas con anterioridad a la interposición de la demanda poseen aptitud para incorporarse al proceso con carácter definitivo y ser valoradas en un pie de igualdad con aquellas cuyo cumplimiento se verifique durante dicho periodo, razón por la cual carecen de los atributos de provisionalidad y modificabilidad que son propios de las medidas cautelares.

3. La competencia para la prueba anticipada y medida cautelar fuera de proceso, está fijada en atención al grado como señala el artículo 33 del CPC, a diferencia de la redacción del derogado CPC de 1912, que otorgaba competencia solo en los jueces de primera instancia. Frente a esta regulación, el artículo 297 del CPC además ha hecho extensiva la competencia a supuestos de cuantía y territorio del futuro proceso a conocer, como criterios para delimitar la competencia del juez en la prueba anticipada.

Por otro lado, es importante destacar que la producción de pruebas anticipadas no fija **definitivamente** la competencia del juez interviniente. Decimos ello porque de su actuación puede resultar que sea otro juez a quien le competa conocer de la futura pretensión. Cuando se trate de una medida conservatoria de prueba requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, la competencia está preestablecida con el juez del proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si las partes han acordado someter a la jurisdicción arbitral las controversias que pudieran surgir; se encuentra reservada única y exclusivamente a la competencia y decisión de los árbitros.*

*No procede amparar la actuación de medios probatorios en prueba anticipada, bajo la pretensión genérica que se va a interponer proceso ejecutivo, el acudir a la vía jurisdiccional resulta improcedente por la competencia pactada por las partes (**Exp. N° 36249-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 387**).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La prueba anticipada puede considerarse como un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, en cuya medida es posible, a su interior, cuestionar irregularidades en su trámite (Cas. Nº 1080-98-Callao, El Peruano, 16/11/99, p. 3972).*

*La medida cautelar constituye el instrumento legal que permite garantizar la efectividad de una sentencia a dictarse en un proceso, como tal, cumple una función primordial en la defensa de los derechos sustantivos.*

*Una de las características de la medida cautelar es la prejudicialidad, lo que indica un adelantamiento de opinión del juez respecto de lo que más adelante se resolverá (Exp. Nº N-566-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 478).*

*La medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho o el peligro que pueda significar la demora producida en la esfera del fallo definitivo o la actuación de la prueba. La apariencia del derecho invocado significa que para obtener la medida cautelar solo es necesario persuadir al juez que el derecho respecto del cual se pide cautela, es verosímil. El peligro en la demora en la constatación de parte del juez que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento del fallo definitivo, es factible que este jamás se ejecute con eficacia (Exp. Nº 26578-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 509-511).*

*“... La motivación para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, tiene que estar referida a situaciones de urgencia, de modificación, u otras análogas, que exigen una intervención pronta del órgano jurisdiccional a efecto que la prueba no pierda su utilidad y eficacia...” (Exp. Nº 699-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 588).*

*“... La prueba anticipada consiste en la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso (artículo 284 del Código Procesal Civil), correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso (artículo 297 del Código Procesal Civil); (...) siendo así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para esta a la culminación del trámite...” (Exp. Nº 706-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 580).*

*“... De acuerdo a la sustentación fáctica de la solicitud de prueba anticipada (...), la Beneficencia Pública de Lima señala que la actuación anticipada de la inspección judicial que invoca, está destinada a determinar las personas que habitan el predio de su propiedad así como las áreas que estas ocupan, a efecto de iniciar con posterioridad el proceso de desalojo; (...) el hecho señalado (...) debe ser verificado antes del inicio del proceso, por lo que la solicitante ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 284 del Código Procesal Civil que amerita la tramitación de la solicitud...” (Exp. Nº 1209-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 599).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la causa petendi de la futura pretensión a interponerse en el proceso correspondiente, por lo que en dicha actuación anticipada no se resolverá en sí el conflicto de intereses, sino en aquél proceso en el que se discuta el fondo de la litis, mediante sentencia o auto que en revisión ponga fin al proceso” (Casación 1261-99-Lima, 30/06/99, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema) Publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, año 9, no 67, abril, 2004, Lima, p. 236.*

*“... La naturaleza de la futura pretensión de los solicitantes es de carácter laboral (...), de modo que la presente solicitud de prueba anticipada ni el futuro procedimiento a iniciar son de competencia de los Juzgados Civiles, situación que amerita declarar su rechazo de plano...” (Exp. N° 616-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 604).*

## PROCESOS DE EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 34

*Los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia, salvo disposición distinta de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 14, 688.

---

### Comentario

---

1. El sistema procesal distingue tres procesos: de conocimiento, de ejecución y cautelar.

En los procesos de conocimiento el juez solo acoge o rechaza la demanda que le es propuesta, según que la considere fundada o infundada. Como señala Liebman, el órgano jurisdiccional está llamado a pronunciarse entre las dos partes - con la solemnidad y efectos de una sentencia- en relación a quien tiene la razón y quien no la tiene. “El orden jurídico atribuye al interesado la libertad y la responsabilidad de determinar de qué modo debe proveer el juez en la cuestión a que se refiere, quedando reservado al juez únicamente el cometido de decidir si acordar o negar la providencia demandada”; sin embargo, la jurisdicción no se agota con la cognición, pues, además de constatar y declarar los derechos, debe buscar que estos sean satisfechos. Ingresamos en este último caso, a la segunda forma de tutela jurisdiccional, que se cumple por medio del proceso de ejecución.

Liebman, lo califica como “aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia, coactivamente, un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica”.

El proceso de conocimiento y de ejecución se complementan recíprocamente; el primero prepara y justifica la actuación de la sanción en la ejecución.

Entre el proceso de cognición y el de ejecución, la distribución de los cometidos se hace por Ley, en armonía con la función propia de cada uno de ellos. Corresponde al primero, juzgar sobre la razón o sobre la falta de razón de las partes; al segundo, dar fuerza y vigor práctico a la sentencia.

A la sanción precede la cognición, sin embargo, el proceso de cognición y ejecución son entre sí independientes: de un lado, el proceso de cognición puede no requerir la ejecución ya sea porque el acto que lo concluye, alcanza por sí solo

al objeto demandado. Véase el caso de las pretensiones declarativas, como la nulidad de algún acto jurídico; o porque, después de recaída la sentencia de condena, el deudor cumpla voluntariamente su obligación. Por otro lado, no siempre a la ejecución debe preceder la cognición; en determinados casos se puede proceder a la ejecución sin necesidad de realizar previamente el proceso de cognición, como es el caso del proceso de ejecución de garantías (ver artículo 720 del CPC).

2. Los procesos de ejecución están regulados en el título V de la sección V del Código Procesal. Un aspecto fundamental a considerar en la ejecución, es el origen de los títulos. Cuando se refiere a la títulos de ejecución judicial se ejecutan ante el juez de la demanda, señala el artículo 714; los demás títulos se rigen por las reglas generales de la competencia

La regla general de la competencia se define en atención al domicilio de la parte demandada siempre que la Ley no haga señalamiento expreso de otro territorio competente. Toma como sujeto a la persona natural y en el caso de las personas jurídicas, regula su competencia en la forma que refieren los artículos 17 y 18 del Código Procesal Civil.

La regla general de la competencia está recogida en el artículo 14 del CPC y aborda el criterio de vecindad entre la sede del juzgado con los elementos del proceso que van a servir al juez para su ejercicio. En atención a esta vecindad se sostiene que crece el rendimiento y decrece el costo. Hay un criterio pragmático en ella, su fin tiene una connotación económica de facilitar y acercar al juez al justiciable, a los dos o a alguno de ellos.

Otro aspecto que resaltar de los procesos de ejecución es que opera solo con las pretensiones de condena, esto es, con las que ordenan o impiden la ejecución. Véase el caso de la condena a la prestación de alimentos o la entrega de bienes.

3. Como ya se ha señalado, concurren en el sistema procesal, tres procesos. Uno de ellos es el cautelar, dirigido a asegurar el eficaz desenvolvimiento de la jurisdicción. Ello se justifica –según Liebman– porque el tiempo que transcurre, mientras se espera iniciar o mientras se desarrolla un proceso, puede suceder que los medios que le son necesarios se encuentren expuestos al peligro de desaparecer o, en general, de ser sustraídos a la disponibilidad de la justicia; o puede suceder que el derecho cuyo reconocimiento se pide, resulte amenazado por un perjuicio inminente e irreparable. En estos casos se permite que la parte interesada pida que los órganos jurisdiccionales conserven y pongan en seguridad las pruebas o los bienes o eliminen aquella amenaza, de manera que se asegure que el proceso pueda conseguir un resultado útil

## Capítulo II

# CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA

### INCOMPETENCIA

#### ARTÍCULO 35

*La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarará de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio que pueda ser invocada como excepción*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 6 a 11, 28, 26, 36, 37, 446 inc. 1.
<b>C.D.I.P.</b>	arts. 333 a 339, 397.
<b>LEY 26636</b>	art. 7.
<b>LEY 27444</b>	art. 81.
<b>LEY 27809</b>	art. 8 inc. 3.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 40 inc. 4, 67.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 38.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 148.

---

### *Comentario*

1. La competencia es una sencilla aplicación del principio de la división del trabajo a la función jurisdiccional. Esta competencia se distribuye entre los jueces en atención a diversos atributos (materia, territorio, cuantía, turno, etc) de tal manera que hay jueces que pueden intervenir en unos asuntos y no en otros. Si bien, todos los jueces ejercen jurisdicción, cada uno de ellos tiene delimitado el campo que la ejerce. Para Vescovi, la competencia es la porción o parte de la jurisdicción de los diversos órganos jurisdiccionales y a la vez, la aptitud de ellos para juzgar determinados asuntos.

2. La competencia es un presupuesto necesario a contemplar para la validez de una relación procesal. Ella es materia de examen por las partes y por el propio juez. Cuando es examinada por las partes, se recurre a las excepciones y al cuestionamiento de la competencia (ver artículo 36 e inciso 1 446 del CPC); en cambio cuando es cuestionada por el juez, ésta opera de oficio -en cualquier estado y grado del proceso- siempre que se refiera a razones de materia, cuantía,

grado y turno. A pesar que se hubiere declarado el saneamiento positivo de la relación procesal, si hay infracción a la competencia por las razones citadas, el juez de oficio está llamado a declararla, pues, el reparto de la actividad judicial no es disponible ni tampoco se puede convalidar su infracción aún bajo el argumento que no se cuestionó oportunamente. Por citar, si se aprecia que la pretensión en discusión se refiere a la indemnización por la enfermedad de la silicosis de un extrabajador minero, dicha pretensión no corresponde a la competencia del juez civil sino al juez laboral; sin embargo, si ésta no se advirtió al momento de calificar la demanda ni en el saneamiento procesal, puede el juez luego, en cualquier estado del proceso declarar su incompetencia porque por regla general la competencia no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma, que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta e insubsanable; sin embargo, excepcionalmente se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación

El examen de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, resulta coherente, además, con lo regulado en el artículo 121 del CPC que permite al juez (de manera excepcional) pronunciarse sobre la validez de la relación procesal.

Esta situación no es extensiva, al cuestionamiento de la competencia territorial, pues, la regla general señala que ésta es disponible (prorrogable) por las partes; salvo situación excepcional que expresamente prohíba la prorroga, como en materia sucesoria a que refiere el artículo 19 del CPC.

Nótese que no procede declarar la incompetencia de oficio, cuando el cuestionamiento se refiere a la competencia territorial relativa, porque puede ser sometida a la prorroga tácita de la competencia o al cuestionamiento a través de la excepción. En este caso, la incompetencia no puede promoverse de oficio sino a instancia de la parte interesada, sea como excepción o como contienda, porque se trata de una competencia disponible, situación que no es extensiva a la competencia funcional y objetiva (materia y cuantía).

Un juez es competente funcionalmente no por causa de una cualidad del litigio (llámese criterios de materia o cuantía) sino por una cualidad de la actividad del cargo o sea de la función que está llamado a ejercer. Esta competencia permite distribuir la actividad del proceso en atención al principio de la pluralidad de instancias. La competencia funcional comprende el grado, como la etapa procesal en la que se desenvuelva el acto; por citar, el órgano competente funcionalmente para el proceso de responsabilidad civil del juez de paz es la Sala Civil de turno del Distrito Judicial correspondiente (ver artículo 511 del CPC ). Este criterio asumido para el reparto de la competencia, no puede modificarse por voluntad de las partes, cabe aquí la incompetencia absoluta. Vemos pues, que se trata de una competencia vertical frente a la competencia territorial que es horizontal.

**JURISPRUDENCIA**

*“La resolución impugnada incurre en exceso de pronunciamiento al declarar improcedente la demanda, cuando el proceso fue elevado a su conocimiento exclusivamente para que resuelva el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Civil y de Trabajo de Talara. La economía procesal no puede justificar el atentado contra la garantía de la doble instancia para calificar o rechazar una demanda cuya competencia es del juzgado especializado, de manera que se ha incurrido en una omisión de obligación de absolver el conflicto elevado y en uso indebido de las facultades extra petita que la ley” (Cas. Nº 83-98-PIURA, El Peruano, 27/04/2000, p. 5219).*

*“Determina la concurrencia del fraude procesal por haberse seguido el proceso con inexactitud consciente y engañosa; asimismo, afectación al debido proceso, por haber optado el demandante por un juez incompetente en forma deliberada” (Cas. Nº 1855-98-ICA, El Peruano, 24/08/2000, p. 6081).*

*La incompetencia, por razón del territorio, solo puede ser invocada por el demandado como excepción o como inhibitoria.*

*En los procesos de ejecución de garantías no se permite la deducción de excepciones o defensas previas como fundamento de la contradicción, como sí lo hace la ejecución de obligación de dar suma de dinero, más aún, tampoco se permite la apelación al mandato de ejecución, como sí lo es al mandato ejecutivo, razón por la cual, a través de la nulidad, debe valorarse la competencia del juzgado, teniendo en cuenta, lo pactado expresamente sobre la competencia de los jueces (Exp. Nº 523-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 157).*

*En la evaluación de la competencia no debe perderse el objetivo fundamental del proceso civil ni los principios en los que se inspira, los que deben ser de ineludible y oportuna satisfacción, aun cuando con ello, no se observe en forma puntual los sui géneris mandatos administrativos. El juez tiene la facultad de adaptar la demanda a una vía procedimental que considere apropiada si se determina su factibilidad (Exp. Nº 17420-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 290-291).*

## EFFECTOS DE LA INCOMPETENCIA

### ARTÍCULO 36

*Al declarar su incompetencia, el juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, con excepción de lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 451 (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 35, 37, 41, 309.  
LEY 27444 art. 83.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 292.  
C.P.C.N. Argentina art. 13.  
C.F.P.C. México art. 30.

---



Un efecto de la probada incompetencia, al margen que se cuestione vía excepción o por contienda, es generar la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, ello como respuesta al principio de legalidad e irrenunciabilidad que rige la competencia (ver artículo 6 del CPC) que dice: "la competencia sólo puede ser establecida por Ley. La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo aquellos casos previstos en Ley o en convenios internacionales".

El efecto de la nulidad que consagra la norma, pareciera que se agota allí, pero no es cierto, porque permite de manera excepcional, una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada la excepción de competencia territorial relativa, remitir los actuados al juez que corresponda. Este efecto modifica los alcances del texto primigenio del artículo 451 del CPC, permitiendo que se remita los actuados al juez que corresponda y no se concluya el proceso.

El juez territorialmente competente continuará con el trámite del proceso en el estado en que éste se encuentre. Si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de pruebas hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios de prueba, atendiendo a lo dispuesto en la última parte del artículo 50 del CPC

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Nótese que esta excepción solo opera para la infracción a la competencia territorial relativa, mas no para el cuestionamiento de la competencia absoluta, por ser improrrogable. Véase el caso cuando las partes al contratar pactan que en caso de incumplimiento del contrato, se someterán a los jueces de la ciudad de Lima, renunciado al juez de sus domicilios; sin embargo, ante la inejecución se procede a demandar ante el juez del domicilio del demandado (Huacho) y no ante el de Lima, como se pactó. Si producido esto, el demandado al interponer la excepción de incompetencia, por considerar que no es competente el juez de Huacho sino el de Lima, tal como se pacto, el efecto de excepción será la de remitir los actuados al juez de Ley, esto es, al de Lima, el mismo que continuará con el trámite en el estado en que se encuentra; situación que no es extensiva para el cuestionamiento de la competencia territorial absoluta, como sería en materia de sucesiones (ver artículo 19 del CPC) pues, aquí, en el supuesto de ampararse la excepción se concluye el proceso y se archiva definitivamente este.

## CUESTIONAMIENTO EXCLUSIVO

### ARTÍCULO 37

*La competencia de los jueces de paz letrados y de paz sólo se cuestiona mediante excepción (\*)*

---

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C.* arts. 36, 38, 41, 446.

**LEGISLACIÓN COMPARADA:**

*C.P.C. Italia* art. 45.

*C.F.P.C. México* arts. 31, 32, 33.

---

### *Comentario*

---

1. El cuestionamiento a la competencia comprende el examen de los criterios que sirven para determinarla, como la materia, cuantía, territorio y grado. Concurren los siguientes instrumentos para su cuestionamiento, por las partes: la excepción y la contienda de competencia; sin embargo, la norma restringe el cuestionamiento de la competencia mediante excepción, cuando se refiera a los jueces de paz letrados y de paz.

Este criterio restrictivo –a la excepción– se explica por lo sumario de su trámite. Véase en ese sentido que las excepciones se interponen al contestar la demanda y la actividad probatoria se restringe a las pruebas de actuación inmediata; luego de la contestación, el juez fija plazo para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia; situación diversa al trámite de la contienda de competencia que recoge los artículos 38 al 41 del CPC.

2. La limitación descrita líneas arriba, no impide que el juez –de oficio– pueda declarar en cualquier estado y grado del proceso, su incompetencia, si fuere el caso tal como lo refiere el artículo 35 del CPC, siempre que se refiera a razones de materia, cuantía, grado, turno y territorio, cuando esta última sea improrrogable. Nótese que no procede declarar la incompetencia de oficio, cuando el cuestionamiento se refiere a la competencia territorial relativa, porque esta puede ser sometida a la prorrogación tácita de la competencia o al cuestionamiento a través de la excepción. En este caso, la incompetencia no puede promoverse de oficio sino a instancia de la parte interesada, como excepción porque se trata de una compe-

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

tencia disponible, situación que no es extensiva a la competencia funcional y objetiva (materia y cuantía).

En el supuesto que pasara inadvertida esta contingencia y el demandado no hubiere planteado la excepción en su momento, ello no impide que el juez la declare, salvo que se trate de la territorial relativa.

Debe tenerse en cuenta que la competencia –por regla general– no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma, que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta o insubsanable; sin embargo, excepcionalmente -como ya hemos señalado líneas arriba- se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación. Bajo este último supuesto, el artículo 26 del CPC, consagra la prorroga tácita de competencia. Esta opera cuando el demandante vulnera la norma de competencia y el opositor o demandado se somete a esa vulneración sin impugnar. Hay una actitud pasiva de quien pudiendo impugnar el defecto de competencia no lo hace y de esta manera la prorroga.

## CONTIENDA DE COMPETENCIA

### ARTÍCULO 38

*La incompetencia territorial relativa puede ser invocada exclusivamente, como excepción o como contienda.*

*La contienda de competencia se interpone ante el juez que el demandado considere competente, dentro de los cinco días de emplazado y ofreciendo los medios probatorios pertinentes*

*El juez rechazará de plazo la contienda propuesta extemporáneamente o cuando es manifiestamente improcedente o temeraria. Cuando la temeridad consista en la creación artificiosa de una competencia territorial, la parte responsable será condenada al pago del monto máximo de la multa prevista por el art. 46 y el juez, de oficio o a pedido de parte, oficiará al Ministerio Público, de ser el caso*

*Si el juez admite la contienda oficiará al juez de la demanda, pidiéndole que se inhiba de conocerla y solicitando, además, la remisión del expediente*

*Con el oficio que se anexa copia certificada del escrito de contienda, de sus anexos, de la resolución admisorio y de cualquier otra actuación producida.*

*Adicionalmente al oficio, el juez de la contienda dará aviso inmediato por fax u otro medio idóneo. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. 37, 39, 40.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 8.  
C.F.P.C. México art. 34.

---

### Comentario

---

1. Los conflictos de competencia se producen cuando jueces de igual grado tratan de conocer o están conociendo de un mismo asunto o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él. Esto nos lleva a decir que la contienda de

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

competencia reviste dos formas: positiva, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio y negativa si ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso.

La delimitación de la competencia se presenta como un conjunto de limitaciones cuantitativas, no frente a la jurisdicción sino frente a otros órganos jurisdiccionales. Ella se hace necesaria para deslindar los posibles conflictos de competencia, cuando jueces de igual grado están conociendo de un mismo asunto (conflicto positivo) o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él (conflicto negativo); circunstancia que se muestra como una verdadera denegación de justicia. En este último extremo, véase el siguiente pronunciamiento emitido por la Sala Civil de Lima “si bien los juzgados y Sala Laboral han declarado la improcedencia de la demanda de ejecución de resolución judicial, por considerarse que no son competentes para conocer de la ejecución de una sentencia dictada en un proceso de amparo, por cuanto conforme al artículo 714 del CPC, los títulos de ejecución judicial se ejecutarán ante el juez de la demanda, dicha negativa de los juzgados laborales nos lleva ante un conflicto de competencia que debe ser dilucidado por la Sala Suprema a fin de impedir la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”.

El artículo en comentario se ocupa de la contienda por el territorio. Nótese que la contienda no comprende a la competencia funcional porque los grados inferiores no pueden conocer de los recursos que corresponden a los superiores, ni éstos de las demandas que se interponen ante aquéllos.

El pronunciamiento final sobre las cuestiones de competencia corresponde generalmente a las Salas –sea de la Corte Superior o de la Corte Suprema– según el distrito judicial al que pertenezcan los órganos judiciales de la contienda, tal como lo regula el artículo 41 del CPC

2. La incompetencia territorial relativa puede ser invocada, excluyentemente, como excepción o como contienda. En el primer supuesto, el demandado la interpone siempre que no se haya producido la prórroga de ésta; sin embargo, especial situación merece el caso que plantea la siguiente ejecutoria, en relación a la incompetencia: “En los procesos de ejecución de garantías no se permite la deducción de excepciones o defensas previas como fundamento de la contradicción, como sí lo hace la ejecución de obligación de dar suma de dinero, más aún, tampoco se permite la apelación al mandato de ejecución, como sí lo es al mandato ejecutivo, razón por la cual, a través de la nulidad, debe valorarse la competencia del juzgado, teniendo en cuenta, lo pactado expresamente sobre la competencia de los jueces”.

Apreciéese que si bien la norma permite la concurrencia de los dos mecanismos para el cuestionamiento, no se puede recurrir simultáneamente –ni sucesiva-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

mente— a dichos mecanismos porque ello implicaría un fraude a la Ley. Se permite que el sujeto legitimado pasivo —vía elección— excluya una de otra.

La contienda de competencia es uno de los mecanismos que dispone el legitimado pasivo de la relación procesal para exigir la intervención del juez competente. No opera de oficio, sino a pedido de parte y busca que la demandada solicite al juez que considera competente su intervención y requiera al incompetente, se inhiba del conocimiento de la causa y transfiera el expediente al solicitante. Como dice la norma: “Si el juez admite la contienda oficiará al juez de la demanda, pidiéndole que se inhiba de conocerla y solicitando, además, la remisión del expediente”.

Como se trata de una comunicación entre jueces, esta se realiza mediante oficios, como lo regula el artículo 148 del Código Procesal, sin embargo, adicionalmente a dicho medio puede el juez solicitante dar aviso inmediato al otro juez, por otros medios idóneos y confiables para la comunicación. En ese sentido, el artículo 38 del CPC señala: “Adicionalmente al oficio, el juez de la contienda dará aviso inmediato por fax u otro medio idóneo.

3. El pedido se interpone dentro de un plazo determinado y con los medios probatorios que sustenten la exigibilidad de la competencia; caso contrario, el juez rechazará de plano por extemporáneo o por temeraria.

El artículo 112 del Código Procesal regula algunos presupuestos a considerar en la temeridad y mala fe, a la que debemos incorporar la causal de “creación artificiosa de competencia territorial”. En ese caso, la norma señala que la parte responsable será condenada al pago del monto máximo de la multa prevista en el artículo 46 del CPC, esto es, 15 Unidades de Referencia Procesal.

## RECONOCIMIENTO DE INCOMPETENCIA

### ARTÍCULO 39

*Si recibido el oficio y sus anexos, el juez de la demanda considera que es competente el juez de la contienda, le remitirá el expediente para que conozca del proceso. Esta decisión es inimpugnable (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 37, 38, 40.
<b>C. de P.P.</b>	art. 23.
<b>LEY 27444</b>	art. 84

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 47.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 10, 11.

---

### Comentario

---

La contienda es uno de los mecanismos que dispone, el legitimado pasivo de la relación procesal, para exigir la intervención del juez competente en el conocimiento de la demanda, para lo cual, le requerirá al juez incompetente se inhiba del conocimiento de la demanda y transfiera al requiriente o solicitante el expediente.

Si con los medios probatorios que adjunta el demandado a su pedido de contienda de competencia, el juez requerido no se considera competente procederá a inhibirse del caso, en decisión inimpugnable. Esto no impide que dicha decisión sea comunicada a la parte que ha promovido la acción, para luego remitir el expediente al juez requiriente. Apreciéese que la contienda de competencia no está sujeta a la contradicción del demandante, debiendo el juez requerido evaluar su permanencia en el proceso, en atención a los medios probatorios con el que sustente el demandado su cuestionamiento, los que forman parte de los anexos del oficio que remite el juez de la contienda.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado apreciése que la decisión que tome el juez ante el requerimiento de su inhibitoria es inimpugnable, ello porque dicho cuestionamiento no proviene por efecto de la excepción de incompetencia, sino por una contienda entre jueces; y, en el supuesto que hubiere diferencias o resistencias entre ambos jueces sobre la contienda planteada, será el superior jerárquico en grado, el que tendrá que dilucidar dicha contienda; mal podría permitirse que además de este mecanismo que tiene el juez de la contienda, permitirse a la actora la posibilidad de la impugnación.

## CONFLICTO DE COMPETENCIA

### ARTÍCULO 40

*Si el juez de la demanda se considera competente suspenderá el proceso y remitirá todo lo actuado, inclusive el principal, al superior que deba dirimir la competencia, oficiando al juez de la contienda (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 37, 38, 39, 42.
<b>C. de P.P.</b>	arts. 24, 25.
<b>LEY 27444</b>	art. 84.

---



1. En el supuesto que el juez ante quien se ha interpuesto la contienda se considere competente, éste comunica mediante oficio al juez que inicialmente conoce del proceso para pedirle se inhiba seguir conociendo y remita el expediente.

Planteado así los hechos, concurren las siguientes respuestas: a) el juez solicitado se considera que no es competente -coincide con el pedido del demandado- se inhiba y remite el expediente al juez solicitante; b) el juez se considera competente, por tanto, aquí remitirá todo lo actuado –inclusive el principal– al superior para que dirima la competencia comunicando dicha posición al juez solicitante.

2. Los conflictos de competencia se producen cuando jueces de igual grado están conociendo de un mismo asunto o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él. Es natural que en ambos casos hay una verdadera contienda entre dos órganos jurisdiccionales, que en general, es sometido a un órgano superior para que resuelva la situación y declare, en definitiva, cual es el juez competente en cuanto al asunto que se trata.

La contienda sobre competencia reviste dos formas: positiva, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio y negativa si ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso. En este último extremo, véase la contienda negativa a que refiere el siguiente pronunciamiento emitido por la Sala

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Civil de Lima “si bien los juzgados y Sala Laboral han declarado la improcedencia de la demanda de ejecución de resolución judicial, por considerarse que no son competentes para conocer de la ejecución de una sentencia dictada en un proceso de amparo, por cuanto conforme al artículo 714 del CPC, los títulos de ejecución judicial se ejecutarán ante el juez de la demanda, dicha negativa de los juzgados laborales nos lleva ante un conflicto de competencia que debe ser dilucidado por la Sala Suprema a fin de impedir la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”<sup>(1)</sup>.

Las cuestiones de competencia generalmente son definidas por los órganos superiores a los cuestionados, como las Salas, sea de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según el tipo de cuestionamiento. El procedimiento que se utiliza es sencillo: sin necesidad de informe oral, el superior dirime el conflicto. El contenido de esa decisión importa dos expresiones concretas: la remisión del expediente al juez que considere competente y la comunicación –mediante oficio– al otro juez.

---

(1) Ejecutoria publicada en Ledesma, op. cit. t.6, p.358-359.

## RESOLUCIÓN DE LA CONTIENDA ANTE EL SUPERIOR

### ARTÍCULO 41

*La contienda de competencia entre jueces civiles del mismo distrito judicial dirime la sala civil de la Corte Superior correspondiente. En los demas casos, la dirime la Sala Civil de la Corte Suprema*

*El superior dirimirá la contienda dentro de cinco dias de recibido los actuados, sin dar trámite y sin conceder el informe oral  
El auto que resuelve la contienda ordena la remisión del expediente al juez declarado competente, con conocimiento del otro juez. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 36, 37.  
**LEY 27444** art. 85.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 49.

---



1. Los conflictos de competencia son positivos cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio.

No procede su discusión si este conflicto versa entre órganos judiciales de distinto nivel jerárquico porque los grados inferiores no pueden conocer de los recursos que corresponden a los superiores, ni éstos de las demandas que se interponen ante aquellos.

Corresponde, por lo general, a las Salas sea de la Corte Superior o de la Corte Suprema la resolución de las cuestiones de competencia sobre territorio, cuantía y materia; pero en el caso de la competencia por grado, será el propio órgano superior quien fije su propia competencia, de oficio, a pedido de parte o a solicitud del juez inferior.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. Los conflictos de competencia revisten dos formas: positiva, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio y negativa si ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso.

La norma señala el ente que tendrá a su cargo la definición de la controversia sobre la competencia, para lo cual, toma como referencia el espacio de la contienda –el Distrito Judicial– y su relación de los protagonistas con él, esto es, que pertenezcan al mismo Distrito. De tal forma, que si el conflicto de competencia tiene como protagonistas a jueces civiles del mismo distrito judicial, le corresponderá dirimir al superior jerárquico inmediato, como son las salas de la Corte Superior. Véase el caso de conflicto de competencia positivo, entre los jueces de Lima con relación a los jueces del distrito de San Juan de Lurigancho. Como ambos pertenecen al mismo Distrito Judicial corresponderá a la Sala Civil de Lima dirimir tal conflicto.

La norma considera que en los demás casos, ajenos al enunciado, le corresponde dirimir la Sala Civil de la Corte Suprema. En esta posibilidad podríamos citar el caso de conflicto de competencia entre las diversas Salas Civiles de las Cortes Superiores. En los casos de los Juzgados de Paz o Paz Letrados su competencia se cuestiona vía excepción (ver artículo 35 del CPC).

## CONSERVACIÓN DE LA EFICACIA CAUTELAR

### ARTÍCULO 42

*La medida cautelar otorgada por el juez de la demanda, antes de recibir el oficio del juez de la contienda, conserva su eficacia aunque se suspenda el proceso. Suspendido el proceso, no se otorgará medidas cautelares (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. 37, 40, 318.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 48.

C.P.C.N. Argentina art. 12.

---



La contienda de la competencia, constituye una de las tantas situaciones que provocan alteraciones en el desarrollo normal del proceso. Nos encontramos ante la llamada crisis procesal, que va a provocar la suspensión legal del proceso, bajo el supuesto que señala el artículo 40 del CPC.

La vida de la relación procesal permanece en suspenso por un período mas o menos largo. Todos los actos procesales realizados con anterioridad conservan íntegramente su validez. La actividad del juez y las partes es nula durante ese período, pues, no puede pertenecer a una relación que de momento no existe. La inactividad durante la suspensión del proceso no permite el abandono; sin embargo, se permite que “la medida cautelar otorgada por el juez de la demanda, antes de recibir el oficio del juez de la contienda, conserva su eficacia aunque se suspenda el proceso”.

Antes de la modificación de este artículo, se regulaba la posibilidad que “cualquiera de los dos jueces dicten medidas cautelares, si a su criterio la omisión pudiera provocar perjuicio irreparable para las partes o terceros”. A diferencia de la redacción originaria, hoy se dice “suspendido el proceso, no se otorgará medidas cautelares”.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## CONTINUACION DEL PROCESO PRINCIPAL

### ARTÍCULO 43

*Recibido el expediente, el juez competente continuará el trámite del proceso volviendo a conceder el plazo para contestar la demanda. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 36 inc. 1, 37, 41, 309.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 33 inc. 2.

---



Una de las interrogantes que surge, luego que se levanta la suspensión y se reanuda el proceso, es el cómputo del plazo.

El artículo 318 CPC señala que suspensión, a diferencia de la interrupción, es la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal.

En la doctrina surgen dos posiciones al respecto. Una que sostiene se compute de nuevo todo el plazo concedido por la Ley para la realización del acto; y la otra, que plantea el descuento del lapso transcurrido ya antes de la paralización.

Frente a ello, el Código considera el cómputo de un nuevo plazo para la contestación de la demanda, siempre y cuando el juez competente sea el de la contienda. La norma solo hace referencia a la contestación, guardando silencio frente al cómputo de otros plazos suspendidos por la contienda entablada.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## CONVALIDACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

### ARTÍCULO 44

*A pedido de parte y siempre que la competencia fuera decidida a favor del juez de la contienda, éste deberá efectuar, como juez de primer grado, un reexamen de los presupuestos de la medida cautelar preexistente*

*El pedío de reexamen es procedente cuando no se ha apelado la medida o cuando la parte se ha desistido de dicho recurso. (\*)*

---

**CONCORDANCIA:**

C.P.C. art. 37.

**LEGISLACIÓN COMPARADA:**

C.P.C. Italia art. 46.

---

### Comentario

---

El proceso no se agota en un instante. El tiempo que tome desde que se inicia el proceso hasta que se logre una sentencia en definitiva, que dirima el conflicto, podría llevar a buscar tutela para conservar o para innovar la situación de hecho existente, prohibiendo su transformación o imponiendo la mutación de ese estado; pero también la tutela puede orientarse a asegurar a futuro la ejecución forzada de una sentencia, como sería el caso del embargo, que busca inmovilizar el patrimonio del obligado. Hay una razón de eficacia que justifica la existencia de la medida cautelar, pues, si bien el proceso es un instrumento al servicio del derecho, la medida cautelar asume el rol de ser una herramienta del proceso, orientada a garantizar la realización de la solución que pone fin a éste.

En atención a ello, la norma en comentario faculta al juez de la contienda, decidida a su favor, realice un reexamen sobre los presupuestos de la medida cautelar dictada, siempre y cuando no se hubiera apelado de la medida o cuando la parte se ha desistido de dicho recurso. Con dicha liberalidad se permite que el nuevo juez verifique, lo necesario o no de la medida, en atención a los presupuestos de la ya existente.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## COSTAS Y COSTOS

### ARTÍCULO 45

*Si el incidente se resuelve a favor del juez de la contienda, las costas y costos debe pagarlas el demandante. Si se dirime a favor del juez de la demanda, serán pagadas por quien promovió la contienda. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 37, 412.

---



1. Exigir un derecho a través del proceso judicial requiere tiempo y gasto que no puede volverse contra quien acude a éste en busca de razón, mucho menos si la tiene, de manera que la justificación de la condena de los gastos procesales (llámese costas y costos) no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de quien se realiza.

El gasto procesal es una obligación estrictamente procesal que nace a partir de una condena expresada en la sentencia o resolución judicial.

El Código Procesal para regular los gastos procesales opta por la tesis objetiva, esto es, la derrota procesal. El vencimiento puro y simple, prescindiendo de la intención o del comportamiento procesal de las partes, es lo que justifica el artículo 412 del Código Procesal. El reembolso de los gastos del proceso se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, esa es la regla general, no interesa si la parte, a dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha sostenido un proceso sin justa razón, lo que interesa es el hecho objetivo de la derrota o el vencimiento.

2. La intervención de un juez incompetente puede ser cuestionado a través de los mecanismos que regula el art. 35 del Código. El efecto de la incompetencia es la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, pero, adicionalmente a ello, el juez está obligado a la condena de los gastos procesales. Estos no se reembolsan en atención a la teoría objetiva del vencimiento sino a la mala práctica del litigante que de manera artificiosa ha alterado las reglas de la competencia.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Bajo este criterio, la norma en comentario hace extensivo los gastos a las resultas de la contienda de competencia. Si el conflicto se dirime a favor del juez requiriente, los gastos los asume el demandante por no salir vencedor de esta discusión; en cambio si se resuelve a favor del juez originario requerido, los gastos son pagados por el demandado que promovió la contienda sin mayor éxito.

## MULTAS

### ARTÍCULO 46

*La parte que con mala fe, promueva una contienda será condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa no menor de cinco ni mayor de quince Unidades de Referencia Procesal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. IV.

---



1. La parte que con malicia, artificio o engaño promueva una contienda de competencia, será condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa; esto es, que adicionalmente al reparto de los gastos procesales que consagra el artículo que precede, se prevee la posibilidad de una condena pecuniaria -llamada multa- como sanción por la mala práctica del litigante que mediante engaño o malicia promueve la inhibitoria.

2. Las multas no tienen como destinatario a la parte afectada con la inhibitoria sino que constituyen ingreso propio del Poder Judicial. A diferencia de los gastos procesales que contempla la posibilidad de la exoneración (ver artículo 413) en el caso de la multa, no procede ella.

Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Texto según el artículo 1 de la Ley 28544 (16/06/2005).

(1) El contenido de la referida Resolución Administrativa aparece publicada en el anexo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de ésta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, la norma precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

## Capítulo III COMPETENCIA INTERNACIONAL

### COMPETENCIA DEL JUEZ PERUANO

#### ARTÍCULO 47

*Es competente el juez peruano para conocer los procesos en los casos señalados en el Título II del Libro X del Código Civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 2057 a 2067.
C.P.C.	arts. 6, 8.
D.S. 017-93-JUS	arts. 4, 5.

---

### Comentario

---

1. Cuando la norma nos remite a los casos señalados en el Título II del Libro X del Código Civil para determinar la competencia del juez peruano, nos conduce a las reglas materiales que forman parte no del Derecho Procesal, sino del Derecho Internacional Privado. El Código Civil opta por un concepto amplio de Derecho internacional que integra no solo aspectos legislativos sino los jurisdiccionales, para resolver un conflicto internacional.

En ese sentido, para que las normas de conflicto de un determinado Estado se apliquen a una relación que haya sido calificada como internacional, es necesario que un juez o funcionario de tal Estado se haya declarado competente, en una acción o procedimiento ante ellos interpuesta. Señala Tovar Gil<sup>(1)</sup>. “La competencia judicial aparece como problema previo al del conflicto de leyes. Por regla general el juez al constatar que se encuentra ante una relación que se vincula por sus especiales características a más de un derecho interno, deberá antes de aplicar las reglas que lo conduzcan a la elección del orden jurídico nacional o extranjero, examinar su propia competencia para el caso. Solo después de ello, si de acuerdo a las mismas resulta competente, podrá proceder aplicando según resultado de sus normas de conflicto legislativo la ley material del foro o una extranjera”.

---

(1) TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente. Lima, 1987, p. 48.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. Las normas de Derecho Internacional Privado delimitan la competencia territorial, mas no la funcional y objetiva, que no sufren alteración. El Código Civil utiliza el domicilio, como criterio general, para establecer su competencia. Señala el artículo 2057 del CC que los tribunales peruanos son competentes siempre que la parte demandada sea una persona domiciliada en el Perú. Se opta por el domicilio del demandado por estar referido al centro de vida de la persona, ello permite que “la demanda se entable en un lugar en el que el demandado tiene acceso a defenderse y en el que por lo general, dado que es su centro de actividad, tiene con frecuencia bienes con los que puede responder por sus obligaciones”.

A diferencia del artículo 2057 del CC, concurren varios supuestos en los que puede demandarse ante los jueces nacionales a un no domiciliado. Esos supuestos los podemos ubicar en: el sometimiento a los tribunales peruanos; en la reconvencción; en capacidad y estado civil de las personas naturales; en asuntos de familia; en acciones de contenido patrimonial; y en acciones relativas a universalidad de bienes.

El sometimiento a los tribunales peruanos, expresa o tácitamente, significa que las partes pueden determinar al juez peruano como competente o contestar la demanda reconociendo expresamente la jurisdicción peruana o no cuestionándola (ver artículo 2059 del CC); sin embargo, para que opere esta sumisión debe referirse a una acción de contenido patrimonial (ver artículo 2060 del CC). No pueden conocer los tribunales peruanos si el juez considera que la relación de conflicto no tiene vinculación suficiente con el ordenamiento jurídico peruano como para ser resuelta por los órganos jurisdiccionales. Otra excepción a la competencia por sometimiento de la parte demandada son los supuestos que regula el artículo 2067 del CC referido a la competencia negativa del tribunal peruano. Como señala Tovar Gil<sup>(2)</sup>: “debe entenderse que la sumisión a los tribunales peruanos es eficaz solo respecto a los asuntos de jurisdicción peruana positiva y que no cabe que las partes otorguen competencia a un tribunal cuando su legislador expresamente ha dispuesto que no puede conocer de esos asuntos”. Al respecto Tovar Gil<sup>(3)</sup> señala: “el juez al recibir la demanda, pese a no ser competente de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado debe darle trámite y no puede inhibirse del caso por cuanto si la otra parte acepta su jurisdicción tendrá competencia en el mismo procedimiento. Cosa distinta es en los supuestos de competencia negativa en los que el juez podría de oficio declinar jurisdicción amparándose en su falta de competencia jurisdiccional para conocer del caso”.

En acciones reconvenccionales señala el artículo 2065 del CC que el tribunal peruano conoce válidamente de la demanda y es también competente para conocer

(2) TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Op. cit. p. 168.

(3) Op. cit. p. 169.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de la reconvencción. Esto significa que si un no domiciliado inicia una acción ante los tribunales peruanos y la parte demandada lo reconviene, el juez peruano podrá conocer de la reconvencción aún cuando no se trate de uno de los supuestos que las normas jurisdiccionales peruanas señalan como de su competencia. “El no domiciliado que inicia una acción ante el juez peruano se ha sometido tácitamente a su fuero y mal puede luego pretender privarlo de la jurisdicción que ya le reconoció”.

En cuanto a la competencia de los tribunales peruanos en acciones sobre estado, capacidad de personas y relaciones familiares están recogidas en el artículo 2062 del CC y las referidas a la universalidad de bienes en el artículo 2061 del CC.

En conclusión, se puede advertir de la redacción de las reglas de la competencia en el Código Civil, supera la tendencia de considerar al Derecho Procesal Internacional como una rama autónoma del Derecho Internacional Privado, que forma parte del Derecho interno de un Estado.



## JURISPRUDENCIA

---

*En el Derecho Internacional Privado, las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal, tal como se manifiesta en los contratos celebrados entre las partes (Exp. N° 4865-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 153).*

*Si las cambiales se han expedido en el extranjero, en consecuencia, la forma de dichos instrumentos se rige por la ley del lugar en que fueron otorgados (Exp. N° 99-10915-2195, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 645-646).*

# SECCIÓN SEGUNDA SUJETOS DEL PROCESO

## TÍTULO I

### ÓRGANOS JUDICIALES Y SUS AUXILIARES

#### Capítulo I JUZGADOS Y CORTES

#### FINALIDAD

##### ARTÍCULO 48

*Las funciones del Juez y de sus auxiliares son de Derecho Público. Realizan una labor de conjunto destinada a hacer efectiva la finalidad del proceso. El incumplimiento de sus deberes es sancionado por la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. II, III, IV, V, VII, 49, 384.

D.S. 017-93-JUS

arts. 4, 5, 16, 20, 25, 184, 259, 263, 266, 272.

---

#### Comentario

---

1. Al proceso judicial convergen diversos sujetos, destacando entre ellos el juez y los auxiliares. Estos últimos están conformados por los secretarios de sala, relatores, secretarios de juzgado, auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial. El Código considera al perito, depositario, interventor, martillero público, curador procesal y policía como órganos de auxilio judicial.

Tanto el juez como los auxiliares citados, están habilitados para concurrir al proceso judicial a fin de ser instrumento de solución de conflictos, contribuyendo con ello a generar la paz social afectada.

Estos sujetos se relacionan entre sí y con las partes con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, según el rol que asuman cada uno frente al proceso. Lo importante es que todos realizan una labor en conjunto para hacer realidad los fines privados y públicos del proceso judicial.

2. El Código señala que tanto el juez como los auxiliares realizan funciones de Derecho Público. Existen diversas teorías que han tratado de justificar la función pública de los jueces y auxiliares. Hay una concepción que estima que la función pública es un contrato de Derecho Público. Participa así de la idea básica de la teoría contractual de Derecho Privado, en cuanto considera que entre la administración pública y el empleado o funcionario existe un verdadero contrato, pero, y a diferencia de esta última, entiende que tal relación contractual es de Derecho Público porque resulta esencial para la satisfacción de las necesidades públicas, hecho que explica que el contenido de esa relación jurídica sea determinado unilateralmente por el Estado.

## ÓRGANOS JUDICIALES EN EL ÁREA CIVIL

### ARTÍCULO 49

*La justicia civil es ejercida por los jueces de paz, de paz letrados, civiles, de las cortes superiores y de la Corte Suprema.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 138.
C.P.C.	art. 5.
D.S. 017-93-JUS	arts. 25, 26, 27, 33, 36, 40, 46, 49, 54, 55, 57, 61, 64.

---

### Comentario

---

El ejercicio de la potestad jurisdiccional requiere de una estructura, la que se va a expresar en la organización del Poder Judicial. Dicha organización, como cualquier otra, descansa sobre una serie de graduaciones, que va a determinar a futuro la distribución de la competencia objetiva y funcional tanto de la justicia de paz, justicia de paz letrada, juzgados especializados y las salas superiores y supremas.

La actividad jurisdiccional que realizan dichos estamentos está influenciada por principios básicos, como la independencia e imparcialidad del magistrado, los que se encuentran garantizados constitucionalmente, según el artículo 146 de la Constitución.

Debemos precisar que si bien todos los órganos judiciales descritos pertenecen a la organización judicial, ello no significa, que todos estén comprendidos en la llamada carrera judicial.

Decimos ello porque de ese concepto se excluye a los jueces de paz, quienes son magistrados no letrados que administran justicia tomando como referente a los usos y costumbres de su entorno y dictando sentencias según su leal saber y entender. Estos jueces forman parte de la organización judicial, al que el Código Procesal le ha asignado determinada competencia (ver última parte del artículo 547) en pretensiones privadas, mas no integran la carrera judicial.

A nivel nacional existe una Corte Suprema y 28 cortes superiores, cada una de las cuales están integradas por sus respectivas salas, según la naturaleza de las pretensiones. La distribución del componente humano en la judicatura se expresa así: de un universo aproximado de 5,000 jueces, solo 1,200 jueces son letrados.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Otra de las características que distingue a los órganos judiciales es el referente que invocan para la solución de los conflictos. Así pues, el juez de paz emite sentencia según su "leal saber y entender", a diferencia de los jueces letrados que toman como referente la ley para tal fin.

## Capítulo II

# DEBERES, FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE LOS JUECES EN EL PROCESO

### DEBERES

#### ARTÍCULO 50

*Son deberes de los jueces en el proceso:*

- 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal;*
- 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga;*
- 3. Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada;*
- 4. Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del Derecho, la doctrina y la jurisprudencia;*
- 5. Sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude;*
- 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.*

*El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 139 inc. 2.
<b>C.P.C.</b>	arts. II, III, IV párr. 3, V, párr. 3, VI, 109, 119, 121 párr. 2 y 3, 122 inc. 3, 124, 125, 141, 145, 203, 350, 359, 509.
<b>C.P.</b>	arts. 395, 422.
<b>C.T.</b>	arts. 102, 103.
<b>C.P. Const.</b>	arts. VII, VIII, 13.
<b>LEY 27444</b>	art. 3 inc. 4.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 12, 154, 184, 202, 289 inc. 7.

**LEGISLACIÓN COMPARADA:**

<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>arts. 33, 34, 35.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 181.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 34.</i>

 **Comentario**

1. Deber, obligación y carga son expresiones de imperativos jurídicos en los actos procesales. Los deberes procesales se establecen a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. En otras alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo. En otras se refieren a los deberes administrativos de los jueces y auxiliares, como el observar el horario de trabajo establecido y realizar las actuaciones judiciales en la fecha y hora señaladas.

La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, mediante sanciones, ya sean de carácter personal o pecuniario, como la conducción de grado o fuerza del testigo que se rehúsa a asistir a declarar (ver artículo 232 del CPC); ya sean de carácter pecuniario, como multa impuesta al perito que no presenta su dictamen (ver artículo 270 del CPC); ya sean de carácter funcional, como la sanción disciplinaria por su inconducta laboral (ver artículo 145 del CPC e inciso 7 artículo 184 de la LOPJ). Como vemos, el juez no solo está dotado de poderes, sino también es sujeto de deberes y responsabilidades frente a las partes. Nuestro ordenamiento procesal regula dichos deberes en el presente artículo, sin perjuicio de hacer extensivo los recogidos en el artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto y en el artículo VII del TP del CPC, referido al *iura novit curia* que dice “se debe administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente”.

2. La dirección del proceso es definida según Palacio<sup>(1)</sup>, como el conjunto de actos que corresponde cumplir para colocar al proceso en cada una de las etapas que lo integran, resolver las diversas situaciones que en ellas se susciten, reexaminar actos defectuosos o injustos, comunicar a las partes o a los terceros las resoluciones que se dicten, formar materialmente el expediente, dejar constancia escrita de actos verbales, expedir certificados y asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva.

(1) PALACIO, Lino. Op. cit. T. V, p.8.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El poder de dirección del proceso por el juez responde al principio de autoridad, cuya conceptualización dependerá del tipo político del proceso que se diseña. En el caso peruano, responde a la concepción publicista del que está influenciado el Código, de ahí que le confiere poderes vastos y hasta discrecionales al juez para el desarrollo formal del proceso, conservando siempre las partes su poder dispositivo sobre el objeto litigioso y su pertenencia sobre el *thema decidendum*.

Frente a ese protagonismo concurren dos posiciones: el juez neutro y el juez director. Neutralidad vs protagonismo son actitudes diferentes, habiéndose orientado nuestro Código por la segunda posición, el activismo judicial. El artículo II del TP y el artículo 194 del CPC, que regulan el impulso y la prueba de oficio, muestran la dimensión de los poderes procesales del juez para lograr que el proceso sea útil a los derechos de los justiciables.

Cuando la norma señala, en concordancia con el inciso 1 del artículo 184 de la LOPJ, que al juez le corresponde “velar por su rápida solución” tiene como referente la celeridad y concentración de los actos procesales para materializar la economía procesal. Este principio sostiene la proporción entre el fin y los medios que se utiliza, por ello, se busca concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para evitar la dispersión. Las partes deben aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa para favorecer la celeridad de los trámites impidiendo regresiones en el proceso. La simplificación de las formas del debate y los términos abreviados del proceso, según la naturaleza del conflicto, contribuyen a la economía procesal.

Tradicionalmente el impulso oficial era obra de los interesados, sin embargo, la versión moderna del dispositivo permite que ese impulso sea operado por el juez, de oficio, de tal suerte que este tiene el deber de “adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización”. En conclusión, podemos decir que el juez tiene el deber de hacer que los procesos se tramiten de manera rápida y menos costosa en dinero y en tiempo.

3. El inciso 2 considera que el desarrollo del proceso tiene que darse en respeto al principio de la igualdad de los individuos ante la ley. Una de las formas como se va a expresar este, es en el deber que tiene el juez de “oír a la otra parte” antes de decidir; sin embargo, hay situaciones de excepción que la ley autoriza al juez para que decida sin escuchar a la parte contraria, como en el caso de las medidas cautelares (ver artículo 637 del CPC) o en los recursos de reposición (ver artículo 363 del CPC).

Estos casos de excepción no conllevan a la violación del principio de igualdad, pues, solo posterga su discusión para luego de ejecutada la medida, pudiendo la parte afectada oponerse a ella a continuación. No se viola el principio de igualdad porque se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que se conceda a

un litigante lo que se niega a otro; por citar, que solo se le permita al actor impugnar y se le prohíba ello al demandado.

Por otro lado, es importante señalar que este principio no demanda una igualdad aritmética sino como señala Couture “una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso, no quebrantan el principio”.

Son expresiones de este principio que la demanda sea comunicada al demandado, con las formas requeridas, a fin de evitar el riesgo que este no se entere; que se otorgue al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; todas las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su actuación y pueda tachar u oponerse; ambas partes deben tener iguales posibilidades de impugnar las resoluciones que le sean adversas.

4. Otro de los deberes asignados al juez es el “dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho”. Podemos definir los actos procesales como los hechos dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, como por ejemplo, la presentación de la demanda, la notificación al demandado, la declaración de un testigo, la suscripción de la sentencia por el juez, entre otros. Estos actos procesales deben ser realizados bajo un orden, por operar en ellos el principio de preclusión, esto es, no permite retroceder a etapas ya cumplidas. Extinguida la oportunidad procesal para realizar un acto, este ya no podrá realizarse más.

5. El juez tiene el deber de resolver el conflicto de intereses. Nótese que no es una facultad sino un deber del juez; siempre y cuando se refiera a una disputa cuyo objeto de discusión sea justiciable. Este deber es coherente con el fin del proceso, pues, lo que se busca es que el juez restablezca, devuelva, restituya la paz social alterada con el conflicto.

Por otro lado, también concurre como un deber del juez la integración de la norma ante supuestos de vacío o defecto de la ley. Ello es atendible porque numerosos hechos de la vida social no han podido ser previstos por el Derecho y, por tanto, no existe para ellos una norma expresa. A este fenómeno, que consiste en “ausencia de regulación” específica se le denomina laguna, sin embargo, hay hechos que contando con una regulación legislativa, ella es imperfecta. La norma recoge los dos supuestos: el defecto normativo cuando hay insuficiencia de normas existentes para regular el fenómeno factual; y el vacío o inexistencia de normativa, cuando no existe norma alguna para regular la realidad concreta. Al respecto la Constitución del Estado (ver artículo 139 inciso 8 ) señala que no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. El Código Procesal, al igual que la Constitución, propone recurrir a los principios generales del Derecho Procesal, la doctrina y la jurisprudencia.

6. El inciso 5 impone a los jueces el deber de sancionar la afectación del principio de moralidad en el proceso. Señala el artículo 109 del CPC que es deber de las partes, abogados y apoderados proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos los actos procesales. Esto nos lleva a sostener la juridicidad procesal de la norma ética, la que está estructurada como expresión del principio de moralidad. Este principio puede ser definido como el conjunto de reglas de conducta, presididas por un imperativo ético a las cuales deben ajustar su conducta todos los sujetos del proceso. Si bien las partes, abogados y apoderados son libres en asumir la actividad idónea en el proceso para lograr una sentencia favorable, esa actividad tiene límites, la no afectación de la juridicidad ética.

7. El inciso 6 refiere que al redactar los autos o sentencias, el juez tiene el deber de expresar los fundamentos en que se apoya para admitir o rechazar cada una de las conclusiones y pronunciará su decisión declarando el derecho controvertido, condenando o absolviendo la demanda en todo o en parte. Señala la Casación N° 3007-98-Tacna<sup>(2)</sup> que: “mediante el principio de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir el control correspondiente de los órganos de instancia superior, por la vía de los medios impugnatorios previstos en la ley procesal instalados por los justiciables”.

El referido inciso exige además que las resoluciones sean idóneas y posibles jurídicamente. Es idónea cuando su contenido se adecua al tema sometido a la consideración del órgano judicial y resulta además coherente en sus declaraciones. Si la sentencia no guarda conformidad con las cuestiones articuladas por ambas partes estamos ante el fenómeno de la incongruencia procesal. Si se omite alguna de las cuestiones estamos ante una decisión *citra petita*; si recae sobre puntos no alegados estamos ante una decisión *extrapetita*; y si excede los límites de la controversia, nos ubicamos ante la *ultra petita*. Una resolución no es jurídicamente posible cuando su pronunciamiento está vedado por ley, por ejemplo, ordenar que un incapaz absoluto declare como testigo en el proceso (ver el inciso 1 del artículo 229 del CPC).

8. La parte final del artículo reafirma el principio de la inmediación de la prueba. Ella es garantía y seguridad porque el juez tiene percepción directa de los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos. Su fundamento radica en que el juez

---

(2) Publicada en El Peruano, 01/09/99, pp. 3396.

alcanzará una percepción más perfecta que si no lo percibe directamente; una comprensión mejor, una visión más nítida de la credibilidad de las partes, los testigos, los peritos, y sobre todo una apreciación más exacta si ve y oye directamente a estas personas, que si las recoge de la actuación de un juez comisionado.

Este principio admite situaciones excepcionales para que el magistrado pueda dilucidar la pretensión, sin haber tomado contacto directo con los medios probatorios y con las partes protagonistas de la controversia, como es el caso del juez promovido o separado, luego de haber iniciado la audiencia de pruebas.

El artículo *in fine* contempla que el juez sustituto continúe el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable. Esta tolerancia nos lleva a un aparente enfrentamiento entre el deber de todo juez de velar por la rápida solución de los conflictos, con la situación extraordinaria de retrotraer el proceso repitiendo las audiencias, siempre y cuando el juez las considere indispensable y motive el por qué de esa necesaria repetición.

Frente a ello diremos que hay la tendencia en la casuística judicial por declarar la nulidad de la sentencia pronunciada por un magistrado que no ha participado en la audiencia de pruebas. Si bien debe privilegiarse el principio de intermediación en la obtención y valoración de los medios probatorios, también podría admitirse que este puede ser superado, cuando por la naturaleza de los medios probatorios aportados al proceso, hagan de por sí innecesario repetir dichas audiencias, pese a que el juez no estuvo presente al momento de la actuación de estos, como sería en los supuestos de prueba documental. Será la discrecionalidad del magistrado, que apreciará la naturaleza de los medios probatorios para determinar si es indispensable la repetición de las audiencias de pruebas. Asumir una posición contraria a ello, sería atentar contra el principio de economía procesal y contra la obligación que tiene todo juez de velar por la rápida solución del conflicto a través del proceso.

En igual forma, bajo dichos argumentos, tampoco compartimos la posición que contienen algunas Casaciones de la Corte Suprema en relación a declarar la nulidad de las sentencias de vistas por no haberse avocado el juez al conocimiento de la causa. Consideramos que las nulidades no existen exclusivamente en el mero interés de la Ley sino en el "perjuicio que genere". La existencia del perjuicio debe ser concreta y evidente. Requiere que quién lo invoque demuestre que tal vicio le produjo un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con la sanción de nulidad. En otras palabras, el perjuicio condiciona la nulidad; pues, no opera la nulidad por la nulidad misma. Los pedidos de nulidad no se amparan sólo para satisfacer pruritos formales sino para enmendar los perjuicios que pudiera surgir de la desviación o incumplimientos procesales (ver artículo 174 del CPC). Además no basta alegar un perjuicio en la nulidad sino que se exige a quien reclame la nulidad que demuestre que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto

e irreparable, insubsanable por otra vía ajena al acogimiento de la sanción de nulidad. En ese orden de ideas, resultaría coherente el pensamiento del Colegio Supremo, para amparar la nulidad de la sentencia de vista, en los siguientes supuestos: 1) si quien cuestiona la omisión del avocamiento del juez, demuestra que solicitó dentro del plazo de Ley (ver artículo 375 del CPC) el uso de la palabra y el juez que sentenció la apelación la apelación (sin avocarse) no lo escuchó; 2) si el juez estaba impedido por Ley de intervenir (ver artículo 305 del CPC) o sujeto a causales de recusación (ver artículo 307 del CPC) y la parte impugnante, no tuvo la oportunidad de pedir la separación del juez del proceso porque desconoció de su intervención en él, hasta el momento que sentenció sin avocarse previamente.

Hay que recordar que las nulidades en los actos procesales son importantes en la medida que tienden a cautelar la pureza del trámite y el equilibrio de derechos y oportunidades entre las personas comprometidas dentro de la controversia. Allí donde el acto procesal viciado determine perjuicio para la parte, la nulidad debe declararse, siempre y cuando haya demostrado la vulneración del derecho que no pudo ejercer. Si el perjuicio no se presenta, no hay razón para que se anule el acto, aunque el vicio resultare perceptible, pues, no se puede postergar la tutela efectiva de la jurisdicción, bajo excusas de incumplimientos formales.



## JURISPRUDENCIA

*La intermediación requiere que el juez de la sentencia sea el mismo que actuó las pruebas, pero no es un principio absoluto y admite excepciones, que están señaladas en artículo 50 del Código Procesal Civil, de tal manera que el juez que se hace cargo de un proceso, ya en estado de sentencia, está facultado, y no obligado, a repetir las audiencias y solo si lo considera indispensable (Cas. N° 1053-97-Callao, El Peruano, 05/08/98, p. 1517).*

*Debe imponerse al juez la medida disciplinaria cuando incurre en negligencia inexcusable, esto es cuando dilata el proceso innecesariamente, atentando contra el principio de celeridad procesal en detrimento de los justiciables y de la administración de justicia (Exp. N° N-719-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 279).*

*Procede apercibirse al magistrado que se pronuncia jurisdiccionalmente con descuido, ocasionando retardo en la solución del conflicto, con el consiguiente perjuicio económico a la accionante (Exp. N° 904-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 188-189).*

*Es obligación del juez, en su calidad de director del proceso, verificar el cumplimiento de las leyes, desde la etapa postulatoria del proceso, para la debida admisión a trámite de la demanda (Exp. N° 633-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 272-273).*

*El juzgador se halla obligado a velar para que en el proceso se otorguen a las partes las garantías que les permitan ejercitar sus derechos procesales.*

*Es nula la resolución cuya notificación a las partes se efectúa con fecha anterior a la emitida resolución (Exp. Nº N-152-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 275).*

*Es procedente la medida disciplinaria de apercibimiento si el abogado evidencia mala fe en su actuar, pretendiendo como sustento de su defensa una clara posición dilatoria. La defensa necesariamente debe encuadrarse dentro de las normas procesales (Exp. Nº N-734-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 293-294).*

*Debe imponerse el pago de una multa solidaria, si se evidencia que la conducta procesal del obligado y del letrado que la patrocina han tenido como único objetivo evitar la ejecución de la sentencia; haciendo para ello, uso abusivo de ciertos medios procesales que han dado lugar a un innecesario retardo en el pronunciamiento de la incidencia (Exp. Nº 95-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 295-296).*

*“(…) el acto procesal por el cual el juez se avoca al proceso debe ser notificado a las partes para garantizar el principio de bilateralidad de la audiencia y el que las partes puedan ejercitar sus derechos y deberes procesales (...) es evidente que el juez que expidió la sentencia de primera instancia no fue el que llevó a cabo la audiencia de pruebas, por lo que se había transgredido el artículo 50 parte in fine del Código Procesal Civil al no haberse señalado explícitamente una causal de justificación como lo son la promoción o separación del magistrado” (Cas. Nº 2127-99-Tumbes, El Peruano, 01/09/2000, p. 6200).*

*La falta de motivación en la sentencia debe ser sancionada. No puede convalidarse por el colegiado porque se afectaría la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, pues se argumentarían situaciones no consideradas por las partes al apelar; que de afectar sus intereses, estas no podrían impugnar para su reexamen (Exp. Nº 4129-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 187).*

*En cuanto a la extensión conceptual del principio de congruencia, partiendo hacia el concepto procesal de sentencia, dicho principio también debe ser entendido en la congruencia interna que debe existir entre la parte considerativa y resolutive de una resolución judicial, caso contrario, la resolución sería nula (Cas. Nº 209-99-Lambayeque, El Peruano, 07/04/2000, p. 4975).*

*La doctrina reconoce como fines de la motivación: a) que el juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y de la comunidad en conocerlas, siendo el instrumento que garantiza el control democrático sobre el fundamento y legalidad de la decisión; b) que se pueda comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, por lo que resguarda el principio de legalidad; c) que las partes y aun la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, en su caso, la decisión; y, d) que los tribunales de revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho (Cas. Nº 912-99-Ucayali, El Peruano, 12/11/99, p. 3906).*

*El hecho de haber sido elevada la obligación procesal de motivar debidamente las resoluciones judiciales al rango de garantía constitucional, pone en evidencia la importancia que*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

esta tiene, no solo porque los justiciables necesitan conocer las razones que ha tenido el juzgador para rechazar sus pretensiones y poder defenderse, sino también para que el superior al absolver el grado se encuentre en condiciones de rebatir dichos argumentos si fuera de distinto parecer (**Cas. N° 1242-99-Lima, El Peruano, 28/11/99, p. 4185**).

Las resoluciones judiciales deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para que exista identidad jurídica entre lo que se resuelve y lo pretendido (**Cas. N° 1428-99-Tacna, El Peruano, 18/12/99, p. 4330**).

La motivación es esencial en los fallos porque los justiciables deben saber por qué razón ganan o pierden los procesos y si dicha motivación no existe en uno de los extremos demandados, la sentencia materia de un recurso es nula (**Cas. N° 1478-99, El Peruano, 26/08/2000, p. 6108**).

Es nula la resolución que incumple el deber de la debida motivación, si el pronunciamiento se ha expedido en ausencia de un debido análisis (**Exp. N° 2437-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 369**).

La norma contenida en el último párrafo del artículo cincuenta del Código Procesal Civil debe ser necesariamente concordada con el principio de inmediatez contemplado en el artículo V del Título Preliminar del mismo Código Procesal Civil y con la garantía constitucional contenida en el inciso tres del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado.

La sentencia apelada, que fue expedida por el juez que reemplazó temporalmente por vacaciones al titular del juzgado, razón por la cual carece de los requisitos mínimos para lograr su finalidad (**Cas. N° 1089-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.15-A.16**).

Es nula la sentencia, si lo indicado por el juez en la parte resolutive de esta, no es congruente ni coherente, con los fundamentos de la misma y menos con los puntos controvertidos, sobre los que debe decidir u ordenar en forma clara y precisa (**Exp. N° 1010-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 340**).

“...Las razones que han dado origen a esta norma se encuentran en el enunciado principio de intermediación, conforme al cual el juez debe mantenerse en relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, lo que indefectiblemente resulta de la mayor importancia; pues, solo así tendrá la oportunidad de conocer y apreciar las condiciones morales de los litigantes, cuando dicen la verdad o cuando se abstienen de hacerlo, para llegado el caso, no solo ejercer con eficacia sus facultades de conciliación, sino también valorar su conducta durante el proceso, adquiriendo los elementos que le van a permitir formar convicción para un fallo justo, lo que no sería posible si el juez sentenciador es distinto al que ha dirigido el proceso en la actuación de las pruebas, de ahí que conforme al principio contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal, las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad, sin que pueda interferir el carácter imperativo de esta norma el principio de elasticidad que prevé el numeral doscientos uno del citado Código, por la trascendencia que envuelve la necesidad de tener al juez frente al material de conocimiento...” (**Cas. N° 270-T-97-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 330-332**).

*“... Si bien, se permite que otro juez pueda reemplazar al que inició la audiencia, esta sustitución no resulta posible cuando este juez anterior ha dado por concluida la audiencia, ha escuchado los informes orales y ha señalado fecha para la sentencia” (Cas. Nº 1786-96-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 336-337).*

*La norma contenida en el último párrafo del artículo cincuenta del Código Procesal Civil debe ser necesariamente concordada con el principio de inmediatez contemplado en el artículo V del Título Preliminar del mismo Código Procesal Civil y con la garantía constitucional contenida en el inciso tres del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado.*

*La sentencia apelada, que fue expedida por el juez que reemplazó temporalmente por vacaciones al titular del juzgado, razón por la cual carece de los requisitos mínimos para lograr su finalidad (Cas. Nº 1089-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.15-A.16).*

*Se afecta el principio de legalidad cuando se emite decisión contraria a la naturaleza de las instituciones previstas en el ordenamiento procesal. Todo magistrado tiene el deber de resolver los procesos con sujeción a las garantías del debido proceso (Exp. Nº 455-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 257).*

## FACULTADES GENÉRICAS

### ARTÍCULO 51

*Los Jueces están facultados para:*

- 1. Adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación;*
- 2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;*
- 3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus Abogados;*
- 4. Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, este pudo ser alegado al promoverse el anterior;*
- 5. Ordenar, si lo estiman procedente, a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación por él designado, si con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se le hubiere dado al proceso;*
- 6. Ejercer la libertad de expresión prevista en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y,*
- 7. Ejercer las demás atribuciones que establecen este Código y la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 2 inc. 4.
<b>C.P.C.</b>	arts. 48, 50, 52, 53, 109 inc. 5, 194, 426, 427.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 185, 24 DF.

---

### Comentario

1. El poder de dirección del proceso por el juez, responde a la concepción publicista del Código Procesal. Ello explica los poderes vastos y hasta discrecionales de este en el desarrollo formal del proceso, parte de los cuales aparecen descritos en este artículo.

Uno de ellos hace referencia al correlato entre demanda y vía procedimental. Si el juez advierte que la vía señalada por el actor no es la adecuada para la discusión del conflicto, podrá adaptar a la vía procedimental idónea, siempre y cuando ello sea materialmente factible. A pesar de contar los jueces con dicha facultad, en la práctica se advierte la tendencia a declarar la inadmisibilidad de la demanda (ver artículo 426 del CPC) a fin que sea la propia parte actora, la que modifique la vía procedimental observada, ello tal vez se explica en el caso de la acumulación activa de pretensiones, en la que se advierte que uno de los requisitos para su procedencia es su tramitación en una misma vía procedimental (ver inciso 3 artículo 85 del CPC); sin perjuicio de ellos debemos remitirnos a las excepciones que sobre este extremo permite la acumulación, como sería en el caso del divorcio por causal (artículo 483 del CPC) .

2. La intervención del juez, según nuestro modelo procesal, responde al principio de autoridad, influenciado por una concepción publicista que confiere poderes vastos y hasta discrecionales al juez para el desarrollo formal del proceso, conservando siempre las partes su poder dispositivo sobre el objeto litigioso y su pertenencia sobre el *thema decidendum*. En tal sentido, el juez tiene la facultad de ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Véase el caso, de la controversia acerca del sentido de circulación vehicular de una calle. El actor sostiene que corresponde de norte a sur y para demostrar ello, solicita el reconocimiento judicial en dicha zona.

En ella, el juez observa que recientemente en la calzada aparecen dibujadas en forma rudimentaria y sin las líneas reglamentarias, los signos que indican un sentido de circulación diferente al que sostiene el actor. Ante dicha disyuntiva, el juez podrá recabar en el acto los testimoniales de los vecinos de la zona, para que informen sobre el real sentido de circulación y las recientes pintas en la calzada. Como se aprecia no ha previsto la intervención de los testigos en la inspección judicial, en la forma que permite el artículo 273 del CPC, pero, en atención a la facultad que recoge el inciso 2 de la norma en comentario, permite que este pueda recabar –en el acto– la información de los testigos vecinos de la zona, no ofrecidos por las partes, para esclarecer los hechos controvertidos, pero siempre permitiéndole que las partes puedan estar en la posibilidad de supervigilar y cuestionar la actuación y el resultado de estas. La Ley Orgánica del Poder Judicial también acoge tal facultad, al señalar que “puede solicitar de cualquier persona, autoridad o entidad pública o privada los informes que consideren pertinentes, para el esclarecimiento del proceso bajo su jurisdicción...”. En ese sentido resulta acertada la opinión de Morello<sup>(1)</sup>, para quien “el juez espectador quedó en la

---

(1) MORELLO, Augusto M. La prueba: tendencias modernas. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991, p. 101.

historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga (más que en lo que deje de hacer); vigila, orienta, explota y gestiona prueba. Desde el comienzo no puede estar inerte y ajeno, ni distante. Debe conocer lo que está ocurriendo y eso que sucede, que esté bien hecho y para servir”.

3. También puede ordenar, en cualquier instancia, la comparecencia personal de las partes a fin de interrogarlas sobre hechos discutidos; sin embargo, dicha facultad puede materializarla, en plena declaración de estas, al permitirle el artículo 213 del CPC la posibilidad de hacer a las partes las preguntas que estime convenientes. También puede ordenar la comparecencia –excepcionalmente– a un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas (ver artículo 194 del CPC). Un aspecto importante de resaltar es que dicha facultad es extensiva a todo los jueces de los diversos grados, pues, conforme señala la norma “el juez está facultado para ordenar en cualquier instancia la comparecencia...”. Nótese que esta facultad debe ser ejercida por el juez en la medida que se respete el derecho de defensa de las partes, en tal sentido, la norma permite que las partes puedan concurrir con sus abogados.

4. El juez también está facultado para rechazar liminarmente el pedido que reiterare otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, este pudo ser alegado al promoverse el anterior. Si bien la norma hace referencia al rechazo de pedidos que reiterare otro propuesto por cualquier litigante, no la limita a que se produzca bajo un mismo proceso. Decimos ello porque una vieja práctica en los juzgados civiles de Lima se orienta a interponer –a la vez– varios pedidos cautelares fuera de proceso, a fin que el peticionante tenga mayores posibilidades, que una ellas sea acogida. Esto que han provocado y vienen provocando algunas directivas orientadas a impedir la ocurrencia de tales hechos, como la N° 004-99-P-CSJL-PJ, la que insta a que se apliquen las sanciones pertinentes por contravenir los deberes de buena fe y probidad que debe regir en todo proceso judicial, poniendo en conocimiento de esta situación, al Ministerio Público para los fines de ley.

Por otro lado, se advierte la tendencia a ejercer el contradictorio, en los procesos de ejecución de garantías y ejecutivos, invocando nominativamente las causales recogidas en los artículos 700 y 722 del CPC, pero el contenido hace referencia a supuestos distintos. Se utiliza un ropaje legal para almacenar hechos ajenos a la causal invocada, porque lo que se busca es provocar forzosamente el contradictorio para dilatar el camino procesal, aunque luego de una larga espera se llegue a determinar la improcedencia de esta. En tales circunstancias, el juez perfectamente podría rechazar liminarmente la supuesta contradicción, por no ser congruente los hechos de su contenido con la causal que invoca. En igual sentido, también se orienta la interposición del recurso de apelación, que sin definir claramente los errores de la resolución cuestionada y los agravios que causan, son admitidos a trámite para luego ser rechazados por el órgano revisor. El juez, en

tales casos, debe rechazar liminarmente la apelación, a fin de evitar insulsos procedimientos que generan dilaciones y afectan la rápida solución a los conflictos.

Por último, constituye una facultad de todo juez, el ejercer la libertad de expresión, con sujeción a lo establecido en la LOPJ. Esta regulación rompe otras restricciones que impedía a los magistrados formular públicas declaraciones; sin embargo, genera responsabilidad disciplinaria si se injuria a los superiores jerárquicos, sea de palabra o por escrito o por medios de comunicación social (ver inciso 3 artículo 201 de la LOPJ) en el ejercicio de dicha facultad. La LOPJ permite que el juez solicite rectificaciones, a través de los medios de comunicación social, en defensa de su honorabilidad, cuando esta haya sido cuestionada, dando cuenta a su superior jerárquico, sin perjuicio de formular la denuncia que corresponda (ver inciso 6 artículo 185).



## JURISPRUDENCIA

*“(...) El principio de idoneidad o conducencia de los medios probatorios destinados a acreditar los hechos constituye una facultad del juzgador...” (Cas. Nº 615-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 74-75).*

*Si bien el juez está facultado para adaptar las demandas a las vías procedimentales que considere apropiada, tal potestad no puede ser ejercida arbitrariamente, porque al margen de su obligación de fundamentar las decisiones, la ley le obliga a considerar la factibilidad de la adaptación.*

*Tratándose de asociaciones, toda impugnación se sujeta al trámite de menor cuantía, hoy proceso abreviado (Exp. Nº 1647-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 122-125).*

*“... El artículo cincuenta y uno en sus incisos segundo y tercero así como el artículo ciento noventa y cuatro de la norma procesal autorizan a los jueces a actuar las pruebas que consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.*

*(...). Que así, la sala superior, al advertir situaciones descritas en la impugnada y considerar que los medios probatorios actuados en el proceso no son suficientes para crear en el juez convicción sobre la materia en controversia, ha hecho uso de la facultad mencionada (...). Que siendo así, no puede sostenerse válidamente que al expedirse la impugnada se haya incurrido en la causal que se denuncia (contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso)” (Cas. Nº 799-99/Arequipa, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 189-191).*

*“... La facultad del juez de ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, no es absoluta sino por el contrario resulta supeditada a que los ofrecidos por las partes sean insuficientes, obviamente al tiempo del ofrecimiento, requiriendo de una decisión motivada, que así es inimpugnable...” (Exp. Nº 653-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 201-202).*

*Cuando el Código Procesal Civil en sus artículos ciento noventa y cuatro e inciso segundo del artículo cincuenta y uno, faculta al juez para actuar pruebas de oficio y ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo hace para que se fije con precisión cuáles son los medios probatorios adicionales que deben actuarse, pero no como lo ha hecho la resolución de vista, que no señala ninguna prueba complementaria, sino lo hace en forma genérica (Cas. Nº 136-95-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 251, Abril 1997, Trujillo-Perú, pp. A.18-A.19).*

*El juez está facultado para adoptar las medidas que estime convenientes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos y emitir un adecuado pronunciamiento a las exigencias de la ley.*

*Para eliminar cualquier duda sobre la paternidad debe practicarse la prueba del ADN, la misma que se encuentra permitida por el artículo 413 del Código Civil (Exp. Nº 34-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 207-208).*

*El juzgador está facultado para actualizar la pretensión dineraria que permita reajustar el monto de la obligación al valor constante, incluso durante el proceso de ejecución.*

*No sería justo ni admisible compeler a la vendedora a recibir un precio que prácticamente se ha esfumado por el efecto inflacionario (Exp. Nº 1275-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 74-76).*

*El hecho de presentar simultáneamente, bajo el mismo tenor e igual contenido, cuatro demandas con el patrocinio de los mismos letrados, constituyen actos de temeridad que deben ser sancionados, pues, se orientan a quebrar indirectamente el sistema, para acogerse a la competencia de una judicatura que pueda resultar más adecuada a las expectativas de la parte.*

*Cualquier discrepancia que se pueda tener con el contenido de un mandato judicial debe ser objeto del medio impugnatorio respectivo, pero, no propiciar el dictado de resoluciones que puedan resultar contradictorias frente a un mismo tema (Exp. Nº 4558-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 366-367).*

## FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL JUEZ

### ARTÍCULO 52

*A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces deben:*

- 1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;*
- 2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y*
- 3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 50, 51, 53, 109 inc. 3, 232.  
**D.S. 017-93-JUS** arts. 8, 9, 135, 184 inc. 12, 185 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.N. Argentina** art. 35.

---

## Comentario

---

1. Las leyes procesales y de organización judicial contienen con frecuencia disposiciones de carácter disciplinario. Estas normas tienen como contenido axiológico el orden. Se instituyen para asegurar el normal desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Una de las facultades disciplinarias que recoge el Código se ubica en la posibilidad de suprimir la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios. La norma parte del supuesto, que las partes deben abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones y deben guardar el debido respeto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia (ver inciso 3 y 4 artículo 109 del CPC).

Cuando se vulnera estos deberes el juez está facultado para testar las expresiones agraviantes o descomedidas. Nótese que por más que dichas intervenciones puedan contener términos ofensivos o vejatorios, ello no provoca la intervención del Ministerio Público, a pesar de lo delictivo del acto, pues, estamos ante la llamada “homologación procesal de la autodefensa”. Ella encierra una especie de duelo verbal, de imprecaciones y réplicas que es abordado por la doctrina bajo la denominación de “compensación judicial de las injurias recíprocas” y que nuestra legislación lo asume en el artículo 133 del Código Penal de la siguiente manera:

“No se comete injuria ni difamación cuando se trata de ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez”. Frente a estos supuestos, la norma en comentario ordena se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios, señalando de manera expresa, que no comete injuria ni difamación.

2. Sobre el grado de difusión que debe imperar en los actos del procedimiento y de la actividad procesal, pública o secreta, existen dos posiciones. Nuestro Código se inclina por la primera, pues permite que a través de las audiencias públicas, quien estuviere interesado en seguir el desarrollo del debate lo pueda realizar, sin limitaciones más que la facultad disciplinaria conferida al juez para velar por la seguridad del público o por el buen orden de quienes asisten a la audiencia, pudiendo “expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo”, limitar el número de asistentes por razones de decoro, orden, higiene, seguridad, etc. En tal sentido, se debe tener presente la restricción legal que prohíbe el ingreso de menores a las audiencias públicas, salvo que se trate de estudiantes de Derecho. (ver artículo 136 de la LOPJ).

3. El derecho disciplinario es derecho administrativo sancionador que presupone jerarquía y subordinación. Quien ejerce potestad jerárquica, impone formas de conductas previstas en la ley, para asegurar el cumplimiento de la misma. El que está sometido a una subordinación debe obedecer y ajustar su conducta a lo preceptuado; pero dicha disciplina tiene que estar subordinada a un referente legal. En tal sentido, el juez ejerce facultades disciplinarias al conocer los procesos o medios impugnatorios; como señala el artículo 213 de la LOPJ, “están obligados a aplicar las sanciones de apercibimiento o multa cuando advierten irregularidades o deficiencias en la tramitación de los procesos, no siendo necesario trámite previo. En la resolución se menciona el motivo de la sanción, la que es notificada al infractor y anotada en el registro de medidas disciplinarias y en su legajo personal”.



## JURISPRUDENCIA

*Se les debe aplicar sanción al litigante y a su abogado que faltan a la verdad y no guardan respeto; y, moderación hacia la autoridad judicial (Exp. Nº 698-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 232-233).*

*Si en la realización de la audiencia tanto el personal del juzgado como el policial fueron objeto de agresión física y verbal, dichos hechos constituyen indicios razonables de la comisión de un delito previsto como violencia y resistencia a la autoridad, que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Público (Exp. Nº 317-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 506).*

## FACULTADES COERCITIVAS DEL JUEZ

### ARTÍCULO 53

*En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede:*

- 1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.  
La multa es establecida discrecionalmente por el juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y,*
- 2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.*

*En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.*

*Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 51, 52, 232.
<b>LEY 27444</b>	art. 199.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 4, 8, 185 inc.3.
<b>D.S. 006-97-JUS</b>	art. 22.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	arts. 21, 22.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 36, 37.

---

## Comentario

1. La multa es una sanción pecuniaria destinada a vencer la resistencia injustificada, de las partes o de quien corresponda, para cumplir un mandato judicial. Opera a petición de parte o de oficio. Su justificante está en el *ius imperium* de los jueces, quienes deben disponer de los medios conducentes para lograr el acatamiento de sus decisiones.

Es un mecanismo que permite materializar el prestigio de la justicia al asegurar el cumplimiento de sus mandatos, caso contrario, de nada valdría mostrar una creación judicial razonable, si el derecho quedara líricamente estampado en una

hoja de papel, sin posibilidad alguna de coaccionar su cumplimiento a los obligados. Señala el inciso 1 que la multa se establece discrecionalmente por el juez, esto implica que puede o no imponerse, luego de un juicio valorativo de la situación que se le ha presentado. A pesar que la norma no lo precise, el juez está obligado a fundar su decisión, sea positiva o negativa. La discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad o el abuso de autoridad judicial.

El juez puede aumentar el monto de la sanción pecuniaria, disminuirla o dejarla sin efecto; sin embargo, este último extremo se contradice con lo regulado en el artículo 420 del CCP cuando señala que en ningún caso procede su exoneración.

2. La multa, en atención a la importancia y urgencia de su mandato, es sucesiva, se impone por periodos de tiempo que se suceden, como por día o mes, como por infracción de una y más veces sucesivas cuando se trata de obligaciones de no hacer.

Como refiere el inciso 1, la multa encierra una condena del juez con un objeto preciso y determinado: compeler al cumplimiento de lo ordenado por una resolución judicial. La sanción coercitiva a la que se apela, es de carácter exclusivamente económico, sin embargo también hay sanciones de índole personal, tal como refiere el inciso 2 de la norma. En efecto, la sanción pecuniaria no solo obra como una coacción psicológica, sino que también existe la posibilidad de disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. Este apremio personal se reproduce también en el inciso 3 del artículo 185 de la LOPJ, en la que el juez “ordena la detención, hasta por 24 horas, de quienes, en su despacho o con ocasión de las actuaciones judiciales, los injurien, agraven, amenacen o coaccionen por escrito o de palabra, o que promuevan desórdenes, pudiendo denunciar el hecho ante el Ministerio Público”.

3. Por otro lado, la obligación debe depender de la voluntad de las partes y además, debe ser de cumplimiento posible. No sería razonable presionar a una persona de quien no depende el cumplimiento, por tanto, no debe concederse la multa respecto de una obligación imposible o que se ha hecho imposible, pues, nadie puede ser obligado al imposible.

En conclusión, podemos reafirmar que la multa es una sanción pecuniaria provisional que no genera cosa juzgada, porque puede dejarse sin efecto o ser reajustada si el obligado se desiste de su resistencia. Implica una condena discrecional del juez en cuanto a su procedencia y en cuanto a su monto. Es conminatoria pero no resarcitoria, además es susceptible de ejecución en los bienes del condenado, pues si así no fuera resultaría ilusoria.

**JURISPRUDENCIA**

*Las facultades coercitivas del juez están orientadas a que las partes conserven una conducta procesal de respeto a la actividad judicial, pero no para exigir el pago de obligaciones. Los honorarios fijados a los peritos, no es otra cosa que la contraprestación al servicio de emitir un peritaje. Ante el supuesto del no pago, importa una deuda dineraria que no puede dar lugar a una sanción (Exp. Nº 97-56804-2044-A, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 158).*

*La multa a imponerse debe ser calculada prudencialmente por el juez, en función a la cuantía de la suma ejecutada (Exp. Nº 410-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 270-271).*

*Debe imponerse el pago de una multa solidaria, si se evidencia que la conducta procesal del obligado y del letrado que la patrocina han tenido como único objetivo evitar la ejecución de la sentencia; haciendo para ello, uso abusivo de ciertos medios procesales que han dado lugar a un innecesario retardo en el pronunciamiento de la incidencia (Exp. Nº 95-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 295-296).*

*Habiéndose nombrado peritos a efectos de establecer el saldo deudor impago, y conminado a la demandada y su abogado para que pongan a disposición del juzgado los libros necesarios para la práctica de la pericia, éstos no han prestado las facilidades necesarias para realizar la pericia contable, situación que justifica la medida coercitiva de multa impuesta a la parte y a su abogado, más aún si ha transcurrido un año y medio sin avance sustancial en el proceso (Exp. Nº 4265-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 186).*

## Capítulo III

# AUXILIARES JURISDICCIONALES Y ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

## AUXILIARES DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

### ARTÍCULO 54

*Son auxiliares de la jurisdicción civil: los secretarios de sala, los relatores, los secretarios de juzgado, los oficiales auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 48, 55, 56, 135, 315.</i>
<i>C.P.</i>	<i>arts. 396, 423.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 218 inc. 5, 249 a 283.</i>
<i>R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ</i>	<i>arts. 1 y 22.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 8.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 38.</i>

---

## Comentario

Para el desarrollo del proceso concurren diversos sujetos, entre ellos, los llamados auxiliares jurisdiccionales, quienes van a trabajar por la operatividad del sistema judicial y de manera particular por el proceso judicial.

Tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 249), como el artículo en comentario, coinciden en señalar a los secretarios de sala, relatores, secretarios de juzgado y los oficiales como los auxiliares de justicia.

Todas las salas, tanto de la Corte Suprema como de la Corte Superior, cuentan con relatores y secretarios de sala. Estos auxiliares necesariamente tienen que ser abogados.

1. En el caso de los relatores sus funciones están reguladas en el artículo 263 de la LOPJ, destacando entre ellas las siguientes: escribir las resoluciones que expida la sala; concurrir a las audiencias e informes orales y leer las piezas del proceso que el presidente ordene; hacer presente a la sala –antes de empezar la audiencia– si de autos resulta que alguno de los vocales está impedido de intervenir;

así informar al magistrado ponente de la causa sobre las nulidades y omisiones que advierta en autos, así como, las insuficiencias de poderes.

2. Los secretarios, quienes antiguamente recibían el nombre de escribanos, están encargados de dar fe de las actuaciones y diligencias, así como de apoyar a los magistrados en sus funciones judiciales. Las clases y atribuciones varían según la jerarquía de la sala, distinguiéndose entre secretario de sala y secretario de juzgado. Los artículos 259 y 266 regulan las obligaciones y atribuciones genéricas de estos auxiliares. En líneas generales, están encargados de mantener las relaciones de la entidad con los usuarios, además de actividades internas, como el archivo, el inventario, etc. La correspondencia y las actas son sus funciones públicas principales. Véase en ese sentido lo regulado en el artículo 204 del CPC, referido a las pautas que debe tener en cuenta el secretario para la redacción del acta, para lo cual, puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura. Señala el citado artículo 204 del CPC que el acta debe ser suscrita por todos los intervinientes, incluyendo el juez y el propio secretario, pero, si alguno se negara a firmarla, el secretario dejará constancia del hecho. El original del acta se conserva en el archivo del juzgado y la copia autorizada por el juez, es incorporada por el secretario al expediente.

3. La designación de oficial de justicia, en sentido amplio, es aplicable a todo funcionario de la administración de justicia desde el juez al alguacil; sin embargo, nuestro Código se ha reservado esta denominación para los auxiliares que cumplen las ordenes o ejecutan los mandamientos de los jueces como los alguaciles, especialistas, oficinistas u otros subalternos que ejecutan medidas cautelares, desalojos, notificaciones y demás actos que la eficacia del proceso reclama. Estas labores la Ley Orgánica los clasifica como diligencias fuera del local del juzgado y preparación del despacho. El artículo 272 de la LOPJ regula las atribuciones y obligaciones de los oficiales auxiliares.

4. Como referencia histórica es importante compartir lo que Escriche<sup>(1)</sup> señalaba sobre el oficio tradicional de escribano: "El oficial o secretario público que, con título legítimo, está destinado a redactar y autorizar con su firma los autos y diligencias de los procedimientos judiciales, como asimismo las escrituras de los actos y contratos que se pasan entre las partes", es decir, el funcionario gozaba de fe pública. Analizando tal definición se advierte con claridad el desempeño de dos atribuciones muy distintas: judiciales unas, como fedatarios en los procedimientos ante los jueces, y extrajudiciales, al dar fe de los negocios y actos entre particulares. Son las primeras las que ejercen en la actualidad los secretarios judiciales y son las segundas, las características de los modernos notarios.

(1) Citado por CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Ediciones Santillana. Madrid, 5º ed, T. II, p. 92.

## ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

### ARTÍCULO 55

*Son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el inter-ventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 54, 56, 61, 263, 315, 410, 610 inc. 5.
<b>LEY 27728:</b>	art. 2.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 273 a 281.
<b>R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ</b>	arts. 1 y 22.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 9.
------------------------	---------

---

### Comentario

---

Los órganos de auxilio judicial son mecanismos de apoyo para hacer realidad los fines del proceso.

1. Uno de los órganos de auxilio judicial es el perito, considerado como tal al especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. El perito judicial es la persona que poseyendo especiales conocimientos informa al juzgador, bajo juramento o promesa de actuar con veracidad, sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia. La Ley Orgánica del Poder Judicial exige además que los peritos tengan conducta intachable y figuren en la nómina que remitan las instituciones representativas de cada profesión (ver artículo 273 y siguientes).

Los peritos son auxiliares de justicia porque contribuyen a formar el criterio de los jueces en materias que no tienen por qué conocer; y precisamente, por esa razón los peritos solo están excluidos de intervenir en cuestiones jurídicas ya que estas, son de obligado conocimiento del juez. Los honorarios de los peritos conforman a futuro las costas del proceso. Es importante señalar que en otros diseños procesales, el juez puede obtener el asesoramiento de un experto imparcial sobre la ley aplicable a un procedimiento legal ante el juez, si este notifica a las partes de la persona consultada y la sustancia del asesoramiento, y les permite a las partes una oportunidad razonable para que respondan. Véase esta posibilidad regulada en la Regla 3.A.4 del Código de Conducta de los Jueces en Estados Unidos.<sup>(1)</sup>

---

(1) Publicada en Revista peruana de Jurisprudencia, Año 5, N° 31. Lima, setiembre, 2003, p. 232.

2. El depositario judicial es la persona designada por un juez para que guarde, custodie y conserve bajo su responsabilidad determinados bienes mientras se resuelve el conflicto en el proceso, con la obligación de restituirlo cuando le sea pedido por el juzgado.

3. El interventor es también un colaborador del proceso, orientado a fiscalizar el cumplimiento de los mandatos judiciales. Es un delegado extraordinario del juez, con poderes y objetivos específicos por cumplir. Puede darse a nivel de la administración, información y recaudación en una medida cautelar.

4. El martillero público es conocido también como rematador en otras legislaciones y viene a ser un auxiliar del comercio que vende bienes en pública subasta. Su nombre procede del martillo que tiene en la mano mientras licita los bienes u objetos y con el cual da un golpe en la mesa para declarar terminada la puja y adjudicada la cosa al mejor postor.

El martillero es una persona natural debidamente inscrita y con registro vigente ante la SUNARP (Superintendencia Nacional de Registros Públicos), la misma que le autoriza a llevar a cabo ventas en remate o subasta pública, según la Ley 27728 modificada por Ley 28371, tanto de bienes muebles o inmuebles, derechos, acciones, valores y semovientes. En el caso de la subasta de bienes del Estado se rige por las normas del Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal; y el remate judicial por las disposiciones del Código Procesal. Antes de la modificación del artículo 732 del CPC, el martillero solo intervenía para remate de bienes muebles en el lugar en que se encuentre el bien; sin embargo, por Ley 28371 dicha intervención se ha hecho extensiva para el remate de bienes inmuebles. Los honorarios del martillero están determinados por arancel, según las pautas que fija el artículo 18 del Reglamento (ver DS: 008-2005-JUS del 24 de julio del 2005)

5. Curador es la persona designada por el juez para seguir los pleitos y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad. Las funciones que el juez le confía son la de un defensor judicial, por ello, nuestra legislación exige que el curador sea abogado. Los casos que justifican su intervención se detallan en el artículo 61 del Código.

6. En cuanto a la policía diremos de manera general que es un cuerpo orientado a mantener el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos. La administración del Estado necesita un cierto poder coactivo que asegure el mantenimiento del orden público para lo cual utiliza elementos activos, llamados policías, a fin de que den fuerza a la autoridad del Estado.

Las leyes procesales facultan a los jueces a ordenar el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de diversas actuaciones del despacho, llámese la conducción de grado o fuerza de un testigo, la captura de un vehículo materia de una medida cautelar, el auxilio de la fuerza pública para los lanzamientos, entre

otros. Debemos señalar que la intervención policial para el cumplimiento de los mandatos judiciales ha provocado cuestionamientos en torno a si debe ser considerada, la *executio*, como uno de los poderes de la jurisdicción, pues, se recurre a entes ajenos a lo jurisdiccional para que puedan hacer realidad los mandatos judiciales, situación que no se expresa en la *jurisdictio*, la *vocatio* o la *coercio* que se agotan en su propio ejercicio sin recurrir en auxilio de terceros.

En nuestro país existe la llamada Policía Judicial, que no es un cuerpo independiente a la Policía Nacional, pero se dedica a realizar citaciones y detenciones en caso de flagrante delito o dispuestas por el juzgado. La Ley Orgánica del Poder Judicial se ocupa de ellos en los artículos 282 y 283.

7. La norma permite también que concurran al proceso otros órganos de auxilio judicial, entre los que podemos citar, al cuerpo médico forense, a los traductores e intérpretes, entre otros.



## JURISPRUDENCIA

*Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base a criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (Exp. N° N-719-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 278).*

## DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS AUXILIARES JURISDICCIONALES

### ARTÍCULO 56

*Los deberes y responsabilidades de los auxiliares de la jurisdicción civil se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas respectivas.*

*Los órganos de auxilio judicial se rigen por las leyes y demás disposiciones pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 54, 55.
D.S. 017-93-JUS	arts. 259, 263, 266.
R. ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ	arts. 27 y ss.

---

### Comentario

Los deberes y responsabilidades de los auxiliares jurisdiccionales a que refiere el artículo 54 del Código están delimitados por la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo pasible de sanciones administrativas. Corresponde al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial resolver en última instancia todas las medidas dictadas contra los funcionarios y servidores del Poder Judicial.

En cuanto a los deberes y responsabilidades de los órganos de auxilio judicial estos se rigen por leyes especiales. El Código Procesal prevé la sanción pecuniaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil en casos que los peritos retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas (véase artículo 270). En igual forma los testigos que sin justificación no comparezcan al proceso son sancionados pecuniariamente, sin perjuicio de ser conducidos al juzgado con el auxilio de la fuerza pública.

Incorre en responsabilidad penal el testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo (véase artículo 371 del Código Penal). También incurre en delito contra la función jurisdiccional el testigo, perito, traductor o intérprete que en un proceso judicial hace falsa declaración (artículo 409 del CP).

Tanto los auxiliares jurisdiccionales como los órganos de auxilio son pasibles de responsabilidad penal en supuestos de corrupción de funcionarios (véase artículo 398-A del CP).

**JURISPRUDENCIA**

*El auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, dentro de cinco días de notificado el concesorio de una apelación sin efecto suspensivo, deberá remitir al superior copia completa y legible de las piezas indicadas por el juez; por lo que el incumplimiento del auxiliar jurisdiccional no puede llevar a la conclusión de que el apelante ha actuado con negligencia o renuencia a formar el cuaderno incidental, habida cuenta que esta es obligación del auxiliar jurisdiccional y para ello el apelante ha abonado el arancel correspondiente (Cas. N° 972-99-Arequipa, El Peruano, 28/11/99, p. 4179).*

*La Ley Orgánica del Poder Judicial no prevé el plazo que se otorga al sancionado para impugnar la medida disciplinaria, sin embargo, debe entenderse como un recurso de revisión, aplicando supletoriamente el término para impugnar que señala la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Exp. N° 222-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 444-445).*

*Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base a criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (Exp. N° N-719-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 278).*

## TÍTULO II

### COMPARECENCIA AL PROCESO

#### Capítulo I

### DISPOSICIONES GENERALES

#### CAPACIDAD PARA SER PARTE MATERIAL EN UN PROCESO

##### ARTÍCULO 57

*Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso.*

---

##### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 1, 3, 104 inc. 10, 591.
C.P.C.	art. 5.
C.D.I.P.	art. 382.
LEY 26636	arts. 8, 9.
LEY 26887	art. 12.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 43.
-----------------------	----------

---

### Comentario

1. De manera general podemos decir que parte es toda persona, sea natural o jurídica, que reclama en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama, la satisfacción de una pretensión, y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción. Palacio<sup>(1)</sup>, presenta la siguiente definición: "Partes son quienes de hecho intervienen o figuran en el proceso como sujetos activos o pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia que revistan o no el carácter de sujetos legitimados

---

(1) PALACIO, Lino. Op. cit. T.3, pp. 9-10.

para obrar o para contradecir en el concreto proceso que se trate. La ausencia de legitimación puede determinar el rechazo de la pretensión por no concurrir, respecto de esta, uno de los requisitos que condicionan su admisibilidad; pero no afecta la calidad de parte de quien ha deducido o frente a quien se ha deducido esa pretensión”.

Frente a la definición propuesta podemos colegir que para el concepto de parte, no tiene importancia si el actor es poseedor del derecho y si el demandado es el verdadero obligado o afectado. Sencillamente es un concepto independiente del derecho material.

2. La capacidad para ser parte, denominada *legitimatío ad causam*, se la define como la idoneidad reconocida por el ordenamiento jurídico para ser titular de derechos y de deberes procesales.

La capacidad jurídica procesal y la capacidad para ser parte constituyen conceptos substancialmente equivalentes.

Toda persona por el solo hecho de serlo goza de capacidad para ser parte. La adquisición y pérdida de esta clase de capacidad coincide con la adquisición y pérdida de la personalidad jurídica.

En el caso de las personas naturales, se reconoce capacidad jurídica desde su nacimiento; sin embargo, hay situaciones donde la ley retrotrae la capacidad jurídica desde la concepción, para todo cuanto le favorezca. Dicha capacidad se traduce en la titularidad de expectativas que solo se transforman en verdaderos derechos patrimoniales siempre que el concebido nazca vivo (ver artículo 1 del CC). La capacidad jurídica procesal se extingue con la muerte.

3. En el caso de las personas jurídicas o ideales, su capacidad está determinada por las reglas del Código Civil o de las leyes especiales. Entre las personas jurídicas de carácter público que tienen capacidad procesal se ubica al Estado, independientemente que en la relación jurídica controvertida haya actuado en el ámbito del Derecho Privado o en su calidad de poder público.

La existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado el caso de las personas no inscritas. El Código Procesal –en el artículo 18– comprende la competencia de las personas irregulares.

4. También la norma regula la capacidad jurídica procesal de ciertas entidades que en razón de hallarse exclusivamente constituidas por una masa o conjunto de bienes, carecen de una titularidad personal definida. Es el caso de la sucesión indivisa y de la sociedad conyugal, las cuales, no obstante su condición de meras entidades patrimoniales, pueden ser objeto de relaciones jurídicas que deban ventilarse judicialmente. Como señala el Código “pueden ser parte material en un proceso”.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El ordenamiento jurídico permite la intervención procesal de personas físicas, que lo hacen en representación de los futuros titulares de los derechos y obligaciones que pueden hallarse en juego, a quienes corresponde en rigor la verdadera personalidad jurídica.

5. Las partes en el proceso están vinculadas bajo los principios de dualidad, igualdad y contradicción.

La dualidad no se halla referida al número de personas que intervienen o figuran en el proceso como partes, sino a la posición que asumen en él. Tampoco enerva este principio la circunstancia que en el proceso intervenga una sola parte, como ocurre con la rebeldía.

El principio de igualdad considera que las partes se encuentran ante el órgano judicial, en una posición igualitaria. Ello significa que dentro de una sustancial similitud de condiciones o de circunstancias, no caben discriminaciones entre los derechos y deberes que incumben a cada una de las partes, y que, dentro de sus respectivas posiciones, ninguna de ellas puede gozar de un privilegio en desmedro de la otra. Tampoco el Estado cuando actúa en calidad de parte se halla exento de la aplicación de este principio. En este sentido obra la regulación del artículo 59 del Código Procesal.

La contradicción se expresa en que cada una de las partes debe tener una razonable oportunidad de audiencia y de prueba. Este principio se satisface mediante el otorgamiento de posibilidades de defensa y no se exige, por lo tanto, la efectividad del ejercicio de las correspondientes facultades procesales.

## CAPACIDAD PARA COMPARECER EN UN PROCESO

### ARTÍCULO 58

*Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. Las demás deben comparecer por medio de representante legal.*

*También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos.*

*Puede continuar un proceso quien durante su transcurso cambia de nombre, sin perjuicio de la causa que motivó tal hecho.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 2, 45, 46, 425.
C.P.C.	arts. 62, 68, 70.
C.T.	art. 22.
C.P. Const.	arts. 26, 39, 40, 41, 67, 84.
C.N.A.	arts. 65, 74 inc. f).
LEY 26636	art. 10.
LEY 26887	art. 12, 14, 161, 184.
LEY 27444	art. 52.
D. LEG. 822	arts. 106, 110, 138.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	arts. 44, 45.
C.P.C. Colombia	arts. 44, 75.

---

## Comentario

---

1. El Código distingue la capacidad jurídica de la capacidad para obrar. Como señala el artículo 57 del CPC, la capacidad jurídica es la idoneidad para ser sujeto de derecho: a ella corresponde lógicamente la idoneidad para ser parte en un proceso (capacidad para ser parte), la cual pertenece a todas las personas físicas y jurídicas y además a algunas colectividades organizadas y patrimonios autónomos.

La capacidad para obrar consiste en el libre ejercicio de los propios derechos y por consiguiente en la capacidad de realizar actos jurídicos. Este tipo de capacidad supone aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte o peticionario. Esta capacidad es el reflejo de la llamada, capacidad de obrar o capacidad de ejercicio del Derecho Privado y permite comparecer por sí o conferir representación designando apoderado judicial.

La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, esto es, a los dieciocho años, sin embargo, el menor de edad adquiere excepcionalmente capacidad de ejercicio por el matrimonio. Dicha situación también está comprendida en la norma, cuando atribuye capacidad para comparecer por sí, a aquellas personas a quienes la ley se lo faculte, como es el caso de alimentos, regulado en el inciso 2 artículo 561 del CPC, que permite ejercer la representación procesal, al padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad.

Palacios<sup>(1)</sup> diferencia la capacidad procesal de la legitimación procesal: "...mientras la primera habilita para actuar en un número indeterminado de procesos con prescindencia de las concretas relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten, la segunda se refiere a la idoneidad especialmente atribuida para pretender o para contradecir con respecto a la específica materia sobre la que versa el proceso. La legitimación, por consiguiente, puede corresponder a un incapaz procesal, pues, la incapacidad solo implica la ineptitud legal de ejecutar personalmente (a través de un representante convencional) actos procesales válidos, pero en modo alguno afecta la calidad de parte que reviste el incapaz ni su eventual titularidad de la relación jurídica substancial controvertida en el proceso. En cambio, el representante necesario del incapaz no es parte ni puede estar procesalmente legitimado, ni tiene capacidad procesal".

2. Cuando no se cuenta con capacidad de ejercicio se comparece al proceso por medio de representante, sea en forma convencional o por mandato legal. Un ejemplo típico de representación legal, es el caso del menor de edad que comparece por medio de su tutor o padres. La representación voluntaria opera cuando una persona con capacidad de ejercicio, confiere a otra el poder de representarla en el proceso. En tal caso, la legitimación formal del representante será el efecto de la voluntad del representado, expresado en un poder por escrito, bajo la forma que señala el artículo 72 del CPC.

La diferencia esencial entre representación legal y representación voluntaria se encuentra en que en aquella, el representante manifiesta su voluntad y no la del representado incapaz de formularla.

La primera tiene origen en la ley o en los estatutos, mientras la representación voluntaria es de origen personal, de libre aceptación por el representado, concretada a determinados negocios jurídicos, esencialmente revocable, sujeto a las instrucciones del representado.

(1) Op. cit. T. 3, p.33.



### JURISPRUDENCIA

---

*Cuando el alimentista es un menor de edad, el ejercicio de la acción personal de reclamar alimentos corresponde a su representante legal, esto es, al padre o madre que ejerza la tenencia (Exp. Nº 1373-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 421).*

*Opera la actuación oficiosa de los medios probatorios adicionales, que se consideren convenientes, cuando los ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el juzgador respecto a los hechos expuestos por estas.*

*Tratándose de ocupación precaria, el juez, haciendo uso de la facultad de oficio, debe practicar la inspección judicial en el inmueble materia de desalojo, con intervención de peritos, para determinar el área que ocupan los demandados y si la misma se encuentra dentro de la propiedad que invoca tener la demandante (Exp. Nº 34553-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 219).*

*Procede declarar la nulidad de la sentencia, si las pruebas aportadas por los accionantes resultan insuficientes para determinar si el inmueble materia de desalojo, es el mismo que ocupa el demandado y al que se refiere la titulación presentada por los pretensores. El juez para dilucidar el tema en debate, debe recurrir a una inspección judicial de oficio asistida por peritos, a efectos de determinar la real ubicación del bien ocupado por el demandado (Exp. Nº 529-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 375).*

*Resulta atentatorio de los derechos de una de las partes, requerir reiteradamente la presentación del certificado de numeración municipal, tanto porque el documento catastral que obra en el proceso contiene la información necesaria para la identificación del inmueble, cuanto porque el juez puede hacer uso de la prueba de oficio, en caso considere de necesidad esencial una prueba documental determinada (Exp. Nº 1686-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 373).*

*Tratándose de una pretensión de desalojo por ocupante precario, si el inmueble de litis ha sido materia de fraccionamiento, pero, no existe certeza respecto de la ubicación del área del inmueble ni de la existencia de las construcciones cuya restitución se reclama, es necesario que el juez con las facultades del artículo 194 del CPC realice una inspección judicial con la intervención de peritos a fin de determinar si la edificación se encuentra ubicado dentro del área de propiedad de la demandante (Exp. Nº 1099-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 474-476).*

## EL ESTADO COMO PARTE

### ARTÍCULO 59

*Cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 47.
C.P.C.	arts. 57, 69, 7 DF.
C.P. Const.	art. 7.

---



El Estado como expresión de poder y de organización social de un territorio determinado, se considera como persona de Derecho Privado, en igualdad relativa con las demás personas jurídicas e individuales y como entidad suprema de Derecho Público, con jerarquía para establecer la ley y hacerla cumplir.

La personalidad jurídica del Estado expresa su carácter bifronte cuando no solo asume un rol supraordenador frente a los ciudadanos, sino cuando desarrolla un rol de persona jurídica de Derecho Privado.

Sobre el particular, García Toma<sup>(1)</sup> considera que “conforme ha aumentado la presencia del Estado en la esfera de la administración o supervisión de los bienes y servicios públicos, se ha ido configurando el carácter bifronte de su personalidad jurídica. Así, el Estado tiene una determinada personalidad cuando actúa en la vida jurídica como poder político que ejerce funciones de gobierno e imperio y tiene otra cuando se desenvuelve como un simple particular. Cuando actúa como una entidad soberana desde su posición de supraordinación y supremacía con respecto a los ciudadanos, el cuerpo político presenta una personalidad jurídica pública. En cambio, cuando actúa en un mismo plano de igualdad respecto a los ciudadanos, el cuerpo político asume una personalidad jurídica privada (...). Este

---

(1) GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima, 1999, p. 144.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

carácter bifronte tiene la utilidad práctica de garantizar el derecho de los ciudadanos que pactan obligaciones patrimoniales con el Estado”.

La norma en comentario reafirma el principio de igualdad que señala que las partes se encuentran por debajo del órgano judicial, en una posición igualitaria. Ello significa que dentro de una sustancial similitud de condiciones o de circunstancias, no caben discriminaciones entre los derechos y deberes que incumben a cada una de las partes, y que, dentro de sus respectivas posiciones, ninguna de ellas puede gozar de un privilegio en desmedro de la otra.



## JURISPRUDENCIA

---

*Aun no encontrándose establecido expresamente que exista derogación manifiesta de las normas sobre privilegios procesales a favor del Estado, sus dependencias o las empresas públicas o privadas con participación económica mayoritaria, dichos privilegios quedan tácitamente derogados por norma procesal, por lo tanto, el Estado permanece sin ningún privilegio en el proceso civil, aun cuando existe una norma vigente que declara que no existe abandono en los procesos en que el Estado es parte demandante, entendiéndose ese abandono como un eventual privilegio procesal (Cas. N° 1049-98-Loreto, El Peruano, 14/06/2000, p. 5487).*

*Para el cumplimiento de una resolución judicial que ordena al Estado el pago de una obligación y al no existir recursos presupuestados para su ejecución, debe solicitarse al juez, requiera al titular del pliego a fin que señale la partida presupuestaria específica en el presupuesto de su sector, susceptible de ser afectado con orden de embargo.*

*El titular del pliego es responsable, respecto al señalamiento de la partida presupuestaria del adeudo pendiente, en una partida específica, para los siguientes ejercicios presupuestarios (Exp. N° 885-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 194-196).*

*No alcanza al procurador público adjunto la incompatibilidad que establece el artículo 287 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Exp. N° 101-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 190-191).*

*No procede el levantamiento de embargo que no invoca el derecho de propiedad del Estado sobre la aeronave gravada sino, tan solo el de posesión.*

*La incautación confiere únicamente una posesión temporal, a las resultas del juicio (Exp. N° 259-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 351-352).*

*Todos los privilegios en materia procesal civil a favor del Estado, el gobierno central y los gobiernos regionales y locales se han suprimido. En ningún caso procede la exoneración de la multa (Exp. N° 1550-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 196-198).*

## SUSTITUCIÓN PROCESAL

### ARTÍCULO 60

*En el caso previsto en el inciso 4. del artículo 1219 del Código Civil y en los demás que la ley permita, una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. 1219 inc. 4.  
C.P.C. arts. IV.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 81.

---

### Comentario

---

1. La sustitución procesal implica uno de los casos atípicos de defensa por otro de un derecho que no le corresponde, pero con la singularidad que, al mismo tiempo, protege en el proceso aquellos que adquirió a través del negocio particular con el sustituido.

Quien acude en calidad de sustituto admite no ser quien afirma la relación jurídica material, ni contra quien se deduce la misma; no obstante, se permite su ingreso al juicio fundado en normas expresas que lo habilitan, aun sin corresponderle la pertenencia del derecho que a las partes originarias vincula.

Carnelutti<sup>(1)</sup> explica que hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de esta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio.

Constituyen ejemplos representativos de la sustitución la acción subrogatoria; la citación por evicción y la acción del acreedor en defensa de los bienes prendados o gravados en forma real contra los ataques de terceros.

2. Para que se configure la sustitución procesal es necesario que concurren los siguientes requisitos: un proceso en trámite, la existencia de una relación

---

(1) CARNELUTTI. Instituciones del proceso civil. T. I, p. 176 citado por GOZAINI, Osvaldo. La legitimación en el proceso civil. Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 1996, p. 158.

jurídica sustancial; un sujeto procesal que actúe en calidad de parte principal litigando por esa misma relación, pero, sin tener condición de titular activo o pasivo de ella; normativa que autorice la admisión y vínculo jurídico de derecho material que justifique o fundamente la solución.

3. La intervención del sustituto es directa cuando se provoca a través de la misma acción, como es el caso de la pretensión subrogatoria; puede ser provocada, como es el caso de la citación por evicción.

La sustitución puede ser exclusiva cuando suplanta totalmente la calidad de parte principal; o de litisconsorcio, cuando actúa acompañado al actor o lo hace como tercero adhesivo simple.

La sustitución es originaria en caso de que el sustituto asuma tal calidad desde el comienzo del proceso; es sucesiva, cuando lo hace con posterioridad a la demanda o contestación.

4. La justificación de la sustitución se sustenta en el ejercicio de un derecho o en la invocación de un interés. Nuestro Código asume ambas posturas conforme se advierte en la redacción de la norma: "Acreditar un derecho propio o interés directo en la materia discutida".

Quienes asumen la primera posición, consideran que el sustituto procesal no puede ejercer derechos sustanciales que no le corresponden, por lo cual su actuación moviliza un derecho independiente de contenido procesal. La sustitución no ejercita un derecho de acción ajeno en nombre propio, sino un derecho de acción propio y por lo tanto en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica ajena.

Para quienes encuentran al interés como justificante<sup>(2)</sup>, señalan que "el objeto controvertido en el proceso no se halla representado por la relación de derecho material existente entre el sustituto y el sustituido, sino por la relación jurídica que vincula a este último con la otra parte, y de cuya declaración judicial depende, precisamente, la satisfacción del derecho del sustituto. Este, por consiguiente, solo puede ser considerado titular de un derecho en la medida en que efectivamente exista el derecho de otro sujeto, razón por la cual no puede negarse que desde el punto de vista procesal, actúa en sustitución de aquel".

5. Cualquiera de las formas posibles de celebrar el cambio de las partes por sustitución, produce el efecto de la transferencia de todas y cada una de las potestades, deberes, cargas y expectativas que tiene el cedente respecto del objeto

(2) PALACIO, p. 341 citado por GOZAINI, Osvaldo. Op. cit., p. 161.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

procesal, salvo que fueran indisponibles o dependieran de actos personales del sustituido.

Otro de los efectos es que la sentencia afecta al sustituto y sustituido por igual, aun cuando la intervención del primero no haya sido originaria.

6. La sustitución procesal que regula esta norma es una expresión de legitimación extraordinaria porque a través de la acción subrogatoria, se permite hacer valer en nombre propio derechos subjetivos que se afirman de otro (véase el artículo 1294 inciso 1 del CC), esto conlleva a distinguir, según Montero<sup>(3)</sup>, entre el derecho procesal propio del acreedor y el derecho material del deudor; el sustituto ejercita los dos, pero, en el segundo está haciendo valer en nombre propio derecho subjetivo que afirma corresponder a otro. Según el citado Montero Aroca “la acción subrogatoria no confiere al acreedor derecho material alguno y sí un derecho de naturaleza procesal. Las dos relaciones jurídicas no se ven alteradas por la legitimación que se confiere al acreedor; a este no se le da nada que materialmente no tuviera antes, pues lo que se le reconoce es un derecho procesal. Por eso, el acreedor realmente no puede pedir para sí, sino que pide para su deudor, para integrar el patrimonio de este, con el fin de posibilitar en último caso la efectividad de su derecho subjetivo material”.

7. Es importante distinguir la sustitución de la sucesión procesal regulada en el artículo 108 del CPC. Mientras que en la sucesión la persona que cubre el lugar de otra en la titularidad del derecho litigioso, evita la discontinuidad de la misma, en el proceso; en la sustitución existe propiamente un cambio de partes que, a veces, no es absoluto, en la medida que la alteración puede ser parcial y constituirse un litisconsorcio o una intervención adhesiva en calidad de tercero.

---

(3) MONTERO AROCA, Juan. “La legitimación en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et praxis*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 24, p. 21.

## CURADORÍA PROCESAL

### ARTÍCULO 61

*El curador procesal es un Abogado nombrado por el Juez a pedido de interesado, que interviene en el proceso en los siguientes casos:*

- 1. Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el artículo 435;*
- 2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal;*
- 3. Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 66; o,*
- 4. Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108.*

*Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	arts. 43, 44, 45, 46, 564, 565.
<b>C.P.C.</b>	arts. 14 párr. 3, 54, 55, 58, 66, 79, 108, 408, 435.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 288 inc. 6.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 78, 79.
<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 47.

---

## Comentario

---

1. La norma recoge una de las expresiones de la representación judicial. Esta representación permite que una de las partes del proceso pueda actuar en él a través de otra persona debidamente autorizada para ello. La representación puede darse, en atención al origen de la designación, en tres modos: legal, voluntaria y judicial.

El curador procesal es una expresión de este tipo de representación judicial. Hay un sector de la doctrina que considera que este tipo de representación se ubica en la representación legal porque es la ley procesal la que otorga facultades al juez para la designación del representante de una persona en el proceso. Véase en ese sentido lo regulado en el artículo 66 del CPC.

De manera general podemos decir que curador es quien cuida de algo. Un curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir los pleitos y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad.

Su rol es importante frente a la naturaleza de confrontación del proceso. La dualidad de las partes es un elemento imprescindible para equilibrar la tutela judicial y la aplicación de las leyes; esa dualidad se va a establecer a partir del emplazamiento.

La demanda debidamente notificada tiene para quien la recibe el efecto de emplazamiento, sin embargo, puede darse el supuesto del inciso 1 que “hagan imposible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados” circunstancia que el juez –a pedido de parte– justifica para designar entre los abogados a un curador procesal. Esta designación también es extensiva a los supuestos que señalan los incisos 2, 3 y 4.

2. El curador procesal tiene el deber de intervenir en todos los actos que ocurran durante el desarrollo del proceso cesando su representación solo frente a la comparecencia del demandado. Debe tener la oportunidad de contestar la demanda, sin embargo no tiene la carga de reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en aquella o la autenticidad o recepción de los documentos acompañados por el actor. A pesar que la norma no refiera nada al respecto, el curador podría reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba.

Carece de facultades para realizar actos de disposición como allanarse, transar y conciliar; y, no puede ser citado para ejecutar aquellos actos cuya eficacia depende de su cumplimiento personal por parte del demandado, como el reconocer firmas.

El curador procesal debe tratar de avisar al interesado de la existencia del proceso. Debe tenerse en cuenta –según el artículo 408 del CPC– que la decisión final recaída en proceso, donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, está sujeta a consulta.

La norma no refiere nada de los honorarios del defensor, sin embargo, consideramos que ellos deben ser remunerados, pues, nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (ver artículo 23 de la Constitución).

3. Como señala el artículo 55 del CPC, el curador procesal es un órgano de auxilio judicial, en tal sentido, le es exigible la imparcialidad en su función, pues, está sujeto a recusación por las causales contenidas en los artículos 305 y 307, en lo que sean aplicables, tal como refiere el artículo 315 del CPC.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Sobre el particular debe señalarse que la imparcialidad de los órganos de auxilio judicial, no puede ser extensiva al curador procesal. Este es un abogado nombrado por el juez a pedido del interesado, para que intervenga en el proceso asumiendo la defensa de un demandado a quien es imposible emplazarlo validamente; o cuando se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal; o cuando no comparece el sucesor procesal, entre otros supuestos que recoge el artículo 61 del CPC.

Vemos que la intervención del curador procesal permite que una de las partes del proceso pueda actuar en él a través de otra persona debidamente autorizada para ello. Su rol es importante frente a la naturaleza de confrontación del proceso. La dualidad de las partes es un elemento imprescindible para equilibrar la tutela judicial y la aplicación de las leyes; esa dualidad se va a establecer a partir del emplazamiento. El curador procesal tiene el deber de intervenir en todos los actos que ocurran durante el desarrollo del proceso cesando su representación solo frente a la comparecencia del demandado, por tanto, en atención a la actividad que desarrolla en el proceso, al curador procesal no podemos atribuirle la imparcialidad que se exige a los demás órganos de auxilio judicial, llámese perito, traductor, testigos, secretarios, etc; todo lo contrario, su intervención en el proceso es parcial porque va a estar orientada a la defensa de la parte a quien representa, esa es su misión, por tanto, el atributo de la imparcialidad que se exigiría a todo colaborador de la justicia no podría darse en este supuesto, menos ser pasible de recusación o de abstención bajo las causales de los artículos 305 y 307 del CPC, pero sí aplicables las reglas del artículo 286 de la LOPJ y los deberes que recoge el artículo 288 de la LOPJ y 109 CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*La circunstancia de encontrarse recluso en un centro penitenciario, no constituye causal para la procedencia del nombramiento de curador procesal, máxime, si no existe sentencia penal condenatoria que conlleve la interdicción civil del emplazado (Exp. Nº 98-159, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 161).*

*Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar implicate para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta (Exp. Nº 1123-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 159).*

*La designación del curador procesal, como órgano de auxilio judicial, se efectúa para que defienda los intereses de su patrocinado. No puede adoptar, respecto de su defendido,*

*una actitud de reconocimiento de la obligación (Exp. N° 97-49639-2843, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 160).*

*El curador procesal es un auxiliar de la jurisdicción civil y no se encuentra obligado a pagar las tasas judiciales por ningún concepto, pues, actúa por nombramiento del juez del proceso. El abogado designado para la parte o a quien se le concede auxilio judicial tiene las mismas facultades del curador procesal, por lo que también se encuentra exento del pago de tasas judiciales (Exp. N° 23302-2547-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 334-335).*

*El curador, sin efectuar la defensa que le corresponde, no puede adoptar frente al demandante una actitud que sin ser de allanamiento a la pretensión, importa en el fondo el reconocimiento de los derechos reclamados.*

*Si bien el curador no cumplió con señalar los hechos en que se funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara; le corresponde al juez adoptar las medidas necesarias tendientes a establecer el fondo del asunto que permita resolver el conflicto de intereses (Exp. N° 599-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 335-336).*

*La resolución que fija honorarios a un órgano de auxilio judicial constituye un auto que requiere motivación. La retribución que fija el juez, a su solicitud, es apelable sin efecto suspensivo (Exp. N° 886-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 336-337).*

*El curador procesal es un abogado nombrado por el juez que interviene en el proceso, cuando no es posible emplazar válidamente al demandado, por ser su domicilio o residencia ignorados. Esta designación no confiere facultades especiales que le permitan conciliar, por lo que el juez debe abstenerse de propiciar la conciliación en la audiencia de ley (Exp. N° 1374-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 283).*

*La comparecencia y el allanamiento del emplazado da lugar a la conclusión de la actuación del curador procesal (Exp. N° N-206-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 284).*

*Que, desconociendo el domicilio del demandado, su emplazamiento se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrarsele curador procesal.*

*Es nula la sentencia dictada sin emplazamiento, pues se ha privado al demandado del legítimo derecho, de defensa (Exp. N° 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18).*

*El curador procesal tiene los deberes y las obligaciones que la ley y la ética imponen a los señores abogados defensores. El curador no puede adoptar respecto a la demandante una actitud que sin ser de allanamiento a la pretensión, importa en el fondo el reconocimiento de los derechos reclamados, aún antes de actuar la prueba ofrecida, a cuyas resultados debió atenerse (Exp. N° 1865-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 126-128).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Interviene el curador procesal, como órgano de auxilio judicial en el proceso, cuando no es posible emplazar válidamente al demandado, entre otras razones, por ignorarse su domicilio o residencia (Exp. N° 2296-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 175-177).*

*No es legal declarar rebelde a la demandada, respecto de quien se ha ordenado la notificación por edicto.*

*Haciéndose efectivo el apercibimiento precisado en los edictos debe nombrarse curador procesal, órgano de auxilio procesal, con quien se entenderá el proceso y cuya actuación concluye cuando la parte o su representante legal comparecen al proceso (Exp. N° 2113-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 295-296).*

*El curador procesal es un abogado nombrado por el juez, a pedido del interesado, que interviene en el proceso cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados (Exp. N° 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18).*

*El fallecimiento de una persona pone fin a su persona y consecuentemente caduca el poder que haya otorgado; que ocurrido ese evento se suspende el trámite hasta designarse curador procesal por lo que los actos procesales efectuados después del fallecimiento del actor son nulos (Cas. N° 172-95-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.19-A.20).*

*La notificación tiene por objeto poner en conocimiento a los interesados del contenido de las resoluciones judiciales.*

*No obstante que se ha nombrado curador procesal al demandante, para que surtan efecto las resoluciones emitidas antes de la designación, debe el juez de la causa proceder a efectuar las notificaciones respectivas (Exp. N° 1607-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 188).*

*El curador procesal es un abogado nombrado por el juez que interviene en el proceso, cuando no es posible emplazar válidamente al demandado, por ser su domicilio o residencia ignorados. Esta designación no confiere facultades especiales que le permitan conciliar, por lo que el juez debe abstenerse de propiciar la conciliación en la audiencia de ley (Exp. N° 1374-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 283)*

## SUPLETORIEDAD DE LA REPRESENTACIÓN CIVIL

### ARTÍCULO 62

*En todo lo no previsto en este Título, se aplicarán supletoriamente las normas sobre representación y mandato contenidas en el Código Civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 55 inc. 5, 124, 130, 145 a 167, 280, 292, 294, 419, 423 inc. 6, 450 inc. 3, 592, 596, 603, 788, 1790 a 1813.

LEY 26887

art. 12.

---

### Comentario

---

1. La norma es coherente con lo regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que señala que “las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles por su naturaleza”.

Este enunciado se justifica en el desarrollo del Derecho Civil. Decimos ello porque ante el incremento del tráfico mercantil, el surgimiento de la gran industria, entre otros factores, produjo la separación de algunas ramas especiales –llámese derecho industrial, agrario, procesal– del tronco común del Derecho Civil.

Este desgajamiento hace coherente que se admita su complementación por ese tronco común del cual provienen. La norma en comentario nos reafirma que no hay una separación de todo vínculo entre el Derecho Civil y los derechos especiales, todo lo contrario, cuando estos carecen de normas específicas aplicables al punto en discusión, se recurre al Código Civil para llenar los vacíos o deficiencias que presenta la legislación especial.

Esto significa que el juez debe agotar dentro del Código Procesal todos los medios para encontrar la norma aplicable al caso. Solo si después de agotados todos los medios no encuentra norma aplicable a la cuestión controvertida, recurrirá a las reglas del Código Civil que no sean incompatibles con el ordenamiento procesal.

2. El artículo en comentario nos remite a las normas de la representación y del mandato contenidas en el Código Civil. Al respecto, Arias Schreiber<sup>(1)</sup> señala la

---

(1) ARIAS-SCHREIBER, Max. Exegesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica. Lima. T.II, pp. 148-149.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

tendencia errada a asimilar los conceptos de representación y mandato, sin considerar que la primera se origina como consecuencia de un acto unilateral de voluntad de carácter recepticio (el acto de apoderamiento) que otorga solo facultades, en tanto que el segundo es un contrato del cual surgen obligaciones para las partes, es un acto jurídico plurilateral. Para que el mandato surja es preciso que se produzca el acuerdo de voluntades entre las partes que van a celebrar el contrato. En cambio, el apoderamiento requiere solo la declaración del poderdante. Son por completo diferentes el mandato y el acto de apoderamiento y, como es natural, la representación que se deriva de este.

## Capítulo II REPRESENTACIÓN PROCESAL

### NECESIDAD DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

#### ARTÍCULO 63

*Las personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, comparecen al proceso representados según dispongan las leyes pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 2, 58, 65, 394, 461.</i>
<i>C.P. Const.</i>	<i>arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.</i>
<i>LEY 26887</i>	<i>arts. 12, 399.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 46.</i>
---------------------------	-----------------

---



La norma consagra la representación legal de las personas naturales. En este tipo de representación puede ocurrir que la persona del representante se encuentre predeterminada y, en otros, sea determinable. Por citar, cuando se trata de personas físicas procesalmente incapaces, el derecho de postulación al proceso corresponde a sus representantes legales, llámese padres, tutores o curadores.

Cuando no se predetermina quien haya de ser el representante, la facultad de fijarlo puede corresponder al juez. Algunos consideran esta modalidad como representación legal porque así es exigida.

La actuación del representante vale como si fuese del representado, atribuyéndose a este, todos sus efectos. Resulta importante advertir que distinto es el obrar en nombre de otro que el obrar bajo el nombre de otro. En un caso hay representación y en el otro hay suplantación.



### JURISPRUDENCIA

---

*La distinción entre la legitimidad para obrar y la representación procesal radica en que la primera se verifica con la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, que otorga la calidad de parte procesal; en cambio, el representante legal actúa en nombre del titular de un derecho subjetivo, por lo tanto no tiene calidad de parte. Siendo esto así, la falta de legitimidad para obrar es una causal de improcedencia de la demanda, mientras que la representación es un requisito subsanable, que puede ser cuestionado vía excepción (Cas. Nº 1205-99-Lambayeque, El Peruano, 24/11/99, p. 4170).*

*No obstante que en caso de defecto procesal de representación, se podría interponer medio impugnatorio contra aquel defecto por la parte o terceros legitimados para que se anule o revoque total o parcialmente esa representación supuestamente afectada por vicio o error, si la parte no ha hecho uso de impugnación, esto no puede ser sustituido por un pedido de nulidad si es que aquella omisión no influye en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (Cas. Nº 3200-99-La Libertad, El Peruano, 21/07/2000, p. 5644).*

*La representación supone la existencia de una persona natural o jurídica denominada representado, distinta de la del representante.*

*Los demandantes no tienen facultad para demandar como personas naturales el cumplimiento de un contrato que suscribieron por representación (Exp. Nº 3248-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 298-299).*

*Si a la fecha de la interposición de la demanda, la madre de la menor de edad cuya tenencia se reclama, contaba con 16 años, corresponde a los padres de esta ejercer su representación legal (Exp. Nº 4758-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 17-19).*

*Los menores de edad son incapaces por mandato de la ley, por lo tanto en aplicación del artículo 63 del Código Procesal Civil comparecen al proceso representados por sus padres, porque así lo disponen las normas contenidas en los artículos 43 Inciso 1, 45 y 419 del Código Civil (Exp. Nº 1315-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 170-171).*

*El agente marítimo tiene la representación procesal del propietario, armador, naviero, porteador y capitán de las naves extranjeras que agencie (Exp. Nº 426-90-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 655-656).*

## REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA PERSONA JURÍDICA

### ARTÍCULO 64

*Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que dispongan la Constitución, la ley o el respectivo estatuto.*

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 num. 13.
C.P.C.	art. 67.
LEY 26887	arts. 12, 14, 188, 287, 303, 396, 399.
LEY 27444	art. 53.
D. LEG. 822	art. 152.

### Comentario

1. La persona jurídica obra necesariamente a través de la representación que ejercen de ella el director, gerente o administrador, en virtud del poder que por ley o estatuto se le asigna. El representante legal de una persona jurídica es su órgano de actuación, formando parte de su estructura jurídica, de ahí que el actor incurre en falta de legitimidad pasiva cuando dirige su pretensión al representante de la institución demandada, a título personal, en lugar de dirigirla a la persona jurídica en sí. Estos representantes legales tienen la carga de acreditar *ab initio* la personería que invocan.

2. El artículo en comentario distingue –en el caso de las personas jurídicas– entre la representación legal y la procesal. Hay supuestos que bajo una misma persona puede reunirse esa misma representación, como es el caso del gerente general, quien no solo tiene las facultades de la representación legal sino que tiene sin restricción las facultades para la representación judicial, comprendiéndose bajo ellas las especiales que recoge el artículo 75 del CPC. En ese sentido léase la parte pertinente del artículo 14 de la LGS que dice: “el gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del Estatuto”. Sobre el particular es importante apreciar la Casación 586-97-Huaura<sup>(1)</sup>, que señala: “la representación de los gerentes es de carácter legal, no voluntario

(1) Publicada en El Peruano, 15 de octubre de 1998, p. 1926.

como es el caso de los apoderados judiciales. El artículo 75 del CPC solo está referido a los apoderados, no se aplica a los gerentes”.

3. El artículo 14 de la LGS modificado por Ley N° 26539 ha permitido aclarar las atribuciones procesales de los gerentes generales, pues, su anterior redacción lo circunscribía solo a “todas aquellas operaciones inherentes al fin u objeto social” de la empresa, provocando en la judicatura algunas interpretaciones sui generis que no permitían intervenir en las actuaciones judiciales a los gerentes generales de la sociedad, si no aparecían expresamente en los poderes, las facultades procesales del que estaban investidos, pues, como señala Beaumont<sup>(2)</sup>, no resultaba creíble para la lógica de los jueces, que puedan hallarse dentro de las operaciones ordinarias inherentes al fin u objeto social, las de carácter procesal-judicial.

4. Tratándose de representantes de las sociedades o asociaciones deben justificar tal carácter mediante presentación del testimonio de constitución o del acta de la asamblea o reunión de socios que los hayan designado. Como señala la Casación N° 1856-98-La Libertad<sup>(3)</sup>, “en el caso de las personas jurídicas, la Ley General de Sociedades establece que la única formalidad para el otorgamiento de poderes, es que se extienda un acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente, bastando copia certificada de la parte pertinente para su inscripción”.

Los administradores de una sucesión, albacea, síndicos, etc., deben presentar el testimonio de su designación por los interesados o por el órgano judicial correspondiente, así como, la aceptación del cargo. En el caso del Estado, señala el artículo 47 de la Constitución del Estado que es defendido por los Procuradores Públicos, pero no hace referencia a ninguna representación procesal.



## JURISPRUDENCIA

*Es nula la sentencia si a la contestación de la demanda, la vigencia del mandato del consejo directivo de la asociación demandada había ya caducado. Tratándose de un acto eminentemente formal, el actual consejo directivo carece de facultades para representar a la asociación por haber caducado, debiendo el juez hacer uso de las atribuciones que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil (Exp. N° 14014-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 394-396).*

(2) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica. Lima, 1998, p. 84.

(3) Publicada en El Peruano, 13 de enero de 1999, p. 2463.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No se puede desconocer la obligación de la sociedad demandada, puesto que quien suscribió tenía capacidad y facultad para aceptar una letra de cambio, en su calidad de presidente del directorio y gerente, dado que un recorte de facultades o la decisión de sustraer de un cargo representativo en una sociedad no se puede inferir sino debe ser expreso y como tal, debe figurar en los Registros Públicos, de tal modo, que resulte oponible a terceros (**Exp. N° 51096-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 93-95**).

Las personas jurídicas son independientes de las personas naturales que las integran o representan. Las personas jurídicas solo tienen que indicar el nombre social adoptado para cumplir con la obligación de identificarse (**Exp. N° N-305-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 555**).

El gerente general tiene las facultades de representación legal y sin restricción las facultades para la representación judicial (**Exp. N° 157-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 185-186**).

La promulgación del C.P.C., no determina, ni podía hacerlo, que todas las sociedades mercantiles cambien de estatutos y por lo tanto, los poderes de sus gerentes; si la ley en su artículo 179, indica que sus facultades de representación judicial no pueden ser limitativas (**Exp. N° 803-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 187-188**).

El representante legal de una persona jurídica es su órgano de actuación, formando parte de su estructura jurídica.

La demandante incurre en falta de legitimidad para obrar pasiva cuando dirige su pretensión al presidente de la institución demandada a título personal (**Exp. N° 1110-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 289-291**).

La exigencia contenida en el artículo 18 de la Ley General de Sociedades es necesaria si el poderdante va a ejercer facultades de disposición o de representación diferente a la representación procesal (**Exp. N° 622-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 422-423**).

El presidente de la asociación, por el solo mérito de su nombramiento, goza de las facultades de representación procesal concedidas por los estatutos de la asociación, entendiéndose que estas son tanto las generales como las especiales contempladas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, salvo disposición estatutaria en contrario (**Exp. N° 1471-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 173-174**).

Siendo el girador una persona jurídica de Derecho Privado, es el gerente quien ejerce la representación legal de la misma tanto a nivel de gestión como de representación a condición que sus facultades y prerrogativas se hallen inscritos en el Registro Mercantil (**Exp. N° 124-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 421-422**).

El gerente es el representante legal de un negocio al que corresponde la ejecución de los actos y contratos ordinarios propios del giro social. Resulta válido el acto jurídico celebra-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

do dentro de sus facultades (**Exp. N° 873-94-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 645-646**).

*El gerente es quien ejerce la representación de la sociedad. Si la remoción del gerente no se encuentra inscrita, el contenido de la anterior inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (**Exp. N° 977-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 299**).*

*Si los demandados, en segunda instancia, alegan la condición de casados, consecuentemente conforman indistintamente un patrimonio autónomo, dicha situación conlleva a integrar la relación procesal con el emplazamiento de los cónyuges, declarando la nulidad del saneamiento.*

*El silencio, puesto de manifiesto por los demandados a través de todo el proceso y recién expuesto en segunda instancia, implica que han actuado temerariamente al entorpecer con aquella actitud el desarrollo normal del proceso, conducta que es necesario sancionar con la imposición de una multa a cada uno de ellos (**Exp. N° 439-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 173**).*

## REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

### ARTÍCULO 65

*Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.*

*La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93.*

*Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el artículo 435.*

*El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4.<sup>(\*)</sup>*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 4, 63, 93, 105, 435.

---



1. El Derecho regula la situación de determinadas masas de bienes afectadas por un conjunto de deudas, a las que dota de cierta autonomía, las que atribuidas a uno (patrimonio separado) o varios sujetos en cotitularidad (patrimonio colectivo) funcionan con independencia del patrimonio personal, al lado de él y sin mezclarse jurídicamente con él.

Los patrimonios separados o colectivos son creación del Derecho, en un *numerus clausus* de supuestos, de modo que la voluntad privada no podría producir otros. Se atribuye al titular los elementos y cargas del patrimonio, de un golpe y sin necesidad de tradición.

---

(\*) Texto restituido por el art. 2 de la Ley N° 26827 (29/06/97), la que deroga la 10ª disp. final del D. Leg. N° 861, (22/10/96) que había modificado el texto del presente artículo.

El patrimonio autónomo se clasifica según La Cruz y Luna<sup>(1)</sup> en patrimonios separados y patrimonios colectivos. En el primer supuesto, una persona tiene, junto con su propio patrimonio, otro que le sobrevive pero que conserva separado del suyo originario. En el segundo, el conjunto de bienes pertenece a una pluralidad de personas y responde a determinadas clases de deudas. Esta pluralidad de individuos no constituye una persona jurídica, de modo que los bienes se atribuyen a los componentes del colectivo, pero no singularmente y por cuotas, sino en cuanto integrantes del colectivo.

También constituye patrimonio colectivo la herencia, cuando son varios los herederos y no se ha dividido entre ellos. Señala La Cruz y Luna<sup>(2)</sup>, que los bienes siguen respondiendo de las obligaciones del difunto y se mantienen unidos, como si este viviera; atribuidos de momento al colectivo de sucesores y administrados por ellos, o acaso por un administrador judicial, sin que ninguno pueda aprovecharlos individualmente.

2. El tema del patrimonio autónomo y la representación procesal se relaciona con la capacidad para ser parte en el proceso. Hay situaciones en que no solo las personas jurídicas o personas naturales pueden asumirlas como partes, sino que hay una tercera clase de partes procesales, que no se encuadran precisamente ni en la persona jurídica ni en la natural, pero que por circunstancias especiales la ley y la doctrina le reconocen la capacidad para ser partes en el proceso, a pesar de carecer de personalidad propia. Es lo que se denomina los patrimonios autónomos.

Según Devid Echeandía<sup>(3)</sup> “esa similitud con las personas jurídicas es solo aparente, porque no se trata de entidades con capacidad propia ni personería autónoma”. Lino Palacio<sup>(4)</sup> explica la existencia de una personalidad jurídica procesal en ciertas entidades, en razón de hallarse exclusivamente constituidas por una masa o conjunto de bienes, con carencia de una titularidad personal definida.

3. Dado que no es posible adscribir esos conjuntos de bienes a una persona física o jurídica determinada, tampoco parece admisible reconocer a aquellos la capacidad para ser partes, por lo que se allana el problema a través de la intervención procesal de personas físicas que lo hacen en representación de los futuros titulares de los derechos y obligaciones que pueden hallarse en juego, a quienes corresponde en rigor la verdadera personalidad jurídica procesal. Chioventa<sup>(5)</sup>

(1) LA CRUZ BERDEJO, José Luis y LUNA SERRANO, Agustín. Elementos de Derecho Civil I (parte general). Bosch. Barcelona, 1990, p. 74.

(2) *Ibidem*.

(3) DEVID ECHEANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. T.1, Dike. Bogotá, 13 ed, 1994, p. 377.

(4) *Op. cit.*, p. 31.

(5) CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Cárdenas editor. México, 1989, p. 317.

considera al patrimonio autónomo como la masa patrimonial perteneciente a un determinado sujeto jurídico, por lo que no es ella misma una persona jurídica; pero sustraída a la administración de su sujeto, es confiada a un administrador que actúa en nombre de la misma, lo que permite que el patrimonio autónomo se comporte en el concepto jurídico como un todo independiente, análogo a una persona.

Sobre este extremo resulta interesante apreciar la opinión de Ana María Arrarte<sup>(6)</sup>, quien considera desde un punto estrictamente técnico que los patrimonios autónomos no son casos de litisconsorcio y lo explica así: "...en un patrimonio autónomo, no estamos frente a más de una persona titular de una relación material o del derecho discutido, sino que la titularidad y calidad de la parte material recae en un ente jurídico distinto a quienes lo conforman y, eventualmente, lo representan". La ley es la que regula quién actúa por esos patrimonios.

La condición de parte se atribuye al patrimonio en sí mismo y no al representante, como señala Juan Montero. Presenta como ejemplo: "...los bienes de una sociedad conyugal, dentro del régimen de sociedad de gananciales, no pertenecen a ninguno de los dos cónyuges sino al patrimonio autónomo, (...) en consecuencia, si por ejemplo, en un proceso se solicita la reivindicación de un bien adquirido con posterioridad al matrimonio, la calidad de parte la tendrá precisamente la sociedad conyugal, y no cada uno de los esposos".

Al comentar Jorge Carrión<sup>(7)</sup> sobre el tratamiento de estos litisconsortes en las salas de la Corte Suprema, cuando declaran inadmisibles un recurso de casación porque cada uno de los cónyuges no ha presentado la tasa judicial correspondiente en procesos en los cuales se ha demandado a una sociedad conyugal, que el Código Procesal Civil lo califica como un patrimonio autónomo.

Dichos organismos consideran al patrimonio autónomo como un caso de litisconsorte. A criterio del autor: "tratándose de un patrimonio autónomo, basta la presentación de una sola tasa judicial. Una cosa es señalar quiénes representan a un patrimonio autónomo, dentro de ellos a una sociedad conyugal, y otra considerar a la sociedad conyugal como un ente patrimonial autónomo, sin constituir una persona jurídica, con personería sui géneris".

4. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para

---

(6) ARRARTE, Ana María. "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano". En: Revista de Derecho Procesal. Lima, 1998, pp. 135-136.

(7) CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. V.1, Grijley. Lima, 2000, p. 276.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si los demandados, en segunda instancia, alegan la condición de casados, consecuentemente conforman indistintamente un patrimonio autónomo, dicha situación conlleva a integrar la relación procesal con el emplazamiento de los cónyuges, declarando la nulidad del saneamiento.*

*El silencio, puesto de manifiesto por los demandados a través de todo el proceso y recién expuesto en segunda instancia, implica que han actuado temerariamente al entorpecer con aquella actitud el desarrollo normal del proceso, conducta que es necesario sancionar con la imposición de una multa a cada uno de ellos (**Exp. N° 439-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 173**).*

*La demandante, en calidad de copropietaria del inmueble cuya renta reclama, está legitimada para obrar, en aplicación extensiva del artículo 65 del CPC, que autoriza a cualquiera de los partícipes copropietarios a representar al patrimonio autónomo, esto es, al bien en copropiedad, si son demandantes (**Exp. N° 98-45782, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 115**).*

*El argumento de la coemplazada que el inmueble cuya restitución se reclama pertenece a la sociedad conyugal, así como el hecho que el cónyuge consigne como soltero su estado civil, no enerva su derecho que como esposa tiene sobre dicho bien, el que deberá ser dilucidado en el futuro proceso que pudiera promover (**Exp. N° 9448-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 50**).*

Los bienes de la sociedad conyugal no constituyen copropiedad de los referidos cónyuges, sino un patrimonio autónomo, por lo que las reglas aplicables a los bienes sociales no pueden confundirse con las correspondientes a la copropiedad, razón por la que ningún cónyuge es titular de acciones y derechos. La propiedad no es actual ni virtual y solo se concretiza fenecida la sociedad conyugal (**Exp. N° 3845-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 20**).

Siendo el patrimonio autónomo como parte unitaria del proceso, se menoscabaría su naturaleza jurídica al exigirse el pago de la tasa judicial por cada uno de los impugnantes integrantes de ese patrimonio autónomo, siendo suficiente que se abone el pago de dicha tasa solo por el derecho de impugnación del citado patrimonio como parte única (**Cas. N° 3333-99-Junín, El Peruano, 17/09/2000, p. 6314**).

La sociedad conyugal es representada por cualquiera de sus partícipes si son demandantes, por lo que es procedente la actuación en el proceso de uno de ellos, de manera independiente, pero los efectos de la sentencia recaerían en la sociedad conyugal que esta parte representa (**Exp. N° 29513, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 538-539**).

Los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo, el que sin constituirse en persona jurídica, es distinto de los sujetos que lo integran, por lo que las reglas aplicables a los bienes sociales no pueden confundirse con las correspondientes a la copropiedad.

La propiedad de los cónyuges respecto de los bienes sociales no es actual, sino virtual y solo se concretiza, fenecida que sea la sociedad conyugal, previa liquidación (**Exp. N° 57109-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 108-109**).

Los vendedores, ahora demandados, constituyen patrimonio autónomo, en consecuencia ellos tienen la condición de litisconsortes necesarios y deben ser emplazados individualmente, toda vez que la sentencia que recaiga les afectará de modo uniforme.

El hecho de que la minuta haya sido suscrita en calidad de vendedores, por dos personas en representación del resto de copropietarios, no exonera de la obligación de ser emplazados individualmente, quienes podrán concurrir al proceso mediante representante, si lo estiman conveniente (**Exp. N° 464-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 499-500**).

Los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo. Sus reglas no pueden confundirse con las de la copropiedad, por ello cada uno de los cónyuges no es titular de derechos y acciones como los reconocidos para la copropiedad, que pueden ser dispuestos o gravados por cada uno de los partícipes de la sociedad. La propiedad de los bienes sociales, no es actual sino virtual y solo se concretiza, fenecida que sea la sociedad conyugal, previa liquidación. Por ello, no es posible asignar –por ahora– porcentaje alguno de propiedad, respecto de los bienes sociales, a cada cónyuge, pues, este se asignará solo cuando hayan quedado establecidas las gananciales (**Exp. N° 1144-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 110-111**).

*Tratándose de un patrimonio autónomo, su representación en caso de ser demandantes, recae indistintamente en cualquiera de los cónyuges. Los copropietarios están obligados a hacer la partición, cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera lo pida (22º J.C.L. Exp. Nº 171-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 87-88).*

*El tenedor de un título valor tiene la facultad de accionar contra los obligados individual o conjuntamente. Habiendo suscrito la cónyuge las letras puestas a cobro y conformando ambos un patrimonio autónomo, han debido ser emplazados conjuntamente (Exp. Nº 197-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 582).*

*Los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo previsto y regulado por el artículo 65 del CPC, el que sin constituirse en persona jurídica, es distinto de los sujetos que lo integran.*

*Las reglas aplicables a los bienes sociales no pueden confundirse con las de copropiedad, pues ningún cónyuge es titular de derechos y acciones, que puedan ser dispuestos o gravados, como lo es en la copropiedad (Exp. Nº 2142-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 104).*

*En tanto la sociedad de gananciales esté vigente, no podrá responder por la deuda contraída por uno de los cónyuges, por cuanto el derecho de propiedad respecto de un bien social se concretiza fenecida la sociedad conyugal y previa liquidación de la sociedad de gananciales. Los bienes sociales constituyen un patrimonio autónomo regulado por el artículo 65 del CPC, el que se rige por reglas distintas de la copropiedad y en el que cada uno de los cónyuges concurre con una cuota ideal (Exp. Nº 64017-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 107).*

*El patrimonio autónomo se presenta cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica. En la copropiedad, cada condómino conserva los derechos de disposición y administración sobre el bien en proporción a su cuota; en cambio, el patrimonio autónomo es un ente abstracto no sujeto a división, razón por la cual no son aplicables a este las reglas de la copropiedad. La sociedad conyugal constituye un patrimonio autónomo, por lo tanto corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social (Exp. Nº 928-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 304-305).*

*Posee legitimidad para obrar el causahabiente que acciona en representación de la sucesión, pues esta configura patrimonio autónomo sin constituir persona jurídica.*

*El interés común de los conformantes del patrimonio autónomo les otorga legitimidad para accionar (Exp. Nº 2016-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 163-164).*

*El patrimonio que nace con el matrimonio es representado conjuntamente por ambos esposos, conforme al artículo trescientos quince del Código Civil cuando se trata de actos de disposición, en consecuencia, ambos representan un patrimonio autónomo y actúan a nombre de este, luego es suficiente la presentación de una sola tasa para el concesorio del recurso de casación, con tanta mayor razón si ambos, interponen el mismo y único recurso (Cas. Nº 970-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.11-A.12).*

*Los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida solo por el marido, pues los bienes que integran la sociedad de gananciales pertenecen a la sociedad conyugal que es distinta a los cónyuges que la integran y es titular de un patrimonio autónomo (Exp. N° 1145-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 40-41).*

*El patrimonio conyugal constituye una unidad, salvo que se decida que el régimen patrimonial, en su administración sea por separado.*

*Se presume en la administración de la sociedad conyugal bienes comunes, por lo que los cónyuges deben ser notificados para que comparezcan dentro del debido proceso (Exp. N° 905-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 19-21)*

*Si no existe resolución judicial que declara la unión de hecho, no se puede amparar la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad del agente, máxime si el codemandado en su libreta electoral registra el estado civil de soltero.*

*A la fecha de la celebración del contrato no era posible a terceros conocer la existencia de una unión de hecho, para requerir la manifestación de voluntad de la demandante, en el negocio celebrado entre su conviviente y los compradores.*

*Se presume, por la compradora, que no existió la intención de burlar los derechos que alega tener la demandante (Exp. N° 3422-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 203-205).*

*La venta hecha por el cónyuge de un bien de propiedad de la sociedad conyugal, no está afectado de nulidad.*

*El jurídico traslativo estaría limitado a la cuota o parte que le correspondería cuando se liquide el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por lo que la venta estaría sujeta a un plazo indeterminado (Exp. N° 1838-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 38-40).*

## FALTA, AUSENCIA O IMPEDIMENTO DEL REPRESENTANTE DEL INCAPAZ

### ARTÍCULO 66

*En caso de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, se aplican las siguientes reglas:*

- 1. Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o este estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo;*
- 2. Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o este se halle ausente, el juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo.*
- 3. El juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por este, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si fuere idóneo.*
- 4. También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 21, 50 inc. 4, 55, 61 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 45.  
C.P.C. Italia art. 78.

---

## Comentario

---

1. El supuesto para la designación de curador procesal, en la norma en comentario, es la incapacidad de la parte y la falta, ausencia e impedimento de su representante legal. La capacidad es definida como la idoneidad reconocida por el ordenamiento jurídico para ser titular de derechos y de deberes procesales. En ese sentido, el artículo 3 del Código Civil, establece que “toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”.

La capacidad permite diferenciar entre personas que carecen de toda aptitud para realizar personalmente actos procesales válidos, de aquellos que gozan de una capacidad relativa. El primer caso, es regulado en el artículo 43 del Código Civil. Estos casos de incapacidad tienen como fundamento la edad o la salud de las personas, estas dos condiciones privan a la persona de la capacidad de ejercer, por sí misma, los derechos que el ordenamiento jurídico le atribuye. Consecuentemente desde el punto de vista procesal, ellas se encuentran totalmente impedidas para actuar personalmente en cualquier proceso, debiendo hacerlo en su lugar, los representantes legales a que se refiere el artículo 45 del CC. Estos ejercen los derechos civiles que les competen a los absolutamente incapaces, conforme a las normas específicas de la patria potestad, la tutela y curatela, según el caso. El segundo grupo, de los relativamente incapaces, se regula en el artículo 44 del CC. Corresponde al juez establecer el grado de incapacidad de la persona, vale decir, si se encuentra sujeta a una incapacidad absoluta o relativa.

2. La representación procesal permite que las partes en el proceso puedan intervenir en él, a través de otra persona debidamente autorizada para ello. Esta autorización puede provenir por mandato legal, judicial y por voluntad de la parte.

La norma en comentario regula la representación judicial ante la falta, ausencia e impedimento del representante del incapaz. Nótese, que es la ley la que faculta al juez a designar curador procesal en los cuatro supuestos que contiene la norma, por ello, se cuestiona que este tipo de representación se le califique como judicial, pues, se dice que debería ser catalogada como representación legal porque es la ley la que otorga facultad al juez para: a) nombrar a un curador procesal ante la falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz; o, b) confirmar al curador designado por el incapaz relativo, siempre que sea idóneo para el cargo.

3. Las personas que no tienen el libre ejercicio de los derechos no pueden estar en el proceso, más que representadas, asistidas o autorizadas, según las normas que regulan su capacidad. El ejercicio de sus derechos procesales viene conferido por ley a terceros, los cuales, en virtud de tal investidura adquieren la legitimación formal y están en el proceso, cumpliendo todos los actos procesales en nombre y por cuenta de la parte que ellos representan; sin embargo, puede darse el caso que surja la necesidad de comparecer al proceso y el incapaz no tenga representante legal o este estuviera ausente (ver inciso 1); o que el incapaz sea emplazado y carezca de representante o este se halle ausente (ver inciso 2). Nótese que el supuesto que recoge el inciso 1, hace referencia al incapaz relativo, que tenga necesidad de comparecer en un proceso, grado de incapacidad que no se hace hincapié cuando es emplazado.

Cuando el objeto de litigio confronte al incapaz y su representante legal; o, cuando el incapaz pretenda demandar a su representante legal; o, que sea demandado este, la norma permite también la intervención del curador procesal

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

para tal fin, sea por designación del juez o por confirmación del propuesto por el incapaz relativo, si fuere el caso (ver incisos 3 y 4).

Como vemos, la norma en comentario resulta aplicable si falta la persona a la que corresponde la representación o asistencia, o cuando la misma se encuentra en conflicto de intereses con el representado. En tales casos, la autoridad judicial puede nombrar un curador procesal. Tal nombramiento puede ser pedido por la persona que debe ser representada o asistida, aunque sea incapaz y, en caso de conflicto de intereses, por el propio representante.

4. Por otro lado, debe precisarse que la decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal está sujeta a consulta (ver artículo 408 del CPC).

## REPRESENTACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS

### ARTÍCULO 67

*Las personas jurídicas extranjeras, sus sucursales, agencias o establecimientos, que realicen actividad en el Perú, están sujetas a las mismas exigencias de representación que la ley señala para las personas jurídicas nacionales, salvo convenio internacional o disposición legal en contrario.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 64.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 48.

---



A pesar que el artículo no lo precise, las reglas aplicables a las personas jurídicas extranjeras son distintas, según se trate de personas privadas o públicas. En este último caso se ubican los Estados y establecimientos públicos extranjeros.

La capacidad de las personas jurídicas extranjeras privadas que se establezcan en el país está condicionada al requisito de la inscripción del acto constitutivo y de los mandatos conferidos a sus representantes, cumplido el cual gozan aquellas de plena capacidad jurídica procesal.

La fuente legal para ello lo podemos ubicar en el artículo 2029 del Código Civil el cual señala "las personas jurídicas constituidas en el extranjero se inscriben en el registro correspondiente del lugar que señalen como domicilio en el país".

Por otro lado, debe advertirse que la ley no exige que estas personas jurídicas realicen una actividad permanente en el país, basta para ello que la actividad se realice en el país, para que esté sujeta a las mismas exigencias de representación.

Algunos autores diferencian las sociedades constituidas en el extranjero para ejercer su comercio principal en el país donde tienen su sede social efectiva o han levantado la mayor parte del capital, de las sociedades constituidas en el extranjero, que sin reunir esas condiciones realizan en forma aislada actos de comercio en el Perú.

Frente a ello se asume que las primeras deben ser consideradas para todos sus efectos, como sociedades nacionales sujetas, que gozan de capacidad jurídica procesal, en tanto se hayan ajustado a las formalidades de la constitución y funcionamiento previstas por la ley nacional.

En el segundo caso, sociedades que no cuentan en la Republica con una representación social permanente, sea por sucursal agente o representante, están habilitadas para realizar dentro de aquella actos de comercio que no sean contrarios a la procesal, en consecuencia, se haya limitada a los procesos que versen sobre tales actos.

## Capítulo III APODERADO JUDICIAL

### DESIGNACIÓN DE APODERADO JUDICIAL

#### ARTÍCULO 68

*Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten, puede nombrar uno o más apoderados. Si son varios, lo serán indistintamente y cada uno de ellos asume la responsabilidad por los actos procesales que realice.*

*No es válida la designación o actuación de apoderados conjuntos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 2, 58, 436, 554.  
C.P. Const. arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México art. 5.

---



1. La persona que goce de capacidad procesal tiene también el derecho de postulación, esto es, el poder ejecutar personalmente todos los actos procesales inherentes a la calidad de parte. Este ejercicio de postulación puede ser delegado a un tercero capaz, a fin de que actúe procesalmente en nombre y en lugar de la parte, operando así la representación voluntaria. Léase en ese sentido lo regulado en el artículo 68 del CPC en comentario: “Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten, puede nombrar uno o más apoderados...”.

En esta representación, la voluntad del representado se orienta no solo a nombrar representante, sino también a elegir al sujeto que habrá de serlo; a diferencia de la legal en la que este es impuesto.

La representación tiene su propia fuente en una típica declaración de voluntad del representado: el apoderamiento. Este es un acto unilateral, con el cual un

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

sujeto atribuye a otro sujeto el poder de representarlo; es un acto unilateral recepticio respecto del representante y no recepticio en relación con los terceros.

2. La ley permite la actuación de apoderados comunes cuando diversas personas constituyendo una sola parte, actúen en forma conjunta (ver artículo 76 del CPC). Existe otro supuesto que regula el presente artículo, como es la posibilidad de designar varios apoderados pero con actuación indistinta, de tal forma que cada uno de ellos asume la responsabilidad por los actos procesales que realice.

En los actos de disposición del derecho material (llámese, allanamiento, transacción o desistimiento) se permite la promiscuidad de apoderados o apoderados conjuntos, que es distinto del apoderado común que regula el artículo 76 del Código. En este último, existen diversas personas que actúan en forma conjunta como partes, que se ponen de acuerdo en designar a un apoderado en común para todos ellos; figura inversa a los apoderados conjuntos o promiscuos, a quienes se les permite actuar unidos solo para realizar actos de disposición del derecho en discusión. A pesar que la norma no haga referencia a la conciliación, resulta también válida la designación o actuación de apoderados conjuntos.



## JURISPRUDENCIA

---

*El defecto del acto de apoderamiento no hace ineficaz el acto impugnativo del apoderado cuando el propio representado ratifica el medio impugnatorio. La representación procesal tiene una forma pero dicha forma no constituye un fin en sí mismo sino que se explica en la medida en que el acto procesal alcance su finalidad (Cas. Nº 2483-99-Amazonas, El Peruano, 19/08/2000, p. 6007).*

*El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello; la formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que para el otorgamiento del poder (Exp. Nº 1754-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 303).*

## APODERADOS DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

### ARTÍCULO 69

*El Estado y las demás entidades de Derecho Público, incluyendo los órganos constitucionales autónomos, pueden designar apoderados judiciales especiales para los procesos en que sean parte, siempre que lo estimen conveniente por razón de especialidad, importancia del asunto discutido, distancia o circunstancias análogas, conforme a la legislación pertinente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 59, 70, 436.  
C.P. Const. art. 7.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 64.

---

### Comentario

1. La personalidad jurídica del Estado está conformada por una colectividad de órganos y organismos públicos. Estas personas jurídicas, capaces de ser parte, son representados en el proceso a tenor de la Ley o del Estatuto; por citar, cuando se trate de los Ministerios del Estado, están representados por los titulares de estos, los ministros de cada una de las materias. En las demás entidades de Derecho Público, llámese Regiones, la representación recae en sus presidentes; en los Municipios, en la persona del alcalde, por citar.

En el caso de los organismos autónomos constitucionales, como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones están representados por su titular, según Ley Orgánica. Véase en el caso del Ministerio Público, señala el artículo 64 de la LOPM “el Fiscal de la Nación representa al Ministerio Público”; en el caso del Poder Judicial, señala el artículo 76 de la LOPJ “son atribuciones del Presidente de la Corte Suprema, representar y presidir a sus integrantes”.

2. La defensa del patrimonio del Estado se realiza a través de los procuradores, quienes son abogados del Estado. Su actividad está regulada por el Decreto Ley N° 17537. En él se señala que el procurador es el apoderado que representa al Estado y demás entidades de Derecho Público en los procesos en que sean parte. El artículo 47 de la Constitución Política al respecto dice: “la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos, conforme a

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ley”. Nótese que la cita legal invocada no hace referencia a la representación del procurador, sino a la actividad que desempeña; sin embargo, debe entenderse que bajo esa defensa se involucra la representación judicial del Estado, con las facultades y limitaciones, que por ley se le fija (ver Decreto Ley N° 17537).

Bajo el contexto descrito, podemos decir que no solo la actividad procesal del Estado puede expresarse bajo la intervención del procurador público, sino que la norma en comentario permite que el Estado y demás entidades de Derecho Público, puedan designar “apoderados judiciales especiales” para los procesos en que sean parte, siempre que lo estimen conveniente por razón de especialidad, importancia del asunto discutido, distancia o circunstancias análogas, conforme a la legislación pertinente. Se trata de un acto unilateral, en el que los representantes legales otorgan poder a alguien, por especiales circunstancias, para cumplir un encargo de carácter judicial, al interior de un proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*Los representantes del Estado para poder demandar, requieren de Resolución Ministerial que autorice tales efectos.*

*Si se autoriza al procurador público a iniciar las acciones legales para la reversión al Estado de los gastos ocasionados por la especialización del demandado, no puede admitirse además, el reclamo por indemnización y devolución de haberes por carecer de autorización para ello (Exp. N° 2593-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, **Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 421-422**).*

*Si la demandada resulta ser una persona jurídica, es evidente que, quien debe apersonarse al proceso es la empresa y no la persona natural, a título personal, sin alegar representación de la emplazada (Exp. N° 1143-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, **Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 300-301**).*

## REQUISITOS DEL APODERADO

### ARTÍCULO 70

*La persona designada como apoderado, debe tener capacidad para comparecer por sí en un proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 58, 68, 69, 74, 436, 554.

---



---

El apoderado debe estar en aptitud legal para ejercer las facultades otorgadas por sí mismo. Dicha capacidad debe ser entendida como una capacidad de ejercicio. Uno de los supuestos que exige tener en cuenta esta capacidad es la edad: la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años. Adicionalmente a ello tampoco podría tener capacidad para ser apoderado la persona que se ubique en los supuestos que regula el artículo 43 del Código Civil.

Los apoderados asumen como deberes el concurrir puntualmente a las audiencias; interponer recursos legales contra la sentencia definitiva adversa a su parte y contra toda regulación de honorarios que corresponda a aquella; presentar escritos con la firma del letrado que sustenten o controviertan el debate judicial, entre otros. Los apoderados gozan de las facultades generales y especiales que describen los artículos 74 y 75 del CPC, requiriendo en este último caso, la literalidad de ellas. En virtud de tal designación adquieren legitimación formal y están en el proceso cumpliendo todos los actos procesales en nombre y por cuenta de la parte que representan.

## ACEPTACIÓN DEL PODER

### ARTÍCULO 71

*El poder se presume aceptado por su ejercicio, salvo lo dispuesto en el artículo 73.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 73.

---



---

La facultad que una persona da a otra para que obre en su nombre y por su cuenta, debe estar contenida en un documento o instrumento en que conste esa autorización o representación. Este poder se presume aceptado, por el solo ejercicio que hace de él, el apoderado.

Cabanellas señala que una vez aceptado el poder, el apoderado se encuentra obligado a seguir el proceso, a transmitir al abogado que el cliente elija, todos los documentos y antecedentes relativos a la defensa del poderdante; a recoger del abogado que cese en el patrocinio los escritos, documentos y antecedentes que se encuentren en su poder y entregarlos al sustituto; a informar al cliente y al letrado del curso del negocio; a pagar todos los gastos que se causen a su instancia, incluso los honorarios de los abogados, aun elegidos por el poderdante.



### JURISPRUDENCIA

---

*No puede existir contravención de la norma que garantiza el derecho a un debido proceso, por falta de aceptación del poder, cuando el juzgado por resolución consentida declaró por ratificado y aceptado dicho poder (Cas. Nº 1164-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 251, Abril 1997, Trujillo-Perú, pp. A.23-A.25)*

## CLASES DE PODER ATENDIENDO A LA FORMALIDAD EMPLEADA

### ARTÍCULO 72

*El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente.*

*Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 73, 80.
<b>C.T.</b>	art. 23.
<b>LEY 26702</b>	art. 368.
<b>LEY 27444</b>	art. 115.
<b>D. LEG. 823</b>	art. 14.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 51.
------------------------------	----------

---



La facultad que una persona da a otra para que obre en su nombre y por su cuenta debe estar contenida en un documento o instrumento en que conste esa autorización o representación. Cuando se trate de litigios, el documento que contenga las facultades puede ser una escritura pública o un acta ante el juez del litigio.

La escritura pública es el documento autorizado por el notario con atribuciones legales para dar fe del otorgamiento de facultades de representación. Es un documento público conforme lo cataloga el artículo 235 inciso 2 del Código y solo para los fines del proceso no se requiere su inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes (véase el artículo 2036 del CC).

El acto de delegación de facultades contenido en un acta se denomina poder por acta. Este documento o acta tiene que emanar de una autoridad competente y estar destinado a relatar un acto jurídico con efectos legales.

Solo para los efectos de la representación general en el litigio se permite que se otorgue facultades al abogado, en el primer escrito de postulación al proceso, sin ser exigible la escritura o el acta, salvo que se refieran a facultades especiales, en la que sí operaría la exigencia del presente artículo.

Tanto los poderes por escritura pública o por acta deben estar premunidos de la literalidad del caso.



## JURISPRUDENCIA

Los procuradores generales de la República, titulares y adjuntos, podrán conferir poder en juicio, por acta o delegar su representación por simple escrito judicial, a favor de los abogados auxiliares (**Exp. N° 1295-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 339-340**).

El gerente es quien ejerce la representación de la sociedad. Si la remoción del gerente no se encuentra inscrita, el contenido de la anterior inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (**Exp. N° 977-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 299**).

El sistema procesal peruano admite la existencia de nulidades explícitas e implícitas. Estas últimas, surgen a raíz de que el legislador no puede prever en forma detallada y minuciosa las variantes y matices que en realidad asumen las irregularidades del acto procesal. Es nulo el poder por acta, si no es posible comprobar que la parte, haya manifestado su voluntad en ese sentido, siendo insuficiente la colocación de una huella digital para perfeccionar dicho acto (**Exp. N° 52508-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 338-339**).

El poder general solo comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

El divorcio es una acción personalísima donde se requiere poder específico (**Exp. N° 892-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 28-29**).

Los poderes generales y especiales otorgados conforme al CPC abrogado, no han quedado revocados por el nuevo CPC, dado que el mandato es un acto jurídico que corresponde al Derecho Privado y solo por voluntad del mandante o del mandatario, pueden ser extinguidos (**Exp. N° 701-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 184-185**).

El fallecimiento de una persona pone fin a su persona y consecuentemente caduca el poder que haya otorgado; que ocurrido ese evento se suspende el trámite hasta designarse curador procesal por lo que los actos procesales efectuados después del fallecimiento del actor son nulos (**Cas. N° 172-95-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.19-A.20**).

## PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

### ARTÍCULO 73

*El poder otorgado en el extranjero, debidamente traducido de ser el caso, debe ser aceptado expresamente por el apoderado en el escrito en que se apersona como tal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 71, 72.

---



Cuando la facultad que una persona da a otra para que obre en su nombre y por su cuenta, y otorgada en el extranjero, el documento o instrumento en que conste esa autorización necesariamente requiere de una expresa aceptación. A diferencia de lo regulado en el artículo 72, aquí no cabe presumir la aceptación; todo lo contrario, la norma exige que en el primer escrito en que se apersona como apoderado, este deba expresamente aceptarlo.

Otra exigencia coherente –si fuera el caso– es que el poder se encuentre debidamente traducido al momento de la aceptación.



### JURISPRUDENCIA

*Cuando se actúa en el proceso mediante poder otorgado en el extranjero, debe expresarse la aceptación del mismo en el escrito de apersonamiento.*

*Siendo este un requisito formal, pasible de subsanación, debe ser dispuesto por el juez en la etapa postulatoria (Exp. N° 979-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 286).*

*No puede existir contravención de la norma que garantiza el derecho a un debido proceso, por falta de aceptación del poder, cuando el juzgado por resolución consentida declaró por ratificado y aceptado dicho poder (Cas. N° 1164-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 251, Abril 1997, Trujillo-Perú, pp. A.23-A.25).*

## FACULTADES GENERALES

### ARTÍCULO 74

*La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 70, 75.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.
<b>LEY 26789</b>	
<b>LEY 26887</b>	arts. 14, 188, 287, 403, 416.
<b>D.S. 093-2002-EF</b>	art. 92.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 290.
<b>R. 405-97-SBS</b>	art. 9.
<b>D.S. 081-99-EF</b>	art. 14.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 50.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 65.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 50, 51, 52.

---



La representación judicial conferida para un pleito comprende la facultad de interponer recursos legales y seguir todas las instancias del proceso, excepto aquellas para las cuales la ley requiera facultad especial o se hubiesen reservado expresamente en el poder. Estos supuestos se reseñan en el artículo 75 del Código Procesal.

Mediante el término representación, además de la acción de representar se designa a la figura o institución jurídica en cuya virtud es posible que una persona obre en nombre y por cuenta de otra. También se habla de conferir la representación u ostentarla para significar que se concede poder de representación o que se tiene tal poder.

La actuación del representante vale como si fuese del representado, atribuyéndose a este, todos sus efectos. Por la circunstancia de presentarse el apoderado al proceso y ser admitida su personería, el apoderado asume todas las

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante como si el personalmente los practicare, para todo el proceso e incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos.

Mientras la representación no haya cesado el apoderado debe cumplir todos los actos procesales que no requieran la actuación personal de la parte a quien representa. Hay situaciones que sí requieren actuación personal de la parte como la declaración de parte (véase artículo 214) y los reconocimientos, entre otros, por ello, cuando se tenga que realizar este tipo de actuaciones deben ser notificados no solo los apoderados sino personalmente la parte, aun cuando la ley no lo disponga expresamente.



## JURISPRUDENCIA

---

*El abogado no requiere de poder otorgado por el interesado para interponer recursos impugnatorios como el de queja. Para el otorgamiento del aludido poder no se requiere de formalidad alguna, bastando que el interesado con un escrito exprese estar instruido de la delegación que otorga y de sus alcances, según el artículo 80 del CPC.*

*No es de observancia lo dispuesto por el artículo 290 del LOPJ modificada por Ley N° 26624, pues las normas del CPC se aplican preferentemente respecto de la LOPJ (Exp. N° N-291-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 289-290).*

*Nuestro ordenamiento sustantivo exige para atribuir la representación legal de la persona jurídica, la inscripción del nombramiento de representantes para que la misma produzca los efectos a que hacen referencia los artículos 2013 y 2028 del CC.*

*El reconocimiento de la representación procesal señalada en los artículos 74 y 75 del CPC, que hace la Ley N° 26789 al gerente, administrador de sociedades mercantiles o civiles y presidente del consejo directivo, por el solo mérito de su nombramiento no modifica las disposiciones del Código Civil (Exp. N° 2096-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 300-301).*

*Debe declararse infundada la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, si la persona jurídica accionante está representada de acuerdo a sus estatutos, y si demuestra su representante gozar de las facultades generales y especiales contenidas en el artículo 74 y 75 del CPC (Exp. N° 789-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 161-162).*

*La sentencia de declaratoria de herederos por sí sola, no confiere poder suficiente para que el accionante pueda representar a cada heredero. Debe cumplir con el artículo 74 y 75 del CPC (Exp. N° 792-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 287-288).*

*El gerente en el caso de las sociedades mercantiles, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil por el solo mérito de su nombramiento (Exp. N° 481-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 171-172).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El presidente de la asociación, por el solo mérito de su nombramiento, goza de las facultades de representación procesal concedidas por los estatutos de la asociación, entendiéndose que estas son tanto las generales como las especiales contempladas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, salvo disposición estatutaria en contrario (Exp. N° 1471-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 173-174).*

*La representación judicial del abogado, exige de la parte material o de su representante, siempre que este tenga facultad de delegación, que en el primer escrito que presente al proceso, exprese su voluntad de otorgar tal representación (Cas. N° 1056-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A-7-A.8).*

## FACULTADES ESPECIALES

### ARTÍCULO 75

*Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.*

*El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 74, 330, 332.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.
<b>LEY 27287</b>	art. 41.
<b>LEY 26702</b>	art. 368 párr. 2.
<b>LEY 26789</b>	
<b>LEY 26887</b>	arts. 14, 188, 287, 303, 403, 416.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 290.
<b>D.S. 093-2002-EF</b>	art. 92.
<b>R. 405-97-SBS</b>	art. 9.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 83.
----------------------	----------

---



Las facultades que requieren mención expresa en el poder son enumeradas en el presente artículo, por lo tanto, es preciso que el poder contenga la concesión de facultad especial de manera expresa porque no cabe presumir estas.

Las facultades especiales están investidas del principio de literalidad que implica que solo se considerarán conferidas estas conforme a la letra del texto que las contiene, sin tergiversarlas ni entregarse a interpretaciones complicadas o sutiles. Es importante apreciar la Casación 586-97-Huaura<sup>(1)</sup>, que señala: “la representación de los gerentes es de carácter legal, no voluntario como es el caso de los apoderados judiciales. El artículo 75 del CPC solo está referido a los apoderados, no se aplica a los gerentes”.

---

(1) Publicada en El Peruano, 15 de octubre de 1998, p. 1926.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Un aspecto que advertimos de la redacción de la norma, es la omisión a consignar la exigencia de facultades especiales al reconocimiento, a pesar que en el allanamiento sí se le exige. Esta omisión se resuelve con lo regulado en la última parte del artículo 330 del CPC, que permite la aplicación de las reglas del allanamiento al reconocimiento; por lo tanto, haciendo una aplicación extensiva del inciso 3 del artículo 332 CPC, no procederá el reconocimiento si “el apoderado o representante del demandado carece de facultad para allanarse”.

Otra situación que merece una delegación especial de facultades es la declaración de parte y el otorgamiento de contracautela juratoria. A pesar que la parte en un proceso deba declarar personalmente, se admite de manera excepcional, que esta declaración la asuma el apoderado siempre y cuando sea una persona natural y no pierda su finalidad probatoria.

En el caso de la contracautela, que tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, quien la otorga debe contar con las facultades literales para ello, pues, se está asumiendo a futuro una obligación patrimonial a nombre de su representado. Recuérdese que la actuación del representante vale como si fuese del representado, atribuyéndose a este, todos sus efectos.

En estos supuestos descritos, algunos doctrinarios han intentado salvar la carencia de literalidad mediante el mecanismo de la ratificación civil.

Se argumenta que no existe razón, frente a la inexistencia de una norma prohibitiva que impida extender dicho principio al ámbito de las representaciones judiciales.

La ratificación tiene como efecto subsanar las deficiencias o la ausencia de poder y convalidar retroactivamente los actos realizados con anterioridad. Pero aquella debe resultar de actos inequívocos, careciendo de relevancia jurídica las actitudes confusas o dudosas.

Corresponde destacar que, la ratificación debe tener lugar con anterioridad al vencimiento de los plazos dentro de los cuales el acto o actos procesales debieron realizarse, pues de lo contrario se afectaría el efecto preclusivo de las distintas etapas del proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*Se ha establecido que, para el caso en que los apoderados cuenten con facultades para interponer demandas y contestarlas, esto no implica de ninguna manera que puedan ser emplazados con una demanda dirigida al poderdante (Cas. N° 2678-99-Lima, El Peruano, 20/06/2000, p. 5498).*

*En caso de poder especial de representación procesal, de acuerdo a la literalidad de las facultades especiales, no es posible suponer una determinada facultad, más aún si se trata del emplazamiento de un acto que debe ser notificado de forma personalísima (Cas. Nº 2678-99-Lima, El Peruano, 20/06/2000, p. 5498).*

*No puede ampararse la medida cautelar presentada por el apoderado de la demandante, quien ofrece contracautela de naturaleza personal, sin tener expresamente dicha facultad. Se requiere de facultades especiales expresas (Exp. Nº 4041-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 547-548).*

*No procede que el abogado, sin facultad expresa solicite la disolución del vínculo matrimonial amparándose en el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*Ello es un derecho sustantivo de los cónyuges, el que para ser ejercitado por el abogado o un tercero, debe contar con las facultades del artículo 75 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 611-98-1JF, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 343-346).*

*Se requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en virtud del principio de literalidad (Exp. Nº 951-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 287).*

*La exigencia contenida en el artículo 18 de la Ley General de Sociedades es necesaria si el poderdante va a ejercer facultades de disposición o de representación diferente a la representación procesal (Exp. Nº 622-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 422-423).*

*La sentencia de declaratoria de herederos por sí sola, no confiere poder suficiente para que el accionante pueda representar a cada heredero. Debe cumplir con los artículos 74 y 75 del CPC (Exp. Nº 792-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 287-288).*

*Si en la audiencia de conciliación las partes no asisten personalmente, sino representados a través de sus apoderados, estos deben estar investidos de la facultad expresa para conciliar. El acuerdo no produce cosa juzgada si los intervinientes adolecen de dichas facultades (Exp. Nº 1079-94-Huancavelica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 547-548).*

*La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable lo que importa que solo pueda ser presentado por el agraviado con la resolución.*

*El abogado sin poder especial, no está facultado para impugnar una resolución (Exp. Nº 453-94-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 552-553).*

*“... Si bien es cierto, del poder por escritura pública (...) no se encuentra expresado dentro de las facultades, para reconocer documentos; también lo es, que aparece de la citada escritura de poder, que el apoderado de la demandada se encuentra facultado expresamente y en forma amplia para que intervenga en las acciones judiciales en el que la emplazada sea demandante o demandada; asimismo, se encuentra premunido de las facultades especiales, entre otros (sic) para demandar y contestar demanda; lo que implica la facul-*

*ta implícita para reconocer documentos...” (Exp. N° 358-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 605-606).*

*Tratándose de la disposición de bienes, el poder debe entenderse específicamente conferido para los actos pertinentes.*

*Se sanciona con ineficacia, el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolos (Exp. N° 746-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 25-26).*

## APODERADO COMÚN

### ARTÍCULO 76

*Cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente. Si no lo hicieran, el juez les exigirá la actuación común o el nombramiento de apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ellos.*

*La resolución que contiene el nombramiento es título que acredita la personería del apoderado común, el que necesariamente será uno de los abogados.*

*La negativa de una persona a la designación de apoderado común o a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que litigue por separado.*

*La revocación del poder o renuncia del apoderado común, no surte efecto mientras no se designe uno nuevo y este se apersona al proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 58, 68.
LEY 26636	art. 13 párr. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 85.
C.P.C. Colombia	art. 66.
C.P.C.N. Argentina	art. 54.

---



1. La doctrina califica al apoderado común bajo la glosa de la unificación de personería. Apoderado común es definido por Palacio<sup>(1)</sup> como el acto mediante el cual, en los supuestos de intervenir con carácter autónomo varios actores o demandados vinculados, por un interés común, se designa a un apoderado único para que asuma la representación procesal de todos ellos.

2. Algunos autores consideran que el apoderado común expresa la “unificación de la representación”; sin embargo, dicha posición se cuestiona porque en el supuesto que se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, entendiéndose que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados; por lo tanto, no corresponde hablar, en rigor, de “unificación de representación” ya

---

(1) Op. cit. T.3, p. 98.

que difícilmente puede establecerse un distingo conceptual entre unificación de representación y unificación de personería, sino de falta de personería en los apoderados que se presentan en forma conjunta.

3. La designación de apoderado común requiere de: la existencia de un litisconsorcio ya sea activo o pasivo, la actuación independiente de cada uno de los litisconsortes y una comunidad de intereses entre estos.

Se trata de un supuesto distinto del contemplado en el artículo 68 –última parte– del Código Procesal, pues este se refiere al caso de que una parte hubiese instituido en un mismo instrumento a dos o más representantes.

4. El apoderado común se justifica en la necesidad de evitar la proliferación de trámites y el consiguiente desorden procesal que aparejaría la actuación independiente de cada uno de los litisconsortes.

Por otro lado, y aunque la norma lo precise, no es suficiente para el éxito de la unificación la mera circunstancia de existir pluralidad de partes actoras o demandadas, sino es indispensable además que los litisconsortes se hallen vinculados por un interés común o compatible.

Para Palacio<sup>(2)</sup>, “la unificación no sería admisible si no existiese compatibilidad entre la causa y el objeto de las pretensiones interpuestas por los litisconsortes, o uno, o alguno de estos, hubiese invocado defensas opuestas a las de los restantes. Pero cuando media un interés común no es óbice a la unificación el hecho que los litisconsortes demandados, por ejemplo, no hayan contestado la demanda en forma absolutamente coincidente, pues no es menester atenerse a la total identidad entre el contenido de las pretensiones o de las oposiciones, sino a su compatibilidad”.

5. La norma no precisa el número de personas que pueden constituir una parte para exigirles apoderado común. Solo se limita a decir “cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente”. Sobre la base de ello, algunas posiciones consideran la designación con un criterio restrictivo, de tal forma que mediando los presupuestos previstos en la ley, se podría declarar inadmisibile cuando el número de litisconsortes no es lo suficientemente elevado como para obstaculizar el adecuado orden del proceso. Con relación a la intervención plural, debe advertirse que el artículo 166 del CPC regula la notificación por grupo, siempre que estos tengan un derecho común, para lo cual se recurre a los edictos y a la notificación por cédula. En esto último, la regla que establece el artículo 166 del CPC señala: “un número de litigantes que estén en proporción de uno por cada diez o fracción de diez, prefiriéndose a los que han comparecido”.

(2) *Ibidem*.

6. La norma no precisa la oportunidad de la designación del apoderado común. Algunos criterios señalan que pueden surgir en cualquier estado del proceso, pero, siempre con posterioridad a la contestación de la demanda, porque recién allí el juez se encuentra en condiciones de comprobar si existe la necesaria compatibilidad de intereses que constituye uno de los presupuestos esenciales de la unificación. Tampoco regula el mecanismo para su designación. Solo se limita a señalar la exigencia del juez al nombramiento de apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ellos.

7. Por otro lado, se aprecia que no hace referencia a los modos de revocación del apoderado, sin embargo, algunos estudios consideran que puede realizarse de dos maneras: por acuerdo unánime de los litisconsortes representados o por decisión del juez, dictada a petición de uno de ellos, "siempre que este último lo justifique".

En el primer supuesto, la revocación no requiere fundamento alguno: basta la manifestación de voluntad unánime de los litisconsortes exteriorizada en el escrito que designan a otro representante. En el segundo caso, es necesario conocer la causa que justifica la separación del representante, para lo cual, el juez deberá oír al apoderado y a los restantes litisconsortes.

La revocación no surtirá efectos mientras no se designe uno nuevo y este se apersona al proceso. Esto rige para la revocación pedida por uno o algunos de los litisconsortes, pues la hipótesis de la revocación por acuerdo unánime puede importar y/o exteriorizar una pérdida de confianza que resulta incompatible con la continuidad de la representación.

El apoderado común no tiene razón de ser, cuando desaparece la situación litisconsorcial que la motivó o cuando, a pesar de subsistir dicha situación, los litisconsortes adoptan posiciones procesales opuestas o antagónicas desapareciendo el interés común que los ligaba.



## JURISPRUDENCIA

*Cuando existan varios demandados que litigan en defensa de un patrimonio común, aquellos conforman una sola parte, por lo que deben designar un apoderado común. No habiéndolo hecho ni habiéndoseles requerido para ello, la expedición de una decisión válida está condicionada al emplazamiento de todos ellos (Cas. Nº 1625-97-Arequipa, El Peruano, 30/12/99, p. 4430).*

## SUSTITUCIÓN Y DELEGACIÓN DEL PODER

### ARTÍCULO 77

*El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello.*

*La sustitución implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación.*

*La actuación del apoderado sustituto o delegado obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas.*

*La formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 68.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 68.

---



1. La regla general que opera en la representación es que el representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución. Ya, desde las épocas de las Leyes de Partida (Ley 19, título V, partida 3) se consideraba inadmisibles la sustitución si esta no hubiese sido prevista en el poder. La regulación que contiene el artículo 157 del Código Civil, así como el presente artículo se ubican en esa misma postura, de no facultar al apoderado la sustitución si no hay expresa autorización para ello. En el caso de la delegación, no existe referencia sobre ella en la norma sustantiva.

2. La sustitución es una expresión de cesión del apoderamiento. Mediante la sustitución el representante confiere la totalidad o parte de sus facultades a un tercero, quien se subroga en los deberes de representación ajenos a tales facultades que recibe. Algunos trabajos sobre el tema distinguen la posibilidad de la sustitución total o parcial. Cuando opera la primera el representante queda totalmente desvinculado de la relación representativa y su lugar es asumido por el cesionario. En ese sentido, el Código no distingue la posibilidad de la sustitución parcial o total, pero, sí reafirma el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla.

3. Otra expresión de cesión de apoderamiento es la delegación. A diferencia de la sustitución, señala Lohmann<sup>(1)</sup> “en la delegación el representante permanece vinculado al representado y es responsable ante él. Delega sus facultades, pero el delegado responde ante el delegante y este ante el representado: no hay relación jurídica directa entre el principal y el delegado, como sí la hay en la sustitución entre el principal y el sustituto”. La fórmula que consagra la norma se orienta también en ese sentido porque “la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir su representación”.

Un caso al respecto opera cuando se trata de personas físicas procesalmente incapaces, el derecho de postulación corresponde a sus representantes legales, como los padres, tutores o curadores. Estos a su vez pueden “delegar” el ejercicio del poder postulatorio a representantes convencionales, cuya personería cesa al extinguirse la representación que aquellos revestían.

4. El Código Civil al referirse a la cesión de apoderamiento no considera a la delegación; sin embargo, la norma procesal nos permite invocarla siempre que exista expresa autorización para ello. Resulta interesante la hipótesis que maneja Lohmann<sup>(2)</sup> sobre la delegación de poderes sin estar facultado para ello: “los actos celebrados por el delegado no podrán ser impugnados por falta de legitimación, si el representado no tenía prohibida la delegación. De estar prohibida, los actos y negocios celebrados, serán ineficaces para el representado”.

5. Los límites del apoderado sustituto o delegado obligan a la parte representada dentro de las facultades conferidas al originario. Esta exigencia es coherente con lo que señala el artículo 160 del Código Civil, “el acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado”.

6. En cuanto a las formalidades que deben contener la sustitución y la delegación son las mismas para el otorgamiento del poder, esto es, por acta o por escritura pública según el artículo 72 del Código.



## JURISPRUDENCIA

*Al procurador público, titular o adjunto, se le está permitido delegar su representación en favor de los abogados auxiliares mediante escrito presentado en el proceso.*

*Surte eficacia procesal la delegación siempre que no pueda ir más allá de las facultades que tiene quien las delega (Exp. N° 725-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 302).*

(1) LOHMANN, Guillermo. El Negocio Jurídico, pp. 234-235.

(2) *Ibidem*.

## CESE DE LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL

### ARTÍCULO 78

*La representación judicial termina por las mismas razones que causan el cese de la representación o del mandato. Sin embargo, la ejecución de un acto procesal por el representado, no supone la revocación del poder, salvo declaración explícita en tal sentido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. 149.  
C.P.C. art. 79.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 54.  
C.P.C. Colombia art. 69.  
C.P.C.N. Argentina art. 53.

---



1. La norma expresa que la representación judicial termina por las mismas razones que causan el cese de la representación o del mandato. Al respecto, Arias Schreiber<sup>(1)</sup> considera un error generalizado asimilar los conceptos de representación y mandato, sin considerar que la primera se origina como consecuencia de un acto unilateral de voluntad de carácter recepticio (el acto de apoderamiento) que otorga solo facultades; en tanto que el segundo es un contrato del cual, surgen obligaciones para las partes, es un acto jurídico plurilateral. Para que el mandato surja es preciso que se produzca el acuerdo de voluntades entre las partes que van a celebrar el contrato. En cambio, el apoderamiento requiere solo de la declaración del poderdante. Son por completo diferentes el mandato y el acto de apoderamiento y, como es natural, la representación que se deriva de este.

2. La relación entre la parte, o quien la representa, y su defensor es la del mandato con representación, señala Liebman<sup>(2)</sup>. Los actos del defensor son realizados en el nombre y por cuenta de la parte, sobre la cual recaen directamente los

(1) ARIAS-SCHREIBER, Max. Exegesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica. Lima. T. II, pp. 148-149.

(2) LIEBMAN ENRICO, Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones jurídicas europa-américa. Buenos Aires, 1980, p. 73.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

efectos favorables o desfavorables; pero la relación representativa se manifiesta según las necesidades particulares del proceso, en el cual está destinado a operar, y de los deberes que derivan al defensor del hecho de colaborar en el desarrollo de una función pública. Todo esto se traduce en una mayor autonomía del defensor frente a la parte, en comparación con la situación del representante común de Derecho Privado; puesto que una vez recibido el mandato, el defensor ejercita su ministerio válidamente con los poderes y con los efectos establecidos por la ley; y debe ejercitarlo con lealtad y probidad y en el modo que él considere más conforme a los intereses de su representado, el cual no podría en ningún caso invalidar los actos cumplidos por el defensor alegando haberle dado instrucciones diferentes.

Este poder del defensor, señala Liebman, difiere notablemente de las facultades normalmente reconocidas al representante, y esto se manifiesta entre otras cosas por el hecho que, aun siendo el poder siempre revocable por la parte y renunciable por el defensor, la revocación y la renuncia no tienen efecto respecto de la otra parte y en general en el proceso, mientras no se haya producido la sustitución del defensor.

Por otro lado, la norma hace hincapié en que la ejecución de un acto procesal por el representado, no supone la revocación del poder, porque para que ello opere se requiere de una declaración explícita en tal sentido. Con relación a ello, debemos tener en cuenta que cuando la representación finalice por decisión del representado capaz de actuar por sí mismo, este solo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior (ver artículo 79 del CPC).

## EFFECTOS DEL CESE DE LA REPRESENTACIÓN

### ARTÍCULO 79

*En todo caso de finalización de representación que tenga su origen en la decisión del representado capaz de actuar por sí mismo, cualquiera que fuera la causal de cese, este solo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior.*

*Cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía.*

*En caso de muerte o declaración de ausencia, incapacidad sobreviniente del representante o del apoderado, remoción o cese de nombramiento del representante legal de un incapaz y circunstancias análogas, se suspenderá el proceso por un plazo máximo de treinta días, mientras se designa representante o curador procesal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. 149.  
C.P.C. arts. 55, 61 inc. 3, 66, 78, 320, 458.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 55.

---



1. La representación no es un acto permanente sino condicionado a la voluntad tanto del representante como del representado para mantenerla. La norma establece los mecanismos en caso del cese de esta.

La representación cesa por revocación expresa del mandato en el expediente. Esta revocación surte efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, sin necesidad de emplazamiento o citación; mientras ello no suceda se debe de entender que no ha finalizado la representación. No es aplicable en materia procesal la revocación tácita del mandato; aquella solo

puede tenerse configurada bajo dos supuestos: a) mediante la constitución de un nuevo apoderado con facultades suficientes para continuar interviniendo en el mismo proceso; b) a raíz de la presentación directa del representado acompañada de la expresa manifestación de haber revocado el poder, pues conforme señala el artículo 78: “la ejecución de un acto procesal por el representado, no supone la revocación del poder, salvo declaración explícita, en tal sentido”.

2. Otro supuesto que contempla la norma es la renuncia del apoderado. Esta surte efecto cinco días después de ser notificado personalmente el representado o cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía. En consecuencia, el apoderado renunciante está obligado a continuar interviniendo en el proceso hasta el vencimiento del plazo, siendo inadmisibles, la suspensión de los plazos procesales que estuvieren corriendo en el ínterin.

3. También finaliza la representación por haber cesado la personalidad con que litigaba el poderdante. La norma contempla el caso de la tutela por haber llegado el representado a la mayoría de edad. La norma no prevé expresamente el camino que se debe seguir en este supuesto, sin embargo, hay algunas posiciones doctrinarias que consideran que acreditada aquella circunstancia, debe citarse al exrepresentado para que comparezca al proceso personalmente o por medio de mandatario, bajo apercibimiento de declararlo en rebeldía.

4. Opera el cese por muerte o incapacidad del poderdante, en tales casos, el apoderado debe continuar ejerciendo su personería hasta que los herederos o representantes legales tomen la intervención que les corresponde en el proceso.

En el proceso pueden concurrir las partes o sus representantes de estas. Cuando una de ellas muere durante el proceso, se produce la interrupción por ser un hecho imprevisible, por lo tanto cesa la representación que se ha otorgado; en cambio si fallece el representante –no la parte– no es necesario interrumpir el proceso, solo basta suspenderlo, tal como lo regula el artículo 79 del CPC.

La interrupción, a diferencia de la suspensión del proceso, se sustenta en “la ocurrencia de un hecho imprevisto o que siendo previsible es inevitable”, tal como lo regula el artículo 317.

No pueden confundirse los efectos que genera la muerte de una de las partes en el proceso, con los de su representante. Si muere quien es parte produce la interrupción; si muere el representante opera la suspensión. En la interrupción se produce la ineficacia del plazo; en la suspensión, la simple inutilización de una parte del tiempo.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si de autos no aparece que la representada haya comparecido por sí misma, la representación judicial subsiste al no darse el supuesto descrito en el artículo 79 del CPC, situación que revela la validez de los actos procesales practicados en nombre de aquella (Exp. Nº 67958-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 163).*

*El cese de la representación solo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio del nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese haya sido comunicado al anterior. Si de autos no aparece que la representada haya comparecido por sí misma, la representación judicial subsiste, situación que revela la validez de los actos procesales practicados en nombre de aquella (Exp. Nº 67958-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimientos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 302-303).*

*No puede darse validez a los actos de representación del demandante después de fallecido su poderdante.*

*Lo actuado después del fallecimiento del causante se halla viciado de nulidad (Exp. Nº 1119-93-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-ma, 1997, pp. 119-120).*

## Capítulo IV

# REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO, PROCURACIÓN OFICIOSA Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

## REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO

### ARTÍCULO 80

*En el primer escrito que presenten al proceso, el interesado o su representante pueden otorgar o delegar al abogado que lo autorice las facultades generales de representación a que se refiere el artículo 74. En estos casos no se requiere observar las formalidades del artículo 72, pero sí que se designe el domicilio personal del representado y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga y de sus alcances.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 58, 72, 74.
<b>LEY 26636</b>	art. 11.
<b>LEY 26572</b>	art. 35.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 290.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 82, 84.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 63, 67.

---



1. La relación entre la parte, o quien la representa, y su defensor es la del mandato con representación, señala Liebman<sup>(1)</sup>. Los actos del defensor son realizados en el nombre y por cuenta de la parte, sobre la cual recaen directamente los efectos favorables o desfavorables; pero la relación representativa se manifiesta

---

(1) LIEBMAN ENRICO, Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones jurídicas europa-américa. Buenos Aires, 1980, p. 71.

según las necesidades particulares del proceso, en el cual está destinado a operar, y de los deberes que derivan al defensor del hecho de colaborar en el desarrollo de una función pública. Todo esto se traduce en una mayor autonomía del defensor frente a la parte, en comparación con la situación del representante común de Derecho Privado; puesto que una vez recibido el mandato, el defensor ejercita su ministerio válidamente con los poderes y con los efectos establecidos por la ley; y debe ejercitarlo con lealtad y probidad y en el modo que él considere más conforme a los intereses de su representado, el cual no podría en ningún caso invalidar los actos cumplidos por el defensor alegando haberle dado instrucciones diferentes.

2. La presente figura es una expresión de la representación voluntaria para otorgar o delegar las facultades generales de representación, a que se refiere el artículo 74 del Código.

Esta representación tiene determinadas particularidades como el tener por destinatario al abogado de la causa, y no ser otorgado por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, sino, en el primer escrito que se presente al proceso.

Nótese que el ejercicio de esta representación precluye con el primer acto de postulación al proceso, sea con la demanda o con la contestación de ella; luego de ella, el interesado o representante puede otorgar o delegar mediante las formalidades que exige el artículo 72 del Código.

Ante el supuesto de que el interesado concurra al proceso con dos o más abogados, la norma no precisa el número de abogados pasibles de dicha delegación. Hay respuestas no uniformes de los estamentos judiciales sobre el número de representantes que pueden gozar de esas facultades. Unos aceptan otorgar la representación solo a un abogado —a elección del representado— y otros a todos los que suscriban y declaren estar instruidos de la representación que se les otorga y de sus alcances. Esta última tesis se sustenta en lo regulado por el artículo 68 del Código Procesal, que admite el nombramiento de uno o más apoderados.

3. El otorgamiento al abogado de las facultades generales se ven complementadas con la posibilidad de interponer los medios de impugnación en representación de su cliente que regula el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley N° 26624.

La parte nombra al defensor y delega facultades de representación en el proceso, esto es, de cumplir y recibir en su interés todos los actos del proceso mismo que no estén expresamente reservados por la ley a la parte personalmente, como la declaración de parte (ver artículo 214 del CPC).

Este poder del defensor difiere notablemente de las facultades normalmente reconocidas al representante, y esto se manifiesta entre otras cosas por el

hecho que, aun siendo el poder siempre revocable por la parte y renunciable por el defensor, la revocación y la renuncia no tienen efecto respecto de la otra parte y en general en el proceso, mientras no se haya producido la sustitución del defensor.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si los codemandantes han manifestado su voluntad de proseguir con la disolución del vínculo matrimonial, mediante escrito presentado a la sala, ello no importa ratificación, porque en dicho acto no intervinieron los cónyuges accionantes, sino únicamente el abogado patrocinante (Exp. N° 271-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 340-343).*

*El abogado requiere de poder otorgado por el interesado para interponer recursos impugnatorios como el de queja. Para el otorgamiento del aludido poder no se requiere de formalidad alguna, bastando que el interesado con un escrito exprese estar instruido de la delegación que otorga y de sus alcances, según el artículo 80 del CPC.*

*No es de observancia lo dispuesto por el artículo 290 del LOPJ modificada por Ley N° 26624, pues las normas del CPC se aplican preferentemente respecto de la LOPJ (Exp. N° N-291-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 289-290).*

*La representación judicial del abogado, exige de la parte material o de su representante, siempre que este tenga facultad de delegación, que en el primer escrito que presente al proceso, exprese su voluntad de otorgar tal representación (Cas. N° 1056-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A-7-A.8).*

*Es nulo el concesorio del recurso de casación si es interpuesto por el abogado del demandante sin que tenga representación judicial según el artículo 80 del Código Procesal Civil (Cas. N° 115-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 553-554).*

*Los abogados están facultados para presentar escritos sin requerir de poder especial, salvo los recursos impugnatorios (Exp. N° 1362-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 87).*

## PROCURACIÓN OFICIOSA

### ARTÍCULO 81

*Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.*
- 2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer este.*

*Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.*

*Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 58, 68, 74, 412.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 52.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 46, 47.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 47, 48, 49.

---



1. La norma consagra la gestión de negocios, la que existe cuando alguien se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro,

sin mandato de este. Tal gestión da lugar a representación cuando el gestor obra en nombre de *dominus*. Se trata de representación sin poder voluntario; pero el negocio representativo puede ser eficaz para el *dominus*.

Desde el punto de vista procesal se denomina gestor a quien limitándose a invocar la representación de un tercero, o careciendo de poder suficiente, comparece en nombre de aquel para realizar uno o más actos procesales que no admiten demora, con la condición de acreditar personería u obtener la ratificación de su actuación dentro de un plazo determinado. Este plazo se cuenta dentro de los dos meses siguientes de comparecer el procurador.

2. La gestión procesal solo puede ser admitida en casos urgentes. Esta urgencia debe sustentarse en un carácter objetivo, debiendo por lo tanto surgir de la petición misma o de la índole del acto que se trata, sin que sea necesario requerir o admitir ninguna prueba para acceder o negar la franquicia que otorga la ley. La norma regula los supuestos de esta urgencia en el inciso 1 así: "Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente".

3. Sobre los efectos que genera la comparecencia del interesado, Palacio<sup>(1)</sup> considera que no invalida la actuación procesal del gestor el hecho de que el otorgamiento del poder sea posterior al momento en que aquel se presentó en el proceso invocando la representación, siempre que el documento habilitante se acompañe dentro del plazo legal, por cuanto, aquella circunstancia importa ratificación. Incluso cabe la convalidación de lo actuado por quien en ningún momento obtuvo el correspondiente mandato. En ese sentido, nuestro Código también considera que "se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador". La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros.

4. Si no se produce la ratificación, se declara concluido el proceso y se condena a los gastos procesales al procurador. Esta condena se aleja de la teoría objetiva del vencimiento que regula el artículo 412 por la inexistencia de una parte vencida, todo lo contrario, se fija teniendo en cuenta si la intervención oficiosa ha sido manifiestamente injustificada o temeraria, esto es, se asume una posición subjetiva al respecto.

(1) Op. cit. t.3, p. 74.

## PATROCINIO DE INTERESES DIFUSOS

### ARTÍCULO 82

*Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.*

*Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o las comunidades nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley y criterio del juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.*

*Las rondas campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las comunidades campesinas o las comunidades nativas en los lugares donde estas no existan o no se hayan apersonado a juicio.*

*Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los gobiernos locales indicados en el párrafo anterior, el juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los artículos 93 a 95.*

*En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.*

*La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las municipalidades distrital o provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción. (\*)*

(\*) Texto según artículo 1 de la Ley N° 27752 (8/06/2002).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

---

### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. IV, 58, 86, 113, 408 inc. 4.

### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamérica* art. 53.

---

## *Comentario*

---

1. Montero Aroca<sup>(1)</sup> define a los intereses difusos como aquellos pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.

La primera parte del artículo en comentario, enfatiza esta definición de esta manera: "Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor".

2. Véscovi<sup>(2)</sup>, califica al interés difuso como intereses fragmentarios, de grupos intermedios, que no tienen el carácter de personas jurídicas y que, sin embargo, aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra moderna sociedad (sociedad de masas, economía de consumo, agresiones al medio ambiente, etc.). Son intereses que no encuentran tras sí un grupo colectivo individualizable y, menos, jurídicamente compacto, como puede ser la persona jurídica o colectiva. Esta nueva realidad, como son los intereses difusos o indefinidos, no calzan en los tradicionales institutos jurídicos como para brindarles protección, de ahí que aparezcan cuestionamientos con relación a la legitimación de las partes en este nuevo proceso.

3. El derecho difuso no busca solo la tutela de derechos de un sujeto determinado, sino de un conjunto de sujetos no identificados. A diferencia de los intereses colectivos, en los que existen conjuntos de personas "determinadas y organizadas" entre las que existe un vínculo jurídico; en los intereses difusos señala Giovanni Priori<sup>(3)</sup> "son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas

---

(1) MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil". En: *Ius et praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 24, pp. 22-23.

(2) VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Temis. Bogotá, 1984, pp. 322-323.

(3) PRIORI, Giovanni. "Tutela jurisdiccional de los derechos difusos; una aproximación desde el derecho procesal constitucional". En: *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima. Ara, 1997, p. 32.

absolutamente indeterminadas entre los cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables. Lo que hace lo difuso es la imposibilidad de determinar el alcance del grupo social afectado”.

Un ejemplo de este tratamiento es el medio ambiente, el que se presenta como un bien del que todos los sujetos disfrutan, de manera tal que un daño en él afectará a un conjunto de sujetos, sin que sea posible determinar quiénes son.

El cuestionamiento que presenta los intereses difusos son los instrumentos de tutela de esos intereses. Hay dos posiciones encontradas. Una enarbolada por Juan Monroy que atribuye el patrocinio de los intereses difusos como una forma de “representación procesal atípica”. La otra posición es desarrollada por Giovanni Priori al considerar a los intereses difusos como expresión de legitimidad extraordinaria.

Cada autor fundamenta su posición. Así para priori, la legitimidad para obrar activa es la posición habilitante en la que se encuentra determinada persona para plantear determinada pretensión en el proceso, a fin que el juez pueda dictar válidamente una sentencia de fondo. Esta posición habilitante puede provenir de dos maneras: afirmar la titularidad de un derecho (legitimación ordinaria); y acceder al permiso legal que de manera expresa señala la ley (legitimidad extraordinaria). En este último supuesto, quien inicia el proceso no es titular del derecho que se discute en él, pero la ley por razones diversas concede legitimación.

Para el sector que sostiene la representación legal, el problema de la legitimación, pretende solucionarlo pervirtiendo la institución de la legitimación. Hay que buscar una institución que cobije pero no violente la institución. La representación procesal de origen legal permite que a falta de determinación del sujeto activo en la relación material conduzca a una indefensión jurisdiccional del derecho difuso.

Los detractores de la tesis de Monroy señalan que el representante que actúa por la parte, no tiene legitimidad para obrar, sino que esta le corresponde al representado. En tanto el representado tiene legitimación, el representante puede actuar válidamente en nombre de aquel.

Mientras el representante actúa en el proceso a nombre de otro para la defensa de un interés ajeno; el legitimado ordinario actúa en el proceso a nombre propio en defensa de un interés propio. El legitimado extraordinario actúa en nombre propio para la defensa de un interés ajeno.

Frente a estas dos posiciones Priori enriquece la discusión considerándola como un problema de acceso a la jurisdicción. Señala que como es difícil precisar la titularidad del derecho, la ley habilita a determinadas personas o instituciones para que actuando en nombre propio inicien los procesos tendientes a la tutela de estos derechos que en principio no les corresponden, porque la titularidad se en-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cuentra atribuida a un conjunto indeterminado de personas y no a estas individualmente consideradas.

4. La norma en comentario señala que tanto el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro pueden intervenir en estos procesos. Nótese que el Ministerio Público en el proceso civil puede asumir tres roles: como parte, como tercero con interés y como dictaminador (véase el artículo 113 del CPC).

En este caso, cuando la norma permite al Ministerio Público intervenir como parte, cabe hablar –según Montero Aroca<sup>(4)</sup>– de la publicización de una parcela del derecho material: “la ampliación o limitación de la legitimación del Ministerio Público en estos casos responde a motivos políticos. Cuando la ley amplía la legitimación del Ministerio Público está reflejando la publicización de los derechos subjetivos que sustrae de la disposición de los particulares, los cuales dejan de tener la libre disposición de los mismos. Cuando la ley priva de legitimación al Ministerio Público en alguna materia en la que antes sí la tenía está privatizando la misma”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si el Concejo Provincial de Tarma donó a ENTEL-Perú un terreno para la construcción de una central telefónica no puede demandarse la nulidad de la donación sustentada en los llamados intereses difusos.*

*Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos, o del consumidor (**Exp. N° 1150-93-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 533-534**).*

---

(4) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 24.

## Capítulo V ACUMULACIÓN

### PLURALIDAD DE PRETENSIONES Y PERSONAS

#### ARTÍCULO 83

*En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.*

*La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 11, 15, 16, 84 a 91, 93, 483, 484, 503.
<b>C. de P.P.</b>	art. 20.
<b>LEY 26636</b>	arts. 12, 13.
<b>LEY 26887</b>	arts. 139, 146, 219, 359.
<b>LEY 27444</b>	arts. 116, 149.
<b>LEY 27809</b>	arts. 9, 33.
<b>D. LEG. 822</b>	art. 196.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	arts. 287, 288.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 157, 158, 159.

---



1. La norma regula el llamado proceso acumulativo o por acumulación que se define como aquel que sirve para la satisfacción de dos o más pretensiones; por citar, en un proceso se puede reunir los siguientes petitorios: resolución de contrato, devolución de bien y entrega de frutos, a fin que en una sentencia se defina la pretensión.

2. Hay razones que justifican la acumulación como la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo, darían lugar a diferentes procesos. Por otro lado, la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también la justifica.

En el primer caso se obtiene una ventaja desde el punto de vista de la economía; en el segundo, en el de la justicia o de la certeza. Qué sentido tendría tener tres petitorios para reclamar en tres procesos distintos, como mayor tiempo, esfuerzo y dinero; pero además, fundamentalmente —como ya se ha señalado— sirve para evitar fallos contradictorios. Podría darse el caso que se tramite dos procesos distintos y en ellos se resuelva distinto, por citar, frente a dos deudores solidarios, en un proceso se condena al pago y en el otro se declara extinguida la obligación.

3. Las modalidades de la acumulación, en atención a la oportunidad de su aparición, pueden ser originaria y sucesiva. Si las pretensiones se proponen conjuntamente desde el comienzo del proceso (generalmente en la demanda) son originarias, pero si durante el transcurso del proceso, a la pretensión originaria se agregan o incorporan otra u otras, estaremos ante pretensiones sucesivas o sobrevenidas. La originaria con la interposición de la demanda y sucesiva, luego de esta. Hay otros criterios rectores para definir la oportunidad de la acumulación, como la del emplazamiento, sin embargo, nuestro Código no asume dicha posición, pues, si leemos el inciso 1 del artículo 88 del CPC dice “la acumulación objetiva sucesiva se presenta cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones”, esto significa, que a pesar que no hubiere ocurrido emplazamiento, si el actor incorpora una nueva pretensión ampliando su demanda (ver artículo 428 del CPC) esa acumulación es catalogada como sobrevenida o sucesiva, por realizarse luego de la interposición con la demanda.

En el caso de las pretensiones sucesivas o sobrevenidas, se distinguen la acumulación por inserción de la acumulación por reunión. La primera opera cuando una nueva pretensión se incorpora, dentro de un proceso ya pendiente para la satisfacción de otra, ver el caso de la intervención del tercero excluyente principal (artículo 99 del CPC). La segunda tiene lugar cuando, existiendo diversas pretensiones que se han hecho valer en otros tantos procesos, estos se funden en uno solo, a través de la reunión de procesos (ver inciso 3 artículo 88 e inciso 2 artículo 89 del CPC).

4. La denominación que asume el Código entre acumulación objetiva y subjetiva es cuestionada por Guasp, para quien dicha terminología, no es del modo apropiado porque no existe acumulación procesal verdadera que no tenga carácter objetivo. Propone reemplazar las mencionadas designaciones por las de acumulación por conexión subjetiva y acumulación por conexión objetiva, por cuanto la razón que justifica a la llamada acumulación objetiva reside en el hecho de la identidad de partes entre dos o más pretensiones, y el fundamento de la llamada acumulación subjetiva se encuentra en la circunstancia que las distintas pretensiones tienen en común uno o ambos de sus elementos objetivos, vale decir la causa u objeto. Al respecto consideramos que no resulta saludable seguir manteniendo la clasificación de objetiva y subjetiva que recoge el Código Procesal. Ella

debe ser abordada bajo una figura: la acumulación de pretensiones, pues, no existe acumulación que no sea objetiva. Según el Código, “en un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva”. No podemos imaginarnos, bajo el referente citado, que la reunión de sujetos por sí sola implica acumulación. Es necesario que todos los sujetos que se reúnan postulen pretensiones al proceso. Ahora bien, puede darse el caso que en la acumulación de pretensiones, en unos predomine la dualidad de sujetos y en otros la pluralidad de ellos, pero siempre debe existir concurrencia de pretensiones; por citar, si Rocky demanda a Foster la resolución del contrato, indemnización y devolución de frutos, estamos ante una concurrencia de tres pretensiones, en la que los sujetos de las pretensiones reunidas son los mismos Rocky como actor y Foster como emplazado. Si Foster contrademanda (llamada según el CPC reconvencción) indemnización contra Rocky, apreciamos que se ha incorporado una nueva pretensión para la discusión en el proceso –acumulación sobrevenida–, pero los sujetos siguen siendo los mismos: Rocky y Foster. En el caso propuesto se aprecia la reunión de pretensiones, originaria y sobrevenida, pero siempre bajo la dualidad de sujetos.

En cambio, puede darse el caso de acumulación de pretensiones en la que no predomina la dualidad de sujetos sino la pluralidad de estos. Véase el caso que Venus en su condición de cónyuge demanda alimentos a Rocky. Además, en el mismo proceso, Rufino y Rogelio en su condición de hijos, demandan alimentos a Rocky. Aquí hay varias pretensiones pero con pluralidad de sujetos: Venus, Rufino y Rogelio como actores frente a Rocky como demandado. En ambos ejemplos la conexidad (recogida en el artículo 84 del CPC) es vital para que prospere la acumulación de pretensiones, sea originaria o sobrevenida (ver artículos 86 y 445 del CPC).

Por último, es necesario precisar que si bien la acumulación de pretensiones permite la concurrencia de una pluralidad de sujetos, esta figura se diferencia del litisconsorcio, en la que también hay concurrencia de pluralidad de sujetos, pero, sin reunión de pretensiones, pues todos los sujetos se reúnen bajo una única pretensión. Véase el caso de la división de partición de un condominio, en el que cinco sujetos son los titulares del derecho sustancial a dividir. A interpone la demanda contra B, C, D y E. Aquí no hay reunión de pretensiones, solo hay una pretensión, la división y partición frente a la parte emplazada que está constituida por la reunión de sujetos: B, C, D y E. En otras palabras: pretensión única con pluralidad de sujetos, es la idea rectora en el litisconsorcio necesario, en cambio, la acumulación siempre parte de la idea de varias pretensiones con varios sujetos, reunidos en forma dual o plural.



### JURISPRUDENCIA

---

*La acumulación es la institución procesal que explica la naturaleza de aquellos procesos (llamados en doctrina procesal como complejos) en los que se advierte la presencia de más de una pretensión (acumulación objetiva) o más de dos personas (acumulación subjetiva) en un proceso (Cas. N° 1079-98-Puno, El Peruano, 31/01/99, p. 2560).*

*Si se demanda acumulativamente el pago de daños y perjuicios irrogados por el hecho de haber sido privada de su propiedad e impedida de percibir la renta que produce, no procede amparar el pago de frutos civiles, pues estaría duplicando el pago de los frutos dejados de percibir (Exp. N° 943-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 290).*

*En una misma demanda pueden hacerse valer copulativamente varias pretensiones, siempre que entre sí no se excluyan.*

*No procede interponer acumulativamente la pretensión de nulidad o de resolución de un contrato y la declaración de mejor derecho que supone la existencia de un título, por ser incompatibles.*

*La pretensión de nulidad o resolución del contrato y de reivindicación e indemnización de daños y perjuicios lejos de tratarse de pretensiones que se excluyen mutuamente, por el contrario se complementan y perfeccionan, siendo las segundas una consecuencia lógica de las primeras ya se trate de la nulidad del contrato o la resolución de él (Exp. N° 936-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 525-527).*

## CONEXIDAD

### ARTÍCULO 84

*Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 16, 86 a 89, 92, 519.  
C. de P.P. arts. 20, 21.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México arts. 70-77.

---



1. La acumulación tiene reglas. Se necesita que entre los petitorios haya conexidad, esto es, que exista un vínculo entre dos o más petitorios o procesos. Conexión significa nexo que nace de la existencia de elementos comunes entre dos o más pretensiones o procesos. Para Véscovi conexión es la vinculación, relación, enlace o nexo, entre dos o más procedimientos que determinan generalmente que deben ser decididos por un mismo juez. Conexidad no es sinónimo de acumulación: la conexidad es la causa y la acumulación es el efecto.

2. Se dice que las pretensiones o los procesos son conexos, cuando no obstante su diversidad, tienen elementos comunes o interdependientes que los vinculan, sea por su objeto, sea por su causa o por algún efecto procesal.

La conexidad puede ser propia e impropia. En esta última, como señala la norma “las pretensiones están unidas por elementos afines a ella”, es muy pobre los puntos de contacto en esta conexidad; en cambio, en la conexidad propia los hechos de uno y otro petitorio son los mismos y se repiten en gran medida, cuando el interés para obrar en uno y otro proceso se repite. La conexidad resulta por la existencia de elementos comunes o interdependientes entre los litigios, de tal manera que ellos resultan vinculados.

3. La vinculación de las pretensiones o de los procesos produce como efecto el desplazamiento de la competencia, atribuyendo el conocimiento de la causa a un juez que, de no existir aquella habría sido incompetente, sea por razón del territorio, de materia o valor.

El artículo 32 del Código Procesal es un referente de ello. Ante la acumulación de pretensiones, es competente “el juez de la pretensión principal, aunque

consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez o de su competencia territorial”.

Como vemos, si bien la ley establece reglas atributivas de competencia, contempla las modificaciones posibles a las reglas, de tal manera, que la competencia que ordinariamente correspondería a un juez por razón del territorio, materia o valor se traslada a otro por motivos especiales.

Esta competencia por conexión se basa en el interés público de evitar sentencias contradictorias ante pretensiones ligadas entre sí. Con este desplazamiento se buscan resultados prácticos como el de economía procesal e interés privado.

4. Las causas que justifican la conexión son meras conveniencias prácticas establecidas por la ley y que la doctrina las clasifica en: continencia, subordinación y coordinación de la causa.

La primera se orienta a evitar sentencias contradictorias, la segunda al conocimiento de pretensiones o peticiones vinculadas con la materia controvertida en dichos procesos; y tercero, mera conveniencia práctica en razón del contacto con el material fáctico y probatorio de los procesos.

La conexidad por coordinación, implica un nexo débil, justificada por meras razones de conveniencia, por citar, la economía procesal. Obedece a la pura y simple tolerancia pero nada se opondría a la tramitación del proceso correspondiente ante el juez señalado como competente, sin que se produjera desplazamiento alguno.

La conexidad por subordinación opera cuando el objeto o la causa de una pretensión o de un proceso, se encuentra en una relación de interdependencia con el objeto o la causa de otro, por ejemplo la pretensión resolutoria a la cual se acumula la indemnizatoria. En tal caso la separación implicaría romper la unidad formal del proceso.

La conexidad por continencia de la causa existe, siempre que la sentencia que haya de proferirse en relación con una, pueda producir efectos de cosa juzgada en otra u otro.

5. Otro criterio de clasificar la conexidad, en atención a la acumulación de pretensiones, es la llamada conexidad propia e impropia.

En el primer caso, opera cuando los sujetos están vinculados por la causa o por el objeto de sus pretensiones. Véase el caso de la pretensión alimentaria entablada por la madre y los hijos (menores de edad) contra el cónyuge como demandado. Aquí nos encontramos ante un supuesto de una acumulación de pretensiones voluntaria, activa, originaria, cuyo punto de conexidad está en uno de los elementos de la pretensión, el objeto o llamado *petitum*.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La conexidad impropia, parte de la existencia de pretensiones que no son propiamente conexas, porque no nacen de un mismo título ni se fundan en una misma causa de pedir, pero, sí tienen entre ellas una cierta semejanza u homogeneidad, que justifica su acumulación pues hay una vinculación por afinidad. A manera de ejemplo podemos citar el caso de aseguramiento de pretensión a futuro, que recoge el artículo 104 del CPC. Esta figura consiste en llamar al tercero contra el que, la parte que llama, tiene una acción de regresión. Este añade eventualmente la resolución de la responsabilidad e indemnizaciones a favor del denunciante y en contra del denunciado para que sea resuelto en el mismo proceso. Véase el caso de Juan que concurre a la Farmacia X, con una receta médica para la elaboración de un ungüento. Luego de usar el producto detectó que este le había ocasionado severos daños irreversibles en la piel, por error en la preparación de este, procediendo a demandar indemnización a la farmacia que le vendió el producto. La farmacia demandada conoce que el químico farmacéutico regente es quien erró en la preparación del producto que ha generado dichos daños, situación que le permite demandar al químico para que se le condene a la repetición del pago. Se busca con esta figura la proposición anticipada de la acción de regreso. El principio de economía procesal justifica esta intervención porque el juez que conoce la causa es quien estará en mejores condiciones de resolver sobre la responsabilidad del llamado frente al llamante, evitando así sentencias contradictorias. Revisando las ejecutorias recaídas en la Salas Civiles de la Corte Suprema encontramos el caso: María Magdalena Galván Canta sobre indemnización donde el colegiado se pronunció sobre la conexidad, asumiendo la clasificación enunciada: "Existe conexidad entre pretensiones cuando estas presentan elementos comunes o por lo menos elementos afines, con lo cual nuestro ordenamiento adopta tanto el concepto de conexidad propia como el de conexidad impropia, exigiendo el primero la identidad de los elementos de las pretensiones relacionadas y el segundo únicamente la afinidad de los mismos"<sup>(1)</sup>.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si las pretensiones incoadas no provienen de un mismo título, al no tratarse de un mismo acto jurídico merece desestimar la acumulación, por no darse la conexidad (Exp. Nº 39089-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 170).*

*La acumulación objetiva se presenta cuando concurren dos o más pretensiones en un proceso, las cuales deben provenir de un mismo título, referirse a un mismo objeto y tener conexidad entre ellas.*

(1) Casación Nº 2081-97- Lima, publicado en El Peruano, 19/10/98, p. 1987.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Hay ausencia de conexidad para acumular la nulidad del acto jurídico con la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pues la primera constituye un cuestionamiento sobre defectos u omisiones de los requisitos de validez del acto jurídico extra proceso, frente al fraude procesal (**Exp. Nº 11659-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 164**).

No procede acumular pretensiones indemnizatorias referidas a fallas estructurales en la construcción de dos complejos deportivos, pues no existen elementos comunes entre ellos, ni se refieren a un mismo objeto, ni a los mismos hechos que causaron los daños (**Exp. Nº 41083-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 166**).

Si a la formalización del documento, el peticionante ha acumulado la independización del bien y traslación del dominio mediante transferencia; si bien son pretensiones conexas entre sí, no pueden acumularse por la vía empleada, porque no hay título ejecutivo que lo sustente.

Solo la obligación que se demanda, de manera principal, como es la formalización del instrumento, es compatible (**Exp. Nº 98-26010-432, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 167**).

Existe conexidad entre pretensiones cuando estas presentan elementos comunes o por lo menos elementos afines, con lo cual nuestro ordenamiento adopta tanto el concepto de conexidad propia como el de conexidad impropia, exigiendo el primero la identidad de los elementos de las pretensiones relacionadas y el segundo únicamente la afinidad de los mismos (**Cas. Nº 2081-97-Lima-Cono norte, El Peruano, 19/10/98, p. 1987**).

Para la acumulación tiene que existir conexidad entre las pretensiones. La pretensión accesorio de levantamiento de medida cautelar, no guarda relación con la pretensión de nulidad de sentencia, por la naturaleza autónoma del proceso cautelar (**Exp. Nº 3137-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 348-349**).

Para la acumulación sucesiva de procesos, se requiere del elemento conexidad o de la presentación de elementos afines entre las pretensiones que se plantean en diferentes procesos, de manera que se evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos.

No procede la acumulación de hechos distintos, sucedidos en época similar, pues no se denota con claridad elementos comunes entre las pretensiones demandadas (**Exp. Nº 309-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 312-313**).

Para que las pretensiones puedan acumularse inicialmente es menester que aquellas sean conexas desde el punto de vista subjetivo o desde el título o causa de la prestación que se formula.

La conexión causal permite al actor acumular y ejercer simultáneamente dos o más acciones, con tal que no sean incompatibles (**Exp. Nº 166-96-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 528-531**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Existe conexidad entre las pretensiones para que se declare el mejor derecho de propiedad, entrega física del inmueble, indemnización y nulidad de la compraventa porque se refieren al mismo objeto y provienen de un mismo título (Exp. Nº 451-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 298-299).*

*Es efecto objetivo de una acumulación, sea de pretensiones o de procesos, que todos los sujetos involucrados tengan capacidad para ser parte material en él, y por consiguiente, puedan ser afectados con la decisión. No se puede, por un mal entendido criterio de economía, congregar en un solo proceso dos o más pretensiones con sujetos pasivos distintos y entre los que no los vincula obligación o derecho alguno (Exp. Nº 3162-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 306).*

*Procede la acumulación de la pretensión de ejecución de garantía hipotecaria con la de resolución del contrato en que se pactó la garantía, pues es evidente que provienen de un mismo título, convergen en el objeto y hay clara conexidad entre las dos, de modo que se cumple lo previsto en el numeral 86 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 2102-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 178-180).*

## REQUISITOS DE LA ACUMULACIÓN OBJETIVA

### ARTÍCULO 85

*Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas:*

- 1. Sean de competencia del mismo juez;*
  - 2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y,*
  - 3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.*
- Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 83, 87, 88, 90, 91, 427 inc. 7, 483, 590, 602.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamérica** art. 113.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 188.

---



1. La acumulación objetiva de pretensiones es la reunión, en una misma demanda, de las distintas pretensiones que el actor tenga contra el mismo demandado, con el objeto que sean sustanciadas y decididas en un proceso único. La característica de este tipo de acumulación es la dualidad de sujetos que reproduce cada pretensión acumulada.

2. Uno de los requisitos que exige la norma para la procedencia de esta acumulación es que sean de competencia del mismo juez. Sobre el particular debemos tener en cuenta que uno de los requisitos a tener en cuenta para la acumulación, es la coincidencia transversal en todas las modalidades del reparto. Si partimos que la competencia puede ser distribuida en atención a la materia, al grado, la cuantía y el territorio, es necesario que todas las pretensiones que se pretendan acumular coincidan en el mismo juez competente, sin embargo, esta no es una regla absoluta, porque el Código permite expresamente, en ciertos casos, alterar este requisito para que prospere la acumulación de pretensiones. Véase el caso de la competencia funcional que se altera para acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar

afectadas como consecuencia de la pretensión principal (ver artículo 483 del CPC). Así pues, el juez competente para conocer la pretensión principal de divorcio es el de primera instancia y para los alimentos el juez de paz letrado, sin embargo, en atención a la licencia que permite el citado artículo 483 del CPC se permite la acumulación.

Por otro lado, todas las pretensiones deben corresponder al mismo juez en atención a la cuantía. Ella no puede determinarse mediante la suma del valor de las distintas pretensiones sino atendiendo al valor de cada una de ellas, sin embargo, el Código permite de manera excepcional la acumulación en el caso que recoge el artículo 32 del CPC: “es competente para conocer la pretensión de garantía, así como de la pretensión accesorio, complementaria o derivada de otra planteada anteriormente, el juez de la pretensión principal, aunque consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez o de su competencia territorial”.

3. Otro de los requisitos para la acumulación objetiva es que “no sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa”. Este requisito busca que las pretensiones no sean excluyentes, caso contrario, aquellas se destruirían mutuamente; por citar, no procede demandar conjuntamente el cumplimiento y la rescisión de un contrato; la nulidad de un testamento y la entrega del legado establecido en él. Hay que advertir que la finalidad de toda acumulación de pretensiones es evitar la contradicción de sentencias y procurar la economía procesal, en tal sentido, lo que busca este inciso al poner énfasis en la redacción “que no sean contrarias entre sí” es preservar la seguridad jurídica que las decisiones judiciales deben mantener.

Esta incompatibilidad no impide que puedan ser propuestas en forma subordinada o alternativa. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad que la propuesta como principal sea desestimada; en este orden de ideas, es admisible acumular las pretensiones de nulidad y simulación del acto jurídico; de tercería de propiedad y de mejor derecho; de nulidad y de cumplimiento de contrato, etc.

La acumulación alternativa opera cuando el demandado elige cual de las pretensiones va a cumplir. Dicha elección recién opera en ejecución de sentencia. El siguiente caso presentado por Carrión<sup>(1)</sup> nos ilustra este tipo de acumulaciones: Si el actor ha demandado la resolución del contrato de compraventa por falta de pago con entrega del bien y alternativamente el pago del saldo del precio, el juez puede muy bien, si las pruebas aportadas al proceso lo ameritan, amparar las dos pretensiones. En ejecución de sentencia el demandado elegirá si cumple con la

---

(1) CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. T. 1. Grijley. Lima, 2000, p. 254.

entrega del inmueble como consecuencia de la resolución del contrato o si cumple con pagar el saldo de precio adecuado.

4. Por último, la norma exige que las distintas pretensiones se sustancien bajo “una misma vía procedimental”. No cabría, acumular una pretensión ejecutiva a una pretensión de conocimiento, ni ésta a ninguna pretensión que se encuentre sometida a un procedimiento especial. Véase el caso de la acumulación de las siguientes pretensiones: filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos; si bien el juez de paz letrado es competente por razón de grado para conocer ambas pretensiones, las vías procedimentales a la que se recurre son distintas, pues, en el caso de la filiación se trata de un procedimiento especial regulado por la Ley Nº 28457 a diferencia del procedimiento sumarísimo que regula la pretensión de alimentos o el procedimiento único del Código de los Niños y Adolescentes. Como se puede advertir en dichos modelos, por técnica legislativa, la lógica de la contradicción es diferente en cada caso, pues, mientras en la filiación “si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad” en los alimentos, tanto los que se tramitan bajo el procedimiento único y el sumarísimo, responden al traslado de la demanda y a la condena posterior de la sentencia, si la prueba así lo justificaré. Nótese que en la filiación se parte de la presunción de la paternidad, dejando al contradictorio del emplazado destruir esa presunción condicionado a la práctica de la pericia biológica del ADN, situación diversa al procedimiento en los alimentos, donde también existe contradictorio, dejando la condena para el momento de la sentencia. Por otro lado, la facultad probatoria se encuentra reducida —en el caso de la filiación— a la pericia del ADN a diferencia del procedimiento de alimentos que no tiene limitación probatoria.

Esta regla no es absoluta, pues, conforme señala la última parte del artículo en comentario, hay situaciones de excepciones que la propia Ley procesal lo dispensa para que prospere la acumulación, como es, en el caso del divorcio por causal. Así pues, léase el artículo 488 del CPC que permite acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

Otro supuesto, lo podemos ubicar en las pretensiones sobre desalojo, las mismas que se tramitan bajo el procedimiento sumarísimo; sin embargo, conforme lo señala el artículo 590 del CPC, se faculta a que se pueda ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del artículo 87 del CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*La acumulación objetiva se presenta cuando concurren dos o más pretensiones en un proceso, las cuales deben provenir de un mismo título, referirse a un mismo objeto y tener conexidad entre ellas.*

*Hay ausencia de conexidad para acumular la nulidad del acto jurídico con la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pues la primera constituye un cuestionamiento sobre defectos u omisiones de los requisitos de validez del acto jurídico extra proceso, frente al fraude procesal (Exp. Nº 11659-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 164).*

*Si existen dos actos jurídicos celebrados con personas distintas, ello implica que se trata de objetos distintos, a pesar de que se refiera a un mismo bien. No puede ser acumulable en una misma demanda (Exp. Nº 51-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 165).*

*Si a la formalización del documento, el peticionante ha acumulado la independización del bien y traslación del dominio mediante transferencia; si bien son pretensiones conexas entre sí, no pueden acumularse por la vía empleada, porque no hay título ejecutivo que lo sustente.*

*Solo la obligación que se demanda, de manera principal, como es la formalización del instrumento, es compatible (Exp. Nº 98-26010-432, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 167).*

*Tratándose de una acumulación objetiva, debe tenerse presente que los fundamentos de hecho necesariamente deben ser los mismos para la pretensión principal como para la pretensión acumulada, no importando si se trata de una pretensión subordinada, accesoria o alternativa (Cas. Nº 73-99-Callao, El Peruano, 26/10/99, p. 3814).*

*A fin de cautelar el debido proceso, lo que implica la no desviación de la instancia predeterminada para garantizar la cosa juzgada, no se puede interponer dos demandas ante diferentes fueros que contengan la misma pretensión, siendo deber del justiciable poner en conocimiento del juzgador estas irregularidades y en su caso solicitar la acumulación (Cas. Nº 318-96-Ica, El Peruano, 20/02/99, p. 2670).*

*No es jurídicamente posible acumular la ineficacia y la nulidad, a la vez, de un mismo acto jurídico. La ineficacia de un acto jurídico no cuestiona la validez intrínseca del acto celebrado, sino las consecuencias del mismo; mientras que, con la pretensión de nulidad, se busca la restitución de las cosas hasta antes del acuerdo impugnado. Esa acumulación conlleva a solicitar, en la realidad, la nulidad del acto jurídico, pues, para que se ordene la restitución de las cosas al estado anterior al acto impugnado, necesariamente se debe declarar la nulidad (Exp. Nº 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).*

*No es posible la acumulación de pretensiones cuando se demanda la reivindicación y la prescripción adquisitiva de dominio, porque no hay conexidad entre ellas, pues, la adquisición por usucapión se produce de pleno derecho y la sentencia en juicio es meramente*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*declarativa (Exp. N° 2260-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 305-306).*

*No procede deducir acumulativamente la nulidad de matrimonio y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pues tienen presupuestos diferentes y se originan en títulos diferentes, no teniendo conexidad. Para saber si existe nulidad de cosa juzgada fraudulenta, se tiene que estar seguro que el matrimonio cuya nulidad se demanda, carezca de validez (Exp. N° 3674-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 307).*

*Existe una indebida acumulación de pretensiones cuando se solicita la nulidad de actos absolutamente independientes entre sí, involucrándose con ello a personas totalmente distintas. Debe contemplarse los presupuestos que contienen los artículos 85 y 86 del CPC.*

*Cada uno de los decanos nacionales elegidos por periodos, responden de manera individual por los actos practicados (Exp. N° 204-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 307-308).*

*El artículo 85 del Código Procesal Civil procede acumular pretensiones en un proceso siempre y cuando sean tramitables en una misma vía procedimental.*

*No resulta acumulable la acción contencioso-administrativa que se tramita en la vía abreviada con la indemnización que le corresponde el proceso de conocimiento (Exp. N° 77-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 180-182).*

*La acción de mejor derecho de propiedad y de reivindicación no se excluyen mutuamente por el contrario se complementan y perfeccionan, siendo la segunda consecuencia lógica de la primera. Constituye una de las facultades inherentes al derecho de dominio que concede el artículo 923 del Código Civil el usar, disponer y reivindicar un bien (Exp. N° 615-94-Ayacucho, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 527-528).*

## REQUISITOS DE LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES

### ARTÍCULO 86

*Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto, exista conexidad entre ellas y, además, se cumplan los requisitos del artículo 85.*

*Se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 16, 82, 83, 84, 85, 89, 92.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C. Italia* arts. 273, 274.

---



1. Este modo de acumulación tiene lugar cuando se sustancia en un proceso único, pretensiones conexas por elementos comunes entre distintas pretensiones o afines en ellas. A pesar que el Código lo enuncie como acumulación subjetiva, ella encierra la acumulación de pretensiones, pues no se trata de la acumulación de sujetos con sujetos, sino de la reunión de pretensiones con pluralidad de sujetos, para evitar la contradicción de las sentencias (y así cautelar la seguridad jurídica que el sistema ofrece) y procurar la economía procesal. De ahí que lo mínimo que se pide para la procedencia de esta acumulación es la conexidad entre ellas.

La redacción del presente artículo lleva a confusión, cuando se refiere a la conexidad. Decimos ello porque los requisitos que se exige para la acumulación no son concurrentes sino alternativos, de tal forma, que la redacción del artículo 86 debe entenderse así: "esta acumulación es procedente, siempre que las pretensiones provengan de un mismo título o se refieran a un mismo objeto y exista conexidad entre ellas". A pesar de ello, dicha fórmula también resultaría insuficiente pues excluiría la posibilidad de la conexidad por afinidad que recoge el artículo 84 del CPC, por lo tanto, la redacción de este artículo debería reproducir, en cuanto a la conexidad, la redacción literal del artículo 84 citado.

2. La doctrina distingue la acumulación subjetiva en propia e impropia. La propia supone la existencia de un vínculo de conexión material entre las distintas

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

pretensiones, la cual puede derivar del título o del objeto. Por citar, la pretensión alimentaria entablada por la madre y los hijos (menores de edad) contra el cónyuge como demandado<sup>(1)</sup>. Aquí nos encontramos ante un supuesto de una acumulación voluntaria, activa y originaria cuyo punto de conexidad es uno de los elementos de las pretensiones, el *petitum*.

La impropia, por el contrario, se funda en la existencia de un vínculo de mera afinidad entre las diversas pretensiones. No se requiere, la existencia de una verdadera conexión.

Para Alsina, la acumulación propia se basa en la existencia de una relación jurídica sustancial con pluralidad de sujetos, en tanto que la acumulación impropia supone la existencia de varias relaciones jurídicas con elementos comunes a distintos sujetos, pudiendo referirse tal comunidad a la causa o al objeto de la pretensión.

Esta acumulación ocurre con pretensiones no propiamente conexas, por no nacer de un mismo título ni fundarse en una misma causa de pedir, si tienen entre ellas una cierta semejanza u homogeneidad, que justifica su acumulación pues hay una vinculación por afinidad. A manera de ejemplo podemos citar los casos de llamamiento en garantía que cita el artículo 104 del CPC. Esta figura consiste en llamar al tercero contra el que la parte que llama tiene una acción de regresión. Este añade eventualmente la resolución de la responsabilidad e indemnizaciones a favor del denunciante y en contra del denunciado para que sea resuelto en el mismo proceso. Véase el caso de Juan que concurre a la Farmacia X, con una receta médica para la elaboración de un ungüento. Luego de usar el producto detectó que este le había ocasionado severos daños irreversibles en la piel, por error en la preparación de este, procediendo a demandar indemnización a la farmacia que le vendió el producto. La farmacia demandada conoce que el químico farmacéutico regente es quien erró en la preparación del producto que ha generado dichos daños, situación que le permite demandar al químico para que se le condene a la repetición del pago. Se busca con esta figura la proposición anticipada de la acción de regreso. El principio de economía procesal justifica esta intervención porque el juez que conoce la causa es quien estará en mejores condiciones de resolver sobre la responsabilidad del llamado frente al llamante, evitando así sentencias contradictorias.

---

(1) Con mayor abundamiento ARRARTE Ana María desarrolla estos ejemplos en "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros. En: Revista peruana de Derecho Procesal. Setiembre, 1997. Lima, p. 137.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien no existe identidad entre las partes en proceso, ni en el título que invocan, pues, en el desalojo es el de propietarios y en el de retracto es el de arrendadores, además de no ser tramitables en una misma vía procedimental ni referirse a un mismo objeto; la transgresión al artículo 86 del Código Procesal Civil ha quedado convalidada, con la conformidad de las partes, quienes no impugnaron la misma (Exp. N° 4320-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 349-351).*

*Si la pretensión de pago emerge del endoso efectuado por la empresa demandada, con quien indubitadamente le liga la correspondiente relación jurídica, mas no con el aceptante; fluye una indebida acumulación subjetiva de pretensiones, puesto que los títulos son distintos y no se refieren al mismo objeto, así como tampoco existe conexidad entre ellas para constituir relaciones causales independientes una de la otra.*

*La demanda para el pago solidario de la letra de cambio, a través de la acción causal, remite al origen del negocio jurídico, para demostrar la solidaridad, pues, ella no se presume (Exp. N° 15008-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 351-352).*

*Si bien ambos actores alegan la calidad de copropietarios del inmueble aludido, también es verdad que uno de ellos no tiene la calidad de heredera, de la cual sí goza el actor.*

*No proviniendo las pretensiones incoadas del mismo título resulta evidente la existencia de una indebida acumulación subjetiva de pretensiones, al adolecer uno de los requisitos establecidos en el artículo 86 del Código Procesal Civil (Exp. N° 1987-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 352-353).*

*Si se acumulan indebidamente pretensiones no es posible establecer una relación jurídica procesal válida.*

*Para la procedencia de la acumulación subjetiva de pretensiones se exige que estas provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto y exista conexidad entre ellas.*

*La pretensión de pago de una suma que proviene del contrato de préstamo celebrado entre el actor y la coemplazada y las pretensiones de indemnización y pago de honorarios provenientes de un contrato de asociación en participación celebrado entre el actor y un tercero, no provienen de un mismo título, es decir, no nacen del mismo acto jurídico, motivo por el cual debe declararse la improcedencia de la demanda (Exp. N° 3767-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 314-315).*

*En la acumulación subjetiva de pretensiones, estas deben provenir de un mismo título. Del hecho de que el acto jurídico contenido en un segundo contrato deja sin efecto el primero, se colige que existe relación de dependencia entre ambos contratos; de modo que, si se pretende su resolución, necesariamente debe conocerse en un solo proceso (Exp. N° N-232-97-2C, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 303-304).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La acumulación subjetiva de pretensiones originaria es procedente, entre otros requisitos, siempre que las pretensiones provengan, de un mismo título.*

*No procede la acumulación de acciones emanadas de títulos distintos, pues mientras uno de los extremos de la demanda se refiere al pagaré el otro se remite a la letra de cambio (Exp. N° 2156-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 177-178).*

*Existirá acumulación subjetiva originaria cuando una demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varios demandados, lo que debe relacionarse necesariamente con la institución procesal del litisconsorcio, en sus distintas situaciones (Cas. N° 2150-99-Lambayeque, El Peruano, 08/01/2000, p. 4520).*

## ACUMULACIÓN OBJETIVA ORIGINARIA

### ARTÍCULO 87

*La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.*

*Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.*

*Si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse estas hasta el día de la audiencia de conciliación. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 83, 85, 483, 590, 602.

---



1. La acumulación objetiva de pretensiones es la reunión, en una misma demanda, de las distintas pretensiones que el actor tenga contra el demandado, realizada con el objeto de que sean sustanciadas y decididas en un proceso único. La acumulación originaria se agota con la presentación de la demanda, luego de ella opera la acumulación sucesiva o sobrevenida, en lo que al actor se refiere (ver artículo 88 inciso 1 del CPC).

La acumulación objetiva originaria puede a su vez tener cuatro subclases: subordinada, alternativa, simple y accesorio. La subordinada opera cuando se plantea un petitorio como principal y en la hipótesis que se declare infundada se pronuncie sobre el otro petitorio; la alternativa, declara fundada ambas y se le concede al ejecutado el derecho que escoja cuál cumple y si no escoge lo hace el demandante; la accesorio o eventual opera bajo el supuesto que si es fundada la principal las otras son secuenciales; por citar, si se ampara la pretensión de divorcio, procede luego pronunciarse por los alimentos, régimen de visitas, etc.

Las tres pretensiones desarrolladas tienen una regulación normativa, sin embargo, en la doctrina se considera además la acumulación objetiva simple. En ella

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

opera una suerte de conexidad propia y si bien son dos petitorios distintos hay algunos hechos comunes entre ambos que exigen que los dos tengan un trámite en conjunto. Conecta a dos petitorios distintos, por esa razón permite se acumule. Se puede demandar en conjunto porque entre los dos petitorios hay una relación que los conecta.

2. Por otro lado, véase la oportunidad que señala el artículo en comentario, para la acumulación de una pretensión accesoria no demandada: hasta el día de la audiencia de conciliación.

La redacción de este artículo vulneraría el principio de defensa que rige todo proceso si no se permitiera que la parte emplazada pueda contradecirla ni oponer medios de prueba a ella; por citar, si frente al cobro de una deuda, sobre el que ha girado la contestación y la prueba ofrecida, se incorpora luego, el reclamo de intereses pactados como pretensión accesoria, se afectaría el derecho a la defensa de la parte demandada si no se le diere la posibilidad de cuestionar esta nueva pretensión que se acumula. En efecto, un punto en controversia podría construirse sobre la naturaleza convencional o legal de los intereses, la tasa o el periodo que aplicar, entre otros. Frente a esta licencia que permite el Código, no se podría dejar de correr traslado a fin que la contraparte pueda absolverla, afectando con ello la preclusión procesal, por haberse agotado ya la contestación de la demanda.

Esta incorporación de pretensiones, se podría justificar en mejor forma, en los casos que por ley, se consideren tácitamente integradas a la demanda, como sería en los gastos procesales. El artículo 412 del CPC dice: "el reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida" o como señala el inciso c) artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, para el padre que no obtenga la tenencia o custodia del niño, debe señalarse un régimen de visitas.



## JURISPRUDENCIA

---

*La acumulación subordinada conlleva, que tanto esta como la pretensión principal cuenten con los elementos necesarios para que en su momento se pueda emitir pronunciamiento de fondo sobre aquellas, para lo cual, el juzgador está autorizado a la calificación respectiva.*

*Carece de sustento legal la resolución del contrato planteada en la pretensión subordinada, pues la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrar el contrato está sujeta a la rescisión contractual, por lo que siendo distinto el instituto de la rescisión con el de la resolución planteada, resulta indebida la acumulación (Exp. Nº 3834-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 171).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La acumulación objetiva, originaria, alternativa, se da cuando se proponen en la demanda dos pretensiones procesales, que el juez debe amparar en conjunto en la sentencia y que recién, en ejecución de ella, el demandado está autorizado para elegir la que quiere cumplir.

Si bien el artículo 1452 del CC no prevé la imposibilidad procesal de acumular la acción rescisoria por lesión con la acción sobre reajuste de precio, por economía procesal, no hay inconveniente que se acumulen en una misma demanda la pretensión sobre rescisión por lesión con la pretensión que se propone como alternativa relativa al reajuste del valor.

No es posible el reajuste de precio si no hay declaración de rescisión, esto es, para que se reclame el reajuste hay que reclamar previamente la rescisión del contrato (**Exp. Nº 744-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 308-309**).

La demanda que contiene una acumulación objetiva, originaria, alternativa de pretensiones procesales presupone que ambas pretensiones son posibles de prosperar y recién en ejecución de sentencia, el demandado escogerá cuál de ellas cumplirá. El juez está autorizado para disponer que el actor precise la forma como plantea sus pretensiones procesales (**Exp. Nº 57286-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 310**).

Tratándose de una acumulación objetiva originaria subordinada, la decisión sobre la pretensión subordinada depende de la suerte de la pretensión principal, de modo que si la pretensión procesal principal no prospera, la subordinada corre la misma suerte. El juez no puede examinar y pronunciarse primeramente sobre la pretensión subordinada, ni en forma conjunta sobre ambas pretensiones (**Exp. Nº 1306-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 311**).

Al ampararse la pretensión alternativa procesal en una acumulación objetiva originaria, las accesorias corren la misma suerte de la principal (**Exp. Nº N-300-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 297**).

La elección de la pretensión alternativa corresponde al sujeto activo de la relación procesal, quien es el obligado a puntualizar inequívocamente la acción que escoge; en tanto, el juez no puede sustituirlo ni menos ir más allá del petitorio (**Exp. Nº 607-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 300-301**).

Habiéndose declarado improcedente la demanda y existiendo una acumulación de pretensiones originaria y accesorias carece de objeto pronunciarse sobre la acumulación accesorias pues esta se supedita a lo resuelto en el petitorio principal (**Exp. Nº 685-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 302**).

Las pretensiones para que se pague el valor del terreno que ha sido afectado por la municipalidad demandada o que se compense con otro terreno de igual valor se refiere a pretensiones alternativas, para lo cual el juez debe amparar una de ellas y no ambas (**Exp. Nº 640-94-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 531-532**).

La acción de mejor derecho de propiedad y de reivindicación no se excluyen mutuamente por el contrario se complementan y perfeccionan, siendo la segunda consecuencia lógica de la primera. Constituye una de las facultades inherentes al derecho de dominio que

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

concede el artículo 923 del Código Civil el usar, disponer y reivindicar un bien (**Exp. N° 615-94-Ayacucho, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 527-528**).

Se puede deducir pretensiones alternativas, no obstante ser incompatibles, cuando el actor formulando dos o más pretensiones, solo solicita que se realice una, cualquiera de ellas (**Exp. N° 166-96-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 528-531**).

El padre que no participa de la tenencia, mantiene expedito su derecho de visitar a sus hijos, sin restricción alguna. Aunque no se haya planteado acumulativamente la tenencia y el régimen de visitas, cabe señalar dicho régimen no solo por economía procesal en atención al interés superior del niño, sino por ser de necesidad evidente (**Exp. N° 1517-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 153-154**).

El régimen de visitas es una acción acumulativa accesoría, derivada de la acción de divorcio, por lo tanto, solo si la acción principal de divorcio, se declara fundada, serán amparadas también las demás (**Exp. N° 830-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 84**).

Si se demanda acumulativamente el pago de daños y perjuicios irrogados por el hecho de haber sido privada de su propiedad e impedida de percibir la renta que produce, no procede amparar el pago de frutos civiles pues estaría duplicando el pago de los frutos dejados de percibir (**Exp. N° 943-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 290**).

Al haberse resuelto el contrato por incumplimiento del demandado, la pretensión indemnizatoria es amparable. El monto debe fijarse prudencialmente, en atención a los posibles daños ocasionados y a la suma de dinero que debe devolverse (**Exp. N° 1136-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 233**).

## ACUMULACIÓN OBJETIVA SUCESIVA

### ARTÍCULO 88

*Se presenta en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones;*
- 2. Cuando el demandado reconviene; y,*
- 3. Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

LEY 26636

arts. 83, 85, 90, 428, 484, 503.

art. 14.

---



1. La norma regula diversos supuestos de acumulación sucesiva. Uno de ellos se refiere a la acumulación por inserción de pretensiones, la que tiene lugar cuando el primitivo actor lo realiza a través de la ampliación de la demanda. En este caso, el actor en lugar de acumular todas las pretensiones que tiene frente al demandado en la demanda inicial, lo hace en un momento procesal posterior. El límite para ello no está dado por la notificación con la demanda, sino por la mera interposición de esta, sin embargo, esta posibilidad se agota con el emplazamiento. Cumplido dicho acto, el demandante pierde la facultad de proponer nuevas pretensiones dentro del mismo proceso. La ampliación se halla sujeta a los mismos requisitos de la acumulación originaria objetiva de pretensiones (ver artículo 85 del CPC).

2. Otro supuesto que se refiere a la acumulación sucesiva es la reconvencción, que implica la pretensión procesal que deduce el demandado frente al actor. Esta facultad está restringida en determinados procesos, como el sumarísimo y el ejecutivo, por la naturaleza especial de su trámite. La oportunidad para interponerse es en el mismo plazo para la contestación de la demanda, además, ella debe realizarse en el mismo escrito en que se contesta aquella. No haciéndolo no podrá deducirla después, salvo para hacer valer su pretensión en otro proceso. Como la reconvencción implica una verdadera pretensión, son aplicables los elementos y requisitos de la pretensión procesal regulados para la postulación de la demanda.

Con relación a la reconvencción surgen dos posiciones, sobre la compatibilidad que debe o no existir, con la pretensión de la actora. Existen al respecto dos

líneas diversas. Una que no admite el ingreso indiscriminado de diversas materias en un único procedimiento, sino que limita la posibilidad de la reconvencción a aquellos casos en los que entre la demanda principal y la reconvenccional exista una conexidad; la otra posición considera que la reconvencción puede ser propuesta aunque no tenga ninguna conexión material con la actora.

Frente a ellas, nuestro Código acoge a la primera posición, pues favorece la unidad de criterio y evita el riesgo de fallos contradictorios. En tal sentido, señala el artículo 445 “la reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario será declarada improcedente”.

La reconvencción suele confundirse con la contrapretensión, la que es calificada de especie, frente al género que es la reconvencción. Para Monroy, lo que aparece normado en el artículo 445 del CPC es contrapretensión, pues, solo se puede reconvenir una pretensión ligada por conexidad con la pretensión contenida en la demanda. Señala el citado autor<sup>(1)</sup> “la contrapretensión es la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal. Dado que los hechos y el derecho configuran la llamada razón de pedir o *iuris petitio*, que es uno de los elementos de la pretensión, en el caso de una contrademanda, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que respecto de la misma situación de conflicto, es el demandante, quien tiene una obligación incumplida con él. Así, por ejemplo, si una persona demanda a otra el perfeccionamiento de un contrato de compraventa, habrá contrademanda si el demandado pretende la resolución del contrato. Como se advierte, mientras el demandante pretende perfeccionar una relación contractual, el demandado busca dejarla sin efecto”.

3. El inciso 3 regula la acumulación de pretensiones por reunión de procesos. Este opera de oficio, cuando los dos procesos giran ante el mismo juzgado (ver artículo 90). También opera a petición de parte, a fin de lograr una sola sentencia para evitar fallos contradictorios.

Cuando se habla de acumulación de procesos, debe tenerse en cuenta que sobre la base de ellos existe una pluralidad de pretensiones, las cuales, al acumularse, determinan la unión material de los distintos procesos en los que aquellas se hicieran valer.

Esta acumulación es admisible siempre que sean conexas, por la causa, por el objeto o por ambos elementos al mismo tiempo. Opera cuando siendo el actor titular de diversas pretensiones conexas frente al demandado, aquellas se hayan hecho valer en otros procesos sin haber tenido lugar su acumulación objetiva; y

---

(1) MONROY, Juan. Op. cit., p. 280.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cuando el demandado, que se abstuvo de la facultad de reconvenir, deduce en otro proceso, una pretensión conexas a la interpuesta por el actor frente a él.

Este supuesto permite que en caso se declare fundada la acumulación de procesos, se pueda producir una acumulación ficta, esto significa que los procesos no se juntan, cada proceso declarado acumulado, sigue su trámite separado. Se acumula como decisión y se desacumula como trámite para que siga el proceso avanzando. Cuando se tiene que sentenciar se remite al juez de la acumulación, quien expide una sola sentencia para los dos procesos, evitando así fallos contradictorios.

Si bien concurren diversos criterios para justificar este tipo de acumulaciones, como es, el evitar los fallos contradictorios y la economía procesal, es el primer argumento que con mayor fuerza se enarbola para este tipo de acumulaciones, porque procura la seguridad jurídica y con ello la eficacia de las decisiones judiciales, evitando así luego de un largo camino procesal, sentencias inejecutables. Un caso especial a este tipo de acumulaciones objetivas sobrevenidas se ubica en los procesos de separación o de divorcio, con respecto a procesos pendientes de sentenciar pretensiones accesorias a la discusión principal. Señala el artículo 484 del CPC que dicha acumulación es a pedido de parte, debiendo acreditar la preexistencia del expediente la parte que lo invoca.

Nótese que es una constante, en todos los supuestos que recoge este artículo, que las pretensiones sobrevenidas se acumulen ante los mismos sujetos, bajo la dualidad de estos, acumulación objetiva que se diferencia de la subjetiva por la pluralidad de estos, en la acumulación de pretensiones.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se demanda a la vendedora el otorgamiento de dos escrituras públicas, una de independización y otra de compraventa, las que se tramitan en una misma vía procedimental, procede su acumulación por contener ambas la misma pretensión, como es el otorgamiento de escritura pública (Exp. N° N-1039-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 304).*

## ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES ORIGINARIA Y SUCESIVA

### ARTÍCULO 89

*La acumulación subjetiva de pretensiones originaria se presenta cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas.*

*La acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva se presenta en los siguientes casos:*

- 1. Cuando un tercero legitimado incorpora al proceso otra u otras pretensiones; o,*
- 2. Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único.*

*En este último caso, atendiendo a la conexidad y a la eventual diferencia de trámite de los procesos acumulados, el juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 15, 16, 83, 84, 86, 91, 203.  
**LEY 26887** art. 219.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 104.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 87.

---



La característica de esta acumulación es la pluralidad de sujetos que la promueven o contra quienes se promueve, generando con ello, que existan tantos sujetos como pretensiones concurren. Aquí no opera la dualidad de los sujetos sino la pluralidad de estos. A pesar que la norma no lo señale, es necesario que concorra la conexidad de pretensiones para esta acumulación. Esta acumulación subjetiva se justifica no solo por razones de economía procesal, sino primordialmente, por la necesidad de evitar decisiones contradictorias.

La norma refiere a la oportunidad para promover la acumulación: la originaria que aparece con la demanda y la sobrevinida, luego de interpuesta esta. Sobre esta última hace referencia a diversos supuestos, como el que recoge el inciso 1 y que la doctrina denomina la acumulación sucesiva por inserción. Tiene lugar

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cuando se incorpora una nueva pretensión dentro de un proceso ya pendiente. La inserción de la nueva pretensión proviene de un tercero, llámese tercero excluyente principal (ver artículo 99 del CPC), o sea, de personas ajenas a las partes originarias, contra quienes inserta una nueva pretensión convirtiéndose en sujetos pasivos de este.

Otro supuesto que regula el inciso 2 se refiere a la acumulación sucesiva por reunión de pretensiones o llamado también acumulación de procesos. Este tipo de acumulación se verifica a través de la unión material de dos o más procesos que, en razón de tener por objeto pretensiones conexas, no pueden ser sustanciados separadamente, sin riesgo de conducir al pronunciamiento de decisiones contradictorias.

La norma considera que en caso se declare fundada la acumulación de procesos, se pueda producir una acumulación ficta, esto significa que los procesos no se juntan, cada proceso declarado acumulado, sigue su trámite separado. Se acumula como decisión y se desacumula como trámite para que siga el proceso avanzando. Cuando se tiene que sentenciar se remite al juez de la acumulación, quien expide una sola sentencia para los dos procesos, evitando así fallos contradictorios.

## REQUISITOS Y TRÁMITE DE LA ACUMULACIÓN SUCESIVA DE PROCESOS

### ARTÍCULO 90

*La acumulación sucesiva de procesos debe pedirse antes que uno de ellos sea sentenciado. El pedido impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva la acumulación. La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que realizó el primer emplazamiento. De la solicitud de acumulación se confiere traslado por tres días. Con la contestación o sin ella, el juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido. La decisión es apelable sin efecto suspensivo. Esta acumulación será declarada de oficio cuando los procesos se tramitan ante un mismo juzgado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 88, 368, 483, 503.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 189, 190, 191.

---



1. Sobre los requisitos diremos que es necesario que se promueva la acumulación, antes que uno de ellos sea sentenciado. No procede la acumulación, por carecer de objeto práctico, cuando en cualquiera de los procesos ha recaído sentencia definitiva o ha operado el abandono del proceso.

Se requiere que el juez, a quien corresponda entender los procesos acumulados, sea competente por razón de la materia. La acumulación de autos no altera la competencia.

Algunas posiciones en la doctrina consideran procedente la acumulación de procesos que se tramitan ante órganos judiciales de distinta competencia territorial, aunque en tal hipótesis es necesaria la expresa conformidad de la parte o partes facultadas para prorrogar la competencia. Sobre el particular, véase el caso de la acumulación en los procesos de divorcio a que se refieren el artículos 483 y

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

484 del CPC o en el caso de la acumulación de pretensiones de garantía accesorias (ver artículo 32 del CPC).

La acumulación de procesos opera de oficio cuando los procesos se tramitan ante un mismo juzgado. El juez competente para conocer los procesos acumulados es el juez ante quien se ha tramitado el proceso iniciado con anterioridad. Ella se determina no por la fecha de la interposición de la demanda sino por la fecha del emplazamiento.

2. En cuanto a la tramitación diremos que cuando se declara fundada la acumulación de procesos, se produce una acumulación ficta, los procesos no se juntan, cada proceso declarado acumulado sigue su trámite separado. Se acumula como decisión y se desacumula como trámite.

El proceso sigue avanzando y cuando tiene que sentenciar se remite al juez acumulante, quien expide una sola sentencia, evitando así el fallo contradictorio. El efecto fundamental de la acumulación es la unidad del pronunciamiento, el cual debe versar sobre la totalidad de las cuestiones que se han planteado en los procesos cuya acumulación se dispuso.

Sobre estos efectos, la doctrina se plantea la disyuntiva que habiéndose dictado la acumulación de procesos se hubieren emitido sentencias separadamente. Frente a ello se señala que dichas sentencias son nulas, pero se trata de una nulidad relativa, porque si las partes no objetan el pronunciamiento de sentencias separadas y nada reclaman en la expresión de agravios, aquella nulidad no podría declararse.



## JURISPRUDENCIA

---

*Procede la acumulación sucesiva de procesos, a pesar de que no se ha declarado aún el saneamiento en ninguno de ellos, pues la única condición, que establece el artículo 90 del CPC, es que se pida antes que uno de ellos sea sentenciado (Exp. N° 4693-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 169).*

## DESACUMULACIÓN

### ARTÍCULO 91

*Cuando el juez considere que la acumulación afecte el principio de economía procesal, por razón de tiempo, gasto o esfuerzo humano, puede separar los procesos, los que deberán seguirse independientemente, ante sus jueces originales.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V, 89.  
LEY 26636 art. 13.

---



1. Para Monroy<sup>(1)</sup> el obstáculo producido por la falta de criterio para elegir con cuál de los dos procedimientos se sigue el proceso acumulado, ha sido resuelto concediéndole al juez el derecho de ordenar la desacumulación de los procesos solo para efectos de su trámite y luego solicitarlos para expedir una sola sentencia, con lo que se evita la expedición de fallos contradictorios.

Gonzales<sup>(2)</sup> explica así la desacumulación, “se ha señalado con acierto que la facultad judicial de proceder a la ‘escisión’ o ‘desacumulación’ es congruente con la potestad del juez de proceder de oficio a la acumulación de pretensiones, en supuestos de conexidad y constituye su contrapartida”.

2. En el Boletín Legal Diario de Gaceta Jurídica, aparece publicada la Casación N° 1865-2002-LIMA de fecha 28 de abril de 2004<sup>(3)</sup>, recaído en el siguiente caso: La demandante en un proceso de reconocimiento de mejor derecho de propiedad, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que revocando la apelada y reformándola la declaró improcedente, ordenando al mismo tiempo su desacumulación a fin de que continúe su trámite de forma independiente. Sustenta el recurso en el hecho de que el órgano superior atentó contra la finalidad concreta del proceso, ya que recién a los seis años de interpuesta la demanda y aún sin resolverse el conflicto de intereses se advierte una indebida

---

(1) MONROY GALVEZ, Juan. Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil. Universidad Nacional de San Marcos. Editorial Cuzco. Lima, 1994, p. 99.

(2) GONZALES ATILIO, Carlos. La pluralidad en el proceso civil y comercial. Astrea. Buenos Aires, 1984, p. 39, citado por MONROY GALVEZ, Juan. Op. cit., p. 100.

(3) Publicado en el diario oficial El Peruano, 30 de julio de 2004.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

acumulación de pretensiones, transgrediéndose así los principios de economía, celeridad procesal y unidad de la función jurisdiccional.

En este caso, el recurrente demandó en vía de reivindicación la restitución de un predio, la declaración de nulidad e ineficacia de los actos contenidos en el contrato de adjudicación, acta de adjudicación y recibos otorgados a favor del demandado, alegando que dichos actos se realizaron de favor y le causan un perjuicio económico, por lo que además demandó una indemnización. Posteriormente, el demandado interpuso otra demanda contra el recurrente por el mejor derecho de propiedad respecto del mencionado predio. En la contestación de esta última demanda, el recurrente formuló reconvencción sobre las mismas pretensiones que planteó en su demanda inicial, pero esta vez no solo la dirigió contra el demandante sino también en contra de otros asociados.

Así, una vez acumulados los procesos, el juez de primera instancia declaró fundada en parte la demanda inicial, fundada en el extremo relativo al mejor derecho de propiedad declarado a favor del mencionado demandante, infundada en el extremo relativo a las pretensiones de nulidad del acto jurídico e indemnización demandadas y reconvenidas, infundadas en todos sus extremos la demanda y reconvencción formuladas contra los otros asociados, e infundada en todos sus extremos la demanda acumulada interpuesta por el demandado.

La Sala Superior al revocar la sentencia de primera instancia y reformándola declaró improcedente la demanda presentada por el recurrente, desacumulando la demanda del demandado, la que ordenó que debería continuar su trámite en forma independiente en otro juzgado. Sobre el particular, el órgano casatorio señala que **la decisión adoptada es incongruente, toda vez que se ordena la desacumulación de un proceso que ya había sido debidamente sentenciado**, por lo que el aludido proceso iniciado por el demandado debería ser materia de pronunciamiento por la Sala Superior.

## Capítulo VI LITISCONSORCIO

### LITISCONSORCIO ACTIVO Y PASIVO

#### ARTÍCULO 92

*Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 16, 83, 84, 93, 94, 95, 461, 496, 587 párr. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 55.

---



El proceso judicial trabaja con un elemento fundamental que es el conflicto intersubjetivo porque necesariamente impone la presencia de dos sujetos enfrentados: A y B; pero, no siempre el conflicto puede responder a esta simple estructura sino que puede darse el caso que exista más de un sujeto en cada campo enfrentado, situación que nos lleva a los conflictos intersubjetivos complejos. Sea en una posición o en otra, siempre habrá una constante: la existencia de dos partes enfrentadas, al margen del número de personas que conformen cada parte.

Prieto Castro<sup>(1)</sup> señala que “la dualidad de partes, no significa que solo dos personas hayan de actuar siempre como tales en el proceso, una en la postura de actor y otra en la de demandado, sino que en cada una de esas posturas pueden figurar varios sujetos formando una parte única pero compleja”.

En igual sentido, Encarnación Dávila señala: “Para que haya un proceso es necesario: una parte que pide frente a otra a la que se pide, pero no es necesario que haya dos personas físicas, una frente a otra, sino que puede haber varias personas que pidan o frente a las que se pide, ocupando respectivamente su

---

(1) PRIETO CASTRO. Derecho Procesal Civil. Ed. Revista de Derecho Privado. T.1, 1972, p. 319.

posición como demandantes o demandados. En este caso nos encontramos ante el fenómeno de un proceso con pluralidad de partes, varios sujetos en posición de una única parte<sup>(2)</sup>.

La manifestación más simple de esta pluralidad de sujetos se puede expresar, sea desde el comienzo del proceso o durante su desarrollo, cuando aparecen enfrentados un actor y varios demandados; varios actores y un demandado; o varios actores y varios demandados.

Litisconsorcio implica la presencia de varias personas como partes, que por obligaciones, derechos o intereses comunes, están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente única. Este conjunto de personas que están en una misma posición constituyen una parte procesal única aunque compleja. Carnelutti<sup>(3)</sup> explicó este fenómeno así: "El sujeto jurídico, cuando en vez de ser una sola persona, lo constituyen una organización de personas (socios de una sociedad actuando entre ellos o con un tercero) darían lugar a una parte procesal única pero compleja".

Como ya hemos señalado, la pluralidad de sujetos procesales pueden actuar en posición de parte en un mismo proceso, bien sea como demandantes, conformando un litisconsorcio activo; bien sea como demandados, conformando un litisconsorcio pasivo; bien como demandantes y demandados, esto es, como un litisconsorcio mixto, sin alterar por ello el principio de dualidad de partes. Ahora bien, esta pluralidad de sujetos pueden converger al proceso sea porque su presencia es necesaria e indispensable o bien por un criterio de oportunidad y economía. Estos criterios han sido recogidos en nuestro Código Procesal a través de las figuras del litisconsorcio necesario y el litisconsorcio facultativo, están regulados en los artículos 93 y 94 del CPC.

Por otro lado, atendiendo a la oportunidad en la que concurren la pluralidad de sujetos, puede darse una acumulación originaria y sucesiva. Si la acumulación opera en el primer acto de postulación al proceso nos ubicaremos en la originaria y si ocurre con posterioridad a ella, estaremos en la sucesiva, por citar, la sucesión procesal, la integración de la litis, acumulación de procesos e intervención excluyente principal.

(2) DÁVILA, María Encarnación. Litisconsorcio necesario. Bosch. Barcelona, 1997, p. 18.

(3) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del nuevo proceso civil. Trad. Guasp. Barcelona, 1942, p. 114.

## LITISCONSORCIO NECESARIO

### ARTÍCULO 93

*Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, solo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 65, 83, 92, 97, 98, 103, 344 párr. 2, 496.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C. Italia* art. 102.

*C.P.C.M. Iberoamérica* art. 56.

*C.P.C. Colombia* art. 51.

*C.P.C.N. Argentina* art. 89.

---

## Comentario

---

1. La figura procesal del litisconsorte necesario –también conocida como obligatorio– surge cuando la relación del Derecho sustancial, sobre la cual debe pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sea activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. Para De la Plaza<sup>(1)</sup> “se produce litisconsorcio necesario siempre que, por la naturaleza de la relación jurídica material que en el proceso se crea, los litigantes estén unidos de tal modo, que a todos afecte la resolución que en él pueda dictarse”. En igual forma Ugo Rocco considera que este tipo de litisconsorcio “...deriva de la naturaleza de la relación sustancial que constituye el objeto de la declaración de certeza por parte de los órganos jurisdiccionales”. Para Lino Palacio<sup>(2)</sup>, “...el litisconsorcio necesario implica la existencia de una sola pretensión con pluralidad de sujetos, eventualmente legitimados, y de que, por tanto, la sentencia definitiva debe tener un contenido único para todos los litisconsortes...”.

---

(1) DE LA PLAZA, Derecho Procesal Civil. V.1, Madrid, p. 294 citado por DÁVILA, María Encarnación. Litisconsorcio necesario. Bosch. Barcelona, 1997, p. 28.

(2) PALACIO LINO, Derecho Procesal Civil. T.3, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref, p. 207.

De las definiciones propuestas debemos destacar las siguientes ideas: a) el origen del litisconsorcio es una relación jurídica sustancial; b) la relación sustancial es única para todos los litisconsortes; y c) es imposible romper la relación material y resolver separadamente. Véase los siguientes supuestos de litisconsorcio: si se cuestiona la validez de un testamento hay que demandar a todos los herederos; si se intenta pretender la declaración de nulidad de un matrimonio, ha de demandar a los dos cónyuges; si se pretende la nulidad de un acto jurídico debe demandarse a todos los que sean parte del mismo.

2. Para un sector de la doctrina este litisconsorcio es impuesto por la naturaleza de la relación material, la que va a tener vigencia en la relación procesal, para que exista una sentencia útil. Otro sector considera que esta figura se justifica en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales. En esta última posición se ubica el pensamiento de Montero Aroca<sup>(3)</sup> para quien el fundamento del litisconsorcio necesario "...no se halla en la supuesta extensión de la cosa juzgada a quien no fue parte, ni en el principio de contradicción, ni en el evitar sentencias contradictorias, ni en la imposibilidad de ejecución de la sentencia ni en la sentencia *inutiliter data*. El fundamento hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente de cual haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerla varias personas o han de hacerse frente a varias personas".

3. El principal efecto que genera la ausencia de uno de los litisconsortes conlleva a la falta de legitimidad para obrar —sea pasiva o activa— que impide un pronunciamiento válido sobre el fondo, pues, hay una relación procesal inválida. No es jurídicamente posible decidirla sino de modo uniforme respecto de cada uno de los titulares y con la presencia de todos ellos para que alcance la cosa juzgada.

4. La existencia de este litisconsorcio conlleva la producción de ciertos efectos en el proceso, por citar: a) la emisión de una sentencia única e idéntica para todos; b) los términos para interponer recursos y correr traslados son comunes y simultáneos; c) la disposición del derecho en litigio debe provenir de todos los que conforman parte del litisconsorcio (ver artículo 332 del CPC); d) las excepciones procesales propuestas por uno o alguno de los necesarios, si se fundan en hechos comunes o individuales favorecen a los demás, a diferencia del litisconsorte facultativo que solo lo es a la parte que lo plantea; e) los recursos interpuestos por cualquiera de los necesarios favorecen o perjudican a los demás, pero, el problema radica si es que, unos consienten y otros apelan. Ante este supuesto un sector

---

(3) MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional. T.2. Bosch. Barcelona, 1995, p.58.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de la doctrina considera que no es saludable que se admita este tipo de apelaciones pues la apelación es por la parte y no por las personas, porque estas no son partes; f) el Código no ha regulado sobre el pago de los gastos procesales en caso de ser vencidos, que provengan de este tipo de litisconsorcio, pero, frente a ello la doctrina considera que estas se deben pagar por partes iguales, pues, los integrantes del litisconsorcio representan a una parte.

5. Como reflexión final podemos decir que el proceso único con pluralidad de partes se da cuando dos o más personas constituyen en él, la posición de actor y/o demandado, estando legitimadas para ejercitar o para que frente a ellas se ejercite una única pretensión (origina un único proceso) de tal modo que el juez ha de dictar una única sentencia, en la que contendrá un solo pronunciamiento, la cual tiene como propiedad inherente a la misma, el afectar a todas las personas parte de modo directo o reflejo.

La pluralidad de partes es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural. La legitimación, tanto la activa como la pasiva, puede corresponder a una única persona pero también puede corresponder a varias, sin que ello signifique que las personas legitimadas tengan que actuar coordinadamente o subordinadamente. No se está diciendo que en el proceso civil puede existir una tercera posición, distinta del actor y del demandado; se trata que dentro de esas dos posiciones puede haber más de una persona y tratarse de un único proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*No puede ser considerada la cónyuge del demandado litisconsorte necesario, si no es titular de la relación jurídica material, sin embargo, esta sí tiene interés legítimo para intervenir en el proceso, pues un bien de la sociedad conyugal ha sido afectado con el embargo, lo que le convierte en tercera legitimada.*

*Es posible trabar embargo sobre los bienes sociales, respecto de los derechos y acciones que le corresponden al cónyuge deudor en dicho bien, sin embargo, no resulta jurídicamente posible su ejecución o remate judicial, en razón que no existe determinado aún el porcentaje de propiedad que le corresponde a cada uno en el bien embargado, toda vez, que ello se establecerá liquidada que sea la sociedad conyugal, lo que sucederá luego de su fenecimiento (Exp. N° 97-67212-3398, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 371).*

*En el otorgamiento de escritura, si se advierte de la ficha del inmueble in litem, que el bien se encuentra inscrito a favor de una tercera persona, quien transfirió el inmueble de la demanda, a efectos que se cumpla con el tracto sucesivo, esta debe integrarse a la relación procesal como litisconsorte pasivo (Exp. N° 1363-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 172).*

*Si los demandados, en segunda instancia, alegan la condición de casados, consecuentemente conforman indistintamente un patrimonio autónomo, dicha situación conlleva a integrar la relación procesal con el emplazamiento de los cónyuges, declarando la nulidad del saneamiento.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El silencio, puesto de manifiesto por los demandados a través de todo el proceso y recién expuesto en segunda instancia, implica que han actuado temerariamente al entorpecer con aquella actitud el desarrollo normal del proceso, conducta que es necesario sancionar con la imposición de una multa a cada uno de ellos (**Exp. N° 439-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 173**).

Procede amparar la intervención litisconsorcial del recurrente, que se encuentra dentro de los alcances del artículo 93 del CPC, toda vez que la titularidad del bien se encuentra pendiente de ser resuelta en el proceso y la sentencia a recaer le va a afectar, máxime, que el interviniente alega ser legítimo propietario del bien (**Exp. N° 34134-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 174**).

Si el título que se ejecuta es la garantía hipotecaria otorgada por una persona jurídica, mal puede la recurrente, en su condición de cónyuge del ejecutado, atribuirse la titularidad de la relación jurídica sustancial, si este no ha otorgado garantía hipotecaria alguna y la obligación garantizada ha sido contraída a título personal (**Exp. N° 98-27990-2733, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 175**).

La intervención como litisconsorte necesario sustentado en el contrato de asociación en participación suscrito con la demandada, no puede ampararse, pues este no ha intervenido en el contrato de arrendamiento del inmueble cuya desocupación se solicita (**Exp. N° 9896-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 176**).

A efecto de dar cumplimiento al principio del tracto sucesivo, previsto en el artículo 2015 del CC, es necesario comprender en la demanda a todos los intervinientes en las transferencias efectuadas del inmueble materia del proceso, en calidad de litisconsorte necesarios. El juez, por economía procesal, debe integrar la relación procesal emplazando a los referidos litisconsortes en aplicación del artículo 95 del CPC (**Exp. N° 28317-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 177**).

La figura del litisconsorcio necesario es la que resulta de la integración de la litis impuesta por el orden y el interés público con el objeto de dar solución plena y eficaz al conflicto cuando la relación jurídica en torno de la que gira, muestra pluralidad de sujetos que no pueden ser excluidos del juicio sin dar lugar a un fallo sin valor jurídico para alcanzar tal solución (**Cas. N° 179-98-Lima, El Peruano, 29/08/99, p. 3370**).

El caso en que una demanda recaiga sobre un bien que correspondía a una sociedad conyugal o patrimonio autónomo, en donde uno de los cónyuges fallece, el juez debe integrar la relación procesal comprendiendo a la sucesión del cónyuge fallecido, quienes por ser copropietarios de la masa hereditaria dejada por este, se convierten en litis consortes necesarios del cónyuge supérstite (**Cas. N° 891-99-Lima, El Peruano, 22/11/99, p. 4097**).

Debe hacerse una interpretación sistemática de la norma procesal sobre litisconsorcio necesario en que se debe emplazar a los que lo conforman a fin de obtener una decisión válida, con la norma que manda que se constituya la representación procesal de ambos cónyuges cuando son demandados (**Cas. N° 250-98, El Peruano, 30/09/98, p. 1702**).

El hecho que la empresa garantizada haya sido declarada en insolvencia, ello no obsta que la empresa, por ser la deudora, sea considerada como litisconsorte necesaria con los

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

garantes hipotecarios (**Exp. Nº 66135-1547-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 709-710**).

*En la intervención litisconsorcial, la pretensión del interviniente es propia, pero jurídicamente conexa y paralela con la parte consorcial, por emanar de la misma causa jurídica o título, o por ser el interviniente titular de la misma relación jurídica.*

*Debe desestimarse el pedido de la recurrente para ser integrada al proceso en calidad de litisconsorte necesario, por haber sido cónyuge del causante al tiempo de la adquisición del bien; pues, al habersele declarado a esta, cónyuge culpable en el divorcio absoluto, el efecto ipso jure, es la pérdida de los gananciales (**Exp. Nº 1505-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 355-356**).*

*Es nula la demanda de ineficacia de anticipo de legítima, cuando no se ha dispuesto la intervención litisconsorcial de los anticipados, toda vez que la decisión a recaer en el proceso, en caso de ampararse la demanda, los va a afectar (**Exp. Nº 1299-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 350**).*

*Para el otorgamiento de escritura debe considerarse a los sujetos integrantes de la relación sustantiva como sujetos de la relación procesal. Si la decisión que recaerá en dicho proceso, afectará de manera uniforme, a quien aparece transmitiendo el bien al accionante, debe ser incorporado al proceso como litisconsorte necesario (**Exp. Nº 75-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 318-319**).*

*Resulta improcedente considerar como litisconsorte necesario al albacea testamentario, pues, este no es representante de la testamentaría para demandar ni responder en juicio (**Exp. Nº 60650-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 142**).*

*Si se pretende la nulidad del acto jurídico se debe comprender a todos los intervinientes en el acto cuestionado a fin que puedan hacer uso del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva previsto en el artículo 1 del Código Procesal Civil (**Exp. Nº 129-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 137-138**).*

*Tratándose de un bien común se debe emplazar con la demanda también a la esposa del comprador demandado, por ser obvio su interés en los resultados del juicio.*

*Si del testimonio de compraventa aparece que el comprador demandado se encuentra casado, es de presumirse por razones de temporalidad que el inmueble adquirido tiene la condición de bien común, a tenor de lo dispuesto por el artículo 185 del Código Civil de 1936 (**Exp. Nº 634-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 410-411**).*

*Si el propio actor afirma que parte de la labor que efectuó y cuyo pago demanda fue realizada a favor de una persona ajena al demandado, resulta básico para integrar válidamente la relación jurídica procesal comprenderla como litisconsorte necesario a esta (**Exp. Nº 539-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 305-306**).*

*Si bien es cierto que en el certificado de gravamen aparece que el ejecutado adquirió el terreno en calidad de soltero, también lo es que en el contrato de mutuo con constitución de hipoteca, manifiesta ser casado, por lo que la cónyuge del demandado debe también ser emplazada.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges (**Exp. N° 1195-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 313-315**).

Encontrándose la causa en la etapa del saneamiento, el juez debe establecer válidamente la relación jurídica procesal incorporando a los litisconsortes necesarios que conforme el artículo 93 del CPC deban intervenir en el proceso a efecto que la decisión a recaer en el mismo sea expedida en forma válida, por afectar sus derechos directamente (**Exp. N° 18280-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 446-447**).

El proceso actual permite la intervención de terceros, no incluidos en la demanda, debiendo el juez identificar la presencia actual o eventual de todos aquellos sujetos imprescindibles para el logro de una sentencia válida (litisconsorcio necesario) en cuyo caso el juez integra la relación procesal, sea a petición de parte o de oficio (**Cas. N° 983-98-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.6-A.7**).

La hipoteca no impide al deudor disponer la cosa hipotecada, ni la acción persecutoria que concede la ley al acreedor convierte a este en litisconsorte pasivo necesario en el proceso de otorgamiento de escritura pública de compraventa del inmueble hipotecado a un tercero o la nulidad de la minuta de dicho contrato, en el que no ha intervenido. No es causal de nulidad el hecho de no habersele citado con la demanda (**Exp. N° 363-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 532-533**).

Para el pago de una deuda de la herencia debe accionarse en contra de todos los herederos y no solo con uno de ellos (**Exp. N° 1005-94-Lima-Cono norte, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 255-256**).

En el juicio de división y partición deben intervenir todos los herederos del causante, no solo para que se les reconozca la proporción en que deben participar, sino para intervenir en la participación de los bienes (**Exp. N° 698-95-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 581-582**).

Cuando se demanda la nulidad de un contrato debe entenderse con todos los otorgantes de dicho contrato.

Los contratos solo producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que se trate de derechos y obligaciones no transmisibles (**Exp. N° 738-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 340-341**).

Se atenta contra la garantía del debido proceso, si al demandar la nulidad del título de propiedad otorgado por la Municipalidad de Lima Metropolitana, no se ha emplazado a esta. Debe admitirse la intervención del litisconsorte, si es previsible que la decisión a recaer en el proceso, lo afectaría en forma ineludible (**Exp. N° 388-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 226-227**).

Si ha operado la cesión de derechos, y la ejecutada al contradecir el mandato ejecutivo se ha fundamentado en la causa que ha originado el título valor, debe incorporarse al proceso al propio girador, puesto que los resultados del mismo necesariamente influirán en su derecho por tener legítimo interés en el mismo (**Exp. N° 1330-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 316**).

## LITISCONSORCIO FACULTATIVO

### ARTÍCULO 94

*Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes.*

*Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 83, 92.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 103.

C.P.C.M. Iberoamérica art. 55.

C.P.C. Colombia art. 50.

C.P.C.N. Argentina art. 88.

---



Esta figura opera cuando en un proceso, de manera voluntaria, litiguen dos o más personas en forma conjunta porque sus pretensiones son conexas, produciendo una acumulación de pretensiones. Nótese que la creación de este litisconsorcio es por voluntad de partes y no por una exigencia legal, como sucede en el caso del litisconsorte necesario. No es un litisconsorte propiamente dicho porque no hay comunidad de suertes, como lo sería en el necesario, sino lo que existe es —como señala Parra Quijano<sup>(1)</sup>— una pluralidad de partes que aprovechan el procedimiento para discutir independientemente sus pretensiones; de ahí que predomine en esta figura la acumulación voluntaria, facultativa o eventual en la reunión de pretensiones. Razones de economía procesal y de certeza en la aplicación del derecho, justifican la existencia de este tipo de litisconsorcio. Se busca evitar la dispersión de la actividad procesal y brindar un fácil y cómodo tratamiento de las pretensiones, donde cada titular actúa libremente, en sus alegaciones, objeciones y pruebas.

No se trata de un proceso único con pluralidad de partes, sino de un fenómeno de acumulación de procesos. Si toda pretensión da origen a un proceso, la acumulación atiende a una conexión entre pretensiones y a la economía procesal, de modo que dos o más pretensiones (originadoras de dos o más procesos) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia en

---

(1) PARRA QUIJANO, Jairo. La intervención de terceros en el proceso civil. Depalma. Buenos Aires, 1970, p. 33.

sentido formal, aunque la misma habrá de contener tantos pronunciamientos como pretensiones. Para Montero Aroca<sup>(2)</sup>, esa acumulación no es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural (como sería en el caso del litisconsorcio necesario) sino de la posibilidad que dos o más pretensiones se debatan juntas y se resuelvan conjuntamente, pero siempre teniendo en cuenta que darán lugar a dos o más procesos que exigen dos o más pronunciamientos.

Este litisconsorte conlleva una acumulación de pretensiones que no siempre opera por obra de ambas partes, sino que puede darse solo por la voluntad del demandante para los casos del litisconsorte pasivo, esto es, solo la parte actora determinará si quiere demandar a varios sujetos a la vez; en cambio en los supuestos del litisconsorte facultativo activo y mixto su presencia dependerá que los sujetos que demandan se pongan de acuerdo para ejercitar sus pretensiones dentro de un solo proceso. Gómez Orbaneja<sup>(3)</sup> haciendo referencia al origen de este litisconsorte presenta el supuesto que pueda formarse independientemente a la voluntad de la parte demandante, en situaciones en la que no puede impedir que después de constituida la relación jurídico procesal, la posición del demandado, pase a sus herederos o causahabientes, y se forme un litisconsorcio. Aquí el citado autor considera que no se trata de una excepción a la regla, porque existe un proceso ya iniciado y que gracias a la sucesión procesal daría lugar al litisconsorcio sobrevenido.

2. Es fundamental que cada uno de los litisconsortes esté en condiciones de invocar una legitimación procesal autónoma, al margen del origen que invoquen para constituirse, pues, el resultado del proceso contenido en la sentencia definitiva podrá ser distinta con respecto a cada uno de ellos. En igual forma Adolfo Rivas<sup>(4)</sup> señala que “solamente podrán configurar un litisconsorcio facultativo quienes estuviesen legitimados para discutir por sí e independientemente de los otros litisconsortes, la relación jurídica sustancial que hiciera al litigio. Tal independencia se manifiesta en el comportamiento procesal y en la disponibilidad de disponer”.

La doctrina distingue dos tipos de litisconsorcio: el propio y el impropio. El voluntario propio que opera cuando los sujetos están vinculados por la causa o por el objeto de sus pretensiones. Por citar, la pretensión alimentaria entablada por la madre y los hijos (menores de edad) contra el cónyuge como demandado<sup>(5)</sup>. Aquí nos encontramos ante un supuesto de un litisconsorcio voluntario activo originario cuyo punto de conexidad es uno de los elementos de la pretensión, el objeto o llamado *petitum*.

(2) MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional. T.2. Bosch, Barcelona, 1995, p. 57.

(3) Citado por Davila p. 22

(4) RIVAS, Adolfo. “El litisconsorcio”. En: Revista peruana de Derecho Procesal, Setiembre, 1997, Lima, p. 122.

(5) Con mayor abundamiento. ARRARTE, Ana María, desarrolla estos ejemplos en “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros”. En: Revista peruana de Derecho Procesal. Setiembre, 1997, Lima, p. 137.

El voluntario impropio ocurre cuando las pretensiones no propiamente conexas, por no nacer de un mismo título ni fundarse en una misma causa de pedir, sí tienen entre ellas una cierta semejanza u homogeneidad, que justifica su acumulación pues hay una vinculación por afinidad. A manera de ejemplo podemos citar los casos de llamamiento en garantía que cita el artículo 104 del CPC. A manera de ejemplo podemos citar el caso de aseguramiento de pretensión a futuro, que recoge el artículo 104 del CPC. Esta figura consiste en llamar al tercero contra el que la parte que llama tiene una acción de regresión. Este añade eventualmente la resolución de la responsabilidad e indemnizaciones a favor del denunciante y en contra del denunciado para que sea resuelto en el mismo proceso. Véase el caso de Juan que concurre a la Farmacia X, con una receta médica para la elaboración de un ungüento. Luego de usar el producto detectó que este le había ocasionado severos daños irreversibles en la piel, por error en la preparación de este, procediendo a demandar indemnización a la farmacia que le vendió el producto. La farmacia demandada conoce que el químico farmacéutico regente es quien erró en la preparación del producto que ha generado dichos daños, situación que le permite demandar al químico para que se le condene a la repetición del pago. Se busca con esta figura la proposición anticipada de la acción de regreso.

Para el artículo 84 del Código Procesal existe conexidad cuando “se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas”, lo que nos lleva a decir que estas dos modalidades descritas: la propia e impropia, tienen a la vez regulación normativa.

3. En cuanto a los efectos procesales que generan el litisconsorcio facultativo señalaremos los siguientes: a) la sentencia no es idéntica para los distintos litisconsortes, más aún, puede ser inhibitoria para unos y de fondo para otros; b) no hay limitación para disponer del derecho material, pero, solo resultará afectado quien lo haya realizado; c) el recurso impugnatorio existe respecto de cada litisconsorte, no pudiendo beneficiar ni menos perjudicar a los restantes; d) cada litigante está obligado a probar su pretensión, pero, si un litisconsorte prueba un hecho común en el proceso, este debe ser apreciado como si hubiera sido probado por todos y cada uno de ellos. Podetti pone como ejemplo, el contrato decisivo para el pleito, no es posible declarar que este existe para unos y para otros no. Nuestro Código recoge en parte lo señalado al considerar el artículo en comentario que “los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás...”. En tal sentido, entiéndase que frente a una sentencia, que se pronuncia sobre diversas pretensiones, una de ellas solo es apelada, mas no las otras. Esta situación impide que se ingrese a la ejecución de las pretensiones firmes, pues la impugnación suspende la ejecución de la sentencia, la que es un acto procesal único, sin embargo, hay situaciones que sí se permite ello, como en el caso de alimentos. Veamos, en el supuesto que la sentencia condene al pago del 5% del haber del demandado a favor de la esposa y el 20% para los hijos, al interponer apelación la cónyuge por la suma fijada a su favor, se suspende la ejecución de

esta, pero en el extremo de la pretensión apelada, mas no la de los hijos que ha quedado firme. Los actos de cada uno de ellos, no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso. En tal sentido, el artículo 566 del CPC ha diseñado la posibilidad de esa ejecución señalando: “la pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de este”.

Como ya se ha señalado, el litisconsorcio facultativo encierra una acumulación de pretensiones, pues, existe pluralidad de sujetos que aprovechan un mismo procedimiento. No hay una parte integrada por varios sujetos y que enarbolan una pretensión, como es en el liticonsorte necesario, sino tantos sujetos como pretensiones existan. Cada persona es una parte, pero unida a un procedimiento a seguir. Todo ello nos lleva a asumir la posición ya referida por Parra Quijano, sobre la inexistencia de comunidad de suertes en este tipo de litisconsorcio.

Como ya se ha señalado, el litisconsorcio facultativo encierra una acumulación de pretensiones, pues, existe pluralidad de sujetos que aprovechan un mismo procedimiento. No hay una parte integrada por varios sujetos y que enarbolan una pretensión, como es en el liticonsorte necesario, sino tantos sujetos como pretensiones existan. Cada persona es una parte, pero unida a un procedimiento a seguir. Todo ello nos lleva a asumir la posición ya referida por Parra Quijano, sobre la inexistencia de comunidad de suertes en este tipo de litisconsorcio. En ese orden de ideas, no compartimos la calificación de “litisconsorcio voluntario” que el artículo 587 del CPC otorga al tercero en un proceso de desalojo. Como señala dicha norma “el tercero puede actuar como liticonsorte voluntario del demandado desde la audiencia única. Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107”. Consideramos que debe intervenir en el proceso, pero en atención a su interés jurídico lo podríamos ubicar bajo la figura del tercero coadyuvante que regula el artículo 97 del CPC, de tal manera, que si en la audiencia se advierte que éste carece de título posesorio, debe operar la extromisión, figura que a tenor del artículo 107 se orienta a separar del proceso al tercero legitimado, no a la parte, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.

4. Sobre la oportunidad para conformar este litisconsorcio tenemos que señalar que puede operar originariamente con la demanda o con posterioridad a ella, pero solo cuando se reúnen varios procesos pendientes, en cambio, no puede

---

(6) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit. p. 38.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

existir acumulación de pretensiones por inserción. Parra Quijano<sup>(6)</sup> al tratar este tema considera el siguiente supuesto: tres pasajeros sufren lesiones, dos demandan el otro no. Este último no puede intentar con posterioridad nueva demanda en el mismo proceso. “El camino que le quedaría a quien no demandó conjuntamente es iniciar proceso separado y si es el caso, lograr la acumulación. En conclusión, el litisconsorcio voluntario se puede formar en la demanda o por acumulación de procesos, pero nunca porque se presente un tercero a que se admita su demanda como un litisconsorcio voluntario”.

## FACULTADES DEL JUEZ RESPECTO DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

### ARTÍCULO 95

*En caso de litisconsorcio necesario, el juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar.*

*Si carece de la información necesaria, devolverá la demanda y requerirá al demandante los datos para el emplazamiento al litisconsorte.*

*Si el defecto se denuncia o el juez lo advierte después de notificada la demanda, suspenderá la tramitación del proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 102, 103, 155.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 107.

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 57, 61, 62.

---



1. El origen del litisconsorcio no está en la relación procesal sino en la material, objeto de la controversia. Para un sector de la doctrina la influencia de esta relación material no es para la validez de la relación procesal, sino para que la sentencia de fondo sea útil, para lo cual la norma permite al juez ejercer la figura de “la integración”.

La integración parte de un supuesto: la existencia de una pretensión única con varios sujetos legitimados, de tal manera, que ella debe ser dirigida no contra uno sino contra todos, para lo cual es necesario obtener la citación de todos.

La integración puede operar de oficio o porque las partes lo soliciten. En el caso del demandante, opera antes de la notificación de la demanda a través de la modificación de esta (ver artículo 428 del CPC), pero, después de notificada, el juez evaluará la integración si fuere el caso. Si el juez advierte que es necesario integrar a un litisconsorcio, pero ignora el lugar donde debe ser citado, la norma ha regulado que se devuelva la demanda y se requiera al demandante los datos para el emplazamiento del litisconsorte, lo que no impide que este recurra a los edictos y al curador procesal si fuere el caso; sin embargo, otras experiencias

legislativas foráneas permiten que el juez requiera no solo al demandante sino ha ambas partes para que suministren la información, caso contrario, ordenará su emplazamiento mediante edictos.

En el caso del demandado, este puede integrarlo bajo la figura de falta de legitimidad pasiva, pues, no comprende a todas las personas que constituyen el litisconsorte necesario, en tal caso, se dispondrá las citaciones que falten. Si este defecto se denuncia o el juez lo advierte después de notificada la demanda generará como efecto inmediato, la suspensión del proceso. Con la suspensión se quiere dar la posibilidad de ejercer sus facultades procesales que ejercieron o tuvieron oportunidad de ejercer las originarias, pues, lo contrario afecta el derecho de defensa. La suspensión no tiene plazo; solo tiene como condición el establecimiento correcto de la relación procesal. Si esa integración se realiza luego de la etapa probatoria, el liticonsorte puede materializar la actuación de otros elementos probatorios, a través de la audiencia complementaria (artículo 96 del CPC).

2. El litisconsorcio necesario puede agruparse en atención a su fuente, en propio e impropio. En el primer caso, opera cuando la ley expresamente ordena integrar. Se trata de una carga establecida en la ley. Por citar, la pretensión de filiación se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos (artículo 373 del Código Civil); en la intervención excluyente de propiedad (artículo 533 del CPC) se dirige contra el demandante y demandado; en el retracto, la demanda se dirige contra el enajenante y el adquirente del bien (artículo 496 del CPC).

En el caso del litisconsorcio impropio no viene establecida como carga directa de la ley, sino por la relación material que es objeto del proceso. Parra Quijano<sup>(1)</sup> justifica este litisconsorcio en atención a que “esta relación es única, pero con titularidad en varias personas, y el tratamiento procesal que se le dé solo puede ser eficaz si están todas presentes o por lo menos citadas a él”. A manera de ejemplo podemos citar el caso de la pretensión sobre nulidad de matrimonio, regulada en el artículo 275 del Código Civil, la que debe dirigirse obligatoriamente contra ambos cónyuges, a pesar que la ley no lo ha regulado expresamente, pues, la naturaleza de la relación jurídico-sustancial controvertida así lo exige, caso contrario, como señala Dávila<sup>(2)</sup> “...la sentencia pronunciada respecto a solo uno de ellos, no obliga de forma alguna al otro cónyuge, subsistiendo el matrimonio y deviniendo en ineficaz la sentencia”. Otro supuesto lo podemos ubicar cuando, en la discusión del derecho de propiedad sobre una cosa, este se encuentra en posesión de varios sujetos, conjuntamente, todos han de ser demandados en el

---

(1) PARRA QUIJANO, Jairo. La intervención de terceros en el proceso civil. Depalma. Buenos Aires, 1970, p. 41.

(2) DÁVILA, María Encarnación. Litisconsorcio necesario. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 101-102.

proceso. En el caso de la resolución de contrato de compraventa, donde concurren varios compradores o vendedores, también da lugar al litisconsorte necesario impropio.



### JURISPRUDENCIA

---

*En las garantías reales, son parte fundamental de la Relación Jurídica sustancial, y a posteriori procesal, el que otorga la garantía, la persona por quien se otorga y aquella a cuyo favor se constituye.*

*Si se omite incorporar a los otorgantes de la prenda vehicular cuya ejecución se pretende y no se les notifica con la demanda, se afecta el proceso de nulidad.*

*El juez debe integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar (Exp. N° 638-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 354-355).*

*Si el juez estimó integrar la relación procesal con el cónyuge del demandado, para dar cumplimiento a los artículos 65 y 93 del CPC, su efecto debió ser el suspender el proceso para entablar válidamente la relación jurídica procesal.*

*El hecho de sujetar dicha intervención conyugal –en un proceso de desalojo– a partir de la audiencia única, deviene en un acto limitativo al derecho de defensa del incorporado, más aún, cuando esta se refiere a la figura del litisconsorcio necesario, en la que se exige para la validez de la decisión a recaer, que el litisconsorte pasivo sea emplazado (Exp. N° 396-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 320).*

*El juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona distinta a las partes, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar.*

*Si el inmueble hipotecado ha sido adquirido por la sociedad conyugal y la cónyuge no ha sido emplazada para la ejecución, el juez debe integrar la relación procesal con ella, pues resulta evidente que la decisión a recaer en autos también le va a afectar (Exp. N° 276-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 308).*

*Si se ha producido los efectos de una cesión de créditos y el deudor cambiario ha opuesto las excepciones personales correspondientes al pago de la letra, debe ser respondida por los cederles, pues, lo que se resuelva en la sentencia definitiva, si es desfavorable al accionante, necesariamente va a afectar a estos, los cederles. El juez debe incorporarlos al proceso como litisconsortes necesarios (Exp. N° 11900-3005-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 316).*

*A efecto de dar cumplimiento al tracto sucesivo previsto en el artículo 2015 del CC, es necesario comprender en la demanda a todos los intervinientes en las transferencias efectuadas del inmueble, en calidad de litisconsortes necesarios.*

*El juez por economía procesal debe integrar la relación procesal emplazando a los referidos litisconsortes en aplicación del artículo 95 del CPC (Exp. N° 28317-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 317).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El proceso actual permite la intervención de terceros, no incluidos en la demanda, debiendo el juez identificar la presencia actual o eventual de todos aquellos sujetos imprescindibles para el logro de una sentencia válida (litisconsorcio necesario) en cuyo caso el juez integra la relación procesal, sea a petición de parte o de oficio (Cas. Nº 983-98-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.6-A.7).*

*Encontrándose la causa en la etapa del saneamiento, el juez debe establecer válidamente la relación jurídica procesal incorporando a los litisconsortes necesarios que conforme el artículo 93 del CPC deban intervenir en el proceso a efecto que la decisión a recaer en el mismo sea expedida en forma válida, por afectar sus derechos directamente (Exp. Nº 18280-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 446-447).*

*Al no haberse demandado a todos los intervinientes en la relación sustantiva, no existe esa correspondencia e identidad con las personas que deben intervenir en la relación procesal, consecuentemente se está frente a una ausencia de legitimidad para obrar pasiva, que el juzgador está obligado a subsanar (Exp. Nº 1565-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 167-168).*

## AUDIENCIA COMPLEMENTARIA

### ARTÍCULO 96

*Si al momento de la integración ya se ha realizado la audiencia de pruebas y alguno de los incorporados ofreciera medios probatorios, el juez fijará el día y la hora para una audiencia complementaria de pruebas que debe realizarse dentro de un plazo que no excederá de veinte días.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 188, 202, 203, 206.

---



El litisconsorcio necesario tiene su origen en la relación material que es objeto del proceso. Necesariamente, tienen que participar todos los integrantes de la relación sustancial, pues no puede escindirse esta. Existen varios sujetos en una misma posición de parte que enarbolan una sola pretensión, de tal forma que se produce una comunidad de suertes, pues, la sentencia afectará a todos por igual.

Para un sector de la doctrina, la influencia de esta relación material no es para la validez de la relación procesal, sino para que la sentencia de fondo sea útil, para lo cual la norma permite al juez ejercer la figura de la integración. Esta parte de un supuesto: la existencia de una pretensión única con varios sujetos legitimados, de tal manera, que ella debe ser dirigida no contra uno sino contra todos, para lo cual es necesario obtener la citación de todos.

El litisconsorcio necesario también puede incorporarse al proceso por su propia y voluntaria intervención. En este caso, el omitido se presenta al juez, y si este admite su intervención, ordenará –si está vencido el periodo de pruebas– la audiencia complementaria, en el supuesto que ofreciera medios probatorios.

La presencia del litisconsorte no va a enriquecer la relación jurídica procesal, ya que es cotitular de la pretensión que se está haciendo valer, o es cotitular del derecho de contradicción y de las distintas formas como este puede ser ejercido. La respuesta que puede generar la integración está en función del momento en que se incorpora al proceso. Si ya se ha realizado la audiencia de pruebas y alguno de los incorporados ofreciera medios probatorios, el juez fijará día y hora para la audiencia complementaria<sup>(1)</sup>. Algunos trabajos que al respecto se han

---

(1) Ver artículo 96 del CPC.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

escrito –por citar al de Parra Quijano– plantean la no exigencia de correr traslado de las observaciones del litisconsorte incorporado, por considerar que el que ingresa al proceso no va a enriquecer la relación jurídica procesal, sino simplemente a participar como cotitular de una pretensión o pretensiones que ya están involucradas con este.

Sobre el efecto que genera la declaración de parte realizada por uno, pero no por todos, Parra Quijano considera que se tiene como testimonio frente a los otros, pero no tiene valor de confesión ni siquiera frente a quien lo realizó.

## Capítulo VII INTERVENCIÓN DE TERCEROS, EXTROMISIÓN Y SUCESIÓN PROCESAL

### INTERVENCIÓN COADYUVANTE

#### ARTÍCULO 97

*Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.*

*Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.*

*El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI.  
LEY 26887 art. 141.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 267.  
C.P.C.M. Iberoamérica art. 58.  
C.P.C. Colombia art. 52.  
C.P.C.N. Argentina arts. 90, 91.  
C.F.P.C. México art. 78.

---



1. La norma regula la figura del tercero coadyuvante, ayudante, asistente o adherente que interviene en el proceso a fin que una de las partes obtenga una sentencia favorable porque tiene con esta una relación material que puede verse afectada. El coadyuvante, solo interviene cuando el proceso está pendiente, aun durante el trámite en segunda instancia, pues, si este tiene interés que una de las partes triunfe en el proceso debe ingresar para ayudar o asistir cuando todavía no se ha definido el conflicto

Se considera al coadyuvante como parte accesoria en el proceso, a pesar que no involucra una pretensión propia, porque hace suya una pretensión ya alegada por la parte principal. Tiene la condición de parte secundaria y accesoria de la principal porque actúa subordinadamente para defender las razones de un derecho ajeno y en un plano distinto al de la parte principal.

La posición que sostiene que el coadyuvante no es parte en el proceso, simplemente confunde las partes del Derecho material con las de la relación procesal. Si bien el coadyuvante no es parte en la relación material que se viene discutiendo en el proceso, sí puede serlo en la relación procesal. La redacción del tipo en el Código nos permite señalar la intervención del coadyuvante, como parte, a pesar que no tenga nada que ver con el derecho en litigio. Tiene un interés tutelado por el Derecho, implícitamente, porque le otorga legitimación para intervenir, en menor grado, que la que goza la parte principal. En tal sentido, también puede interponer recursos impugnatorios, a favor de la parte que asiste, a pesar que la propia parte afectada no lo realice (ver artículo 355 del CPC).

2. El interviniente se incorpora en el estado en que se encuentre el proceso y no lo retrotrae bajo ningún aspecto. Su ingreso exige que este no haya intervenido anteladamente como parte o bajo otra calidad en el proceso porque ninguna parte puede ser coadyuvante de sí misma. Quien asume la posición de demandante o demandado o interviniente principal no puede convertirse en parte coadyuvante; Sin embargo, de manera excepcional podemos encontrar situaciones donde la parte principal del proceso se convierte en coadyuvante. Es el caso del saneamiento por evicción regulado en el artículo 1499 del CC, "si el transferente sale a juicio, ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta la conclusión del juicio. Cuando el adquirente lo solicite puede coadyuvar en la defensa".

3. El interés personal en el éxito de la pretensión o de la defensa de una de las partes principales constituye uno de los presupuestos para el ingreso del coadyuvante, en el proceso que no solo debe dirigirse a las partes principales, sino incluso a la intervención excluyente principal. La redacción del código regula el interés cuando señala "quien tenga con una de las partes una relación jurídica (...) que puede ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida".

4. La legitimación que tiene el coadyuvante para intervenir se sustenta en la relación material que tiene éste con una de las partes; relación que no es materia del proceso, pero que el resultado de éste afectará de manera refleja o indirecta al coadyuvante. Esta legitimación es menos plena que la principal, porque el coadyuvante no forma parte del derecho material objeto del proceso. Esa es la razón para que se incorpore como coadyuvante y no como litisconsorte. El interés que origina la relación material no debe ser subjetivo sino que debe estar jurídicamente tutelado.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese orden de ideas, no compartimos la calificación de “litisconsorcio voluntario” que el artículo 587 del CPC otorga al tercero en un proceso de desalojo. Como señala dicha norma “el tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única. Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107”. Consideramos que debe intervenir en el proceso, pero en atención a su interés jurídico lo podríamos ubicar bajo la figura del tercero coadyuvante que regula el artículo 97 del CPC, de tal manera, que si en la audiencia se advierte que éste carece de título posesorio, debe operar la extromisión, figura que a tenor del artículo 107 se orienta a separar del proceso al tercero legitimado, no a la parte, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.

5. El tipo legal que regula al coadyuvante lo califica como una parte, pero con menos legitimidad que la principal. Esta legitimación es permanente hasta la terminación del proceso.

Limita su actividad procesal a todos los actos que no estén en oposición con la parte que ayuda y que no implique disposición del derecho discutido. Tampoco puede modificar ni ampliar el objeto del litigio ni formular reconvencción, pero, sí está facultado para interponer recursos impugnatorios (véase artículo 364 del CPC). Es importante resaltar el papel del coadyuvante para la apelación, a pesar de la omisión de la parte ayudada. La razón está en que la cosa juzgada también alcanza a terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, siempre y cuando hubieran sido citados con la demanda.

Los medios probatorios también deben estar orientados a apoyar la posición del coadyuvado, operando inclusive en esta actuación el principio de adquisición, por el cual, las partes se liberan del dominio de los medios probatorios para incorporarlo al proceso. El ingreso del coadyuvante no altera la competencia del juez, que es el mismo que viene conociendo el proceso porque no introduce una nueva pretensión.



### JURISPRUDENCIA

---

*La transferencia de un inmueble hipotecado, no importa la subrogación o sustitución de las partes de la relación obligatoria, pues, los ejecutados tienen la calidad invariable de deudores, por lo que el adquirente del bien hipotecado tiene solo derecho a participar en el proceso, concurrentemente con los deudores, como coadyuvante, mas no como sucesor procesal.*

*Debe notificársele al nuevo adquirente del predio de litis, quien se incorpora al proceso, en el estado en que se encuentre (Exp. Nº 98-8649-1652, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 180).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Apareciendo del contrato con garantía hipotecaria que el garantizado pudiera tener interés en el proceso, pudiendo ser común o jurídicamente relevante, el juez debió integrarlo a la relación procesal, no como litisconsorte sino como coadyuvante, pues, el decisorio no le afectará de manera directa.*

*No obstante la omisión en la citación, no acarrea la nulidad de lo actuado (Exp. N° 37087-667-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 362-363).*

*La intervención coadyuvante exige como elementos concurrentes: que el pretendiente tenga con la parte una relación jurídica sustancial que genere un interés propio de ese, de lograr la satisfacción de pretensiones existentes fuera del proceso o redunde en esa relación extrajudicial entre la parte y el interviniente adhesivo; que, no se extiendan a él los efectos de la sentencia, pues, de lo contrario su intervención derivaría en un litisconsorcio (Exp. N° 3434-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 318).*

## INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL

### ARTÍCULO 98

*Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de esta.*

*Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI.  
C.P.C. arts. 93, 101.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 58.

---



1. La doctrina admite la existencia de un litisconsorte intermedio, entre el voluntario y el necesario. Ocurre cuando existiendo varias personas, eventualmente legitimadas, para intentar una determinada pretensión, o para oponerse a ella, la sentencia es susceptible de afectar a todos por igual, aun en el supuesto que no haya participado o no hayan sido citadas al correspondiente proceso.

Dicho en otras palabras, este tipo de litisconsorte surge cuando una pretensión en controversia va a afectar a personas legitimadas, que no han intervenido en su discusión a través del proceso judicial. Lo importante para este tipo de litisconsorcio es que exista una relación material que la ley regule, dando a varios sujetos, legitimidad para intervenir en determinados eventos que se refieran a esa relación material, esto es, la ley permite se entable la relación jurídica procesal válida sin que en ella participen todos los titulares, pero lo resuelto obliga a todos.

2. Atendiendo al modo de regularse la legitimación y al momento en que se produce la pluralidad de partes en el proceso, Montero Aroca<sup>(1)</sup> distingue dicha

---

(1) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. p. 58.

pluralidad como: necesaria y eventual en atención a la modalidad de su origen y lo ordinario de su legitimación.

La intervención litisconsorcial surge cuando se incorporan como terceros aquellos que afirman su cotitularidad en la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales. Este tercero hubiera podido figurar desde el comienzo como parte, pero si no sucedió así, fue porque su presencia no fue considerada imprescindible. Su posición habilitante para intervenir se basa en la simple afirmación de su cotitularidad. El tercero al intervenir tratará de defender derechos propios, no ajenos, pero no ejercerá una pretensión distinta de la ya ejercitada por el demandante. No suspenderá el proceso y se incorpora en el estado en que se encuentre. A partir de allí, el interviniente se convierte en parte y todas las posibilidades de actuación procesal le están abiertas. En atención a la legitimidad que tienen estos terceros, la doctrina le conoce como intervención adhesiva autónoma.

Un ejemplo interesante que plantea la doctrina al tratar este litisconsorcio es la referida a las obligaciones indivisibles. Si bien la obligación solo puede ser cumplida o exigida conjuntamente a todos los obligados o acreedores para el cumplimiento, esto último es producto de una opción legislativa. En el Perú, el artículo 1176 del CC señala “en las obligaciones solidarias, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”.

3. Al igual que el litisconsorcio necesario como la intervención litisconsorcial siempre se va a ejercitar una única pretensión y dictar una única sentencia frente a todos los deudores, sin embargo, la intervención de la pluralidad de partes del litisconsorcio cuasinecesario no viene impuesto por la naturaleza de la relación jurídico material, como sí procede en el necesario.

Los intereses difusos, regulados en el artículo 82 del CPC también son una expresión de la intervención litisconsorcial. En igual forma, el supuesto que recoge la Ley de Sociedades, cuando el artículo 143 señala que la junta de accionistas puede ser impugnada por cualquiera de los socios y la decisión afecta a todos, sin embargo, debemos tener en cuenta la intervención coadyuvante que regula el artículo 141 de la citada ley para la participación de los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

4. En conclusión, podemos señalar como ideas centrales de esta intervención: a) la existencia de una relación material regulada por ley, para que en un evento determinado, existan varios sujetos legitimados; b) no requiere que la totalidad de ellos sean citados. Su intervención es voluntaria porque su presencia no es necesaria para la validez de la relación procesal, ni menos para dictar la sentencia de fondo; c) la sentencia a recaer afecta al interviniente litisconsorcial a pesar de no haberse incorporado al proceso; d) ingresa al proceso en el estado en que se

encuentre porque no incorpora ninguna pretensión propia; e) su intervención puede producirse en cualquier momento, hasta en segunda instancia.



### JURISPRUDENCIA

---

*El accionista que hubiese votado a favor del acuerdo impugnado puede intervenir a su costa en el proceso, no como litisconsorte, sino como coadyuvante, en la defensa de la validez del acuerdo impugnado (Exp. N° 1368, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 360-362).*

*El petitorio de intervención litisconsorcial, no tiene virtualidad jurídica por tratarse de un proceso terminado por sentencia de vista. El efecto de convertirse en parte procesal, tiene consecuencia en el estado en que se encuentre el proceso (Exp. N° 2220-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 324).*

*El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, la que quedará obligada a mantener en depósito hasta la conclusión del proceso, debiendo el actor acompañar a su demanda como un requisito de admisibilidad, la constancia del depósito que le expedirá el depositario.*

*Esta exigencia formal prueba la legitimidad para obrar del accionista, no siendo necesario acreditar mediante otros elementos de juicio el interés económico o moral (Exp. N° 624-93-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-ma, 1997, pp. 646-647).*

*Si el petitorio de intervención litisconsorcial tiene como fundamento el haber honrado unas cartas fianzas en beneficio de la entidad demandada, tiene interés económico el litisconsorte para que esta les restituya lo que consideran indebidamente cobrado. Siendo así, le alcanzan las mismas exigencias procesales para demandar y las que previene la ley para la improcedencia de la demanda (Exp. N° 613-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 317).*

## INTERVENCIÓN EXCLUYENTE PRINCIPAL

### ARTÍCULO 99

*Quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado.*

*Esta intervención solo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia.*

*El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, esta se sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose similares facultades probatorias a las partes.*

*La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI.  
C.P.C. arts. 100, 101.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 105.  
C.P.C. Colombia arts. 53, 59.

---



Constituye una modalidad de intervención por la que un sujeto inicialmente ajeno a la relación jurídica material inserta al proceso una pretensión incompatible, pero conexa con el que es objeto de la controversia. Para Lino Palacio<sup>(1)</sup> “...esta intervención tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo”. La intervención excluyente permite canalizar las preocupaciones de una persona, cuando se da cuenta que un derecho que supuestamente le corresponde está siendo disputado por otros.

En este caso, no es necesario esperar la culminación del proceso para recién obtener el reconocimiento del derecho, sino que a través de la intervención principal, regulada en el presente artículo, puede hacerse en el mismo proceso, por ello

---

(1) PALACIO, Lino. Op. cit., p. 231.

se considera que esta figura procesal se justifica por razones de economía procesal a fin de evitar la diseminación de la competencia territorial, pues, permite que se incorpore una pretensión incompatible con la que se viene ventilando en el proceso originario. Por citar, si frente a una controversia entre A y B, ambos afirman ser propietarios de una cosa, pero interviene C, pretendiendo ser a la vez propietario de la misma cosa. Opera aquí una acumulación de pretensiones por inserción cuya conexidad con la originaria se ubica en uno de los elementos de la pretensión, el petitório u objeto.

De lo expuesto podemos coincidir que esta intervención opera con la existencia de un tercero, titular de una relación jurídica material, propia e incompatible con las originarias. Existe una autonomía plena de gestión, pues, actúa como parte y no como un tercero. Su incorporación debe darse antes de la sentencia de primera instancia y genera la suspensión de esta, mas no del proceso.

La intervención excluyente contiene una acumulación sucesiva por inserción de pretensiones, conformando con las partes originarias un litisconsorcio pasivo. No existe coincidencia en la doctrina para calificar si esta intervención se ubica en el litisconsorcio necesario. Para un sector existe litisconsorcio simple y formal pues si bien el demandante y demandado tienen un interés común: rechazar la pretensión del tercero interviniente, por ser perjudicial para ambos, la oposición e incompatibilidad existe a su vez entre sus pretensiones y defensas, por lo tanto, no hay comunidad de intereses ni de suertes. En cambio Palacio<sup>(2)</sup>, citando a Calamandrei, considera que no constituye requisito que los diversos sujetos que figuran en una misma posición de parte actora, se encuentren aliados frente a su contradictor ni que los litisconsortes aparezcan unidos en su actuación procesal. "Las relaciones de contradicción se entrecruzan y se contraponen entre las diferentes parejas correspondientes a las diversas demandas. En lugar de un solo encuentro general, en un frente único, el proceso se escinde en otros tantos contradictorios de parejas diversas, en los cuales cada litisconsorte puede encontrarse ya como aliado ya como adversario de cada uno de los otros".

Jairo Parra, califica a este tipo de litisconsorcio como cuasinecesario, porque se forma, no por una relación sustancial preexistente al proceso, sino por una relación nacida de este. Esta intervención principal trabaja con tres relaciones, la primera, que es la primigenia y comprende al demandante y demandado; la segunda, dada por el tercero interviniente contra el demandado; y la tercera, que niega al interviniente la pretensión del demandante. Si la pretensión del interviniente fuese amparada, convierte en litisconsortes a las partes originales; pero si fuese desestimada, las partes dejan de ser litisconsortes y el juez resuelve sobre cuál de ellas tiene razón.

---

(2) PALACIO, Lino. Op. cit., p. 203.



### JURISPRUDENCIA

---

*Solo quien pretende en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra el demandante y demandado. A pesar de haberse admitido en el proceso a un tercero excluyente principal, no resulta procedente declarar titular del derecho discutido en atención a que cuenta con derecho inscrito respecto de las unidades catastrales de las cuales solicita el otorgamiento de escritura.*

*La pretensión no merece amparo, toda vez que el título con que aparejó la demanda ha sido anulado por Resolución Ministerial, por lo que no pudiendo demostrarse la obligación contractual de la cual se solicita el otorgamiento de escritura pública, es aplicable el artículo 200 del Código Procesal Civil (**Exp. N° 8689-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 493-495**).*

*El proceso de otorgamiento de escritura no es el idóneo para establecer si a la litisconsorte, le asiste o no el derecho de propiedad del predio que según el actor le pertenece; pues ella, ha sido incorporada a este, no como tercero excluyente principal y como tal carece de pretensión propia que amerite pronunciamiento especial respecto del referido derecho (**Exp. N° 505-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 492-494**).*

*Si se solicita la intervención excluyente principal y ella no se resuelve con la sola presentación sino que se posterga su dilucidación hasta la sentencia, ello afecta el derecho de los apersonados durante el proceso.*

*Al respecto el artículo 9 del CPC previene que la expedición de la sentencia queda suspendida hasta que se resuelva el petitorio, para que en caso se ampare la relación jurídico-procesal se recomponga con los favorecidos, o en contrario, se pueda apelar de ella (**Exp. N° 1558-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 325**).*

## INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD O DE DERECHO PREFERENTE

### ARTÍCULO 100

*Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.*

*También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.*

*Las intervenciones descritas en este artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el sub-capítulo 5, capítulo II, título II, sección quinta de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. VI.
C.P.C.	arts. 99, 101, 533 a 539.

---

### Comentario

---

Esta figura es la expresión clásica de la tercería. Se considera que cualquier persona ajena a las partes que figuran en un determinado proceso puede invocar-la a fin que se disponga el levantamiento de una medida cautelar ejecutada en ese proceso.

Lo interesante de esta figura es que busca levantar la medida cautelar que afecta a un bien de su propiedad o que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia, respecto de lo obtenido en la ejecución forzada, para lo cual está facultado inclusive a suspender el proceso principal. Nótese que este efecto difiere del tercero excluyente principal, cuya intervención solo puede suspender el pronunciamiento de la sentencia mas no del proceso.

Para Jorge Peyrano<sup>(1)</sup>, la figura de la tercería compromete los siguientes elementos para su existencia: a) un sujeto procesal principal; b) ostentar un interés

---

(1) PEYRANO, Jorge. Procedimiento civil y comercial. T.2. Editorial Juris. Buenos Aires, 1992, pp. 66-67.

económico, en ciertos aspectos de una relación procesal pendiente, a la cual es y permanece ajeno; y, c) interés que defiende mediante la interposición de las denominadas tercerías.

Se considera que el tercerista es un sujeto principal porque esgrime una pretensión propia a través de una demanda y lo hace contra quienes son partes originarias del proceso en el que se ha ejecutado la medida cautelar sobre sus bienes. Esta pretensión va a permitir la formación de un nuevo proceso, en el cual, el tercerista será el actor y las partes originarias, los demandados. No obstante, que el tercerista ostenta la condición de parte actora en el proceso de tercería, es innegable que este continúa siendo un tercero indiferente con relación al proceso principal, sin que ello implique que no tenga la facultad de intervenir en dicho proceso para formular peticiones relacionadas solamente con lo que es objeto de la tercería.

Por otro lado, es importante resaltar que el tercerista a diferencia de la intervención de terceros, no tiene un interés directo en lo que se defina en el proceso originario, pues este desenlace no le va a afectar. El interés del tercerista se agota en liberar su propiedad o cobrar con preferencia su crédito y no tiene interés en el derecho que se defina en el proceso originario. Hemos de destacar que Palacio al hacer la distinción de la tercería frente a la intervención de terceros, solo ubica en este extremo al tercero excluyente principal mas no hace extensivo esa distinción a otras figuras de intervención de terceros. Frente a ello, Peyrano graficando este interés plantea el siguiente ejemplo: “Primus demanda a Secundus por el cobro de una deuda, procediendo a embargar un bien que cree de propiedad de este, para luego ejecutarlo y cobrarse con el producto de su realización. Empero Tertius (tercerista), enterado del embargo en cuestión, demanda a su vez a Primus y Secundus (promoviendo en su contra una tercería de dominio), peticionando que se deje sin efecto dicha medida cautelar. Repárese que en ese caso, le es totalmente indiferente a Tertius que Primus triunfe o sea derrotado en su pretensión de percibir una suma de dinero de manos de Secundus. El único interés de Tertius reside en un aspecto de la controversia desatada entre Primus y Secundus: que se cancele la medida cautelar decretada en su curso”.

Sobre este extremo, Palacio<sup>(2)</sup> señala “...las tercerías se distinguen de la intervención principal porque esta última incorpora a un proceso pendiente una pretensión incompatible con la que constituye el objeto de aquel, y asume, por consiguiente, el carácter de parte en ese mismo proceso. De allí que la sentencia que se dicte en este lo afecte en la misma medida que a las partes originarias. En las tercerías, por el contrario, la pretensión del tercero no interfiere en la interpuesta por el actor originario”.

---

(2) PALACIO, Lino. Op. cit., p. 274.

Nuestro ordenamiento concede al tercerista la posibilidad de hacer valer su pre-tensión limitado a ciertos aspectos como la tercería excluyente de propiedad y el derecho preferente. Por otro lado, constituye requisito vital para la admisibilidad de esta tercería la existencia de una medida cautelar, caso contrario, no podría justificarse el interés jurídico para intervenir, menos para paralizar el proceso principal.



### JURISPRUDENCIA

---

*La tercería de propiedad persigue única y exclusivamente la demostración de un derecho ajeno a la relación interpartes del cual emerge la medida cautelar (Exp. N° 4151-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 290).*

*Es aplicable el principio de prioridad registral cuando concurren en el registro dos titulares de derechos de naturaleza real, en cuyo caso tendrá preferencia quien haya inscrito primero. En cambio, cuando se trata de derechos de diferente naturaleza, se aplican las normas del Derecho común.*

*Ante un enfrentamiento entre el derecho personal y el real, tendrá preferencia el titular del derecho real porque goza de la oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal. El hecho de haberse embargado un inmueble que en el registro aparece como propiedad de los demandados, no podrá hacer valer su derecho de embargante contra quien, al momento del embargo, era el verdadero propietario, a pesar que este inscriba su derecho con posterioridad (Exp. N° 101-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 139).*

*La naturaleza de la acción del tercerista tiene como base un derecho real que implica el derecho de propiedad. Por otro lado, el derecho del embargante es de carácter personal, por tratarse del cobro de una suma de dinero, cumplimiento de una obligación (Cas. N° 1702-99-Ucayali, El Peruano, 07/01/2000, p. 4508).*

*Cuando el artículo 534 del Código Procesal Civil expresa que la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, se refiere a la subasta del mismo (Cas. N° 1030-98-Tacna, El Peruano, 16/04/99, p. 2902).*

*Interpuesta la demanda de tercería preferente de pago, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia; esto quiere decir que el juez debe analizar la naturaleza de los créditos contrapuestos y determinar cuál de ellos tiene preferencia de pago sobre el otro, de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales (Cas. N° 174-99-Lima, El Peruano, 01/09/99, p. 3411).*

*La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena, y tiene como finalidad la desafectación del bien (Cas. N° 991-98-Huánuco, El Peruano, 08/01/99, p. 2449).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si bien los trabajadores tienen prioridad en el pago de sus beneficios sociales, ello corresponde exigirse con el título correspondiente, esto es, con la sentencia definitiva de reconocimiento de los beneficios sociales, reclamado ante el juez competente (Exp. N° 232-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 491).*

*Tratándose de sociedad de gananciales, los cónyuges no son partícipes de cuotas ideales, pues, no existe la figura jurídica de copropiedad. A pesar que no existe cuotas ideales predefinidas, debe considerarse que el embargo es la forma de proteger al acreedor, por lo que cabe su concesión, no obstante no resultar posible rematar los derechos y acciones. Nada impide afectar el bien, porque desafectar el mismo implicaría admitir que se trata de un bien inembargable, situación que no se encuentra dentro de los alcances del artículo 648 del Código Procesal Civil (Exp. N° 4653-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 487-488).*

*La tercería de propiedad tiene por objeto se deje sin efecto y/o suspenda el proceso de ejecución y/o remate de acciones y derechos.*

*No resulta coherente declarar fundada en parte la demanda porque el petitorio es indisponible, toda vez que se pretende dejar sin efecto toda afectación que recae sobre el inmueble de propiedad de la sociedad conyugal, y no solo en parte, pues, bajo ese razonamiento se mantendría vigente el embargo trabado, sin pronunciarse el órgano jurisdiccional por el conflicto que se ha recurrido (Exp. N° 971-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 483-484).*

*El documento privado posterior a la constitución de hipoteca y sin fecha cierta, no puede acreditar la tercería excluyente de propiedad.*

*Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al que se opone. La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos (Exp. N° 3245-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 279-280).*

*Si no se ha acreditado que la minuta y escritura pública de compraventa, se haya suscrito con anterioridad a la inscripción del embargo preventivo, es improcedente la demanda sobre tercería excluyente de dominio (Exp. N° 3960-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 145).*

*La tercería de propiedad, se funda en el derecho de dominio que tiene un tercero, que no es parte en un proceso y cuyo bien ha sido afectado por medida cautelar. Para accionar se debe acreditar la propiedad con documento público o privado de fecha cierta (Exp. N° N-391-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 451).*

*Puede intervenir en un proceso quien pretende que se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar (Exp. N° 110-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 447).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercería excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. Nº 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).*

*Por la acción de tercería se pretende excluir un bien afectado por una medida cautelar. Quien lo interpone es un tercero a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada (Exp. Nº N-551-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 448).*

*La tercería excluyente de dominio tiene el objeto de recuperar por tercera persona, bienes embargados que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar eran de su propiedad y no del ejecutado (Exp. Nº 2117-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 298-299).*

*Por la acción de tercería se pretende excluir un bien afectado por una medida cautelar. Quien lo interpone es un tercero a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada (Exp. Nº N-551-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 448).*

*Puede intervenir en un proceso quien pretende que se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.*

*El juez de la pretensión principal es competente para que conozca la acción de tercería interpuesta (Exp. Nº 110-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 447).*

*La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercería excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. Nº 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).*

*La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercería excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. Nº 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).*

*No procede calificar, en el proceso sobre ejecución de garantías, la intervención excluyente de derecho preferente, si el recurrente ha hecho uso de las intervenciones previstas en el artículo 100 del CPC, a través del proceso de tercería (Exp. Nº 80-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 181).*

## REQUISITOS Y TRÁMITE COMÚN DE LAS INTERVENCIONES

### ARTÍCULO 101

*Los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demanda, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes.*

*El juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Solo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que este se halle al momento de su intervención.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. VI.
C.P.C.	arts. IV, IX, 97, 98, 99, 100, 107, 130, 131, 424, 425, 690, 726.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 60.
C.P.C.N. Argentina	arts. 92, 93, 94, 95, 96.

---



1. La idea clásica del proceso, conformada por la intervención de dos partes, ha sido superada por el proceso moderno para permitir la presencia de otros sujetos, que inicialmente eran extraños, pero que ingresan a este, quedando convertidos en partes, de tal manera, que en el proceso van a existir varias personas unidas en una determinada situación. Esta reunión puede darse en atención a la posición de las partes en el conflicto, esto es, asumiendo un rol activo, pasivo y mixto; también puede configurarse en atención a su origen o fuente, esto es, por la voluntad de las partes o por exigencia de la ley; esta reunión puede formarse al inicio del proceso o en el transcurso de este.

2. En sentido lato podemos decir que tercero es aquel que no es parte en el proceso, sin embargo, esta idea tan simple no puede ser aceptada, pues bajo similar lógica podrían ser comprendidos los amigos, familiares, conocidos, etcétera. Tercero es quien en el momento de trabarse la relación jurídico procesal no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado. Es aquel, que pudiendo intervenir en el proceso, no lo ha hecho, pero tiene la posibilidad de vincularse con posterioridad a él.

Para ser considerado tercero es necesario tener un interés jurídico relevante que justifique su ingreso al proceso ya iniciado. Como señala Parra Quijano<sup>(1)</sup>, "...alguien es tercero en un proceso, en un momento presente, pero, con la posibilidad futura de llegar a ser parte, ya que quien no tiene esa posibilidad futura será un tercero sin ningún interés para el Derecho Procesal".

Por otro lado, las atribuciones de los terceros, depende del mayor o menor grado de interés jurídico relevante invocado. Cuando mayor sea el grado de interés, mayor será el número de facultades. Por citar, el interés del tercero coadyuvante está en menor grado que el interés de un excluyente principal, en tal sentido, nuestro ordenamiento le permite al primero incorporarse en el estado en que se encuentre el proceso, incluso durante el trámite en segunda instancia, en cambio, el excluyente principal solo puede hacerlo hasta antes que se expida sentencia en primera instancia, pudiendo inclusive suspender la emisión de esta, por insertar una nueva pretensión.

3. Tercero es un sujeto que puede intervenir, eventualmente, en el proceso pendiente, porque la ley le facilita su incorporación, siempre y cuando posea un interés jurídico relevante, cuyas atribuciones concedidas estarán en la medida de ese interés. Para Jorge Peyrano<sup>(2)</sup> tercero es "...el sujeto procesal eventual no necesario para la prestación de la actividad jurisdiccional que, sin ser parte, tiene la chance de participar en una relación procesal pendiente en la medida del interés jurídico que ostente y a través del instituto técnicamente denominado intervención de terceros".

El fundamento de la intervención de terceros, es el de evitar la actividad jurisdiccional múltiple, obviando de ese modo la promoción de procesos que en definitiva pasarán a ser resueltos en una sentencia única, y además produce los efectos de la cosa juzgada con relación a todos los interesados.

4. La intervención de terceros puede realizarse de dos maneras:

1) voluntaria, por iniciativa de los propios terceros; 2) forzada o coactiva, por iniciativa de las partes o del juez.

Hay intervención voluntaria cuando el tercero asume la iniciativa de ingresar al proceso ya iniciado porque lo afecta o porque puede afectarlo. Su intervención esta legitimada por el interés jurídico relevante que exhiba. La intervención de terceros reconoce varias subcategorías, con caracteres disímiles. A mayor dosis de interés jurídico relevante le corresponde una figura de intervención voluntaria donde el tercero cuenta con mayor número de atribuciones.

(1) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit., p. 30.

(2) PEYRANO, Jorge. El procedimiento civil y comercial. T.2, juris, Santa fe, 1992, p. 63.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Son expresiones de la intervención voluntaria regulada en el Código Procesal, la intervención coadyuvante (artículo 97), intervención litisconsorcial (artículo 98), intervención excluyente principal (artículo 99) e intervención excluyente de propiedad o derecho preferente (artículo 100) Con relación a la intervención forzada u obligada de los terceros, nuestro Código ha consagrado las siguientes figuras: la denuncia civil (artículo 103), el llamamiento en garantía (artículo 104), el llamamiento posesorio (artículo 105) y el llamamiento por fraude o colusión (artículo 106).

Doctrinariamente se distinguen tres tipos de intervención voluntaria: 1) la principal o excluyente, 2) la adhesiva simple o coadyuvante y 3) la adhesiva autónoma o litisconsorcial.

El primer caso se da en el supuesto que el tercero interponga, frente a las partes originarias, una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo. El Código ha regulado esta figura en el artículo 99 del acotado.

La adhesiva simple queda tipificada cuando el tercero, por tener un interés jurídico que coincide con el derecho alegado por cualquiera de los litigantes principales, toma participación en el proceso, a fin de coadyuvar al éxito de la pretensión o de la oposición; su posición no es autónoma sino dependiente de la parte con la cual asiste. Esta intervención ha sido acogida en el artículo 97 del CPC.

La adhesiva autónoma o litisconsorcial, se configura en la situación que el tercero interviene en el proceso pendiente, para hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias y se adhiere a la calidad de actora o demandada asumida por la otra u otras. Asume la calidad de parte autónoma que puede actuar, como tal, al mismo nivel que el correspondiente a los litigantes principales. El artículo 98 del CPC consagra este tipo de intervención.

La intervención obligada de terceros queda configurada cuando, a pedido de cualquiera de las partes originarias, el órgano jurisdiccional dispone la citación de un tercero, respecto de quien se considera que la controversia es común, a fin que participe en el proceso pendiente y que la sentencia que se llegue a dictar pueda ser eventualmente opuesta. Doctrinariamente y bajo la influencia alemana se distinguen los siguientes casos de intervención obligada: a) la denuncia de litis o *litis denuntiatio*, b) el llamamiento al proceso del tercero pretendiente y c) la llamada al poseedor mediato o *laudatio o nominatio auctoris*.

5. En todo tipo de intervención, indispensablemente concurren dos requisitos: a) que el proceso esté pendiente entre las partes y b) que el interviniente sea un tercero, esto es, alguien que no sea ya parte en tal proceso. La comparecencia tardía del rebelde no puede confundirse con la intervención de terceros porque, a pesar de no haber comparecido, desde el inicio de la litis, siempre ha sido parte.

En el caso de la intervención obligada, debe existir como requisito indispensable, una controversia en común para que la sentencia que se dicte pueda

eventualmente serle opuesta. Para Chiovenda<sup>(3)</sup> “cualquiera de las dos partes puede llamar en causa a un tercero, respecto del cual estime que la cuestión debatida es común. Tiene por condición no un interés cualquiera, sino que la cuestión debatida sea común a un tercero, lo que supone que el demandante y demandado se encuentren en pleito en virtud de una relación jurídica común al tercero o conexas con una relación en que el tercero se encuentre con ellos, de modo que sea cuestión del mismo objeto y la misma *causa petendi*, que pudieran servir de fundamento de pleito frente al tercero o por parte del tercero, o que hubieran podido dar al tercero la posición de litisconsorte junto al actor o al demandado”. Kenny<sup>(4)</sup> opina que habrá controversia común cuando se entienda que la eventual decisión judicial que resuelva sobre la relación o situación jurídica planteada en el proceso y que constituye la causa de la pretensión, pueda de alguna manera afectar, alterar, gravitar o comprometer la relación o situación jurídica extracontenciosa existente entre una de las partes y el tercero.

La sentencia afectará al tercero, después de su citación, como a los litigantes principales. Ello lleva a reconocer que el tercero, ha de revestir la calidad de parte, junto a la de las partes originarias del proceso. Solo por medio de una pretensión dirigida contra el tercero se puede dictar una sentencia con un contenido que alcance y pueda tener respecto de él, los efectos de la cosa juzgada; véase esto en el caso del saneamiento por evicción, en la que el demandado está obligado a citar o denunciar al vendedor (tercero en la relación procesal) para que acuda al proceso en su defensa, pues, este tiene con el citado una futura acción de saneamiento por la evicción sufrida. Al respecto el inciso 1 del artículo 1500 del CC señala “el adquirente pierde el derecho a exigir el saneamiento: si no pidió y cuidó que se citara al transferente con la demanda del juicio de evicción”.

El pedido de citación del tercero constituye una verdadera pretensión procesal. Esta compuesta por: elemento subjetivo conformado por los sujetos pasivo y activo de la pretensión (el citante y el citado o, lo que es lo mismo, la parte que pidió la intervención obligada y el tercero).

Con el pedido de citación del tercero, para que intervenga en forma obligada en el proceso pendiente, genera el fenómeno de la acumulación subjetiva de pretensiones, compuesta por aquella pretensión y la existente entre los litigantes principales por cuyo motivo ambas deben ser sustanciadas y decididas en el proceso único.

(3) CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. Gómez Orbaneja, Cárdenas editor. T. 2. México, 1989, p. 295.

(4) KENNY, Héctor Eduardo. La intervención obligada de terceros en el proceso civil. Depalma. Buenos Aires, 1983, p. 33.



### JURISPRUDENCIA

---

*La intervención de terceros en el proceso solo se posibilita cuando aún no ha concluido el proceso.*

*Si la venta del bien gravado a favor del tercero que solicita ser parte en el proceso, se ha realizado cuando el bien se encontraba en proceso de remate, y se ha pactado que el precio a pagarse se destinará al pago de la obligación pendiente con el ejecutante, no procede admitir su apersonamiento al procesal (Exp. N° 226-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 359-360).*

*No procede incorporar a los nuevos adquirentes del vehículo con el que fuera atropellada la actora, como denunciados civiles, pues el contrato de compraventa aparece legalizado después de ocurrido el evento dañoso. Un documento privado adquiere fecha cierta desde su presentación ante el notario público para que legalice las firmas o certifique la fecha (Exp. N° 1590-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 327).*

*No debe admitirse por regla general el apersonamiento en un juicio, cualquiera sea su estado, a quien no ha sido parte en el mismo, ni debe darse intervención a extraños, a no ser en los casos en que el que comparezca esté legitimado procesalmente, por tener un interés legítimo que sea protegible jurídicamente (Exp. N° 363-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 532-533).*

*No puede admitirse por regla general el apersonamiento en un juicio, cualquiera sea su estado, a quien no es parte en el mismo, a no ser que el compareciente esté legitimado procesalmente por tener un interés que sea protegible jurídicamente. Todo interés legítimo lleva aparejada la correspondiente acción ante los tribunales (Exp. N° 1167-94-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 508-509).*

*“... Un tercero no puede interponer excepciones ni cuestiones probatorias, pues no es el titular de la relación jurídica sustancial...” (Cas. N° 3060-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 348-349).*

*La debida composición del proceso con la intervención de litisconsorte, cuando ya está enladrada la relación procesal entre actor y demandado, no puede quedar librado únicamente a la voluntad de las partes y terceros intervinientes, sino a la necesidad de conformarse una relación jurídica válida teniéndose en cuenta los efectos de la definición de la controversia, que por esta razón cuando el juez estima necesaria o admite la intervención de un tercero por su situación legitimada, tal decisión es inimpugnable, conforme lo dispone el artículo ciento uno segunda parte del Código Procesal Civil (Cas. N° 192-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.16-A.17).*

*En nuestro procedimiento no puede admitirse por regla general el apersonamiento en un juicio, cualquiera sea su estado, a quien no ha sido parte del mismo ni debe darse intervención a extraños; a no ser en los casos en que el que comparezca esté legitimado procesalmente por tener un interés que sea protegible jurídicamente, pues es indudable que todo*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*interés legítimo lleva aparejada la correspondiente acción ante los tribunales (Exp. N° 1167-94-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.16-A.17).*

*La denuncia civil, si bien no se encuentra considerada dentro de los supuestos del artículo 700 del CPC, nada obsta para que sea empleada por el demandado como medio de defensa si considera que el tercero tiene una obligación o responsabilidad en el derecho discutido (Exp. N° 97-57546-2742, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianna, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 319).*

## DENUNCIA CIVIL

### ARTÍCULO 102

*El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 95, 103, 104, 105, 155, 587.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 106.  
C.P.C.M. Iberoamérica art. 63.  
C.P.C. Colombia art. 54.

---



La norma consagra la figura de la *litis denuntiatio* y consiste que ante la petición de cualquiera de las partes originarias o de oficio, se dispone la citación de un tercero para que participe en el proceso pendiente, porque la sentencia a dictarse en él, pueda serle eventualmente opuesta.

Esta intervención reúne dos modalidades: la citación y la integración. En el primer caso, la citación responde a las circunstancias de existir entre alguna de las partes originarias, y el citado, una relación jurídica que guarda relación de conexidad, sea por la causa o por el objeto; en el segundo caso, la integración, obedece a la necesidad de incorporar al proceso a uno de los sujetos legitimados de una pretensión única.

Lo expuesto nos lleva a decir que en el caso de la citación, la sentencia puede ser eficaz, aun sin citación, pues la intervención se fundamenta en razones de oportunidad, lo que no sucede en el caso de la integración, pues hay razones de necesidad que justifican su incorporación a fin de evitar sentencias inútiles. El litisconsorcio necesario es una expresión de intervención forzada.

Tomando como referencia a la conexión que media entre la relación jurídica que vincula al tercero con alguna de las partes originarias y los elementos objetivos de la pretensión, la doctrina presenta tres diversos tipos de intervención coactiva, todos ellos designados bajo la nomenclatura genérica de la *litis denuntiatio*: a) citación del sujeto pasivo de una eventual pretensión regresiva o del colegitimado, b) citación del legitimado para intervenir y c) citación del tercero pretendiente.

Lo interesante de este tipo de intervenciones coactivas, cualquiera sea la modalidad señalada, es que se limita a poner en conocimiento del tercero el pedido de intervención a fin que, si así lo desea, haga valer los derechos que estime convenientes. Su incomparecencia no genera rebeldía, pues, la citación no implica incorporar al tercero como sujeto pasivo de la pretensión regresiva, pero aquella actitud no obsta para que la sentencia lo afecte como parte principal. Por otro lado, el citado no está obligado a aceptar un proceso concluido para intervenir, pues, ello configuraría un injusto que menoscaba su derecho de defensa; de ahí que acertadamente se legisla la suspensión del proceso para su comparecencia.

Luego de este preámbulo diremos que la denuncia persigue informar a un tercero de la existencia de un proceso para que ayude al denunciante en el triunfo sin que eventualmente se proponga en el mismo proceso la condena al denunciado. En esencia, lo que se busca con esta figura es la prestación de la defensa. La razón de la parte que cita o denuncia se da en atención, a que en caso de resultar vencida en el proceso, podrá promover frente al citado o denunciado una pretensión de regreso o de indemnización.

Para la doctrina la intervención forzada de este tercero se funda en la conveniencia de evitar que en el juicio posterior entablado a causa de la pretensión regresiva, el demandado pueda alegar la excepción de negligente defensa (*exceptio mali processus*).

La eventual sentencia condenatoria que se dicte contra el denunciante, en el proceso que se llame al tercero, constituirá para aquel un antecedente favorable y título para fundar su pretensión de regreso contra el tercero; pero la sentencia condenatoria de que se trata, no puede ser ejecutada contra este último. La citación por evicción se considera como uno de los casos de denuncia de la litis y por lo tanto como un supuesto de intervención obligada de terceros.

La citación por evicción consiste en que el enajenante debe salir en la defensa del adquirente, citado por este en el término que designe la ley. Esta citación es una carga procesal que pesa sobre el adquirente y cuyo incumplimiento lo expone al riesgo de ser derrotado en la correspondiente pretensión regresiva frente al enajenante (ver inciso 1 artículos 1500 y 1498 del CC). Si el vencido en juicio no hubiese hecho citar en el saneamiento al enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por la ley, cesa la evicción.



## JURISPRUDENCIA

*Si bien el denunciado civil ha participado en el evento dañoso en calidad de conductor del vehículo, empero, la responsabilidad solidaria que estatuye el artículo 1983 del CC permite que sea el actor quien elija si la pretensión puede dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios o contra todos ellos simultáneamente.*

La incorporación del denunciado civil se circunscribe a la voluntad del actor y no por la voluntad de la parte demandada (**Exp. N° 64413-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 182**).

La denuncia civil realizada por el demandado no puede ser amparada, pues lo que se busca es la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de fideicomiso, en la que no tienen intervención los terceros citados en la denuncia.

No procede la denuncia civil, pues importaría modificar la pretensión de la demandante y la relación jurídica sustancial invocada por ella, la que solo puede ser modificada por esa parte (**Exp. N° 14640-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 183**).

El pedido de la codemandada de incorporar a la compañía de seguros mediante la denuncia civil, por considerar que la misma debe responder conjuntamente con esta, por cualquier obligación derivada del accidente de tránsito que dio lugar a la interposición de la demanda, no puede prosperar.

Cuando la actora dirige su demanda contra los que considere responsables del accidente automovilístico del cual fue víctima, no implica que también está obligada a responder por el mismo, la compañía aseguradora, pues la exigencia indemnizatoria es facultativa, a elección de la parte actora.

Si bien con la copia de la sentencia se prueba que la acción penal se ha declarado prescrita, ello no implica su no responsabilidad en el evento dañoso (**Exp. N° 1581-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 124**).

Si existe nexo de causalidad entre la acción del conductor del ómnibus del demandado y el daño causado, el emplazado se encuentra en la obligación de indemnizarlo.

Al haberse declarado fundada la denuncia civil interpuesta por el demandado, es menester evaluar la responsabilidad del tercero en los hechos, y estando a que se ha establecido que el demandado es quien se encuentra obligado a la indemnización por acción del conductor del vehículo de su propiedad, debe declararse la extromisión porque no tiene responsabilidad alguna (**Exp. N° 47770-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 120**).

La denuncia civil que se invoca como fundamento de la contradicción para sustentar el agravio de la sentencia, no puede ser amparada si los obligados han emitido el pagaré en respaldo de un financiamiento que el banco ejecutante les ha otorgado para la compra de un bien, cuyas cuotas no han cancelado en su totalidad, procediendo el ejecutante a completar el título (**Exp. N° 7704-2241-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 365-366**).

El Código Procesal Civil no preceptúa en modo alguno la oportunidad en que debe formularse denuncia civil (**Exp. N° 663-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 309**).

Estando a la naturaleza de la pretensión, cual es una indemnización por el uso del bien, resulta arreglada a ley la denuncia civil de los copropietarios del bien, por alegar que la demandada ocupa el bien con autorización de estos (**Exp. N° 10570-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 320-321**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si no se ha emplazado a la cónyuge del demandado, dicha omisión es imputable a dicha parte, ya que conforme lo dispone el artículo 102 del CPC, el demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin que se le notifique del inicio del proceso.*

*Debe desestimarse la denuncia, si la propia parte ha dado lugar al vicio que se denuncia y no ofrece medio probatorio que acredite su estado civil (**Exp. N° 1576-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 322-23**).*

*Si no se formuló denuncia civil en la primera oportunidad que se tuvo conforme al Código Procesal Civil, es aplicación el principio de la convalidación conforme al artículo 172 de la norma procesal.*

*En la presente demanda de desalojo por ocupación precaria no se ha emplazado a la sociedad conyugal, sino al demandado personalmente en cuanto este posee en forma precaria el inmueble objeto de la litis (**Cas. N° 388-95-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo 251, Abril 1997, Trujillo-Perú, pp. A.14-A.16**).*

*La denuncia civil consagrada en el artículo 102 del Código Procesal Civil permite incorporar al proceso a un tercero que no habiendo sido demandado expresamente, asuma las obligaciones o responsabilidades que surjan del derecho discutido, de tal manera que sean emplazados con la demanda y entablen relación procesal con el demandante, no así con el denunciante que puede conservar su condición de codemandado o ser excluido del proceso (**Cas. N° 678-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 263, Abril 1998, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.14**).*

*La evicción requiere de la privación total o parcial en la propiedad, cuando el adquirente está en el goce de la cosa, y que se haya originado en una causa de derecho y no de hecho.*

*La obligación de saneamiento caduca en el plazo de un año a partir de la fecha en que se produjo la evicción y opera de pleno derecho como forma de conclusión de proceso sin declaración sobre el fondo (**Exp. N° 2890-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 206-207**).*

*Habiendo las demandadas tomado conocimiento del proceso hace un año, resulta extemporáneo que en segunda instancia formulen denuncia civil (**Exp. N° 512-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 255-257**).*

*Si bien es cierto que en el certificado de gravamen aparece que el ejecutado adquirió el terreno en calidad de soltero, también lo es que en el contrato de mutuo con constitución de hipoteca, manifiesta ser casado, por lo que la cónyuge del demandado debe también ser emplazada.*

*Tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges (**Exp. N° 1195-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 313-315**).*

*Tratándose de un bien común se debe emplazar con la demanda también a la esposa del comprador demandado, por ser obvio su interés en las resultas del juicio.*

*Si del testimonio de compraventa aparece que el comprador demandado se encuentra casado, es de presumirse por razones de temporalidad que el inmueble adquirido tiene la*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*condición de bien común, a tenor de lo dispuesto por el artículo 185 del Código Civil de 1936 (Exp. N° 634-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 410-411).*

*No obstante que el demandado tiene la condición de casado y suscribe el contrato como propietario del inmueble en su condición de soltero, la sociedad de gananciales es irrenunciable.*

*La acción de otorgamiento de escritura debe entenderse con la cónyuge del demandado quien es la actual ocupante del bien a efecto de garantizar un debido proceso (Exp. N° 1011-95-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 164-165).*

*Si la sala superior declaró procedente el pedido de denuncia civil interpuesta por el ejecutado, a fin de que sea también emplazada su cónyuge, es nula la sentencia que se pronuncia sin haber emplazado a la citada cónyuge, no obstante el pedido oportuno (Exp. N° 97-63742-141, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 178).*

*En la pretensión sobre mejor derecho de propiedad, no se puede sanear el proceso si no se ha emplazado al vendedor, quien se ha obligado con los acreedores de buena fe.*

*El juez de oficio debe integrar a la relación procesal, incluyendo al tercero que ha vendido el inmueble de litis, tanto al demandante como al demandado, pues, le va a afectar la decisión a recaer en autos (Exp. N° 584-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 357-358).*

## TRÁMITE Y EFECTOS DE LA DENUNCIA

### ARTÍCULO 103

*Si el juez considera procedente la denuncia, emplazará al denunciado con las formalidades establecidas para la notificación de la demanda, concediéndole un plazo no mayor de diez días para que intervenga en el proceso, el cual quedará suspendido desde que se admite la denuncia hasta que se emplaza al denunciado.*

*Una vez emplazado, el denunciado será considerado como litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que este. La sentencia resolverá, cuando fuera pertinente, sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 93, 95, 102, 104, 105, 155, 587.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 271.  
C.P.C. Colombia arts. 55, 56.

---

### Comentario

---

1. El objeto del proceso es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. No solo busca satisfacer las pretensiones con el menor tiempo sino que además sea más productivo, de tal manera que permita que con un mínimo de esfuerzo procesal se obtenga un mayor rendimiento del derecho material. Bajo esa premisa, el Código Procesal permite que a través de la denuncia civil, se noticie a un tercero de la existencia de un proceso para que ayude al denunciante en el triunfo, sin que eventualmente se proponga en el mismo proceso la condena al denunciado.

El tercero denunciado que se pretende incorporar forzosamente debe ser emplazado con las formalidades establecidas para la notificación de la demanda; concediéndole un plazo no mayor de diez días para que intervenga en el proceso. Esta intervención provoca la paralización temporal del proceso, desde que se admite la denuncia hasta que se emplaza al denunciado.

2. El denunciado en el proceso es considerado como litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que este. Un caso excepcional a estas citaciones obligadas es el saneamiento por evicción, que consiste en que el

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

enajenante sale a la defensa del adquirente. Señala el artículo 1498 CC que la citación debe realizarse dentro del plazo para contestar la demanda.

Desde el punto de vista procesal, la citación por evicción constituye un aviso para que si lo desea, el citado tome intervención en el proceso, debiendo limitarse a asumir o no la defensa del citante. Si no la ejerciere, su responsabilidad se establecerá en el futuro proceso que corresponda. Si el citado no compareciere, o habiendo comparecido se resistiere a asumir la defensa, el proceso proseguirá con quien pidió la citación, salvo los derechos de este contra aquel. Es decir, los derechos del citante frente al citado de evicción no resultan afectados y la responsabilidad de este último será resuelto en otro proceso.

Si el citado comparece y asume la defensa, caben dos posibilidades: obrar conjuntamente como litisconsorte del citado, con las mismas facultades procesales de este, tal como lo regula la última parte del artículo 103 del CPC; desplazar al denunciante en la defensa y asumir el citado la posición de parte, hasta el final del proceso (ver artículo 1499 del CC).



## JURISPRUDENCIA

---

*Ante la pretensión indemnizatoria por haber pagado negligentemente cheques girados con firmas notoriamente falsificadas, no procede la denuncia civil formulada por el banco demandado para que se incorpore al proceso, a las personas en cuyas cuentas corrientes se depositaron los cheques falsificados, porque corresponde al acreedor hacer valer la solidaridad entre los supuestos deudores (Exp. N° 19723-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 363-364).*

*El Código Procesal Civil no preceptúa en modo alguno la oportunidad en que debe formularse denuncia civil (Exp. N° 663-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 309).*

*Merece declarar la nulidad de la sentencia, si el juez no se ha pronunciado sobre la procedencia o improcedencia de la denuncia formulada, a pesar de haberla puesto en conocimiento de la actora y haber admitido el escrito del denunciado (Exp. N° 570-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 207-209).*

*Al no acreditar la parte demandada, encontrarse al día en el pago de la renta convenida, resulta de amparo la pretensión de desalojo por falta de pago.*

*Si el demandado señala su condición de casado, es su obligación acreditar su estado civil, demostrar que su cónyuge se encuentre ocupando el bien y que haya formulado denuncia civil en el estadio respectivo, para poder amparar su derecho (Exp. N° 859-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 470).*

## ASEGURAMIENTO DE PRETENSIÓN FUTURA

### ARTÍCULO 104

*La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él.*

*El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 102, 103.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 270.

---

### Comentario

---

Hay llamamiento en garantía, según Parra Quijano<sup>(1)</sup>, cuando “al llamamiento del tercero contra el que, la parte que llama tiene una acción de regresión, este añade eventualmente la resolución de la responsabilidad e indemnizaciones a favor del denunciante y en contra del denunciado para que sea resuelto en el mismo proceso”. Este mecanismo se orienta a disminuir la incertidumbre de quien sabe que, en caso de perder el proceso, se condenará también a quien le dio cualquier tipo de garantía que permitiría una acción de regresión.

Como ya hemos señalado la denuncia civil también implica un simple llamado, pero en el caso del llamamiento en garantía, se plantea eventualmente una pretensión por parte del llamante frente al llamado. La relación jurídica procesal es enriquecida por la nueva pretensión que plantea el llamante, para que, en caso de perder el proceso, lo indemnice quien ha traído al proceso.

Técnicamente algunas legislaciones no distinguen la denuncia civil del llamamiento en garantía. Si se llama a un proceso a alguien, a fin de que se entere de la existencia de la litis, existirá denuncia; si eventualmente con la denuncia se

---

(1) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit., p. 151

ejercita una acción para involucrar una pretensión contra el llamado, aparecerá el llamamiento en garantía. La diferencia como lo señala Parra<sup>(2)</sup> está en "... si en la denuncia se puede ejercer la acción revérsica o por el contrario habrá que recurrir a un proceso posterior para ejercer la acción".

Siguiendo la influencia alemana se considera que es mejor que se discuta en otro proceso la acción de regresión mientras que la corriente italiana considera que se haga en el mismo proceso. Ello no justifica la existencia de dos figuras procesales, es mejor hablar de denuncia del pleito, pero que eventualmente y por economía se permitiría la acción de regresión. Nuestro Código se orienta por esta última posición, como podemos ver de la redacción de los articulados 102 y 104 respectivamente, pues, con la denuncia solo comunicamos el pleito a un tercero, pero, si este tercero resulta vinculado como parte y puede ser condenado en el evento que el llamante pierda el proceso, ocurre el llamamiento en garantía o como lo denomina el Código, el aseguramiento de pretensión futura.

Se busca pues con esta figura la proposición anticipada de la acción de regreso. El principio de economía procesal justifica esta intervención porque el juez que conoce la causa es quien estará en mejores condiciones de resolver sobre la responsabilidad del llamado frente al llamante, evitando así sentencias contradictorias. Opera aquí técnicamente una acumulación subjetiva de pretensiones sobrevenida, cuya conexidad puede darse por afinidad o por algún elemento en común de la pretensión. Véase el caso de Juan que concurre a la Farmacia X, con una receta médica para la elaboración de un ungüento. Luego de usar el producto detectó que este le había ocasionado severos daños irreversibles en la piel, por error en la preparación de este, procediendo a demandar indemnización a la farmacia que le vendió el producto. La farmacia demandada conoce que el químico farmacéutico regente es quien erró en la preparación del producto que ha generado dichos daños, situación que le permite demandar al químico para que se le condene a la repetición del pago. Se busca con esta figura la proposición anticipada de la acción de regreso. El principio de economía procesal justifica esta intervención porque el juez que conoce la causa es quien estará en mejores condiciones de resolver sobre la responsabilidad del llamado frente al llamante, evitando así sentencias contradictorias.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se ha pactado que el precio pagado se devolverá en la oportunidad que el vehículo sea vendido, sin haberse fijado plazo alguno, debe tenerse en consideración, que dado el tiempo transcurrido y las circunstancias del caso, el emplazado se encuentra en la obligación de efectuar dicho pago, en vía de devolución del precio entregado, máxime si conserva en su poder el vehículo.*

(2) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit, p. 155

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Aun cuando del documento de mutuo disenso se infiere que el vehículo sería entregado a una tercera persona, en vía de consignación para la venta del mismo, empero, dicha condición no le atañe al demandante, porque, como consecuencia de la resolución el demandado tiene libre disponibilidad del bien, por tener la condición de propietario, resultándole ajeno al accionante la forma que se adopte para la venta del bien, más aún, cuando no se ha probado que el demandante haya ejercido derechos de posesión del bien con posterioridad a la resolución precitada (**Exp. N° 21586-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 222-224**).

El titular de la acreencia de los servicios de luz, agua y teléfono es un tercero, por lo que la parte actora está facultada a requerir el pago en vía de repetición, luego de honrados dichos pagos.

Si no ha cumplido con el pago, carece de legitimidad para obrar (**Exp. N° 4229-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 204-205**).

La acción indemnizatoria puede dirigirse contra el asegurador por el daño, quien responde solidariamente con el responsable directo de este.

No resulta atendible el argumento que la compañía aseguradora ha quedado liberada de responsabilidad por el siniestro, al no haber la asegurada cumplido con reportar el accidente, pues, no corresponde ventilarse dentro de este proceso, los incumplimientos contractuales que se alegan (**Exp. N° 1416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 258-259**).

El fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor, lo que en buena cuenta importa el ejercicio del derecho de repetición (**Exp. N° 1510-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 114-116**).

Por imperio de la ley en nuestro país, toda empresa que explota una aeronave está obligada a contratar con una compañía de seguros la cobertura de los eventuales daños materiales y personales que puedan sufrir los pasajeros.

Es válido el emplazamiento de la compañía aseguradora por ser la llamada a cubrir el pago del resarcimiento económico por los daños ocasionados (**Exp. N° 4672-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 424**).

Cualquier estipulación que se hubiese pactado en la póliza de seguro respecto a riesgos no cubiertos, entre el asegurador y el asegurado, no puede afectar a la víctima del daño, por no haber intervenido esta en su celebración. Las estipulaciones limitativas, servirá de fundamento a la compañía aseguradora para obtener su reintegro en el supuesto que se hubiera pagado la indemnización, por parte del asegurado en vía de repetición.

El monto de la indemnización proveniente de responsabilidad civil extracontractual debe fijarse en moneda nacional (**Exp. N° 49008-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 253-254**).

Contra el endosante está expedita la acción de regreso después del vencimiento de la letra de cambio, cuando esta no es pagada (**Exp. N° 510-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 412-413**).

## LLAMAMIENTO POSESORIO

### ARTÍCULO 105

*Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103.*

*Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor.*

*Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de este y del poseedor por él designado.*

*Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 65 párr. 4, 102, 103, 587, 588.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 59.

---

## Comentario

---

1. El artículo regula la figura del *laudatio* o *nominatio auctoris*. Este llamamiento es aplicable a todos los casos en que el demandado, que carece de legitimación procesal para intervenir en el proceso, realice las diligencias pertinentes para colocar la pretensión del actor en condiciones viables frente al verdadero legitimado para intervenir.

Esta figura es conocida como “llamada al poseedor mediato o citación del legitimado para contradecir”. Según la doctrina, este tipo de intervención obligada de terceros se da cuando formulada una pretensión real contra quien tiene la posesión de una cosa ajena, este pone en conocimiento del poseedor mediato la

existencia del proceso, a fin que asuma el rol de demandado y pueda aquel desvincularse del proceso.

Esto significa que denunciada la persona del poseedor mediato, corresponde al actor modificar su demanda (pues no hay emplazamiento válido) y dirigirla contra este último, permitiéndose así la extromisión del primitivo demandado. Si el actor se opone al ingreso del denunciado, siguiendo la pretensión contra quien demandó, se expone a que la demanda sea rechazada por falta de legitimación en el demandado.

2. Tiene como finalidad –la *litisdenuntiatio*– que el demandado no legitimado se dirija al verdadero legitimado para que ocupe su puesto en la causa intentada contra él o poner al actor en condiciones de proseguir la causa, si quiere, contra el verdadero legitimado, provocándose así en el proceso una **mutación de partes**. La exposición de motivos del Código General del Proceso uruguayo<sup>(1)</sup>, al referirse al llamamiento posesorio, dice: “... se trata de un deber de colaboración con la justicia que obliga a quien sabe por conocimiento propio que la demanda está erróneamente dirigida contra él a indicar el verdadero responsable, en virtud de la situación sustantivo que se ha planteado en el proceso”.

La intervención obligada solo puede darse con la participación de las partes originarias del proceso y del tercero, a quien la sentencia también lo alcanzará, si bien en el aspecto solo declarativo. La citación del legitimado para contradecir produce una sustitución procesal de parte; véase en ese sentido lo que señala la norma “si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor”.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

---

(1) Tomado de la Exposición de Motivos del Código General del Proceso uruguayo, elaborado por Enrique Vescovi, editorial Abaco. Montevideo, 1990, p. 198 citado por CARRIÓN, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Grijley. Lima, 2000, p. 315.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



### JURISPRUDENCIA

---

*La reivindicación es la acción real por excelencia, orientada a obtener la restitución del bien a favor de su propietario.*

*Dicha pretensión atañe derechos, de quienes vienen detentando la posesión sin tener la condición de propietarios, por lo que es importante que se involucre a todos los que ejercen la referida posesión, a la par que los derechos que pudieran asistirles se dilucidan en este proceso frente al de propiedad, que se irroga el demandante.*

*En aras de un debido proceso, la notificación con la demanda debe dirigirse al inmueble cuya restitución se pretende (Exp. N° 1180-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 64).*

*Mediante el ius vindicandi, el propietario recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno a derecho.*

*No se puede emitir pronunciamiento respecto al mejor derecho en el proceso por reivindicación, pues, por la naturaleza de la pretensión, solo debe concurrir un acreedor de la propiedad y no varios que aleguen la condición de propietarios de un mismo bien.*

*Existiendo un título de propiedad, que la demandada opone al de los actores, no significa que esta se encuentre en condición de tercera ajena al derecho en controversia (Exp. N° 4272-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 65).*

*Si la demandante autorizó a la demandada para que ocupara su casa, estaría acreditado su título de posesión por el derecho de uso y habitación otorgado por la propia actora, sin embargo, ello se desvanece desde que la emplazada señala que no reside en el predio, esto es, no tiene la posesión sobre el bien.*

*Si la demandada ha señalado que ella no es la actual ocupante del predio, sino una tercera persona, a quien se le emplazó válidamente, devolviendo esta la cédula, ello no justifica declarar la nulidad. La nulidad puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (Exp. N° 2624-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 55).*

*El tercer ocupante del predio, puede actuar como litisconsorte voluntario, en este caso no integra la relación procesal, pero habiéndose incorporado con la calidad de necesaria, se incorpora a la relación procesal, por lo que necesariamente debe ser incluido en el pronunciamiento jurisdiccional (Cas. N° 937-98-Lima, El Peruano, 21/12/92, p. 2271).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Procede la denuncia civil de los subarrendatarios que ocupan el predio sub litis, toda vez que el resultado del mismo va a afectar sus derechos.*

*Si se permite la incorporación al proceso del tercero que ocupa el predio, es menester integrar a los otros ocupantes del inmueble materia de la pretensión demandada, a efecto que puedan hacer uso de su derecho a la tutela jurisdiccional (**Exp. N° 44888-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 364-365**).*

*Al no acreditar la parte demandada, encontrarse al día en el pago de la renta convenida, resulta de amparo la pretensión de desalojo por falta de pago.*

*Si el demandado señala su condición de casado, es su obligación acreditar su estado civil, demostrar que su cónyuge se encuentre ocupando el bien y que haya formulado denuncia civil en el estadio respectivo, para poder amparar su derecho (**Exp. N° 859-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 470**).*

*No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una persona como poseedor del mismo. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo la defensa de la misma al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título (**Exp. N° 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348**).*

*La ley concede acción de reivindicación al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario con la finalidad de recuperarlo para sí.*

*El accionante que prueba su derecho con la copia literal de dominio de los registros públicos tiene mejor derecho de propiedad frente al contrato privado de transferencia que ofrece el demandado (**Exp. N° 779-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 303-304**).*

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única.*

*No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una persona como poseedor del mismo. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo la defensa de la misma al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título (**Exp. N° 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348**).*

*No puede considerarse poseedor al demandante por encontrarse en relación de dependencia con la demandada, pues conserva la posesión a nombre de este en cumplimiento de órdenes e instituciones de aquellos (**Exp. N° 549-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 600-601**).*

## LLAMAMIENTO EN CASO DE FRAUDE O COLUSIÓN

### ARTÍCULO 106

*Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI.  
C.P.C. art. 50 inc. 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 64.  
C.P.C. Colombia art. 58.

---

### Comentario

Esta figura regulada en el artículo 106 del CPC, está íntimamente ligada a la conducta procesal de las partes en el proceso, las que deben actuar con probidad, lealtad y buena fe. Encontramos sus antecedentes en el Código de Procedimientos Civiles colombiano. Constituye un mecanismo para contrarrestar la actividad procesal de las partes con fines fraudulentos, para lo cual, el juez –con la sola presunción– puede ordenar la citación de las personas que pudieren resultar perjudicadas con dicho fraude.

El efecto inmediato que provoca este llamamiento es la suspensión del proceso, por un plazo no mayor de treinta días. El tercero no involucra al proceso una pretensión; su intervención está orientada a evitar que se le cause daño con el fraude de las partes. Por otro lado, por la simple citación de este tercero no queda convertido en parte; solo será así si manifiesta su voluntad de comparecer, por ello se dice que este llamamiento es una modalidad de intervención voluntaria porque el tercero puede o no concurrir y no por eso el proceso resulta afectado.

El tercero ingresa al proceso en el estado en que se encuentre con el único fin de entorpecer el resultado malicioso de las partes, de tal forma, que el juez dicte una sentencia en sentido diverso al planificado. La integración de este tercero conforma un litisconsorcio recíproco, porque conforme lo explica Parra Quijano<sup>(1)</sup>,

(1) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit., p. 210.

“el tercero pretende que la parte con la cual forma el litisconsorcio triunfe en el proceso, aunque la parte original no quiere, en ese resultado y en ese aspecto existen intereses encontrados entre las diversas personas que integran el litisconsorcio”.

Un aspecto que provoca posiciones contrarias sobre la incorporación del tercero llamado, se refiere a que este debe presentar pruebas pertinentes que le permitan intervenir, pues, una cosa es que el juez le cite y otra es que ingrese al proceso. Nótese que la norma señala que si el juez presume el fraude o colusión, de oficio, ordenará la citación, pero no su incorporación automática, la que según Parra Quijano<sup>(2)</sup> debe reservarse en atención a las pruebas que acompañe para ello, “...la solicitud de intervención le demostrará al juez ya con algunos elementos de juicio si fue acertada su advertencia del fraude o colusión”.

La citación de las personas que pueden ser afectadas se materializa a través de la notificación personal al tercero, para que si lo cree conveniente comparezca al proceso.

El tercero llamado, que interviene efectivamente, si no logra demostrar el fraude para que el juez dicte sentencia en sentido contrario al como ha sido solicitada, puede igualmente interponer la pretensión de revisión (ver artículo 178 del CPC), inclusive con mayor razón quien fue citado y compareció. Coincidimos con Parra Quijano<sup>(3)</sup> cuando señala “... el tercero que intervino en las instancias e insistió en el fraude, ha hecho todo lo posible para aprovechar las etapas normales del proceso; sin embargo, con mayor amplitud y con mejores posibilidades de éxito puede interponer el recurso de revisión”.

---

(2) *Ibidem*, p. 206.

(3) *Ibidem*, p. 209.

## EXTROMISIÓN

### ARTÍCULO 107

*Excepcionalmente, en cualquier momento el juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI.  
C.P.C. arts. IV, 101, 587.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 108, 109.

---

## Comentario

---

Así como el Código permite la incorporación de terceros al proceso cuando invoquen interés legítimo; también permite la expulsión de estos cuando el interés que lo legitimaba ha desaparecido o se ha comprobado su inexistencia.

A esta separación del proceso se le denomina extromisión, la que puede operar de oficio o a pedido de parte.

Nótese que el artículo pone énfasis en la excepcionalidad de la medida, pues, lo ordinario es que quien actúe en el proceso lo haga con un mínimo de interés; esa es la justificante para la incorporación y permanencia, *contrario sensu*, opera la expulsión.

Hay que recalcar que solo los terceros legitimados son los llamados a ser separados del proceso a través de la extromisión. Las partes tienen otros mecanismos para salir de él, por citar, el desistimiento, entre otros.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si los poseedores del predio, materia de prescripción, se han apersonado alegando ser propietarios de este, por trasmisión sucesoria; denota ello, el interés legítimo para intervenir en esta causa, no pudiendo calificarse —a priori— la documentación adjuntada, por cuanto el mismo deberá dilucidarse en el fallo que ponga fin a la controversia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107 del CPC.*

*Si se encuentra latente el derecho e interés que legitima a los terceros, la extromisión se encuentra afectada de nulidad insalvable, pues trastoca así, el legítimo derecho a la*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*defensa y a un debido proceso, cuyo acatamiento es obligatorio, bajo sanción de nulidad (Exp. N° 474-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 184).*

*Para resolver la extromisión, en un proceso de desalojo, debe determinarse mediante la inspección judicial con toma de dicho, si el inmueble materia de la pretensión se encuentra ocupado por un tercero o si este ostenta la posesión de un predio distinto al reclamado (Exp. N° 216-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 386).*

*La figura procesal de la extromisión, está reservada expresamente para los terceros legitimados y no para las partes originarias de un proceso. La ratio legis de la norma está en otorgar al juzgador la facultad expresa de integrar al proceso a un tercero en cualquiera de las modalidades que previene la norma y en separarlo cuando considera que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia (Exp. N° 333-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 326).*

## SUCESIÓN PROCESAL

### ARTÍCULO 108

*Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:*

- 1. Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario;*
- 2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso;*
- 3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor; o,*
- 4. Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho, sucede en el proceso al que lo perdió.*

*En los casos de los incisos 1 y 2, la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal.*

*Será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, este proseguirá con un curador procesal, nombrado a pedido de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 61 inc. 4, 93, 157 inc. 2

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 110, 111.  
C.P.C.M. Iberoamérica art. 46.  
C.P.C. Colombia art. 60.

---

## Comentario

1. Como bien lo advierte Juan Monroy<sup>(1)</sup>, esta institución no forma parte ni es una variante de la intervención de terceros en el proceso, sin embargo, se ha

(1) MONROY, Juan. "Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil". En: Análisis del Código Procesal Civil. UNMSM. Cuzco. Lima, 1994, p. 129.

incorporado en esta sección en la medida que supone la presencia de una persona distinta en el proceso después de la notificación de la demanda.

2. Se entiende por sucesión procesal a la mutación de las partes en un proceso pendiente, fundado en quien ingresa y adquiere la titularidad del derecho material a título oneroso o gratuito. Hay una persona ajena en principio al proceso que va a devenir en parte principal, en sustitución de la que figuraba primitivamente y como tal continúa el proceso ya iniciado. Para Juan Monroy<sup>(2)</sup> la sucesión procesal es “la institución que regula el trámite y efectos que produce el cambio de una persona en la relación jurídica sustantiva después que se ha iniciado el proceso, es decir, cuando ya hay una relación jurídica procesal establecida”. La sucesión procesal es apreciada por la doctrina procesal como una expresión de legitimidad para obrar derivada o adquirida, porque el sucesor comparece al proceso como titular de un derecho u obligación que originariamente había pertenecido a otro justiciable.

La finalidad de la sucesión procesal es tutelar al justiciable de verse agravada su posición procesal a causa de la muerte de la persona o enajenación del derecho discutido, todo ello ocurrido en camino del proceso. Tiene como misión asegurar la continuidad de la dinámica procesal alterada por los cambios de los sujetos originarios, de tal manera, que no se interrumpa o dificulte la actividad regular del proceso.

3. Suelen darse explicaciones a la sucesión procesal invocando el procedimiento sucesorio o la transmisión de derechos en general que contempla el Código Civil, sin embargo, la diferencia con aquellos radica –según Gozaini<sup>(3)</sup>– en que son derechos sin consolidación pues dependen de una sentencia judicial que los declare, determinando con ello que la modificación en la titularidad no sea absoluta sino, tan solo, en la posición jurídica que ocupaba en el proceso al tiempo de extinguirse la legitimación para obrar ostentada. No habrá sucesión procesal hasta que no se produzca la sucesión material; es necesario que esta actúe como presupuesto de la segunda.

4. Hay algunos autores que han tratado de particularizar que la sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte y la sustitución en caso de enajenación de la cosa litigiosa; sin embargo esta posición es rebatida por Palacio<sup>(4)</sup> para quien en ambas situaciones no solo se produce la sucesión sino que además se sustituye o cambia de sujeto –sea activo o pasivo– que interviene en calidad de parte. Frente a la opinión de Palacio surgen otras posiciones que consideran que “la sucesión procesal opera una interpolación subjetiva o cambio de justiciables

(2) *Ibidem*.

(3) GOZAINI, *op. cit.*, p. 163.

(4) PALACIO, Lino, *op. cit.*, p. 326.

en la medida en que la parte que inicia el proceso, al desaparecer, deja su puesto a un nuevo titular de los derechos de la cosa litigiosa; por el contrario en la sustitución procesal no opera ninguna modificación subjetiva que afecte la posición de la parte, iniciándose el proceso por el sustituto y continuando en tal calidad hasta la terminación del proceso”.

En la sucesión procesal bajo la legitimidad derivada, se aprecia la existencia de una relación material controvertida; en cambio en la sustitución procesal concurre la existencia de dos relaciones materiales controvertidas distintas, generando una legitimidad extraordinaria privada, pues, una parte actuando en nombre propio, afirma un derecho subjetivo ajeno para que no sea perjudicado por la inactividad de este último.

Una distinción entre la sucesión con la intervención de terceros, es que esta última permite introducir planteamientos que fundamentan un derecho propio que afecta el objeto litigioso, como el caso de la intervención excluyente principal (artículo 99 del CPC); en cambio, en la sucesión no se modifican las pretensiones sino la titularidad de los sujetos.

La legitimación del tercero se sustenta en que la sentencia lo afectará directamente, porque en el proceso se discute un derecho que en alguna medida es suyo; en cambio, en la sucesión la legitimación se toma de quien la cede: el sucesor ejercita también un derecho propio, litigioso, pero adquirido durante el litigio, sin haber tenido la posibilidad de iniciar por sí mismo el proceso.

5. Las formas de transmisión del derecho litigioso operan por causa de muerte o a través de actos de disposición entre partes, asumiendo cada caso, particularidades que las distinguen los diversos supuestos que enumera la norma.

5.1) Refiriéndonos al primer supuesto, la sucesión por causa de muerte, diremos: la muerte produce la extinción de la personalidad jurídica que se requiere para ser sujeto de derechos y obligaciones, por lo tanto, resulta coherente lo regulado en el inciso 1 del presente artículo.

En la sucesión *mortis causa* se produce la colocación de una persona en lugar de otra sin que se extingan las relaciones jurídicas de esta última, sino que permanecen en cabeza del nuevo titular; y este cambio se da generalmente en bloque, comprendiendo un conjunto de relaciones jurídicas, sin necesidad de un acto de transmisión específico para cada una de las relaciones jurídicas singulares.

La capacidad jurídica procesal de las personas físicas se extingue con la muerte, hecho que corresponde tener por acreditado mediante el hallazgo o identificación del cadáver o en su defecto mediante la declaración judicial de muerte presunta, tal como lo regula el artículo 63 del Código Civil.

Para lograr incorporarse al proceso, en la misma calidad que portaba quien fallece, es preciso acreditar la titularidad del derecho que reclama para acceder

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

como sucesor. La relación jurídica procesal no se integra con los herederos de una de las partes en tanto no se verifique y demuestre su carácter de tales.

5.2) Otros supuestos de sucesión procesal por actos de disposición entre partes, son comprendidos en los incisos 2, 3 y 4 de la norma. Veamos, el caso que se refiere a la extinción o fusión de las personas jurídicas.

En la extinción, la calidad de parte que la tiene como legitimada, a través de sus representantes legales, pervive a diferencia de lo que sucede con las personas individuales. La personalidad societaria subsiste para concluir las operaciones pendientes y liquidar el patrimonio comercial, asumiendo los procesos que estuvieren en trámite. La legitimación para actuar no cambia y por ende tampoco existe caso de sucesión procesal. La continuidad en el carácter de parte se logra por la permanencia en el conflicto y su trámite, mientras que la legitimación se mantiene a través de la representación necesaria que se encuentra acreditada en la litis.

El Código considera a la fusión de personas jurídicas como otro de los casos de sucesión procesal, sin embargo, hay posiciones en la doctrina que no atribuyen tal efecto porque consideran que no se produce sucesión sustancial alguna, desde que ningún sujeto o persona recoge el patrimonio para sí o suplanta a la que feneció o está en vías de serlo. Esta fusión provoca una representación nueva que modifica la que en el proceso ya se encuentra acreditada.

5.3) Otro supuesto de sucesión procesal es la transmisión de derechos por actos entre vivos. Opera si durante la tramitación del proceso, una de las partes enajena el bien objeto del litigio o cede el derecho reclamado.

Como señala la norma, el adquirente sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor; esto significa que solo el adquirente podrá intervenir como parte principal cuando exista conformidad del adversario.

La enajenación del objeto litigioso, la cesión del derecho litigioso y la intervención impropia como tercero adhesivo simple son supuestos de sucesión procesal considerados por algunos estudios.



## JURISPRUDENCIA

---

*Cuando una parte en el proceso está en calidad de sucesora procesal, según lo peticionado a la jurisdicción correspondiente, si no hay manifestación expresa del juez admitiéndolo, se habrá entendido como admitida si se contesta sin observación algún recurso que la pretendida sucesión procesal interponga (Cas. N° 1935-99-Lima, El Peruano, 20/01/2000, p. 4603).*

*La cesión de derechos, como instituto de carácter sustantivo, requiere la formalidad de estar por escrito y ser comunicado al deudor.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La ley procesal vigente autoriza expresamente que, el adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, suceda en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor (Exp. Nº 2086-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 329).*

*La sucesión procesal se da al producirse una adquisición del derecho discutido. De no aceptarse la variación de la relación jurídica procesal, debe aplicarse el inc. 3 del artículo 108 del CPC, esto es, que el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor (Exp. Nº 2098-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 330).*

*El demandado fallecido debe ser reemplazado por su sucesor, siendo necesario para ello que se notifique al sucesor o sucesores en forma personal o por edicto. Es nula la designación de la curadora procesal del fallecido, si se ha obviado dicho trámite. La no comparecencia del sucesor permite la designación de curador (Exp. Nº 852-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 331).*

*Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, entrando este a reemplazarla como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se incurre en nulidad y se afecta el derecho a la defensa de las partes si no se emplaza con el mandato de ejecución a los demás sucesores del codemandado (Exp. Nº 594-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 332).*

*Será nula la actividad procesal que se realice después de que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido.*

*No es pertinente aplicar la figura de la sucesión procesal para disponer que un sujeto no demandado ocupe el lugar de otro sujeto en el proceso. Al haber fallecido la pretendida demandada antes de la interposición de la demanda, no puede considerarse que hubiera tenido en algún momento del proceso la calidad de sujeto procesal (Exp. Nº N-626-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 311-312).*

*Por la cesión de derechos opera la sucesión procesal, la misma que se rige por el artículo 108 del CPC.*

*La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto (Exp. Nº 793-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 310).*

*Se incurre en error al declarar como sucesora procesal a quien no presenta documento alguno que indique quiénes conforman la sucesión del fallecido.*

*La partida de matrimonio no puede acreditar por sí sola la titularidad de la sucesión a la viuda, sino el derecho a ser considerada como parte de la misma (Exp. Nº 3384-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 324).*

*Por la sucesión morosa causa al sujeto de relaciones patrimoniales se le sustituye otro u otros permaneciendo sin alteración las relaciones de las que era titular el originario sujeto de derechos, produciéndose una variación solo subjetiva en la forma de manifestación de*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

aquellas relaciones (**Exp. N° 1266-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 56-58**).

*Por la cesión de posición contractual una de las partes intervinientes en una relación jurídico obligacional de contenido patrimonial cede su posición en dicha relación, incluyendo sus derechos y obligaciones a favor de un tercero ajeno a dicha relación, denominado cesionario.*

*A partir del momento de la formalización de dicho acuerdo ingresa en la relación en el lugar que ocupó anteriormente el denominado cedente, quien es excluido de aquella.*

*Resulta indispensable que la parte que continúa integrando la relación contractual, a la que se denomina cedido, preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión (**Exp. N° 3232-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 210-211**).*

*Si durante el proceso de sucesión intestada, fallece uno de los codemandados, todo lo actuado con posterioridad a dicho fallecimiento no surte sus efectos con relación al codeemandado, a quien se le ha venido notificando como si no hubiera fallecido. Habérsele seguido el procedimiento contra el mismo e inclusive emitido sentencia con posterioridad a su fallecimiento, conlleva a la nulidad del mismo (**Exp. N° 4497-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 392-393**).*

*En una cesión de derechos, para el cumplimiento de una obligación emanada de una letra de cambio donde la cesionaria es giradora y tomadora del citado título y el cedido es el aceptante del mismo, debe ser de aplicación el artículo 10 de la Ley de Títulos Valores respecto de la solidaridad cartular.*

*La cesión de derechos produce la sucesión procesal, donde el adquirente sucede en el proceso al enajenante (**Exp. N° 590-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 551-552**).*

*La muerte pone fin a los atributos jurídicos de la persona y por ende, la capacidad procesal de esta en el litigio también desaparece, debiendo continuarse el mismo a partir de dicho evento con los llamados por ley.*

*Si el demandado ha fallecido antes que el Supremo Tribunal absuelva el grado, debe reservarse el pronunciamiento hasta tanto no se prosiga la causa con quienes son los llamados por ley a defender sus intereses y derechos (**Exp. N° 1391-89-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 535-536**).*

*Si se han producido los efectos de una cesión de créditos, el deudor cambiario ha opuesto las excepciones personales correspondientes al pago de la letra que, en todo caso, debe ser respondida por los cedentes, pues lo que se resuelva en la sentencia definitiva, si es desfavorable al accionante, necesariamente va a afectar a los cedentes. El juez debe incorporarlos al proceso como litisconsortes necesarios (**Exp. N° 98-11900-3005, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 358-359**).*

*Si ha operado la cesión de derechos, y la ejecutada al contradecir el mandato ejecutivo se ha fundamentado en la causa que ha originado el título valor, debe incorporarse al proceso al propio girador, puesto que los resultados del mismo necesariamente influirán en su derecho por tener legítimo interés en el mismo (**Exp. N° 1330-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 316**).*

## **Capítulo VIII**

# **DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES, DE SUS ABOGADOS Y DE SUS APODERADOS EN EL PROCESO**

### **DEBERES DE LAS PARTES, ABOGADOS Y APODERADOS**

#### **ARTÍCULO 109**

*Son deberes de las partes, abogados y apoderados:*

1. *Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;*
2. *No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;*
3. *Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;*
4. *Guardar el debido respeto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;*
5. *Concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y,*
6. *Prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.*

---

#### **CONCORDANCIAS:**

<b>C.P.C.</b>	arts. IV párr. 2, 8, 9, 51, 52, 54, 58, 68, 110, 112.
<b>C.P.</b>	art. 398.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 5 párr. 2, 135, 136, 184 incs. 12 y 13, 185 inc. 3, 201 inc. 4, 288 incs. 2, 3 y 5, 292.
<b>R.ADM. 474-99-P-CSJL</b>	arts. 1 y ss.

#### **LEGISLACIÓN COMPARADA:**

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 88, 89.
<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 80.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 71.

---

## *Comentario*

---

1. El proceso debe responder a un leal debate procesal en el que se expresen en forma clara y enumerada los hechos del conflicto a fin de evitar emboscadas posteriores del adversario.

Se busca dar moralidad al proceso al incorporar en el ordenamiento procesal estructuras normativas con contenido ético, pues, la conducta del justiciable no puede ser indiferente al Derecho Procesal.

La buena fe, la lealtad, la veracidad, la probidad son predicados que se involucran en el principio de moralidad que recoge el inciso 1 y 2 del artículo en comentario. Este es definido como el conjunto de reglas de conducta, presididas por un imperativo ético a las cuales deben ajustar su conducta las partes, abogados y apoderados en el proceso. Mediante este principio se proscribieron del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad, que no son instrumentos adecuados para ganar pleitos.

El Derecho Procesal al imponer y sancionar un comportamiento indebido, impide que la conducta contraria perjudique al justiciable o a la justicia misma. Asegura al juez contra el engaño y a la contraparte contra el perjuicio.

2. El principio de autoridad, unido a elementales exigencias de orden, imponen la necesidad que los actos procesales se cumplan dentro de un marco de respeto y compostura.

Este deber incumbe tanto a las partes como a sus representantes o asistentes en el sentido de observar una conducta compatible con el buen orden del proceso y con la autoridad, dignidad o decoro del juez.

Las transgresiones del deber consisten en la indebida perturbación de algún acto procesal que se desarrolla en presencia del juez y en la utilización –a través de escritos o audiencias– de expresiones indecorosas u ofensivas, cualquiera sea el sujeto procesal al que se dirijan. En estos casos, el juez está facultado (ver artículo 52 del CPC) para testar las expresiones agraviantes o descomedidas.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es fundada la nulidad si se demuestra fehacientemente que el accionante conocía el domicilio actual de los encausados y no como falsamente adujo en su oportunidad.*

*El juez no puede convalidar la falsedad, debiendo aplicar las sanciones de ley, más aún, si los demandados han solicitado la nulidad en la primera oportunidad que tuvieron para hacerlo (Exp. N° 1524, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 376-377).*

*El órgano jurisdiccional no se encuentra en la obligación de verificar, previamente, si el abogado que interviene se encuentra suspendido o no en el ejercicio de su profesión.*

*No se encuentra impedido el abogado del ejercicio profesional, si la medida disciplinaria no ha quedado consentida (Exp. N° 1066, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 367-368).*

*Si los hechos constituyen grave falta disciplinaria, los mismos que han servido de fundamento para la sanción administrativa del demandante, se desvirtúa la afirmación que se le haya sancionado subjetiva, arbitraria y desproporcionadamente a los cargos formulados (Exp. N° 807-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 506-508).*

*Procede exonerar del pago de costos y costas del proceso a la parte ejecutada, por cuanto la conducta procesal asumida por la actora está reñida con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe que deben observarse en el proceso, pues, reclama el total de la suma consignada en el título valor, no obstante la existencia de un saldo deudor (Exp. N° 61916-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 447-448).*

*Son deberes de las partes, el concurrir ante el juez cuando este lo cite y prestar su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados con una multa.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Procede formular denuncia penal contra el demandado ante la negativa de concurrir a las citaciones efectuadas por el colegiado.*

*Debe ampararse la demanda si existe un reconocimiento tácito de la verdad de los hechos expuestos por la demandante, así como el evidente deseo de evadir y perturbar la labor jurisdiccional (**Exp. N° 1368-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 281-282**).*

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS PARTES, SUS ABOGADOS, SUS APODERADOS Y LOS TERCEROS LEGITIMADOS

### ARTÍCULO 110

*Las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.*

*Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 50, 109 inc. 2, 111, 112, 113 inc. 1, 186, 441, 538, IV.
<b>LEY 26887</b>	arts. 149, 360, 384.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 9, 292.
<b>R.ADM. 474-99-P-CSJL</b>	arts. 1 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 72, 73.
------------------------	---------------

---

### Comentario

1. La norma consagra el deber del juez de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria, enunciado que es coherente con la orientación publicista del proceso de no permitir que el juez sea, un tercero neutral, un mero espectador en la contienda.

Las tendencias del proceso moderno coinciden en el aumentar los poderes del juez en la dirección y conducción del proceso, permitiendo ingresar a vigilar la conducta de los justiciables en este.

Los enunciados que se puedan formular sobre la conducta de los sujetos en el proceso, son moralmente valiosos, pero si no ofrecen sanción, ellas carecen de juricidad, por ello el Código regula en los artículos 109 y 112 del CPC supuestos típicos, reglas concretas de conducta, que determinan el comportamiento procesal de los justiciables y sus abogados.

2. La conducta moral se presume, lo que se sanciona es la conducta inmoral del justiciable en el proceso. Para Beatriz Quintero<sup>(1)</sup> existe discrepancia sobre la naturaleza jurídica de las normas procesales que regulan el principio de moralidad. Por citar, Couture, sostiene que es un vínculo de carácter obligatorio cuando la infracción se resuelve en la reparación pecuniaria del daño irrogado con el proceso injusto. En cambio es carga procesal, cuando la infracción solo causa una situación más desfavorable al justiciable; y es deber procesal cuando la infracción se traduce en una sanción de carácter penal y disciplinario. Para Calamandrei, se trata de una carga procesal sui generis porque puede resolverse, no en una egoísta defensa del interés propio, sino en una ventaja para el adversario y en todo caso, en una colaboración para la justicia. Clemente Díaz, considera que el principio se caracteriza por la implantación de deberes jurídicos procesales.

3. La lealtad, la probidad, la veracidad, la buena fe son predicados morales, que como deberes éticos, no interesan al Derecho Procesal, sino cuando se establezca una sanción a aplicar en caso de conductas contrarias. En la doctrina hay posiciones discrepantes sobre lo apropiado de las sanciones. Algunos critican la penalización del Derecho Procesal; otros repudian las sanciones civiles como que podrían implicar un desmedro del Derecho sustancial. Este aspecto revela la necesidad de consagrar una verdadera sistematización de la regla moral en el proceso. Frente a ello, nuestro Código ha asumido –ver artículo 111 del CPC– una gama de sanciones, desde la multa hasta la denuncia ante el Ministerio Público. Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99). La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(1) QUINTERO, Beatriz. Teoría general del proceso. T.1. Temis, Bogota, 1995, p. 107.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si los demandados, en segunda instancia, alegan la condición de casados, consecuentemente conforman indistintamente un patrimonio autónomo, dicha situación conlleva a integrar la relación procesal con el emplazamiento de los cónyuges, declarando la nulidad del saneamiento.*

*El silencio, puesto de manifiesto por los demandados a través de todo el proceso y recién expuesto en segunda instancia, implica que han actuado temerariamente al entorpecer con aquella actitud el desarrollo normal del proceso, conducta que es necesario sancionar con la imposición de una multa a cada uno de ellos (Exp. N° 439-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 173).*

*La circunstancia que el abogado patrocinante, no tenga habilitación durante parte del proceso, no puede afectar el derecho del justiciable a la tutela jurisdiccional efectiva, máxime si se comprueba que el profesional no ha dejado de ser abogado en ejercicio y que ha cumplido a posteriori con su obligación gremial (Exp. N° 1814-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 284).*

*Debe imponerse el pago de una multa solidaria, si se evidencia que la conducta procesal del obligado y del letrado que la patrocina han tenido como único objetivo evitar la ejecución de la sentencia; haciendo para ello, uso abusivo de ciertos medios procesales que han dado lugar a un innecesario retardo en el pronunciamiento de la incidencia (Exp. N° 95-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 295-296).*

*Debe desestimarse la sanción impuesta a la abogada bajo el argumento que para pretender intimidar al juzgador, hace de conocimiento mesuradamente las medidas a tomar en caso de no ser atendida en su pretensión (Exp. N° 127-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 168-169).*

*Se les debe aplicar sanción al litigante y a su abogado que faltan a la verdad y no guardan respeto y, moderación hacia la autoridad judicial.*

*De conformidad con el artículo 172 del CPC, puede el colegiado integrar la sentencia recurrida (Exp. N° 698-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 232-233).*

*Es procedente la medida disciplinaria de apercibimiento si el abogado evidencia mala fe en su actuar, pretendiendo como sustento de su defensa una clara posición dilatoria. La defensa necesariamente debe encuadrarse dentro de las normas procesales (Exp. N° N-734-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 293-294).*

*Si en la realización de la audiencia tanto el personal del juzgado como el policial fueron objeto de agresión física y verbal, dichos hechos constituyen indicios razonables de la comisión de un delito previsto como violencia y resistencia a la autoridad, que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Público (Exp. N° 317-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 506).*

## RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS

### ARTÍCULO 111

*Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el juez considere que el abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 8, 9, 110, 112, 184 num. 13, 186, 292, 538.
<b>C.P.</b>	arts. 39, 398.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 292.
<b>R.ADM. 474-99-P-CSJL</b>	arts. 1 y ss.

---

### Comentario

---

1. La abogacía estuvo en sus orígenes ligada al servicio del interés privado. Se recurría al proceso, como si fuera un combate, para vencer. En este duelo legalizado, el Estado era un espectador pasivo, encargado solamente de hacer respetar las reglas del juego. En dicho combate –llamado proceso– vencía el más astuto, el más experto, sin embargo, ello era lícito para el Estado.

Esa concepción ha sido superada hoy en día, pues la función de los abogados en la sociedad no es la defensa del interés privado. Debe servir fundamentalmente al interés público, a la justicia.

2. Debemos señalar que en el ejercicio de la abogacía concurren dos sistemas: a) la abogacía libre y b) la abogacía del Estado. Se argumenta que dado el carácter público de su función, se debe transformar a todos los abogados en empleados del Estado retribuidos con estipendio fijo, lo que llevaría a que no se interese en multiplicar o dilatar un pleito para aumentar sus ganancias profesionales. Este sistema se cuestiona porque la mentalidad crítica y combativa del abogado no puede ser la de un empleado. La defensa de las causas constituye una contienda en la que está en juego la reputación profesional y no una monótona rutina de oficina.

Nuestro sistema procesal acoge el sistema de la abogacía libre o denominada “ejercicio privado de las funciones públicas”. El Estado ha renunciado a ejercer directamente, la inspección sobre la profesión del abogado y ha optado por el

sistema de la abogacía libre porque se cree que el autogobierno para la profesión jurídica es la mejor garantía de resolver las causas. Ese autogobierno se ejerce de manera gremial o corporativa, a través de los Colegios Profesionales. De ahí, que uno de los requisitos para el patrocinio del abogado es ser miembro de la orden del Colegio de Abogados (ver artículo 285 de la LPOJ).

3. La intervención del abogado en el proceso sirve para librarla al juez de la ignorancia de los hechos pretendidos y eliminar la mala fe de los contrincantes. En un sistema como el nuestro, la justicia no podría funcionar si el juez tan solo tuviera contacto con la impericia jurídica de los litigantes. En ese sentido la LOPJ reivindica la labor del abogado señalando que este actúa como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados. (ver inciso 1 artículo 288 de la LOPJ). El abogado es un precioso colaborador porque recoge los materiales del litigio, traduce en lenguaje técnico las expresiones del cliente y las presenta en forma clara y precisa.

La presencia del abogado debería ser garantía de seriedad y buena fe. No obstante ello, es iluso pensar que la profesión goza de la simpatía de la opinión pública. Por el contrario, se considera al abogado como el artífice de sofismas, burlador de la justicia y culpable de la ruina de sus clientes.

La defensa más eficaz frente a esos cargos ha de ser la existencia de un cuerpo de letrados, conscientes de su función que niegan tajantemente su asistencia a las pretensiones deshonestas y se resistan a interponer en los juzgados un proceso, si no están convencidos que es fundada. Si el ejercicio de la abogacía no fuera instigador de la multiplicidad de pleitos infundados, sería él más eficaz remedio para el conflicto.

4. Todas las enunciaciones que puedan formularse relación a la conducta de los abogados en el proceso, son moralmente valiosas, pero requieren de juricidad, esto es, que se transformen en reglas concretas de conducta que determinen el comportamiento procesal y la sanción correspondiente. En tal sentido, el artículo 109 del CPC recoge los deberes imputables al abogado y la sanción pecuniaria a imponerse. En igual forma, dichos deberes resultan también reproducidos en los incisos 2, 5 y 7 del artículo 288 de la LOPJ.

Señala el artículo en comentario que “cuando el juez considere que el abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar”.

En tal sentido, debemos precisar que los magistrados tienen facultad disciplinaria sobre los abogados, de ahí que pueden sancionarlos si formulan pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1, 2, 3, 5, 7, 9, 11 y 12 del artículo 288 de la LOPJ. Dichas sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados respectivo (ver artículo 292 de la LOPJ).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, se advierte de la redacción de la norma, que la sanción jurídica a la conducta del abogado no solo se agota en la medida disciplinaria o sanción pecuniaria sino que también involucra la sanción penal, si fuere el caso. Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudieran haber lugar.

Por otro lado, se advierte de la redacción de la norma, que la sanción jurídica a la conducta del abogado no solo se agota en la medida disciplinaria o sanción pecuniaria sino que también involucra la sanción penal, si fuere el caso. Sobre este particular véase el caso de la sentencia penal impuesta a un abogado que patrocinó a dos partes contrarias dentro de un mismo proceso judicial, configurando el delito de prevaricato, en la modalidad de patrocinio indebido o infiel (artículo 421 del CP)<sup>(1)</sup>.

En relación a la sanción pecuniaria debe señalarse que la multa de pagarse inmediatamente después de impuesta, tal como señala el artículo 420 del CPC. Constituyen ingresos propios del Poder Judicial y en ningún caso procede su exoneración; solo cabe la impugnación (apelación sin efecto suspensivo) de la liquidación hecha por el secretario del juzgado, si el obligado cuestiona el valor de la Unidad de Referencia Procesal (URP) utilizada para hacer la liquidación. Debe tenerse en cuenta que el valor de la URP equivale al 10% de la Unidad Impositiva Tributaria, la misma que sirve también de base para estimar el valor de los aranceles judiciales.



## JURISPRUDENCIA

---

*Al haberse demostrado la falsedad de la existencia de la litispendencia alegada por el ejecutado, quien tiene la profesión de abogado, debe ser sancionado, pues ha infringido el deber de proceder con veracidad, lealtad y buena fe, entorpeciendo la administración de justicia (Exp. N° 99-20409-2460, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 185).*

*Habiéndose nombrado peritos a efectos de establecer el saldo deudor impago, y conminado a la demandada y su abogado para que pongan a disposición del juzgado los libros*

(1) Ver expediente N° 2004-1143/M.Luzuriaga, causa seguida contra Víctor Valdez Cahua por delito de prevaricato en agravio del Estado. Caso comunicado a las instancias judiciales de Lima, mediante oficio circular N° 210-2005-P-CSJAN/PJ.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*necesarios para la práctica de la pericia, estos no han prestado las facilidades necesarias para realizar la pericia contable, situación que justifica la medida coercitiva de multa impuesta a la parte y a su abogado, más aún si ha transcurrido un año y medio sin avance sustancial en el proceso (Exp. N° 4265-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 186).*

*La inhabilitación del abogado no puede perjudicar el derecho del justiciable, tanto más si esta no fue comunicada oportunamente a efecto que pudiera contar con los servicios de otro letrado (Exp. N° 347-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 229).*

*Es procedente la medida disciplinaria de apercibimiento si el abogado evidencia mala fe en su actuar, pretendiendo como sustento de su defensa una clara posición dilatoria. La defensa necesariamente debe encuadrarse dentro de las normas procesales (Exp. N° N-734-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 293-294).*

## TEMERIDAD O MALA FE

### ARTÍCULO 112

*Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:*

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;*
- 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;*
- 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;*
- 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;*
- 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y,*
- 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.*
- 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 109, 110, 111, 178, 424 inc. 7, 538.
<b>LEY 26887</b>	arts. 360, 384.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 292.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 74.
------------------------	----------

---

## Comentario

---

La norma en comentario ha tratado de precisar los alcances de la temeridad o mala fe, a pesar que se trata de patrones axiológicos. Los estándares jurídicos que enuncia permite a los jueces determinar hasta dónde se extiende el límite de la conducta lícita de las partes y dónde comienza la reñida con el deber de lealtad y probidad.

La temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Tanto el inciso 1 y 2 de la norma se orientan

---

(\*) Inciso incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 26635 (23/06/96).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

a regular los supuestos de temeridad. Bajo esa línea, podemos citar como temeridad, el interponer un medio impugnatorio, sustentado en situaciones fácticas ajenas a los hechos del proceso, construyendo sobre la base de falacias, supuestos errores y agravios, que reparar en la sentencia.

La mala fe, es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión. Tanto los incisos 5, 6 y 7 regulan los diversos supuestos de la mala fe.

Especial comentario merece la redacción del inciso 4 que hace referencia a los procesos simulados. Aquí el proceso es utilizado como un instrumento para materializar el fraude procesal en perjuicio de un tercero. Los actos procesales que forman parte del proceso son perfectos por donde se los mire, pero, lo que encierra de ilícito es el fin hacia el que se dirigen. Se utiliza el proceso para “fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos”. En atención a ello, podríamos hablar del fraude con el proceso, como una expresión de colusión, de dolo bilateral, en el que predomina el concierto de voluntades de las partes, para lograr una decisión jurisdiccional que cause agravio a terceros. El proceso por simulación procesal es una modalidad de la mala fe procesal.

En resumen, mientras la temeridad se vincula con el contenido de las peticiones comprendidas en la pretensión o en la oposición; la mala fe se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

En conclusión, el principio de moralidad domina el ordenamiento legal bajo reglas concretas de conducta, las que cuando son afectadas contemplan la aplicación de una sanción (ver artículo 111 del CPC). Las reglas que se fijan en este artículo, se describen en actos contrarios al deber de colaboración en la marcha del proceso; actos que utilizan el proceso para la satisfacción de intereses fraudulentos; actos que atentan contra el deber de información veraz; actos que afectan la actuación de la prueba, entre otros.



## JURISPRUDENCIA

---

*El hecho de presentar simultáneamente, bajo el mismo tenor e igual contenido, cuatro demandas con el patrocinio de los mismos letrados, constituyen actos de temeridad que deben ser sancionados, pues, se orientan a quebrar indirectamente el sistema, para acogerse a la competencia de una judicatura que pueda resultar más adecuada a las expectativas de la parte.*

*Cualquier discrepancia que se pueda tener con el contenido de un mandato judicial debe ser objeto del medio impugnatorio respectivo, pero, no propiciar el dictado de resoluciones que puedan resultar contradictorias frente a un mismo tema (Exp. Nº 4558-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 366-367).*

## TÍTULO III

### MINISTERIO PÚBLICO

#### ATRIBUCIONES

##### ARTÍCULO 113

*El Ministerio Público ejerce las siguientes atribuciones:*

- 1. Como parte;*
- 2. Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite; y,*
- 3. Como dictaminador.*

---

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 159.
<b>C.C.</b>	arts. 49, 96, 108, 121, 122, 250, 987.
<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 82, 114 a 118, 203, 481, 507, 512, 574.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 15, 32.
<b>C.N.A.</b>	arts. 138 a 145.
<b>D. LEG. 052</b>	arts. 66, 84, 85, 89, 96.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 69, 70, 71, 72, 73.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 41, 42, 43.

---

#### *Comentario*

1. El proceso civil no es un ámbito normal para que actúe el Ministerio Público, pero, razones de defensa de la legalidad, del interés público tutelado por la ley y la satisfacción del interés social, justifican su ingreso a través de la jurisdicción. Ejerce una función postulante o requiriente frente al órgano jurisdiccional para que cumpla con su función de juzgar. La Constitución Política, al referirse al Ministerio Público, la califica de autónoma, cuya principal misión es la defensa de la legalidad y la recta administración de justicia. Representa a la sociedad en juicio, ejerce la acción penal y conduce la investigación del delito (ver artículo 158 del .....).

No cabe hacer una referencia general a la presencia del Ministerio Público en el proceso civil, sin que previamente se establezca en qué casos concretos y bajo qué condición, la ley prevé la actuación de este órgano. Nuestro Código admite la diferenciación funcional, en atención a que este actúe como parte o como autor

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de un dictamen, esto es, entre fiscal parte y fiscal dictaminador. También permite su actuación como tercero legitimado, pero solo en los casos que por ley se le cite.

2. Cuando el Ministerio Público interviene como parte en el proceso civil, puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, realizar en el proceso todos los actos propios de las partes. El Ministerio Público asume la condición de parte, de manera especial, porque su interés no es privado sino que actúa en defensa de la legalidad. La legitimación del Ministerio Público es extraordinaria, pues parte de la imposibilidad práctica de la defensa individual del Derecho subjetivo, pues, se orienta a la protección de intereses públicos. En tal sentido, podemos citar la demanda interpuesta por la 6 Fiscalía Provincial de Lima contra las Asociaciones “The Edge Social Club” y “The Piano Social Club” sobre nulidad de constitución<sup>(1)</sup>. Señalaba la fiscalía demandante que las asociaciones habían sido constituidas con fraude a la ley, por existir restricciones en el ingreso, bajo el argumento que es de uso exclusivo de socios, sin embargo, dichos hechos constituyen práctica discriminatoria en razón a la condición socioeconómica o la raza de las personas que pretenden ingresar a sus instalaciones. La 4 Sala Civil de Lima, confirmó la sentencia que declara fundada la demanda y ordena la nulidad de los actos jurídicos de constitución, ordenando su disolución.

3. En su actuación procesal, el Ministerio Público ostenta la representación de la sociedad y la defensa de la legalidad conjuntamente; por tanto, no puede realizar actos de disposición del derecho material como el desistimiento de la pretensión o el allanamiento, aunque sí es posible que pueda desistirse del proceso. Veamos a continuación algunos supuestos donde el Ministerio Público actúa como parte:

La nulidad de matrimonio que regula el artículo 275 del Código Civil; la disolución de la asociación por actos contrarios al orden público o las buenas costumbres que describe el artículo 96 del Código Civil. Especial comentario merecen los casos de divorcio por causal o por separación convencional. Según los artículos 481 y 574 respectivamente, señalan que el Ministerio Público es parte en los procesos y como tal no emite dictamen; sin embargo, debemos apreciar que en el divorcio por causal, la parte resistente u opositora a la pretensión planteada es el cónyuge agresor, a diferencia de la separación convencional, donde la parte opositora lo asume el Ministerio Público. Los roles del Ministerio Público, procesalmente, no son los mismos en el divorcio por causal y en la separación convencional. En el primer caso, la parte demandada está definida por el cónyuge emplaza-

---

(1) Dicho caso se registró ante el 14 JCL, bajo el exp: 21815-1999. La jueza Hasemback emitió la sentencia declarando fundada la demanda y ordenando la nulidad de los actos jurídicos de constitución de las citadas asociaciones. La 4 Sala Civil de Lima confirmó el 3 de setiembre de 2003, por unanimidad dicho fallo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

do y en el segundo caso, ambos cónyuges se juntan, en una sola parte actora, para emplazar al Ministerio Público para la disolución del vínculo conyugal. El rol de parte del Ministerio Público, está definido solo en este último caso.

4. El Ministerio Público puede intervenir como tercero con interés, en casos que la ley expresamente lo cite. Concurren diversos supuestos, como el caso de la designación de curador del desaparecido. El artículo 47 del Código Civil considera que puede solicitar se designe curador quien invoque legítimo interés en los asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público.

En el supuesto de las fundaciones, el artículo 108 del Código Civil permite solicitar la modificación de los fines de la fundación, con citación del Ministerio Público, cuando haya cesado el interés social.

4. La intervención del Ministerio Público puede reducirse también, a una labor dictaminadora, de expresión de una opinión jurídica, que suele denominarse dictamen. Cuando es dictaminador, su intervención es apreciada –por algunos sectores de la doctrina– como asesoría al órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del Derecho objetivo. Opera una situación intermedia, el interés público no llega al extremo de legitimar al ministerio pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cual es la opinión del Ministerio Público en el extremo concreto.

En las pretensiones sobre prescripción adquisitiva de predios rústicos, el artículo 507 del Código Procesal considera que cuando el emplazado se haya declarado rebelde, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia.

En el supuesto de la responsabilidad civil de los jueces, el artículo 512 del Código señala que antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta.

La impugnación del acto administrativo también merece que sea dictaminado, tal como lo prevé el artículo 544 del Código Procesal.



## JURISPRUDENCIA

---

*En los procedimientos sobre autorización para disponer derechos de incapaces, el Ministerio Público es parte en los procesos, solo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad (Exp. Nº 0514-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 38).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La carencia de uno de los requisitos que señala el artículo 140 del Código Civil conduce a la nulidad absoluta y radical del acto, no surte efecto alguno, no es susceptible de confirmación y puede ser planteado por quien tenga interés, por el Ministerio o declarada de oficio por el juez, sin que sea preciso petición de parte, cuando resulte manifiesta (Exp. N° 1365-94-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 145-147).*

*Si en la realización de la audiencia tanto el personal del juzgado como el policial fueron objeto de agresión física y verbal, dichos hechos constituyen indicios razonables de la comisión de un delito previsto como violencia y resistencia a la autoridad, que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Público (Exp. N° 317-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 506).*

*Los niños y adolescentes tienen como sus representantes a sus, padres que ejercen la patria potestad, por lo que son ellos, sujetos de emplazamiento, interviniendo el representante del Ministerio Público como dictaminador.*

*Al desconocer el paradero de la madre biológica, es válido el emplazamiento por edictos. Ante su inactividad debe nombrarse un curador procesal para ejercer el derecho de defensa en forma diligente (Exp. N° 923-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 123).*

## DICTAMEN

### ARTÍCULO 114

*Cuando la ley requiera dictamen fiscal, este será fundamentado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113, 115, 116, 117.  
C.N.A. art. 141.

---

### Comentario

---

A pesar que en el proceso civil predomina la autonomía de voluntad de los particulares, se permite que el Ministerio Público actúe en él, sea como parte, como tercero o como dictaminador. Cuando el Ministerio Público interviene para dictaminar, el documento que contiene la expresión u opinión jurídica, se denomina dictamen.

1. El rol dictaminador del Ministerio Público es apreciada –por algunos sectores de la doctrina– como asesoría al órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del Derecho objetivo. Opera una situación intermedia, el interés público no llega al extremo de legitimar a este, pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión del Ministerio Público en el extremo concreto.

Veamos a continuación algunos casos donde el Ministerio Público asume el rol de dictaminador:

En las pretensiones sobre prescripción adquisitiva de predios rústicos, el artículo 507 del Código Procesal considera que cuando el emplazado se haya declarado rebelde, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia.

En el supuesto de la responsabilidad civil de los jueces, el artículo 512 del Código señala que antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta.

La impugnación del acto administrativo también merece que sea dictaminado, tal como lo prevé el artículo 544 del Código Procesal.

2. A propósito de la fundamentación del dictamen fiscal, es importante resaltar lo siguiente. En el Perú existía una interesante publicación llamada “Anales Judiciales” que contenía los diversos fallos de la Corte Suprema de la República. En el

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

primer tomo de dicha colección, publicado en el año 1906, apreciamos una referencia que felizmente ha sido superada en estos tiempos. Las resoluciones que expedía la Corte Suprema sobre los recursos de nulidad carecían de motivación en el mismo fallo, pues, se limitaban –por lo general– a la parte resolutive cuyos fundamentos estaban en el dictamen del Ministerio Público que lo precedía como trámite esencial e imprescindible. Esta manera de producir la jurisprudencia daba, a criterio del compilador Fuentes Castro, mayor importancia a los dictámenes fiscales, lo que llevó a decir que en ellas se hallaba la razón legal, y en la resolución el mandato imperativo.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es obligación del Ministerio Público dictaminar en todas las instancias, en los litigios en que sea parte el Estado. Es nula la sentencia si el juez emite sentencia sin contemplar esta exigencia (Exp. N° 4353-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 397-398).*

*El fiscal provincial civil debe emitir dictamen previo a la resolución que ponga fin a la instancia, en aquellas causas que versen sobre intereses o derechos patrimoniales o no, de los menores y los incapaces, en defensa de la familia y de la sociedad.*

*Es nula la sentencia que omite tal dictamen (Exp. N° 2893-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 334-335).*

*Los niños y adolescentes tienen como sus representantes a sus padres, que ejercen la patria potestad, por lo que son ellos sujetos de emplazamiento, interviniendo el representante del Ministerio Público como dictaminador.*

*Al desconocer el paradero de la madre biológica, es válido el emplazamiento por edictos. Ante su inactividad debe nombrarse un curador procesal para ejercer el derecho de defensa en forma diligente (Exp. N° 923-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 123).*

*La nulidad de la sentencia planteada por el representante del Ministerio Público, por no haber emitido dictamen en primera instancia, queda subsanada en virtud del principio de convalidación, aún más si en esta instancia se han remitido los autos al Ministerio Público, con lo cual se da cumplimiento a la finalidad prevista por Ley (Exp. N° 4334-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 95).*

## PLAZOS

### ARTÍCULO 115

*Los representantes del Ministerio Público cumplirán los plazos establecidos en la ley, bajo responsabilidad.*

*Cuando la ley no fije plazo para determinado acto, este no será mayor que el que corresponde al juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113, 114, 116, 117.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 36-42.

---

## Comentario

El plazo es el tiempo o lapso fijado para una acción. En el campo del proceso se define como el espacio de tiempo concedido a las partes para comparecer, responder, probar, alegar, consentir o negar una pretensión.

Cuando la norma señala que “los representantes del Ministerio Público cumplirán los plazos establecidos en la ley” podemos advertir dos justificaciones que subyacen en dicho enunciado: el principio de legalidad, del cual es defensor el Ministerio Público y el principio de igualdad de todos ante la ley.

Si asumimos el supuesto que este organismo actúa en el proceso como parte, nada podría justificar que se le otorgue un trato diferenciado, caso contrario, estaríamos vulnerando el principio de igualdad procesal. Este último principio no demanda una igualdad aritmética sino como señala Couture “una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso, no quebrantan el principio”.

En caso de vacío legal sobre plazos determinados para lograr la respuesta del Ministerio Público, la norma opta por integrar ese vacío con la fórmula “que dicho plazo no sea mayor que el que corresponde al juez”. Opera una autointegración de la norma.

## OPORTUNIDAD

### ARTÍCULO 116

*El dictamen del Ministerio Público, en los casos en que procede, será emitido después de actuados los medios probatorios y antes que se expida sentencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 113, 114, 117.
C.N.A.	art. 141.

---

## Comentario

---

La intervención del Ministerio Público puede reducirse a una labor dictaminadora, de expresión de una opinión jurídica, que va a estar recogida en un dictamen.

Antes que se expida sentencia y luego de actuados los medios probatorios, se considera oportuno que el Ministerio Público emita dictamen, pues, la etapa procesal en la que se ubica el proceso se torna adecuada para brindar conocimiento de mayor envergadura sobre lo que se está discutiendo, máxime que ya se han agotado los medios probatorios que puedan o no afirmar las pretensiones en discusión.

Véase el supuesto de la prescripción adquisitiva de predios rústicos regulado por artículo 507 del Código Procesal que considera que cuando el emplazado se ha declarado rebelde, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia; en igual forma, el artículo 21 del Decreto Ley N° 17537 (Consejo de Defensa del Estado) señala que “el Ministerio Público está obligado a dictaminar en todas las instancias, en los litigios en que el Estado sea parte y sus miembros deben remitir a los Procuradores Generales copia de sus dictámenes para facilitar su actuación funcional”; sin embargo, frente a la oportunidad en la que debe aparecer el dictamen, hay algunos criterios que condenan de nulidad la afectación a la oportunidad, mientras que hay otros que asumen por válida la convalidación, si fuere el caso. Véase los siguientes pronunciamientos en el distrito judicial de Lima. “El fiscal provincial civil debe emitir dictamen previo a la resolución que ponga fin a la instancia, en aquellas causas que versen sobre intereses o derechos patrimoniales o no, de los menores y los incapaces, en defensa de la familia y de la sociedad. Es nula la sentencia que omite tal dictamen”<sup>(1)</sup> con el

---

(1) Expediente N° 2893-07. 6 Sala Civil de Lima.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

siguiente caso: “La nulidad de la sentencia planteada por el representante del Ministerio Público, por no haber emitido dictamen en 1 instancia, queda subsanada en virtud del principio de convalidación, aún más, si en esta instancia se han remitido los autos al Ministerio Público, con lo cual se da cumplimiento a la finalidad prevista por ley”<sup>(2)</sup>.



## JURISPRUDENCIA

---

*La nulidad de la sentencia planteada por el representante del Ministerio Público, por no haber emitido dictamen en primera instancia, queda subsanada en virtud del principio de convalidación, aún más si en esta instancia se han remitido los autos al Ministerio Público, con lo cual se da cumplimiento a la finalidad prevista por ley (Exp. N° 4334-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 95).*

---

(2) Expediente N° 4334-98, Sala de procesos abreviados y de conocimiento.

## CAUSALES DE EXCUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

### ARTÍCULO 117

*Los representantes del Ministerio Público deben excusarse o abstenerse de intervenir en el proceso por las causales que afectan a los jueces. No pueden ser recusados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 305, 307, 311, 313.
C. de P.P.	art. 41.
D. LEG. 052	art. 19.

---

### Comentario

---

1. El Ministerio Público es el órgano encargado de cooperar con la administración de justicia, velando por el interés del Estado, la sociedad y los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, para observar las leyes y promover la investigación y represión de los delitos.

Es tan trascendente la función de este Ministerio que el sistema procesal le exige un mínimo de garantías en su actuación, que alejen cualquier duda o cuestionamiento sobre la idoneidad personal y moral de su intervención. En tal sentido, se busca que las opiniones del Ministerio Público sean equilibradas y que no estén afectadas por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales.

Para contrarrestar las influencias funestas en la actividad del Ministerio Público, se permite que este se excuse o abstenga de intervenir invocando referentes objetivos que recogen los artículos 305 y 307 del CPC, referente a las causales de impedimento o recusación de jueces. Las causales de impedimento están descritas en el artículo 305 del CPC y se refieren a actividades procesales (véase el inciso 1 y 5); a razones de parentesco y representación (véase el inciso 2 y 3) y las que atribuyen beneficios o dádivas (véase el inciso 4).

Como señala Gimeno Sendra, “en la medida que la primera y más importante de las funciones del Ministerio Público es la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, para la adecuada asunción de dicha función precisa el Ministerio Público de la autonomía funcional e imparcialidad suficiente que le permitan solicitar la desinteresada aplicación del Derecho objetivo. Cumple una función de ser custodio de la

Ley”. Imparcialidad, que según Montero Juan<sup>(1)</sup>, no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado solo (...) por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio.

2. Por otro lado, debe advertirse que la norma no permite la recusación de los fiscales, ello es atendible porque no ejercen función jurisdiccional que les permita asumir la definición de los conflictos. Su intervención es meramente consultiva, opinante, de ahí que tampoco resulte atinente argumentar el prejuzgamiento con respecto a las opiniones expresadas en sus dictámenes. Palacio<sup>(2)</sup> define a la recusación como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquel, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial”.

3. La abstención, es el deber de cada fiscal de apartarse del conocimiento del proceso por considerar afectada su imparcialidad, no solo por las causas recogidas en la recusación e impedimento de los jueces, sino en las fundadas por motivos graves, de decoro o delicadeza. Nótese que la redacción del artículo 313 del CPC adopta una fórmula flexible para su procedencia, porque admitiendo motivaciones subjetivas del juez, tiende a respetar todo escrúpulo serio que este manifieste en orden a una posible sospecha sobre la objetividad de su actuación. En ese sentido la redacción de la norma señala: “cuando se presentan motivos que perturban la función del juez, este, por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada”.

---

(1) MONTERO, Juan. Op. cit. p. 105.

(2) PALACIO, Lino. Op. cit. t.II, p. 304.

## RESPONSABILIDAD

### ARTÍCULO 118

*El representante del Ministerio Público es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los jueces.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113 a 117, 481, 507, 510, 512, 787.  
D. LEG. 052 arts. 14, 51 al 61.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 74.

---

### *Comentario*

---

La primera y más importante función del Ministerio Público es la promoción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, para lo cual, precisa este organismo de la autonomía funcional e imparcialidad suficiente, que le permitan solicitar la desinteresada aplicación del Derecho objetivo.

El Ministerio Público cumple una función de ser custodio de la ley; sin embargo, no siempre dicha función es asumida con responsabilidad y diligencia por los llamados a cumplirla, generando daños que deben ser resarcidos.

La norma en comentario atribuye responsabilidad civil a los representantes del Ministerio Público que se alejen del cumplimiento de sus funciones, sea por dolo o negligencia, para lo cual, el proceso judicial a seguir se sujeta al trámite que corresponde al de la responsabilidad de los jueces. Los artículos 509 al 518 del Código regulan la tramitación al respecto.

# SECCIÓN TERCERA ACTIVIDAD PROCESAL

## TÍTULO I

### FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

#### Capítulo I

#### ACTOS PROCESALES DEL JUEZ

#### FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

##### ARTÍCULO 119

*En las resoluciones y actuaciones judiciales no se emplean abreviaturas. Las fechas y las cantidades se escriben con letras. Las referencias a disposiciones legales y a documentos de identidad pueden escribirse en números. Las palabras y frases equivocadas no se borrarán, sino se anularán mediante una línea que permita su lectura. Al final del texto se hará constar la anulación. Está prohibido interpolar o yuxtaponer palabras o frases.*

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 50 inc. 3, 122, 125, 136, 139.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 131

### Comentario

Todo acto procesal tiene tres elementos fundamentales: el sujeto que lo ejecuta, el objeto sobre el cual versa y la forma que involucra. Palacio<sup>(1)</sup>, define la forma

(1) PALACIO, Lino. Op. cit. T. IV, p. 85.

como la disposición o el modo mediante el cual el acto procesal se exterioriza, saliendo así del dominio puramente interno o intelectual de quien lo cumple para penetrar en el ámbito de la realidad objetiva.

El presente artículo hace referencia a la estructura externa del acto, señalando el uso de la escritura sin empleo de abreviaturas y siguiendo determinados patrones al referirse a fecha y cantidades. Frente a algunos errores en la redacción se estipulan las siguientes reglas: a) no caben borrones sobre las palabras y frases equivocadas, sino que ellas se testarán mediante una línea, que permita su lectura, dejando constancia al final del texto, que lo testado no vale; b) está prohibido interpolar o yuxtaponer palabras o frases, esto implica que no se puede subsanar los defectos en la redacción mediante el interlineado, por citar, si el juez quiere referirse al pago de tres mil quinientos soles y por error a consignado la frase de “quinientos soles”, no cabe que entre líneas se agregue la frase “tres mil”. Debe enmendarse el error, testando con una línea la frase “quinientos soles” y colocando en su reemplazo la frase correcta de tres mil quinientos soles, dejando constancia de la anulación o testado, al final del texto; sin embargo, el concepto de forma no se circunscribe a la mera estructura externa, sino se extiende a otras condiciones vinculadas con el contenido del acto o forma intrínsecas, esta última acogida en los artículos 121 y 122 del Código.

Debe resaltarse que la forma extrínseca a que hace referencia este artículo se refiere solo a los actos procesales que realiza el juez, regulando lo correspondiente a la actividad de las partes en el artículo 130 del Código.

La dimensión formal de los actos procesales debe ser apreciada, según Palacio, desde dos ángulos distintos los que se refieren al modo de expresión y al modo de recepción de la actividad procesal.

En el modo de expresión es importante diferenciar el idioma y el lenguaje de los actos procesales; esta situación sí se advierte en lo que a las partes se refiere (ver inciso 7 del artículo 130) pero no en los actos procesales del juez; sin embargo, el artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial integra dicha omisión al señalar que “las actuaciones judiciales se efectúan en castellano. Cuando el idioma o dialecto del justiciable sea otro, las actuaciones judiciales se realizan ineludiblemente con la presencia del intérprete (...)”.

En cuanto al modo de recepción de la actividad procesal, ella está influenciada por los principios de publicidad e inmediatez y aparece desarrollado en los títulos II y III de esta sección, al referirse a los actos procesales de las partes y a la formación del expediente.



## RESOLUCIONES

### ARTÍCULO 120

*Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a este, pueden ser decretos, autos y sentencias.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. II, 121, 122, 124, 125.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 134

C.P.C.N. Argentina arts. 160-168

---



Las resoluciones judiciales se pueden definir como todas las declaraciones emanadas del órgano judicial destinadas a producir una determinada consecuencia jurídica, a la que deben ajustar su conducta los sujetos procesales. Ellas pueden ser decretos, autos y sentencias. El artículo 121 del Código desarrolla con mayor detalle a cada una de estas resoluciones. Considera a los decretos orientados al desarrollo del proceso, al simple trámite que no requiere motivación; los autos, que resuelven incidencias; y la sentencia, que pone fin a la instancia o al proceso en definitiva.

Es importante resaltar que, entre la iniciación del proceso y la conclusión de este, concurren una serie de actos que se agrupan en resoluciones orientadas a tenor del artículo en comentario “al impulso, a la decisión al interior del proceso o al que pone fin a este”.

La doctrina asume diversos criterios para clasificar las resoluciones judiciales en la dirección del proceso. Palacio<sup>(1)</sup> clasifica las resoluciones en actos de ordenación, de comunicación o trasmisión, de documentación y cautelares explicándolas así:

Los actos de ordenación encauzan el proceso a través de sus diferentes etapas, sea impulsándolo para lograr el tránsito de una a otra de ellas, sea impugnando actos o resoluciones que se estiman defectuosos o injustos.

---

(1) Op. cit. T. IV, pp. 36-37.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los actos de comunicación o transmisión tienen por objeto poner en conocimiento de las partes, de los terceros o de funcionarios judiciales o administrativos sea una petición formulada en el proceso o el contenido de una resolución judicial.

Los actos de documentación se orientan a la formación material de los expedientes a través de la incorporación ordenada de los escritos y documentos presentados por las partes o remitidos por terceros.

Los actos cautelares tienden a asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión judicial definitiva y su ejecución se materializa a través de los auxiliares de justicia.

Los actos de conclusión son aquellos que tienen por objeto dar fin al proceso. El acto normal de conclusión de todo proceso hállese representado por la sentencia definitiva, con prescindencia que esta alcance eficacia de cosa juzgada en sentido material o formal.

La sentencia puede limitar su eficacia a una mera declaración del derecho; puede establecer una condena en contra del obligado; puede constituir un estado jurídico nuevo, inexistente antes de su aparición, o puede limitarse a ordenar medidas de garantía.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo a lo dispuesto por el CPC (Exp. N° 379-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 212-213).*

*El juez, mediante sentencia, pone fin al proceso o a la instancia en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.*

*Es nula la sentencia inmotivada que no se pronuncia respecto de todos y cada uno de los puntos controvertidos (Exp. N° N-153-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 338).*

*Conforme a lo previsto en el artículo ciento cuarentinueve de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas que se han visto con su intervención y solo cuando se encuentra en la imposibilidad de firmar la resolución que absuelve el grado, por las causas que en dicho dispositivo se mencionan, su voto escrito y firmado forma parte de la resolución referencial; que como es obvio se trata de un caso de excepción puesto que lo normal es que toda resolución lleve las tres firmas de los vocales que participaron en la vista de la causa; sin embargo se ha podido comprobar con relativa frecuencia que en la práctica lo que constituye una excepción va convirtiéndose en una regla general con las consecuencias que de ella se derivan (Exp. N° 693-95-AREQUIPA, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, p. A.20).*

## DECRETOS, AUTOS Y SENTENCIAS

### ARTÍCULO 121

*Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.*

*Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.*

*Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 139 num. 5.
<b>C.P.C.</b>	arts. II, 50 inc. 6, 119 a 125, 157 inc. 8, 317, 318, 362, 365, 385, 453.
<b>C. de P.P.</b>	arts. 284, 285.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 17, 22.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 394.
<b>LEY 27444</b>	art. 186.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 266 incs. 6 y 8.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 133, 135
<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 183
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 302
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 220, 221, 222



1. El juez en el transcurso del proceso dictará una serie de providencias o resoluciones, las que se pueden agrupar en providencias simples y resoluciones ordenatorias.

Las primeras reciben la denominación de providencias simples o de trámite o como lo califica el Código de decretos. Tienden al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. La característica de estas resoluciones es que son

dictadas sin sustanciación, es decir, sin que se encuentren precedidas por una contradicción suscitada entre las partes o entre cualquiera de estas y un tercero. Por ejemplo, la resolución que señala fecha para audiencia, la que expide copia de un documento del proceso o la que agrega un documento a éste. Se trata de resoluciones que el juez puede dictar de oficio o proveyendo a peticiones de las cuales no corresponde correr traslado a la otra parte. Son las únicas resoluciones judiciales susceptibles del recurso de reposición. La Ley Orgánica del Poder Judicial (ver artículo 12) al referirse a este tipo de resoluciones señala: “todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas”.

2. Dentro de las resoluciones ordenatorias se ubican las sentencias y las resoluciones interlocutorias. El Código define a cada una de estas resoluciones, señalando que la sentencia pone fin a la instancia o al proceso en definitiva. Podemos decir que la sentencia es el acto procesal por el cual el juez, cumple la obligación de resolver el conflicto sobre las pretensiones del demandante y las defensas del demandado. Para Couture, “la sentencia es una operación de carácter crítico. El juez elige entre la tesis del actor y la del demandado la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia”. Según Enrique Falcón “es un acto de autoridad emanada de un magistrado en ejercicio de la jurisdicción, emitida mediante un juicio en un proceso, que declara los derechos de las partes y que puede condenar o absolver en todo o en parte o constituir nuevos estados jurídicos, poniendo fin a la etapa declarativa del proceso”. Carlos Colombo señala que “la sentencia es la decisión, de mérito, mediante la cual el órgano jurisdiccional cierra y define el proceso en la instancia en que este se encuentre”.

3. La doctrina establece tres clases de sentencias: declarativas, de condena y constitutivas. Las declarativas, son aquellas que buscan la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada relación jurídica con la finalidad de eliminar una incertidumbre jurídica; las sentencias constitutivas son aquellas que crean, modifican o extinguen una determinada relación jurídica, por citar, la resolución de un contrato o la disolución del vínculo conyugal. Aquí la intervención del juez es vital porque aún estando de acuerdo las partes, el efecto deseado no sería posible alcanzarlo sin dicha intervención; y por último, las sentencias de condena, se orientan no solo a declarar la certeza de una determinada situación jurídica, sino que además ordenan al vencido el cumplimiento de un dar o un hacer algo a favor de la parte victoriosa.

Estas sentencias cumplen una función instrumental de garantizar al titular del derecho aquello que le corresponde por la ley material.

La norma en comentario hace referencia de manera excepcional, a las sentencias inhibitorias, esto es, las que pronuncia el juez sin referirse al fondo del conflicto. Estas sentencias no constituyen cosa juzgada. Como el juez se limita a declarar que está inhibido para resolver la existencia del derecho material pretendido,

por lo cual no niega ni afirma que ese derecho exista, es imposible que se produzca cosa juzgada sobre un punto que no ha sido objeto de la decisión.

Las resoluciones interlocutorias resuelven cuestiones planteadas durante el proceso y que requieren sustanciación a diferencia de los decretos. Se caracterizan porque requieren que su pronunciamiento se halle precedido por una contradicción entre los partícipes del conflicto, por ejemplo, en el caso de las excepciones, requiere del conocimiento de la contraparte y de una sustanciación para su tramitación.

El artículo presenta varios supuestos de este tipo de resoluciones como los que “resuelven la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción(...) el concesorio o modificación de medios impugnatorios, admisión o improcedencia de las medidas cautelares y demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento”. Estas resoluciones son pasibles de recurso de apelación.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien es cierto que el juzgador puede declarar la improcedencia no solo al calificar la demanda, sino en la etapa del saneamiento y en forma excepcional en la sentencia, mas no en la audiencia de conciliación, pues altera la seguridad jurídica de los justiciables e incumple con el principio de legalidad (Exp. Nº 3113-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 282).*

*La falta de motivación en la sentencia debe ser sancionada. No puede convalidarse por el colegiado porque se afectaría la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, pues se argumentarían situaciones no consideradas por las partes al apelar; que de afectar sus intereses, estas no podrían impugnar para su reexamen (Exp. Nº 4129-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 187).*

*La resolución que pone fin al proceso de ejecución de garantías es un auto, homologado al nivel de naturaleza procesal de una sentencia, en la medida en que pone fin al proceso de ejecución resolviendo la contradicción incoada por el ejecutado, sea amparándola o desestimándola (Cas. Nº 1627-99-Huánuco, El Peruano, 28/12/99, p. 4411).*

*Si bien es verdad que, consentida o ejecutoriada que sea la resolución que declara el saneamiento procesal, precluye toda petición referida a impugnar la validez de la relación jurídica procesal, esto no limita la facultad que tiene el juez para que excepcionalmente en sentencia revise nuevamente dicha relación y se pronuncie sobre ella (Cas. Nº 1136-99-La Libertad, El Peruano, 12/11/99, p. 3914).*

*Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra ley procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia (**Cas. Nº 724-99-Lambayeque, El Peruano, 12/11/99, p. 3902**).

Cuando una sentencia es apelada, el juez de revisiones, en la opción de confirmarla, lo puede hacer: a) por sus propios fundamentos, en cuyo caso debe expresarlo así, no siendo necesario repetir la fundamentación; b) por sus propios fundamentos y los adicionales que formule, en cuyo caso debe expresar: "por sus fundamentos y considerando además"; y, c) por fundamentos distintos, en cuyo caso no hace referencia a los fundamentos de la apelada, y expresa los propios, que deben cubrir los hechos y el derecho, pues esa sentencia sustituye totalmente la apelada (**Cas. Nº 552-99-San Román, El Peruano, 19/11/99, p. 3772**).

La falta de congruencia entre los distintos considerandos de una resolución implicaría la falta de coherencia, de conexión o relación íntima de un razonamiento con otro, y de estos con el sentido de la misma resolución en general. Debe precisarse que reiteradas ejecutorias establecen que el concepto de congruencia procesal alude a la correspondencia que debe existir entre los puntos materia del petitorio y lo resuelto en la sentencia (**Cas. Nº 2474-99-La Libertad, El Peruano, 11/01/2000, p. 4526**).

En cuanto a la extensión conceptual del principio de congruencia, partiendo hacia el concepto procesal de sentencia, dicho principio también debe ser entendido en la congruencia interna que debe existir entre la parte considerativa y resolutive de una resolución judicial, caso contrario, la resolución sería nula (**Cas. Nº 209-99-Lambayeque, El Peruano, 07/04/2000, p. 4975**).

Si ante pronunciamiento judicial con incongruencia extrapetita, no se recurre en apelación cuestionando lo fallado por el juez de mérito sobre ese extremo que lo perjudica, no se vulnera el principio de congruencia procesal (**Cas. Nº 3265-99, El Peruano, 24/08/2000, p. 6074**).

Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derechos, constitutivas de derechos y de condena. Las dos primeras, con solo declarar fundada una demanda, llenan la finalidad del proceso, pues con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, mientras que la sentencia de condena impone al vencido una prestación de dar, hacer, no hacer creando un título ejecutivo judicial que puede ser ejecutado, aun por la fuerza (en ejercicio del *ius imperium*) contra el condenado (**Cas. Nº 1752-99-Cajamarca, El Peruano, 07/04/2000, p. 4968**).

Los efectos de la sentencia declarativa se proyectan hacia el pasado, es decir, hasta el momento de la constitución del derecho, a diferencia de la sentencia constitutiva que proyecta sus efectos hacia el futuro (**Cas. Nº 2092-99-Lambayeque, El Peruano, 07/04/2000, p. 4975**).

Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derecho, constitutivas de derecho y de condena, y solo esta última precisa de un proceso de ejecución, porque las otras dos llenan la finalidad del proceso con el solo hecho de declarar fundada la demanda, ya que con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, lo que no ocurre con la sentencia de condena (**Cas. Nº 1516-97-Lambayeque, El Peruano, 14/10/98, p. 1908**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La sentencia exterioriza una decisión jurisdiccional del Estado, consta en un instrumento público y es la materialización de la tutela jurisdiccional que llena su función al consagrar un derecho mediante una declaración afirmada de que la relación sustancial discutida se encuentra en los presupuestos legales abstractos y, como consecuencia de ello, establece una norma concreta para las partes, de obligatorio cumplimiento. El legislador produce la ley, que es una norma abstracta, a partir de la cual el juez, en la sentencia, produce una norma concreta aplicable a las partes en el proceso (**Cas. N° 1296-99-Lima, El Peruano, 12/11/99, p. 3915**).

Las resoluciones judiciales deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para que exista identidad jurídica entre lo que se resuelve y lo pretendido (**Cas. N° 1428-99-Tacna, El Peruano, 18/12/99, p. 4330**).

Al no pronunciarse sobre la pretensión subordinada, la sentencia recurrida deviene en nula, pues se trata de un fallo *infra petita*, también llamada *citra petita*, que se presenta cuando el órgano jurisdiccional omite pronunciarse sobre la viabilidad de alguno de los pedidos deducidos (**Cas. N° 627-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 20/11/99, p. 4031**).

La resolución judicial debe contener la expresión clara y precisa respecto de todos los puntos controvertidos. Es nula la sentencia si habiendo observado la pericia, esta no ha sido resuelta (**Exp. N° 4125-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 393-394**).

Es nula la resolución que incumple el deber de la debida motivación, si el pronunciamiento se ha expedido en ausencia de un debido análisis (**Exp. N° 2437-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 369**).

Atendiendo al principio de congruencia procesal, es necesario que toda resolución sea el resultado de lo razonado y lo resuelto, procurando evitar contradicciones, debiendo ser claro y preciso lo que manda, dispone o resuelve.

Se vulnera este principio si el juez se pronuncia sobre la medida de no innovar, medida de naturaleza distinta a la innovativa (**Exp. N° 641-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 316-317**).

La demanda es improcedente cuando es evidente la falta de legitimidad para obra del actor. Si no es viable la excepción, el juez al momento de sentenciar está en aptitud de pronunciarse sobre la legitimidad para demandar de la parte actora, en observancia a la última parte del artículo 121 del CPC (**Exp. N° 994-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 417**).

La declaración de improcedencia debe darse al momento de la calificación de la demanda. Pasada dicha etapa, será en el saneamiento donde se emitirá el pronunciamiento sobre la validez de la relación procesal y excepcionalmente podrá efectuarse en la sentencia.

Se contraviene el procedimiento si, habiéndose declarado inadmisibile la demanda y subsanadas las omisiones se vuelve a conceder nuevo plazo, para luego declarar la improcedencia de ella (**Exp. N° 2767-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 405**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las sentencias deben cumplirse de acuerdo a sus propios términos sin ser calificado su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad (**Exp. N° 1454-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 325**).

El juez, mediante sentencia, pone fin al proceso o a la instancia en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

Es nula la sentencia inmotivada que no se pronuncia respecto de todos y cada uno de los puntos controvertidos (**Exp. N° N-153-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 338**).

En la sentencia, excepcionalmente, se puede emitir pronunciamiento sobre la relación procesal cuando estos defectos no han sido advertidos y subsanados en las etapas correspondientes.

Para que los demandados puedan precisar los alcances de su contestación, no basta requerir la posesión del inmueble sino que debe precisarse la causal de su pretensión (**Exp. N° N-115-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 341**).

“... El juez en la sentencia, que es la forma como se exterioriza la decisión jurisdiccional, debe proceder a la reconstrucción de los hechos, con cuyo propósito actúa como lo haría un historiador, analiza las declaraciones, examina los documentos, aprecia las pericias, establece presunciones, utiliza los estándares jurídicos, aplicando para ello su apreciación razonada, o como también se llama las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por la parte actora y la demandada.

(...) Que en esa labor, el juez está sujeto a dos restricciones, solo puede tomar en cuenta los hechos alegados por las partes, aun (sic) cuando él pudiera tener otro conocimiento, y solo puede referirse a la prueba actuada, sea por iniciativa de las partes o de oficio” (**Cas. N° 2786-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 137-139**).

Merece declarar la nulidad de la sentencia si los fundamentos expuestos por el juez en la parte considerativa de la apelada, son contradictorios (**Exp. N° 526-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 209-210**).

Es nula la sentencia expedida por el juez con evidente desaprensión, que es ininteligible, imprecisa e inmotivada, transgrediendo las obligaciones que al respecto le impone la última parte del artículo 121 del Código Procesal Civil (**Exp. N° 2258-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 195-196**).

Las sentencias deben cumplirse de acuerdo a sus propios términos sin ser calificados su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad (**Exp. N° 1454-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 325**).

El juez debe referirse concretamente a los puntos controvertidos, sujetándose al mérito de lo actuado y al Derecho, pues, debe atender a la unidad procesal (**Exp. N° 618-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 341-342**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La falta de motivación en la sentencia debe ser sancionada. No puede convalidarse por el colegiado porque se afectaría la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, pues se argumentarían situaciones no consideradas por las partes al apelar; que de afectar sus intereses, estas no podrían impugnar para su reexamen (Exp. Nº 4129-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 187).*

*En cuanto a la extensión conceptual del principio de congruencia, partiendo hacia el concepto procesal de sentencia, dicho principio también debe ser entendido en la congruencia interna que debe existir entre la parte considerativa y resolutive de una resolución judicial, caso contrario, la resolución sería nula (Cas. Nº 209-99-Lambayeque, El Peruano, 07/04/2000, p. 4975).*

*Es nula la sentencia, si lo indicado por el juez en la parte resolutive de esta, no es congruente ni coherente, con los fundamentos de la misma y menos con los puntos controvertidos, sobre los que debe decidir u ordenar en forma clara y precisa (Exp. Nº 1010-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 340).*

*Es nula la sentencia recurrida si se ha emitido sin un debido análisis de los puntos controvertidos en el proceso, así como de toda la prueba presentada en autos (Exp. Nº 2035-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 198).*

*Si ambas partes han formulado observación a la pericia grafotécnica practicada sobre la letra de cambio puesta a cobro y la sentencia no hace comentario ni pronunciamiento alguno sobre ellas, es nula, porque afecta el debido proceso.*

*La sentencia debe resolver todos los puntos controvertidos (Exp. Nº 17123-629-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 193).*

*Si en la sentencia materia de grado no se aprecia el análisis de la institución que constituye el petitorio de la demanda, ni la subsunción de los hechos a la norma que ampara la pretensión, conteniendo solo un recuento de hechos, en cuya virtud, el juez se ha pronunciado por el amparo de la pretensión sin que exista congruencia en el petitorio, es nula dicha sentencia (Exp. Nº 362-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 195).*

*No cabe pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, si la parte no indica los hechos en que funda la pretensión, los medios probatorios que la sustentan ni la vía procedimental. No se puede amparar dicha omisión bajo el argumento que los fundamentos de hecho se encuentran expuestos en otro expediente judicial ya terminado (Exp. Nº 3223-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 338-339).*

*El hecho de no haber consignado en la sentencia apelada, el término "Vistos" no genera la nulidad de ésta, si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (Exp. Nº 11211-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 561-562).*

## CONTENIDO Y SUSCRIPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES

### ARTÍCULO 122

*Las resoluciones contienen:*

- 1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden;*
  - 2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;*
  - 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;*
  - 4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente;*
  - 5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;*
  - 6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas, o la exoneración de su pago; y,*
  - 7. La suscripción del juez y del auxiliar jurisdiccional respectivo.*
- La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requieren cumplir con lo establecido en los incisos 3, 4, 5 y 6, y los autos del expresado en el inciso 6.*

*La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive.*

*En primera y segunda instancias, así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma, y las sentencias firma completa del juez o jueces, si es órgano colegiado.*

*Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, solo será necesaria la conformidad y la firma del número de miembros que hagan mayoría relativa.*

*Los decretos son expedidos por los auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el juez dentro de las audiencias.<sup>(\*)</sup>*

(\*) Texto según art. 1 de la Ley 27524 (06/10/2001).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

### CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>art. 139 num. 5.</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 40, 120, 121, 125, 128, 136, 155, 406.</i>
<i>C. de P.P.</i>	<i>art. 288.</i>
<i>LEY 26572</i>	<i>arts. 50, 120.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 48.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 1, 259 inc. 5, 266 inc. 16.</i>

### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 132</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamerica</i>	<i>arts. 184, 185, 186</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 140, 141, 303, 304, 305</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>art. 219</i>

---



El presente artículo hace referencia a la estructura de las resoluciones judiciales. El inciso 1 exige se indique la sede del órgano que la emitió para verificar la competencia de este al momento de dictarla y el tiempo en que se dictó, esto es, que sea en día hábil y dentro del plazo determinado para ello. Esta exigencia es importante, bajo la circunstancia que el juez que emita dicha resolución haya sido apartado del conocimiento del proceso; también para verificar el momento de su emisión, toda vez que conforme se aprecia del inciso 2 cada resolución debe contener además, el número de orden que le corresponde dentro del expediente o cuaderno en que se expide. Este referente al orden es importante para un mejor control de la secuencia de los actos procesales realizados en el proceso pues registra la secuencia del camino desarrollado.

Las resoluciones no solo requieren de un orden formal en cuanto al momento de su aparición en el proceso, sino un orden de lo que se quiere transmitir como contenido, esto implica, que no solo deba precisarse los ejes temáticos sobre los que va a versar el pronunciamiento, sino las consideraciones desarrolladas al respecto, en atención a los fundamentos fácticos que sustentan la decisión y las citas de normas jurídicas aplicables a las consideraciones expuestas. Este orden en el contenido de la resolución va a conllevar a que se trasmita en mejor forma el mensaje del juez y se aprecie la logicidad del razonamiento expuesto. Esta exigencia, así como las que aparecen reguladas en los incisos 4, 5 y 6, no son aplicables a los decretos, pues no requieren motivación, tal como lo señala el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución del Estado. Por otro lado, es importante apreciar que los mandatos judiciales deben fijar plazos para su cumplimiento, a fin de tener luego un referente cierto para imponer los apremios para su ejecución.

Como se aprecia de la redacción del inciso 3, el juez debe desarrollar los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión. Fundamentar no significa motivar. En la motivación, el juez expone las razones del fallo, la causa o hechos que justifican esa decisión; en cambio, la fundamentación

busca articular las razones o motivos del fallo con el precepto legal aplicable, articulando los resultados y consideraciones de la sentencia. La Constitución Política del Estado (ver inciso 5 artículo 139), hace especial referencia a “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite”. A través de la motivación (suficiente) conoceremos el razonamiento asumido por el juez para llegar a la conclusión que recoge la sentencia. El juez no puede dictar sus sentencias bajo una convicción autocrática ni por mera inspiración del sentimiento, sino en una convicción razonada en lo fáctico y jurídico. Cuando se exige que los jueces fundamenten sus resoluciones, se obligan a expresar sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba no es motivación y conduce a la invalidación de una sentencia.

Esta exigencia es importante porque se permite, a través de la publicidad de los fallos, apreciar los fundamentos y los procedimientos que se utilizan en el ejercicio de la función jurisdiccional, legitimando así los jueces, su desempeño en un sistema democrático. “La judicatura al centrar su tarea en aplicar el derecho al caso concreto, otorgando a cada uno lo suyo, y por tanto resguardando el debido respeto a los derechos fundamentales, está especialmente obligada a transparentar sus decisiones y modo de adoptarlas, de tal manera de obtener la debida y necesaria legitimidad de su actuar”.

Tanto la motivación como la publicidad de las resoluciones judiciales, constituyen garantías de la función jurisdiccional para proscribir la arbitrariedad, permitiendo toda la luz necesaria para mostrarla, pues, como refiere Juan 5:20, “el que obra mal odia la luz y no se acerca a ella por temor de que sus obras sean descubiertas”.

El inciso 4 nos remite a la congruencia que debe operar en las resoluciones. Estas deben contener la “expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos”.

El referido inciso nos conduce a señalar que toda resolución judicial debe ser idónea y posible jurídicamente. Es idónea cuando su contenido se adecua al tema sometido a la consideración del órgano judicial y resulta además coherente en sus declaraciones. Si la sentencia no guarda conformidad con las cuestiones articuladas por ambas partes estamos ante el fenómeno de la incongruencia procesal. Si se omite alguna de las cuestiones estamos ante una decisión *citra petita*; si recae sobre puntos no alegados estamos ante una decisión extrapetita; y si excede los límites de la controversia, nos ubicamos ante la *ultra petita*.

Una resolución no es jurídicamente posible cuando su pronunciamiento esta vedado por ley, por ejemplo, ordenar que un incapaz absoluto declare como testigo en el proceso (ver el inciso 1 del artículo 229 del CPC).

El inciso 6 nos remite al principio general de los gastos procesales regulado en el artículo 412 del Código que señala que la parte vencida es condenada al pago de los gastos. Esta condena es una figura típicamente procesal, que tiene como título constitutivo la declaración expresa de la resolución judicial. En tanto no exista dicha condena expresa no será exigible los gastos; sin embargo, frente a esta regla general existe la posibilidad de la exoneración de los gastos, siempre y cuando se motive dicha liberación.

El inciso hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y, además, debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99 en el anexo del trabajo).

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (URP) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

En cuanto a la forma, todas las resoluciones judiciales se hallan sujetas a su redacción por escrito, incluso en el supuesto que se adopten en el curso de una audiencia. El inciso 7 exige la suscripción de las resoluciones por el juez y el auxiliar jurisdiccional. El juez suscribe la resolución con firma completa si se trata de una sentencia y con media firma si es un acto.

La norma autoriza a los secretarios para dictar con su sola firma decretos, por citar, agregar documentos, devolver copias, entre otros. Ello es conveniente para descongestionar la tarea de los jueces de un ámbito que no implica –en rigor– el ejercicio de facultades jurisdiccionales; además, en caso que se incurriera en alguna irregularidad, las partes tienen la facultad de solicitar al juez deje sin efecto lo dispuesto por el secretario, a través del recurso de reposición.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Como referencia histórica al presente artículo es importante compartir lo que Escriche<sup>(1)</sup> señalaba sobre el oficio tradicional de escribano y que en cierta medida es hoy reproducida por el auxiliar jurisdiccional. “El oficial o secretario público que, con título legítimo, está destinado a redactar y autorizar con su firma los autos y diligencias de los procedimientos judiciales, como asimismo las escrituras de los actos y contratos que se pasan entre las partes; es decir, el funcionario que gozaba de fe pública”. Analizando tal definición se advierte el desempeño de dos atribuciones distintas: las judiciales, como fedatarios en los procedimientos ante los jueces y las extrajudiciales, al dar fe de los negocios y actos entre particulares. Son las primeras las que ejercen en la actualidad los secretarios judiciales y las segundas, las características de los modernos Notarios.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la resolución que no valora las pruebas ofrecidas por las partes. Toda resolución debe contener la enumeración de los fundamentos de hecho y derecho que la sustentan en base al mérito de lo actuado y del derecho (Exp. Nº 42911-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 205).*

*Acorde con el principio de congruencia, el juzgador no debe omitir, alterar o exceder las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. La inobservancia del principio podría dar lugar a decisiones doctrinalmente denominadas ultra petita, extra petita y citra petita.*

*Es nula la sentencia, si en la parte considerativa del fallo no fluye que se haya precisado los fundamentos de hecho y derecho por los cuales desestima la pretensión (Exp. Nº 418-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 145).*

*El juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que no han sido alegados por las partes.*

*Es nula la resolución si el juez se pronuncia sobre el mejor derecho a la propiedad, el mismo que no ha sido objeto de la demanda. Dicha controversia debe ser dirimida por COFOPRI (Exp. Nº 889-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 146).*

*El juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar sus decisiones en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.*

*Si se demanda la acción petitoria de herencia, el juez no puede declarar a quienes quedan como legítimos sucesores para concurrir a la herencia, pues, ni de la demanda ni de la contestación se ha solicitado ello (Exp. Nº 4105-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 144).*

---

(1) Escriche, citado por CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Ediciones Santillana. 5º ed. T. II. Madrid, p. 92.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Mediante el principio de la motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir el control correspondiente de los órganos de instancia superior, por la vía de los medios impugnatorios previstos en la ley procesal instados por los justiciables (Cas. N° 3007-98-Tacna, El Peruano, 01/09/99, p. 3396).*

*Es nula la sentencia que no se pronuncia sobre todos los puntos controvertidos fijados en la audiencia de ley.*

*Se afecta también de nulidad, la sentencia que en la parte resolutive solo declara fundada la demanda, pero no resuelve en forma clara y precisa respecto de lo que debe cumplirse (Exp. N° 4144-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 386-389).*

*La sentencia debe discernir sobre aquel aspecto central de la controversia, para cuyo efecto los medios probatorios actuados deben ser valorados en concordancia con la causal que tiene como sustento la demanda incoada, resolviendo finalmente el derecho discutido con sujeción al mérito del proceso y al derecho aplicable al caso de autos.*

*Si bien la sentencia analiza la prueba aportada, no es menos cierto que la fundamentación fáctica no se condice con la disposición legal que glosa.*

*El juez no puede apartarse del asunto controvertido, el que se encuentra subsumido en los hechos que contiene la demanda y la respectiva contradicción (Exp. N° 49244, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 384-385).*

*La sentencia que carece de la firma del auxiliar jurisdiccional respectivo, adolece de nulidad (Exp. N° 20230-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 379-380).*

*El requisito de congruencia de las sentencias hace que el poder decisorio del juez quede restringido por la delimitación que han realizado las partes en el litigio. La exigencia de congruencia supone la adecuación del fallo a la petición litigiosa (Exp. N° 1972-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 337).*

*El juez debe indicar en forma precisa qué pruebas lo persuaden de la razón que alega el demandante para solicitar la medida.*

*El juzgador debe efectuar un adecuado y equilibrado examen de la aparente razón que asiste a quien la solicita, a la vista de la actividad probatoria elemental con que la sustenta, en procura que la decisión que adopte no se torne injusta (Exp. N° 663-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 325-326).*

*“... El inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución como el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, en concordancia con los incisos sexto y tercero de los artículos cincuenta y ciento veintidós, respectivamente, del mismo Código adjetivo, imponen al juzgador la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y es obvio que no se cumple con esta obligación haciendo genérica referencia de los mismos, sin un análisis crítico y*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

comparativo de la prueba presentada por ambas partes” (Cas. Nº 3240-99/Ica, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 157-159*).

La sentencia es una operación mental analítica y crítica, mediante la cual el juez elige entre la tesis del actor o la antítesis del demandado, la solución que le parezca arreglada a derecho y al mérito del proceso.

Debe declararse la nulidad de la sentencia si no se ha pronunciado sobre la totalidad de los rubros reclamados (Exp. Nº 1343-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 187-188*).

Es nula la sentencia si el juzgador no ha tomado las medidas necesarias que permitan el desarrollo del proceso con las garantías pertinentes (Exp. Nº N-163-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 340*).

Las sentencias deben cumplirse de acuerdo a sus propios términos sin ser calificados su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad (Exp. Nº 1454-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 325*).

En las salas de las cortes superiores tres votos conformes hacen resolución. Es nula la sentencia si ha sido suscrita por solo dos de los vocales que vieron la causa (Exp. Nº 242-96-Huaura, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 537*).

Conforme a lo previsto en el artículo ciento cuarentinueve de la ley orgánica del Poder Judicial, los vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas que se han visto con su intervención y solo cuando se encuentra en la imposibilidad de firmar la resolución que absuelve el grado, por las causas que en dicho dispositivo se mencionan, su voto escrito y firmado forma parte de la resolución referencia; que como es obvio se trata de un caso de excepción puesto que lo normal es que toda resolución lleve las tres firmas de los vocales que participaron en la vista de la causa; sin embargo se ha podido comprobar con relativa frecuencia que en la práctica lo que constituye una excepción va convirtiéndose en una regla general con las consecuencias que de ella se derivan (Exp. Nº 693-95-AREQUIPA, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, p. A.20).

“... El juez en la sentencia, que es la forma como se exterioriza la decisión jurisdiccional, debe proceder a la reconstrucción de los hechos, con cuyo propósito actúa como lo haría un historiador, analiza las declaraciones, examina los documentos, aprecia las pericias, establece presunciones, utiliza los estándares jurídicos, aplicando para ello su apreciación razonada, o como también se llama las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por la parte actora y la demandada.

(...) Que en esa labor, el juez está sujeto a dos restricciones, solo puede tomar en cuenta los hechos alegados por las partes, aun (sic) cuando él pudiera tener otro conocimiento, y solo puede referirse a la prueba actuada, sea por iniciativa de las partes o de oficio” (Cas. Nº 2786-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 137-139*).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es nula la sentencia, si lo indicado por el juez en la parte resolutive de esta, no es congruente ni coherente, con los fundamentos de la misma y menos con los puntos controvertidos, sobre los que debe decidir u ordenar en forma clara y precisa (Exp. N° 1010-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 340).*

*“... Al haber utilizado, el colegiado superior, las instrumentales de una contestación de demanda declarada improcedente, no solo ha infringido el derecho al debido proceso (...), sino que además contraviene lo establecido en el artículo ciento veintidós inciso tercero del Código Procesal Civil (referido a la fundamentación de hecho y de derecho sustentatoria de la decisión, que debe sujetarse al mérito de lo actuado y al derecho)” (Cas. N° 2960-98/Cono Norte, Sala Civil Trasitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 174-176).*

*Toda resolución debe ser debidamente motivada como garantía constitucional.*

*Los argumentos no jurídicos, subjetivos e ilógicos no Constituyen una debida motivación (Exp. N° 336-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 273).*

*Es nula la sentencia si carece de la relación enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión, e igualmente al estar redactada con una serie de tarjados y borrones, carece de una expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena (Exp. N° 173-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp.194-195).*

*Al redactar las sentencias el juzgador expresará los fundamentos en que se apoya para admitir o rechazar cada una de las conclusiones y pronunciará su decisión declarando el derecho controvertido, condenando o absolviendo la demanda en todo o en parte.*

*Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado (Exp. N° 161-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 524-525).*

*Si la sentencia omite pronunciarse en forma clara y precisa sobre lo que decida y ordena respecto de todos los puntos controvertidos, merece declarar la nulidad de esta (Exp. N° 548-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 218-220)*

## COSA JUZGADA

### ARTÍCULO 123

*Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:*

- 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o*
- 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.*

*La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.*

*La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	arts. 2, 139 num. 13.
<b>C.P.C.</b>	arts. 92, 178, 328, 337, 344, 355 a 405, 407, 470, 513, 517.
<b>C.P. Const.</b>	art. 6.
<b>LEY 26572</b>	art. 59.

---



1. La cosa juzgada puede calificarse como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.

La autoridad de la cosa juzgada es pues la calidad, el atributo, propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo.

El concepto de autoridad se complementa con la medida de eficacia, la que se analiza bajo tres posibilidades: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Es inimpugnable cuando la ley impide todo ataque posterior tendiente a obtener la revisión de la materia, es inmutable o inmodificable porque en ningún caso, sea de oficio o petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de la sentencia pasada en cosa juzgada; es coercible porque toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide. La coercibilidad se explica en la eventualidad de ejecución forzada.

Tomando como referencia la redacción de los incisos 1 y 2 del artículo en comentario consideramos que solo acoge el aspecto de la inimpugnabilidad de la

cosa juzgada, sin embargo, el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución del Estado, hace referencia al aspecto de la inmutabilidad de esta, al referirse que no puede dejarse sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

2. El tema de la cosa juzgada puede expresarse en dos órdenes: material y formal. En este último caso, la cosa juzgada formal, se refiere a decisiones que se cumplen y son obligatorias tan solo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. Un ejemplo de ello podríamos señalarlo en los procesos que se ventilan pretensiones alimentarias. Bajo este supuesto nada impide para que posteriormente se pueda modificar en otro proceso los efectos de la cosa juzgada formal de la sentencia. En estos casos la cosa juzgada adquiere solo alguna de sus notas: la inimpugnabilidad, pero carece de la inmutabilidad.

Podemos entonces coincidir que cuando una sentencia no puede ser objeto ya de un recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de cosa juzgada formal. A manera de ejemplo señalaremos que en el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911, se permitía que el juicio ejecutivo pudiera continuar su debate en un proceso posterior de contradicción.

Había una cosa juzgada formal en cuanto a la imposibilidad de interponer recursos impugnatorios pero la inmutabilidad no estaba garantizado, pues podía promoverse posteriormente otro proceso<sup>(1)</sup>. En igual forma, la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, no adquiere la autoridad de cosa juzgada, pues, tratándose de una medida de carácter temporal, los padres que han sido total o parcialmente privados de ella, pueden pedir su sustitución cuando desaparezcan los hechos que la motivaron. Otro ejemplo de cosa juzgada formal se muestra en las pretensiones alimentarias, los mismos que resisten nuevas discusiones en torno a los ya fijados, a través de la reducción, exoneración o aumento de estos. En ese sentido léase la Casación N° 1473-97/Cajamarca publicado en El Peruano el 9/12/1998 señala “tratándose de juicios de otorgamiento de pensión alimenticia, el monto fijado tiene siempre carácter provisional, pues, la pensión alimenticia se puede aumentar o reducir según se acrecienten o disminuyan las posibilidades económicas del obligado y las necesidades de los alimentistas, como establecen los artículos 571 CPC, 481 y 482 CC”. Frente a la cosa juzgada formal, Lino Palacio<sup>(2)</sup> señala que ella es eficaz solo al juicio concreto en que se ha produ-

(1) Ver artículo 1083 del CPC derogado.

(2) PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. T.V. Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 407.

cido o con relación al estado de cosas (personas, objeto, causa) que se ha tenido en cuenta al decidir. Nada impide que, subsanadas las circunstancias que provocaron el rechazo de la demanda anterior, la cuestión pueda renovarse un nuevo juicio.

En cuanto a la cosa juzgada material diremos que ella opera cuando, a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se agrega la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior. La cosa juzgada formal es un presupuesto de lo sustancial o material, ya que constituye un antecedente necesario sin el cual no es posible llegar a esta. Puede existir cosa juzgada formal sin material, pero no cosa juzgada material sin la formal, porque a esta no se llega sin la preclusión de todos los medios de revisión. La plena eficacia de la cosa juzgada solo se obtiene cuando se ha operado la extinción de todas las posibilidades procesales de revisión de la sentencia; tanto en el juicio en que fue dictada como en cualquier otro posterior. En conclusión, cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial, ya que ninguna autoridad podrá modificar lo resuelto. Mediante la Casación N° 1473-97/Cajamarca publicado en El Peruano el 9/12/1998 se distinguió la cosa juzgada formal de la material así: “la primera se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso; la segunda en cambio se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. La cosa juzgada está protegida por una excepción puntual, que no permite que se siga un nuevo proceso con el mismo fin”.

3. Otra idea que tenemos que resaltar sobre la cosa juzgada es que ella es concebida como el atributo de la jurisdicción. Ninguna actividad tiene la irrevisibilidad, inmutabilidad y coercibilidad descritas. Ni la legislación, ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos, por tanto, sin cosa juzgada no hay jurisdicción. Sobre esta afirmación es importante precisar que la inmutabilidad de la cosa juzgada no es un dogma, pues, esta se doblega ante el argumento del fraude procesal; esto implica, que si en el proceso o con el proceso, ha existido actividad dolosa o fraudulenta y que como consecuencia de dicha actividad se ha logrado una sentencia injusta que causa agravio a las partes o terceros, no estaríamos ante la cosa juzgada sino ante una apariencia de ella, porque el Derecho no puede otorgar seguridad jurídica a sentencias provenientes de la actividad fraudulenta. En esas circunstancias, de manera excepcional y extraordinaria, cabe interponer la revisión por fraude procesal, al amparo del artículo 178 del CPC, a fin que la jurisdicción verifique la actividad dolosa y como consecuencia de ello rescinda los efectos de la cosa juzgada.

Es importante precisar además que no toda actividad proveniente de la jurisdicción encierra cosa juzgada; para lograr dicha cualidad en los actos jurisdiccio-

nales, es necesario que concurren dos supuestos: a) un referente objetivo, cual es, la existencia de un conflicto de intereses que requiera ser dilucidado por la jurisdicción; esto implica, que la intervención de la jurisdicción donde no hay contención, no va a generar cosa juzgada, de ahí que los procesos de declaración voluntaria o calificados por el Código como procesos no contenciosos, no genera cosa juzgada que permita oponer a futuro excepción alguna; por ejemplo, la declaración de sucesión intestada a que refiere el artículo 830 del CPC, no genera cosa juzgada y puede ser posteriormente cuestionada por futuros sucesores a través de la petición de herencia, en un proceso contencioso, en el que no cabe oponer la excepción de cosa juzgada; b) el referente subjetivo requiere que las personas contra quienes se va a oponer los efectos de la sentencia hayan sido debidamente emplazados en el proceso, esto es, hayan tenido conocimiento oportuno del proceso y la posibilidad de haber podido ejercer su defensa. Esto implica, que la cosa juzgada debe responder a la solución de un conflicto jurídico y a la vinculación previa que debe existir, con la parte a quien se le va a extender los efectos del proceso, caso contrario no podríamos sostener la existencia de la cosa juzgada.

4. Por otro lado, la cosa juzgada es el fin del proceso. Si este no culmina en cosa juzgada es procedimiento. Los fines del proceso no se logran por este, que es solo un medio, sino por la cosa juzgada. Entre el proceso y la cosa juzgada existe una relación entre medio y fin. El medio es el proceso, el fin la cosa juzgada. Como señala Fenech<sup>(3)</sup>, la cosa juzgada es el efecto del proceso consistente en la trascendencia que concede el Derecho positivo a la decisión del objeto del proceso. Reforzando la idea, que la cosa juzgada por sí misma no se justifica; un sector de la doctrina la presenta en una relación de medio a fin entre ella y la efectiva vigencia del derecho. El fin no es la inmutabilidad, sino la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, los valores a los cuales el derecho accede y sirve.

En ese orden de ideas, tampoco la sentencia inhibitoria constituye cosa juzgada formal. Como el juez se limita a declarar que está inhibido para resolver la existencia del Derecho material pretendido, por lo cual no niega ni afirma que ese derecho exista, es imposible que se produzca cosa juzgada sobre un punto que no ha sido objeto de la decisión.

5. Según Couture, la jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada. En ese sentido, es preciso señalar que si bien la cosa juzgada es susceptible de ejecución, en caso que se imponga una sentencia de condena, ello no implica que el triunfador este obligado a ejecutar la sentencia; pero si debe estar facultado para hacerlo cuando desee.

---

(3) FENECH. Derecho Procesal Penal. Barcelona, 1960. Op. cit., p. 1173.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de la fijación de pensiones alimentarias, en ese sentido, si se reducen las posibilidades de uno de los obligados y subsisten las necesidades del alimentista, el juez de la causa está plenamente facultado a establecer o aumentar la obligación a cargo del otro obligado, mediante las pruebas y sustentos suficientes (Cas. Nº 725-99-Lambayeque, El Peruano, 31/08/99, p. 3388).*

*La excepción de cosa juzgada requiere: a) que las personas que siguieron el juicio sean las mismas, b) que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos y c) que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada; pero, además, se requiere que el proceso sea idéntico al otro que ha sido resuelto con sentencia o laudo firme. Por lo tanto, en un proceso de reivindicación de propiedad no podría prosperar esta excepción, si el proceso en donde supuestamente habría recaído la cosa juzgada hubiere sido de división y partición (Cas. Nº 02-99-Piura, El Peruano, 30/09/99, p. 3627).*

*La sentencia de primera instancia fue inhibitoria, dado que el órgano inferior al declarar improcedente la demanda no resolvió el fondo de la litis, mientras que la sentencia de vista, modificando la apelada, si contiene un fallo de mérito, al declarar infundada la demanda, la misma que una vez que sea consentida y ejecutoriada adquiere la santidad de cosa juzgada; por lo que esta sentencia de vista deviene en nula, al resultar más desfavorable al recurrente y al no haberse el demandado adherido a la apelación (Cas. Nº 1250-99-Junín, El Peruano, 30/11/99, p. 4196).*

*La cosa juzgada surte efecto cuando convergen los requisitos necesarios que dan lugar a la triple identidad, esto es, que el proceso fenecido haya ocurrido entre las mismas partes, debiendo ser la misma persona del demandado y demandante en ambos procesos, que se trate de los mismos hechos con respecto al análisis de los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones procesales, y que también se trate de una misma acción, es decir, que el interés para obrar del titular sea el mismo (Cas. Nº 1747-99-Puno, El Peruano, 21/01/2000, p. 4631).*

*Las sentencias recaídas en los procesos no contenciosos no tienen la calidad de cosa juzgada, máxime si del contenido de la sentencia recaída en el expediente acompañado sobre sucesión intestada se deja a salvo el derecho de los hijos para que lo hagan valer con arreglo a ley (Cas. Nº 68-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 30/11/99, p. 4190)*

*La res iudicata es una garantía procesal mediante la cual se dota a ciertas resoluciones, generalmente sentencias, de una especial calidad que impide que entre las mismas partes se vuelva a debatir sobre el mismo asunto, igual causa (hechos) y objeto (pretensión), y dictarse nueva resolución; este es un principio del debido proceso que da seguridad a las decisiones judiciales (Cas. Nº 3338-98-Lima, El Peruano, 27/10/99, p. 3825)*

*La autoridad de cosa juzgada reside en la sentencia y sus caracteres son la inmutabilidad y la coercibilidad, es decir, que proyecta sus efectos hacia el pasado y hacia el futuro, y las partes se encuentran obligadas a cumplir y hacer cumplir el pronunciamiento judicial sobre el caso juzgado, lo que además queda protegido por la excepción "res iudicata" (Cas. Nº 2056-98-Lima, El Peruano, 19/03/99, p. 2832).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No se debe confundir la cosa juzgada con la preclusión, pues la primera solo corresponde a la sentencia definitiva, mientras que la segunda es un estado que también puede referirse a las resoluciones interlocutorias y que no permite discutir de nuevo la cuestión procesal decidida, pero no produce cosa juzgada, porque sus efectos no son extraprocesales (Cas. Nº 2056-98-Lima, El Peruano, 19/03/99, p. 2832).

Se vulnera el principio de la cosa juzgada si se revisa nuevamente los hechos que fueron materia de análisis y resolución en otro proceso.

Es irrelevante el nombre con el que se denomine la nueva pretensión, si de su contenido se aprecia, que se trata de pretensiones idénticas con la ya resuelta (Exp. Nº 1460-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 434).

Cuando la ejecución puede afectar el derecho de tercero, se debe notificar a este con el mandato ejecutivo o de ejecución.

La cosa juzgada se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, siempre que dichos terceros hubieran sido citados con la demanda (Exp. Nº 651-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 515).

La resolución que no es materia de impugnación tiene la calidad de resolución firme (Exp. Nº N-582-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 264-265).

La pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, no adquiere la autoridad de cosa juzgada, pues, tratándose de una medida de carácter temporal, los padres que han sido total o parcialmente privados de ella, pueden pedir su sustitución cuando desaparezcan los hechos que la motivaron (Exp. Nº 444-93-Huánuco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 229-230).

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada, entre otros, cuando las partes dejan transcurrir los plazos sin formular recurso impugnatorio contra la resolución pugnante.

Se preserva la seguridad jurídica si se respetan los términos para la eficacia de los actos jurídicos (Exp. Nº 1908-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 165-167).

No es posible mediante una acción judicial, declarar la nulidad de la sentencia expedida en otro juicio, porque ello atentaría contra la cosa juzgada reconocida constitucionalmente, por lo que solo en el propio proceso judicial debe hacerse valer cualquier irregularidad procesal o causal de nulidad que pudiera existir (Exp. Nº 619-95-ICA, Editora Normas Legales S.A., Tomo 249, Febrero 1997, Trujillo-Perú, p. A.24).

La ley no concede acción para demandar la nulidad absoluta o nulidad relativa contra resoluciones y actos procesales expedidos y actuados en ejecución de sentencia en virtud del principio de estabilidad de los procesos que garantiza el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Estado (Exp. Nº 164-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 559-560).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La intangibilidad de las sentencias no depende tanto del estamento judicial en que se pronuncian ni en las trabas que se opongan a su cuestionamiento sino, fundamentalmente, a la debida aplicación de la ley y a la legitimidad del pronunciamiento, por lo que no debe temerse el uso del artículo 178 del CPC, aunque, desde luego, puede ser susceptible del abuso y desnaturalización, porque entonces corresponderá a los propios jueces el control debido. (Exp. N° 104-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 104-105).*

*La oposición a la ejecución del lanzamiento por un tercero, en un proceso de entrega de inmueble, debe tramitarse incidentalmente.*

*No procede concederle apelación contra la sentencia consentida a un tercero, menos declarar la nulidad de esta; pues dicha sentencia ha adquirido la autoridad de cosa juzgada con relación a quienes han sido parte en el proceso (Exp. N° 1112-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 594-595).*

## PLAZOS MÁXIMOS PARA EXPEDIR RESOLUCIONES

### ARTÍCULO 124

*En primera instancia, los decretos se expiden a los dos días de presentado el escrito que los motiva y los autos dentro de cinco días hábiles computados desde la fecha en que el proceso se encuentra expedito para ser resuelto, salvo disposición distinta de este Código. Las sentencias se expedirán dentro del plazo máximo previsto en cada vía procedimental contados desde la notificación de la resolución que declara al proceso expedito para ser resuelto.*

*En segunda instancia, los plazos se sujetarán a lo dispuesto en este Código.*

*Los plazos en la Corte Suprema se sujetan a lo dispuesto en este Código sobre el recurso de casación.*

*El retardo en la expedición de las resoluciones será sancionado disciplinariamente por el superior jerárquico, sin perjuicio de las responsabilidades adicionales a las que hubiera lugar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. II, 50 inc. 3.
D.S. 017-93-JUS	art. 140.

---



1. El tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Para Palacio<sup>(1)</sup>, tales lapsos se denominan plazos y su existencia responde a razones de seguridad y certeza. No basta, el establecimiento del orden consecutivo en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que además es menester determinar los lapsos específicos dentro de los cuales estos deben ejecutarse, ya que de lo contrario las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde hacer valer las alegaciones y pruebas en que se sustentan sus respectivos derechos, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

---

(1) PALACIO, Lino. Op. cit. T. IV, p. 56.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. Los plazos procesales son el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular y pueden agruparse bajo diversos criterios. Tomando como referencia la fuente de fijación, podemos ubicarlos en plazos legales, judiciales y convencionales.

La norma en comentario es una expresión de los plazos legales, fijado para expedir resoluciones. En ese sentido véase que la norma fija dos días, de presentado el escrito que lo motiva, para expedir el decreto en primera instancia; cinco días hábiles para emitir el auto. Las sentencias se expiden dentro del plazo máximo previsto en cada vía procedimental, por citar, en los procesos abreviados corresponderá veinticinco días (véase inciso 11 artículo 491 del CPC).

3. A pesar que la norma fija los plazos, puede darse el caso que no se cumpla con emitir las resoluciones dentro de ellos. En este supuesto, como señala la norma, “el retardo en la expedición de las resoluciones será sancionado disciplinariamente por el superior jerárquico, sin perjuicio de las responsabilidades adicionales a las que hubiera lugar”.

En ese sentido, resulta coherente la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 3097-2003, del 7 de enero de 2004, frente a una acción de cumplimiento interpuesto ante la inacción del juez de emitir sentencia, pese a que había vencido en exceso el plazo previsto en la Ley.

El Tribunal ha indicado que “la finalidad de la referida acción es proteger a los administrados frente a los incumplimientos (de las leyes o de actos administrativos) por parte de los órganos de la administración pública, pero no respecto de los órganos jurisdiccionales”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para que los actos procesales tengan validez deben realizarse dentro del espacio de tiempo que la ley ha señalado para su ejecución. La extemporaneidad los hace susceptibles de ineficacia (Exp. N° 2115-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 198-201).*

## NUMERACIÓN

### ARTÍCULO 125

*Las resoluciones judiciales serán numeradas correlativamente en el día de su expedición, bajo responsabilidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 50 inc. 3, 122 inc. 2, 136.
D.S. 017-93-JUS	art. 266 inc. 16.

---



Todas las declaraciones emanadas del órgano judicial deben ser insertadas al proceso bajo un orden.

Para ello no es suficiente cumplir con las exigencias de los incisos 1 y 2 del artículo 122, como es, indicar la fecha y el número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden, sino que adicionalmente, la norma exige que ese orden correlativo en las resoluciones sea materializado en el día de su expedición, esto es, impone cumplir con el inciso 2 del artículo 122 dentro de un tiempo determinado.

El referente al orden es importante para un mejor control de la secuencia de los actos procesales realizados en el proceso pues registra la secuencia del camino desarrollado.

## INDELEGABILIDAD

### ARTÍCULO 126

*El juez atenderá personalmente el despacho judicial, durante el horario que establece la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 inc. 1.
C.P.C.	arts. V, 1.
D.S. 017-93-JUS	arts. 124, 152, 184 inc. 7.

---



El presente artículo guarda relación con lo regulado en el artículo 7 del Código cuando señala que “ningún juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye”. La indelegabilidad de la función, es coherente con la concepción de la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial.

Solo el juez investido legalmente de esa función ejerce los poderes de la jurisdicción, además tiene el deber de atender personalmente el despacho judicial, durante el horario que señala la ley. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 152) “los jueces despacharán no menos de seis horas diarias en la sede respectivo juzgado, salvo las diligencias que conforme a ley se pueden efectuar fuera del local del juzgado y en horas extraordinarias”. Dicha norma se contrapone al artículo 25 de la Constitución del Estado, que establece la jornada ordinaria de trabajo en 8 horas diarias. En atención a ello, mediante Resolución Administrativa N° 400-CME-PJ del 23 de Junio de 1997, emitida por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, se dispuso que el despacho judicial será no menor de ocho horas diarias, de lunes a viernes. Posteriormente, por Resolución Administrativa N° 072-2002-CE-PJ del 5 de junio de 2002 se fijo el horario de la jornada laboral, señalado que el inicio de la jornada, en ningún caso podrá señalarse hora que por razón de clima haga difícil el acceso al público. En ese sentido, para la Costa y Sierra la jornada laboral, deberá comenzar no antes de las 7:45 de la mañana; para la Selva no antes de las 7:00 de la mañana.

Cuando la norma se refiere al despacho judicial, este debemos apreciarlo en diversas connotaciones, como resolver una causa o expediente, dar trámite a las actuaciones y ordenar se haga alguna cosa.

## ACTUACIONES

### ARTÍCULO 127

*El juez dirigirá las actuaciones y ordenará que las partes, sus apoderados y los abogados observen las disposiciones legales.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. V, 50 num. 1, 141, 202, 305, 306.

---



La dirección del proceso por el juez puede definirse según Palacio<sup>(1)</sup> “como el conjunto de actos que corresponde cumplir para colocar al proceso en cada una de las etapas que lo integran, resolver las diversas situaciones que en ellas se susciten, reexaminar actos defectuosos o injustos, comunicar a las partes o a los terceros las resoluciones que se dicten, formar materialmente el expediente, dejar constancia escrita de actos verbales, expedir certificados o testimonios y asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva”.

La norma hace referencia al deber de vigilancia que debe ejercer el juez sobre los actos procesales que realicen las partes, sus apoderados y terceros a fin que observen las disposiciones legales en el desarrollo o la extinción del proceso.

Dicho artículo debe apreciarse bajo la idea rectora que el juez es el director del proceso, dirección que debe tomarse no como una facultad sino como un deber del juez (véase inciso 1 del artículo 50 del CPC). Reafirmando esta posición, se señala que la audiencia de pruebas debe estar dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad (ver artículo 202 del CPC). Con ello se busca hacer realidad el principio de inmediación que rige al proceso civil. Se dice que el juez debe encontrarse en relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, como garantía que el juez tiene la percepción directa y frontal de los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos. Este artículo realiza un viejo anhelo procesal de imponer como un deber la presencia efectiva del juez en la audiencia. Rompe con el viejo esquema del juez "convidado de piedra". Su actuación va a estar influenciada por el activismo del juez, como parte de la concepción publicística del proceso.

---

(1) Op. cit. t.V, p.8



**JURISPRUDENCIA**

---

*El juzgador esta obligado a exigir para los actos procesales, la exhibición de la libreta electoral con la constancia de sufragio en las últimas elecciones o la respectiva dispersa (Exp. N° 1932-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 225-226).*

*La falta de constancia de sufragio de la libreta electoral, es un requisito que puede subsanarse en cualquier momento si fuere el caso (Exp. N° 1392-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 418).*

## ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

### ARTÍCULO 128

*El juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 396 inc. 2.5, 497.

---



Los hechos humanos dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales. Así, la presentación de la demanda, la notificación al demandado, la declaración de un testigo, la suscripción de la sentencia por el juez, son actos jurídicos procesales. Ellos requieren de cierta forma y contenido para desenvolverse en el proceso.

Hay diversas clasificaciones de las formas procesales. Según Carnelutti<sup>(1)</sup>, combinando la situación que se hallen prefijadas o no y los efectos de su violación u omisión, las clasifica en:

1) formas vinculadas: las prescritas por la ley bajo pena de nulidad; 2) formas autorizadas, las prescritas por la ley, pero de cuya ausencia no se deriva la nulidad; 3) formas libres, las que no se hallan preestablecidas.

Lascano<sup>(2)</sup> las divide atendiendo al grado de importancia de las formas en: a) formas sustanciales, las indispensables para que exista litis válida; y b) formas accidentales, son garantías accesorias que no hacen a la esencia del acto procesal.

Los actos procesales requieren de cierta forma y contenido para desenvolverse en el proceso. Cuando concurren con defectos u omisiones, el juez está autorizado a declarar la inadmisibilidad o la improcedencia del acto procesal, según el vicio afecte la forma o el fondo del acto.

---

(1) CARNELUTTI, francesco. Lecciones de Derecho Procesal Civil. V. III, 1933, p. 190.

(2) LASCANO, David. Nulidades de procedimiento. Lajouane. Buenos Aires, 1920, p. 58.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Cuando se refiera a estos defectos de fondo, debe declararse la improcedencia del acto, pues, sin su concurrencia esta no puede darse, y tal resolución se queda en poner de manifiesto que no se puede resolver el litigio por un defecto procesal; por ejemplo, si se dicta una sentencia en un proceso con partes incapaces, esta sentencia no podría ser eficaz, ni, por lo tanto, útil. Está ligada a exigencias de orden público (capacidad de la parte, competencia objetiva del juez, comparecencia del litisconsorte necesario, etc.) cuya trascendencia supera la mera condición de elemento del acto. Otro caso de improcedencia podría apreciarse al interponer recurso de apelación sin precisar el agravio y el vicio o error que la motiva; en cambio un acto es inadmisibile cuando se afecta la forma, como es el interponer apelación fuera del plazo establecido por Ley. En el caso de la postulación de la demanda, si ella adolece de defectos formales, cabe declarar su inadmisibilidad, tal como se aprecia de la redacción del artículo 426 del CPC.

Por otro lado, en los actos procesales concurren simples irregularidades y defectos calificados, que merecen una respuesta diferente de la jurisdicción. Barrios de Angelis<sup>(3)</sup>, al referirse a ellas señala: “la irregularidad simple no es ni provoca inadmisibilidad; es la falta formal irrelevante; supongamos que no se notifica de una providencia a una parte en la forma debida, pero es posible demostrar que tomó efectivo conocimiento de aquella en tiempo; o que una demanda se ha redactado sin cumplir con los términos prescritos por la ley, por ejemplo, numeración de los anexos, pero resultan perfectamente definidos el fundamento y la petición, junto con los demás requisitos esenciales”. Hablamos de un defecto calificado, dice Barrios De Angelis, cuando es posible que la ley sea suficientemente clara, en el sentido que la inadmisibilidad determina la no consideración del acto a ningún efecto, o su desglose del documento que lo materializa, o la suspensión del procedimiento, o la imposibilidad de examinar el contenido del acto.

---

(3) BARRIOS DE ANGELIS, Dante. Teoría del proceso. IbdeF. Buenos Aires, 2002, p. 148.

## Capítulo II

---

# ACTOS PROCESALES DE LAS PARTES

### CONSECUENCIAS

#### ARTÍCULO 129

*Los actos procesales de las partes tienen por objeto la constitución, modificación o extinción de derechos y cargas procesales.*

---

**CONCORDANCIA:**

C.C.

art. 140.

---



Los actos procesales son, las partes que integran un todo, que responde al nombre de proceso. Cada acto es, a la vez, antecedente del que le sigue y consecuente del que precede. El acto debe estar previsto como supuesto de hecho o como consecuencia jurídica de una norma procesal, por citar, dada la demanda, debe ser el traslado; dado el traslado, debe ser la contestación, etc. Según Barrios De Angelis<sup>(1)</sup> “todo cambio objetivo y voluntario previsto por la norma como componente del proceso” es calificado como acto procesal.

Son realizados por los sujetos del proceso, llámese parte, juez o terceros.

Los realizados por el juez están referidos en el capítulo I de este título (véase los artículos 119 al 128 del CPC).

En esta ocasión, la norma hace referencia a los realizados por las partes, (llámese actor, demandado o eventualmente tercero legitimado) en el curso del proceso, con el fin de obtener la satisfacción de las pretensiones de estas.

En esta actividad concurren actos de obtención y actos dispositivos. Los primeros, tienden a lograr la satisfacción de la pretensión hecha valer en el proceso;

---

(1) BARRIOS DE ANGELIS, Dante. Teoría del proceso. IbdeF. Buenos Aires, 2002, p. 141.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

los dispositivos, tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y cargas procesales.

Son actos dispositivos los que se refieren al derecho material en discusión, como el allanamiento, desistimiento, transacción y conciliación. También hay actos dispositivos sobre derechos procesales particulares, como la renuncia a ciertos medios de prueba, medios de impugnación, etc.

Los actos procesales también operan sobre las cargas. Estas se definen – según Couture<sup>(2)</sup> como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. Véase el caso, a que refiere el artículo 196 del CPC, en el que el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a ellos; el comparecer al proceso, también constituye una carga porque el proceso se desarrolla bajo la dualidad de partes para equilibrar la tutela judicial. La consecuencia de incumplir con las cargas procesales depende del acto requerido; por citar, si no se comparece se aplica la preclusión, según la cual, quien no cumple en tiempo y forma los actos pertinentes, pierde la oportunidad de contradecir los hechos alegados en la demanda.

La carga es un imperativo del propio interés, dice Couture. Quien tiene sobre sí la carga, se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular; pero, este puede desembarazarse de ella, realizando el acto previsto.



## JURISPRUDENCIA

---

*Resulta atendible que el juez de la causa admita la participación de la parte, solo con la identificación de su pasaporte, por haber extraviado su libreta electoral, si de las actas de audiencias pasadas se tiene a la vista que lo había hecho, con su libreta electoral (Exp. Nº 1665-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 233-235).*

*El juzgador esta obligado a exigir para los actos procesales, la exhibición de la libreta electoral con la constancia de sufragio en las últimas elecciones o la respectiva dispensa (Exp. Nº 1932-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 225-226).*

*Para que los actos procesales tengan validez deben realizarse dentro del espacio de tiempo que la ley ha señalado para su ejecución. La extemporaneidad los hace susceptibles de ineficacia (Exp. Nº 2115-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 198-201).*

(2) COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma. Buenos Aires, 1977, p. 202.

## FORMA DEL ESCRITO

### ARTÍCULO 130

*El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:*

- 1. Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico;*
- 2. Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho;*
- 3. Es redactado por un solo lado y a doble espacio;*
- 4. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos;*
- 5. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha;*
- 6. Si el escrito tiene anexos, estos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra;*
- 7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara;*
- 8. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite; y,*
- 9. Si el escrito contiene otros íes o fórmulas similares, estos deben contener pedidos independientes del principal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 48.
<b>C.P.C.</b>	arts. 101, 131, 132, 133, 134, 135, 195, 424, 425, 442.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 15, 288 inc. 10, 290.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	arts. 75, 76.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 118.

---



Los actos en el proceso pueden expresarse a través de la oralidad y la escritura. Nuestro sistema procesal es mixto porque alberga a ambos, teniendo la escritura, mayor preponderancia sobre la oralidad.

En ese sentido, las intervenciones de las partes que recogen los escritos deben mantener la forma que describe el presente artículo.

Una de ellas se refiere a la lengua oficial que debe emplearse en todos los actos. Señala el inciso 7: "se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a

pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara”. Es preciso diferenciar entre el idioma y el lenguaje de los actos procesales. En todos los actos del proceso se utilizará el idioma nacional. Cuando este no fuere conocido por la persona que deba prestar declaración, el juez nombrará traductor. Se nombrará intérprete cuando debe interrogarse a sordos, mudos o sordomudos que solo puedan darse a entender por lenguaje especializado. En el caso del lenguaje de los actos procesales, se adhiere a la forma escrita. Hay algunas opiniones que consideran no apropiado hablar de lenguaje oral, en sentido estricto, sino de oralidad actuada ya que las declaraciones pertinentes quedan registradas en actas.

Otro aspecto refiere que debe ser escrito en máquina de escribir u otro medio técnico. No prohíbe que pueda ser redactado a mano, siempre y cuando el escrito pueda leerse correctamente. En ese sentido encontramos la redacción del inciso 8.

Las características que debe contener la redacción del escrito están detalladas en los incisos 2, 3 y 8. Si bien se establecen algunas pautas para el formato en la redacción de los escritos, como los márgenes y el interlineado, ellas se orientan al orden y conservación de los escritos al momento de ser insertados al expediente, de tal manera que no se afecte el contenido del documento ni el documento en sí; además, un texto redactado a doble espacio permitirá mayor rapidez y comodidad en la lectura. Cada interesado debe llevar un orden correlativo de los escritos que ingresa al proceso, identificándolos además con una sumilla sobre su pedido en la parte superior derecha. Además, la documentación anexa que se acompañe a los escritos, también debe ser identificada con el número del escrito seguido de una letra. Una vieja práctica forense que hasta hoy se mantiene son los llamados otrosíes. Estos deben utilizarse para plantear pedidos independientes al formulado en el principal del escrito. Deben ser numerados según la cantidad que se propongan. Las pautas de redacción para los escritos son importantes pues transmiten los argumentos y pedidos que hagan las partes, en forma ordenada y sistematizada, permitiendo con ello obtener y exigir respuestas precisas a lo solicitado.

A pesar que la norma lo señale, la firma de la parte, siempre y cuando sepa firmar, debe suscribir cada escrito; en igual sentido también lo hace el abogado. No cabe aquí la firma a ruego. En caso que se actúe la parte por representante o por apoderado, serán estos los que suscribirán los escritos.

## FIRMA

### ARTÍCULO 131

*Los escritos serán firmados, debajo de la fecha, por la parte, tercero legitimado o abogado que lo presenta. Si la parte o tercero legitimado no sabe firmar, pondrá su huella digital, la que será certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 101, 130, 424, 442.
<b>LEY 26572</b>	art. 35.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 288 inc. 10, 290.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 40.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 56.

---



1. Uno de los requisitos de forma que deben reunir los escritos, es la firma de quien lo presenta. La redacción del artículo no refiere sobre los efectos que genera la carencia de firma.

Al respecto surgen diversas apreciaciones, como la de considerar un acto jurídicamente inexistente y ajeno a cualquier convalidación posterior. Otro sector considera que cuando un escrito carece de firma ha de proveerse una vez subsanada la omisión. Los detractores cuestionan esta posición porque ella no podría admitirse en el supuesto que haya vencido el plazo correspondiente. Frente a ello, surge la alternativa recogida en el artículo 290 LOPJ que señala “en los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a Ley. El abogado no requiere poder especial para interponer medios impugnatorios, en representación de su cliente”.

2. La norma en comentario asume el supuesto que quien deba firmar un escrito no supiere firmar. Aquí da la posibilidad del uso de la huella digital, certificada por el auxiliar jurisdiccional.

Otra modalidad que contempla la doctrina para estos casos es la firma a ruego. Es la firma que pone un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente o ser analfabeto. Esta clase de firmas debe ser legalizada por el secretario del juzgado.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Nuestro Código no regula la firma a ruego, para los escritos, solo establece el uso de la huella digital. Cuando un escrito o diligencia fuere firmado a ruego del interesado, el secretario o auxiliar jurisdiccional deberá primero certificar que el firmante, quien previamente se identificará, ha sido autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él.

La norma solo se coloca en el supuesto que se desconozca firmar, mas no regula el caso que sabiendo firmar no puede hacerlo por alguna imposibilidad física.

Por otro lado, adviértase que la norma restringe esta intervención para los escritos que presenten las partes, mas no es extensiva para otras actuaciones, como las notificaciones personales, en las que es suficiente que la persona que notifica señale que la persona no sabe firmar o está imposibilitado de hacerlo.

Especial situación merece el caso recogido en el artículo 7 de la Ley 16587, que dispone que las acciones provenientes de un título valor no pueden ser ejercidas contra quien no haya firmado dicho documento por si o mediante mandatario; en ese sentido, resulta interesante el contenido de la casación N° 2928-00-Lima, de fecha 9 de febrero del 2001<sup>(1)</sup> que dice: “respecto a la firma en los títulos valores, la doctrina considera que las iniciales, una cruz, la impresión digital por no saber firmar y ni siquiera la firma a ruego con intervención de fedatario público, pueden suplirla (...) de allí que, quien no sabe o no puede firmar, solo puede crear títulos valores mediante apoderado facultado para hacerlo, resultando en virtud de ello el requisito de la firma, un elemento necesario en el título valor”. Posteriormente la Ley N° 27287 considera que en los títulos valores, además de de la firma autógrafa, pueden usarse medios gráficos, mecánicos o electrónicos de seguridad para su emisión, aceptación, garantía o transferencia, los que tendrán los mismos efectos y validez que la firma autógrafa para todos los fines de Ley.



## JURISPRUDENCIA

---

*Los abogados están facultados para presentar escritos sin requerir de poder especial, salvo los recursos impugnatorios (Exp. N° 1362-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 87).*

*Todo escrito será firmado por la parte y autorizado por el abogado colegiado (Exp. N° 1608-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 194-195).*

---

(1) Véase el caso seguido por Ricardo Alberto Medina Cáceres con Máximo Huanaco Caccha sobre obligación de dar suma de dinero, expediente originario del 40 Juzgado Civil de Lima, exp: 3820-00.

## DEFENSA CAUTIVA

### ARTÍCULO 132

*El escrito debe estar autorizado por abogado colegiado con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 130, 424, 442.
<b>LEY 26572</b>	art. 35.
<b>LEY 26662</b>	art. 14.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 288 inc. 10, 290.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 57.
---------------------------	----------

---



1. El artículo en comentario está relacionado con el ejercicio de la abogacía, la cual tiene sus orígenes en la necesidad de contar con la asistencia o el asesoramiento de personas especializadas, para el tratamiento de controversias, mediante el Derecho.

La función primordial del abogado es servir al Derecho y por ende a la justicia. El abogado es un servidor no solo de su patrocinado sino también del orden social, al esclarecer, establecer y desarrollar las normas que gobiernan los actos y las conductas de los demás ciudadanos. El artículo 284 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así lo establece al señalar que “la abogacía es una función social al servicio de la justicia y el Derecho”.

Según el diccionario de la lengua española<sup>(1)</sup> abogado es “la persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes y también para dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que le consulten”.

2. Todo escrito que presenten las partes al proceso debe estar autorizado por un abogado colegiado. Nótese que la norma no distingue la sede de la colegiación con el lugar donde se va ejercer la abogacía, sin embargo, dicha omisión era regulada por el artículo 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigía

---

(1) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. 21 ed. Unigraf. Madrid, 1922, p. 6.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“estar inscrito en el colegio de abogados del distrito judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el distrito judicial más cercano”.

Había pues un presupuesto de congruencia territorial que operaba para el ejercicio de la profesión y la sede de la colegiatura que se corroboraba con la indicación clara del nombre del abogado y el número de registro en el colegio respectivo.

Posteriormente esta restricción territorial fue trastocada en noviembre del año 1992, mediante D.L. N° 25873, permitiendo el ejercicio de la abogacía en todo el territorio de la República sin necesidad de exigir la previa inscripción en el colegio de Abogados del distrito judicial donde se va ejercer. En ese sentido la Res. administrativa N° 104-CME-PJ del 31/05/96 que modificó a la Res. Administrativa N° 052-CME-PJ precisó que la inscripción en el colegio de abogados otorga el derecho a “ejercer ocasionalmente la profesión en otros distritos judiciales”, bastando para ello la presentación del respectivo carné y la constancia de estar hábil y al día en el pago de sus cotizaciones en el Colegio de Abogados de origen.

La omisión de la identificación del abogado y de su colegiación no permite se prosiga con el trámite que pretende el escrito.

En igual forma hay que advertir que aun cumpliendo el abogado con la formalidad que exige el presente artículo, no puede patrocinar el abogado que haya sido suspendido e inhabilitado en el ejercicio de la abogacía, el que se encuentra sufriendo pena privativa de libertad y quien ha sido destituido de cargo judicial con las precisiones que detalla el artículo 286 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



## JURISPRUDENCIA

---

*No puede ampararse la nulidad sustentada en que el abogado no se encuentra al día en el pago de sus cuotas en el respectivo colegio profesional porque no se puede exigir al litigante o a cualquier ciudadano que, al tomar los servicios de un abogado, esté en su conocimiento saber si el profesional se halla o no al día en el pago de cuotas a su respectivo colegio.*

*No puede producir perjuicio al litigante que ha obrado de buena fe, máxime si el propio Colegio de Abogados no tiene prevista la sanción de suspensión de actividades para abogados que adeuden cierto número de cuotas al Colegio (**Exp. N° 475-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 291-292**).*

*Todo escrito será firmado por la parte y autorizado por el abogado colegiado (**Exp. N° 1608-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 194-195**).*

## COPIA DE ESCRITO Y ANEXO

### ARTÍCULO 133

*Tratándose de escritos y anexos sobre los que deba recaer alguna de las resoluciones citadas en el artículo 157, quien los presente debe acompañar tantas copias simples de ambos como interesados deba notificarse.*

*El auxiliar jurisdiccional correspondiente verificará la conformidad y legibilidad de las copias. Si no las encuentra conformes, ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito.*

*Todo reclamo sobre la idoneidad de las copias será resuelto por el juez en el día, por resolución inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 3, 4, 130, 135, 157, 425, 442.  
LEY 26572 art. 36.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 77.  
C.P.C. Colombia art. 107, 108.

---



El presente artículo se orienta a facilitar la defensa de las partes, al exigirles como requisito formal de admisibilidad de determinados escritos, que ellos sean acompañados de sus respectivas copias.

Esta exigencia opera cuando sobre los escritos deba recaer alguna de las resoluciones que enumera el artículo 157 del Código.

Estas copias son simples y corresponderán a tantos interesados deba notificarse.

La norma ordena el control de las copias al auxiliar jurisdiccional, quien no solo verifica el número de estas sino su legibilidad. Si no las encuentra conformes ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas. No subsanada la omisión dentro del día siguiente, entendida así las veinticuatro horas, se tendrá por no presentado el escrito, sin que requiera intimación previa, disponiendo su devolución al interesado.

El contenido del artículo no contempla la posibilidad de no acompañar la copia de documentos cuya reproducción fuese difícil por su número, extensión o cual-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

quier otra razón atendible; sin embargo, el juez podría resolver el pedido formulado en el mismo escrito, dictando las medidas necesarias para obviar a la otra parte los inconvenientes derivados de la falta de copias.

La razón de ser de las copias de los escritos y anexos es para permitir, en mejor forma, viabilizar el principio de bilateralidad que opera en todo proceso, que consiste en poner en conocimiento de todo pedido o solicitud a la contraparte para que pueda ejercer, si lo desea, su defensa. Para noticiar los pedidos, se requiere las copias de estos y sus anexos si fuere el caso, para su futuro traslado a la contraria, a través del acto de notificación (ver al respecto el artículo 134 del CPC)

## ENTREGA DE COPIAS

### ARTÍCULO 134

*En el acto de notificarse la resolución respectiva, se hará entrega a la parte contraria de las copias a que se refiere la primera parte del artículo 133.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 133, 135.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 106.

C.P.C.N. Argentina art. 120.

---



La notificación es un acto de comunicación procesal, por el cual se pone en conocimiento de las partes y demás interesados las providencias judiciales para materializar el contradictorio.

En el acto de notificación se acompañan copias de los documentos y escritos con el fin de facilitar la defensa de las partes; por ello, el artículo 133 del Código exige como requisito formal de admisibilidad de determinados escritos, que ellos sean acompañados de sus respectivas copias.

Nótese que la entrega de copias a la parte contraria ocurre en la notificación por cédula, tal como hace referencia el artículo 133 del CPC. La cédula es un instrumento público extendido por un funcionario judicial para notificar a las partes, sus representantes o a terceros intervinientes en el proceso de una resolución judicial. Se compone de el original, que se agrega a los autos y cumple la función de probar el término inicial del plazo que correrá según la naturaleza del acto procesal que se transmita; y de una o varias copias, que sirven al notificado como medio de comunicación o información.

## CONSTANCIA DE RECEPCIÓN

### ARTÍCULO 135

*La parte o tercero legitimado puede exigir que el auxiliar de justicia le devuelva una copia sellada del escrito y sus anexos, con indicación del día y la hora de su presentación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 133, 134.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 81.

C.P.C.N. Argentina art. 124.

---



El presente artículo regula el cargo de los escritos. Denomínase cargo al acto en cuya virtud el auxiliar judicial deja constancia, al pie de todo escrito presentado o comunicación dirigida al juzgado, el día, año y hora en que se verificó la presentación o recepción. A pesar que la norma no hace referencia al año ni al mes, consideramos importante ello para el concepto de fecha cierta.

La constancia de recepción otorga fecha cierta a los escritos y comunicaciones, lo que permite determinar si un acto procesal se ha cumplido o no dentro del plazo que le corresponde y por otro lado, a señalar el comienzo de los plazos que la ley confiere a los órganos judiciales para dictar cierto tipo de resoluciones.

La norma no exige en la constancia de recepción la identificación del auxiliar ni la firma de este; solo se remite a exigir una "copia sellada con indicación del día y hora de presentación".

Al respecto hay criterios que cuestionan la ineficacia del cargo si este no viene acompañado de la firma del secretario o auxiliar. Se dice que dicha omisión no impide asignar efectos al cargo, si el personal autorizado para la recepción informa que el escrito fue dejado en la oficina el día y hora en que se consigna y no se aduce o demuestra falsedad o inexactitud.

## TÍTULO II

### FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE

#### EXPEDIENTES

##### ARTÍCULO 136

*Los auxiliares jurisdiccionales son responsables de la formación, conservación y seguridad de los expedientes. Cuidarán, además de la numeración correlativa y sin interpolación de los folios, que las actas que contienen actuaciones judiciales sean suscritas por el juez y por los que intervengan en ellas, dando fe de la veracidad de su contenido y las demás responsabilidades que la ley les señala.*

*La interpolación en la numeración correlativa solo es procedente por resolución autoritativa del juez y bajo su responsabilidad.*

---

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 54, 122, 125, 137, 138, 139, 140.
<b>LEY 27444</b>	art. 153.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 169, 266 incs. 11 y 16.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 99.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 125.

---



Los expedientes son legajos de folios que se forman mediante la agregación cronológica de los escritos, documentos, actas y demás diligencias producidas por los sujetos del proceso, sus auxiliares y los terceros.

Para el artículo 169 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el expediente judicial contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Puede existir un expediente principal y expedientes accesorios, denominados incidentes o cuadernos, que eventualmente se incorporan o no al expediente principal.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los cuadernos contienen incidencias del proceso, en las cuales se plantean, prueban y deciden las alegaciones en que se funda la pretensión del actor y la oposición del demandado, por citar, la interposición de una excepción en un proceso de conocimiento, constituye una incidencia que se discute en cuaderno aparte.

En el caso de acumulación de procesos, a que se refiere el artículo 89, existen tantos expedientes principales como procesos acumulados, debiendo aquellos reunirse materialmente en un expediente único, salvo que el trámite simultáneo resulte difícil por la naturaleza de las cuestiones planteadas.

La norma regula que la interpolación en la numeración correlativa solo es procedente por resolución autoritativa del juez y bajo su responsabilidad.

No existe referencia con relación a la posibilidad del desglose de escritos o documentos del proceso, sin embargo, el juez podría autorizar ello, dejando constancia de las piezas desglosadas y de la foja en que se encuentra la resolución que dispuso el desglose, pero, sin que ello altere la foliatura del expediente, en el caso de existir actuaciones posteriores a aquellas piezas

La formación, conservación y seguridad de los expedientes está bajo la responsabilidad de los auxiliares jurisdiccionales; sin embargo, esa custodia podría ser vulnerada produciéndose la pérdida o extravío de este, situación que es pasible de una sumaria investigación por los mecanismos internos de control, tal como lo regula el artículo 140 del Código. Al respecto, por Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ del 14 de abril de 1994 se regula el procedimiento para la recomposición de los expedientes perdidos o extraviados, total o parcialmente<sup>(1)</sup>.

Cuando hayan transcurrido quince años de la ejecución de la sentencia los secretarios respectivos, previo mandato judicial, procederán a eliminar todo expediente archivado, señala la décimo novena disposición complementaria del Código Procesal.

Solo por orden del juez y a pedido de la autoridad universitaria correspondiente, los auxiliares jurisdiccionales pueden proporcionar, por breve término, los expedientes fenecidos a los graduandos, salvo autorización escrita de las partes o de sus sucesores, los expedientes que se refieran a la intimidad personal o familiar, no pueden ser entregados para fines de práctica forense ni para otros usos universitarios. Ver en ese sentido lo regulado en la disposición complementaria décimo novena del Código Procesal.

En materia de ofrecimiento y actuación de medios de prueba, debe tenerse en cuenta que no resulta procedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite. En este caso la parte interesada puede presentar copias certificadas de este. Si se ofrece como medio probatorio un expediente fenecido, debe acreditarse su existencia con documento. (ver artículo 240 del CPC).

---

(1) El contenido de la citada Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo.

## CUSTODIA DEL EXPEDIENTE

### ARTÍCULO 137

*El expediente se conserva regularmente en la oficina del secretario de juzgado, o de la secretaría de la Sala o en la oficina del juez. El expediente podrá ser trasladado a un lugar distinto solo en los casos previstos por la ley o por resolución autoritativa del juez, fijándose el plazo respectivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 136, 138, 140.  
**D.S. 017-93-JUS** art. 266 inc. 11.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamerica** art. 101.  
**C.P.C. Colombia** art. 127.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 128.

---



La norma hace referencia al lugar donde se conserva físicamente el expediente. La organización clásica de la institución judicial permitía que los expedientes se conservaren, por lo regular, en la oficina del secretario de juzgado, en la secretaría de la sala o en la oficina del juez; sin embargo, algunas reparticiones judiciales organizadas bajo un sistema corporativo, conservan la custodia de los expedientes en archivos modulares que pueden ser transitorios o definitivos. Una vez concluido el proceso o transcurrido un lapso, sin que en él se realice trámite alguno, se dispone el archivo provisional del expediente, medida que tiende no solo a descongestionar los anaqueles de las oficinas sino también a la mejor conservación de aquellos.

Sea en uno u otro sistema de organización, los expedientes deben permanecer en las respectivas oficinas y casilleros, a fin de posibilitar su examen por las partes, sus auxiliares, abogados y peritos. En ese sentido la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone la permanencia de los expedientes en el despacho judicial (ver artículos 171 y 174). Excepcionalmente los expedientes podrán ser trasladados a un lugar distinto, solo en casos previstos por la ley o por autorización del juez, mediante resolución; por citar, en el caso de la redacción de escrituras públicas, el juez puede disponer el retiro del expediente, debiendo fijar el plazo dentro del cual deberán ser devueltos, bajo responsabilidad funcional del Notario comisionado.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La custodia del expediente también debe extenderse a los documentos valorados que aparecen insertados en él: véase el caso de los certificados de depósitos judiciales. A través de la Resolución Administrativa N° 192-SE-TP-CME-PJ que aprueba la Directiva N° 08-2000-TP-SE-CME-PJ,<sup>(1)</sup> se diseña una cartilla operativa para la administración del certificado de depósito judicial, en los procesos concluidos y en trámite.

En relación a la responsabilidad por la conservación y custodia de los expedientes, el inciso 11 del artículo 266 Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo el modelo de organización tradicional de los juzgados, señala como deber del secretario del juzgado "vigilar la conservación de los expedientes y los documentos que giran a su cargo, siendo responsables por su pérdida, mutilaciones o alteraciones, sin perjuicio de las responsabilidades del personal auxiliar"; sin embargo, existen algunas dependencias judiciales que se desarrollan bajo una organización diferente, como la corporativa, donde la custodia del expediente está asignado al responsable del archivo, quien tiene el deber de velar por la conservación de este.

---

(1) El contenido de la citada Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo

## EXAMEN DE LOS AUTOS

### ARTÍCULO 138

*Las partes, sus abogados y sus apoderados pueden examinar los expedientes judiciales en el local en que se conservan, pudiendo tomar nota de su contenido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 136, 137, 139.
<b>D. LEG. 823</b>	arts. 52, 110.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 130, 171, 174, 259 inc. 11, 266 incs. 10 y 11.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 127.
---------------------------	-----------

---



1. En la difusión de la actividad procesal concurren dos posiciones: la publicidad y el secreto.

Nuestro Código se orienta por la primera, sin embargo, debemos precisar que la difusión de la actividad procesal responde a ciertos grados, encontrándose dentro de ese orden al estudio de autos.

Un primer nivel de la publicidad es el hecho que cualquier persona puede conocer del proceso a través de las audiencias; el proceso puede difundirse a cualquier persona que demuestre interés legítimo, en el mismo, aunque no sea parte, como sería el caso de cualquier abogado oficioso (ver artículo 81 del CPC); el proceso solo es asequible a las partes, sus asesores, defensores, representantes, en una amplia publicidad para las partes; por último, existe la alternativa de la publicidad restringida, que permite que el proceso solo sea de entrega a las partes y sus patrocinantes, pero exclusivamente cuando tengan una intervención directa e inmediata en la actividad procesal.

Frente a estas gradaciones, el artículo en comentario responde coherentemente a la posición publicista que ha optado el Código, al permitir que el proceso sea asequible, con amplia publicidad para las partes; sin embargo, constituye una excepción a esta publicidad, que las deliberaciones y votaciones de los tribunales como cuestiones puramente internas de estos se realicen en reserva (ver el inciso 2 y 3 artículo 263; inciso 11 artículo 259; e inciso 3 artículo 266 de la LOPJ). Consecuencia de lo dicho es que todos los empleados judiciales deben evitar que las partes conozcan los resultados de las decisiones antes que ellos oficialmente existan.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. La norma hace referencia a las personas habilitadas para la consulta de expedientes judiciales.

Las partes, abogados y sus apoderados son los llamados a examinar los expedientes judiciales en la sede donde se conservan. En ese mismo sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial (ver artículo 171) regula el acceso a los expedientes en giro.

A pesar que la norma no lo prohíba, la casuística permite que solo los abogados acreditados en el proceso, puedan tener acceso al expediente, salvo que la parte autorice expresamente al estudio del proceso a otro abogado que no sea el inicialmente acreditado.

Este estudio permite a las personas habilitadas a tomar nota de su contenido; en este sentido, también se advierte de la casuística, que algunas sedes judiciales permiten el acceso de material fílmico, fotográfico, magnetofónico y demás formas de reproducción portátil; sin embargo, en otras dependencias la toma de notas se restringe al uso clásico del papel y lápiz.

## EXPEDICIÓN DE COPIAS

### ARTÍCULO 139

*Los secretarios de sala y de juzgado entregan copias simples de las actas de las actuaciones judiciales concluidas a los intervinientes en ellas que lo soliciten. En cualquier instancia, a pedido de parte y previo pago de la tasa respectiva, el juez ordenará de plano la expedición de copias certificadas de los folios que se precisen.*

*La resolución que ordena la expedición de copias certificadas precisará el estado del proceso y formará parte de las copias que se entregan. En la misma resolución el juez podrá ordenar se expidan copias certificadas de otros folios.*

*Concluido el proceso, cualquier persona podrá solicitar copias certificadas de folios de un expediente. El juez puede denegar el pedido en atención a la naturaleza personalísima de la materia controvertida.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 138, 198, 240, 640.
<b>LEY 27444</b>	art. 55.
<b>D. LEG. 823</b>	art. 20.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 266 inc. 13.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	arts. 100, 102.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 115, 116, 126.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 121, 122, 123.

---



La norma permite que los auxiliares jurisdiccionales otorguen copias de las actuaciones judiciales, distinguiendo para ello, si el proceso está en giro o ha concluido.

Solo en este último supuesto “cualquier persona podrá solicitar copias certificadas de los folios de un expediente”, sin embargo, dicho pedido podría ser denegado en atención a la naturaleza personalísima de la materia controvertida.

En la expedición de copias concurren dos tipos: las simples y las certificadas; estas últimas, son expedidas previo pago de la tasa respectiva. A pesar que la norma no señale, el secretario del proceso certificará las copias. La expedición de

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

copias certificadas debe precisar el estado del proceso sin emitir apreciación al respecto.

En relación a la eficacia probatoria de las copias, debemos tener presente que la copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda. (ver artículo 235 del CPC). Se puede ofrecer el cotejo de la copia de un documento público con su original (artículo 255 del CPC).

Cuando el proceso ha concluido o transcurrido un lapso sin que en él se realice trámite alguno, se dispone el archivo del expediente. En estos casos, por mandato expreso y escrito del juez, el funcionario encargado del archivo expide testimonios o copias certificadas de los expedientes y demás documentos que se encuentren en él. El juez puede denegar el pedido en atención a la naturaleza personalísima de la controversia.

## RECOMPOSICIÓN DE EXPEDIENTES

### ARTÍCULO 140

*En caso de pérdida o extravío de un expediente, el juez ordenará una investigación sumaria con conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. De ser el caso, ordenará su recomposición de oficio o a pedido de parte, quedando estas obligadas a entregar, dentro de tercer día, copias de los escritos y resoluciones que obren en su poder. Vencido el plazo y con las copias de los actuados que tenga en su poder, el juez las pondrá de manifiesto por un plazo de dos días, luego del cual declarará recompuesto el expediente. Si apareciera el expediente, será agregado al rehecho.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 136, 137, 138, 139.  
**D.S. 017-93-JUS** art. 266 inc. 11.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamerica** art. 103.  
**C.P.C. Colombia** art. 133.  
**C.P.C.N. Argentina** arts. 129, 130.

---



La norma regula el supuesto de reconstrucción de expedientes bajo dos supuestos: el extravío o la pérdida, no contemplando la posibilidad del deterioro de este por caso fortuito, como condicionante para su recomposición, sin embargo, la Res. Administrativa N° 032-94-CE-PJ sí lo contempla.

Comprobada la desaparición del proceso el juez ordenará su reconstrucción, la que debe efectuarse de conformidad con las pautas que establece el artículo en comentario.

La recomposición del expediente se inicia con la providencia que dispone la reconstrucción, la que puede ser total o parcial, según hayan desaparecido todas las piezas integrantes del expediente principal o uno o más de sus cuerpos o cuadernos.

Cabe señalar que el procedimiento de reconstrucción no configura un nuevo proceso, por lo tanto, en la hipótesis de aparecer el expediente extraviado corresponde atenderse a las constancias de este y no a las que obran en las actuaciones

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

reconstruidas. La norma en comentario al referirse a la aparición del expediente dispone que se agregue al rehecho.

La recomposición de expedientes es materia de regulación por la Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ del 7 de mayo de 1994. Antes se regía estos actos por la circular recaída en el Acuerdo de Sala Plena del 7 de noviembre de 1974.

Según la referida resolución administrativa, se considerará perdido o extraviado total o parcialmente un expediente, o cualquiera de sus cuadernos, si luego del requerimiento hecho por cualesquiera de las partes, este no apareciese, en cuyo caso, el solicitante pondrá este hecho en conocimiento del juez, quien ordenará se dé razón, dentro del tercer día, por el secretario y por los demás auxiliares eventualmente responsables, y conforme a lo informado, dispondrá una sumaria investigación, con conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial.

Como señala la citada Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ, uno de los efectos que genera la declaración de recomposición del expediente, es la suspensión de los términos y actos procesales en el proceso; sin embargo, si estuviere pendiente alguna diligencia que de no efectuarse conllevaría grave perjuicio al interesado, ella se realizará conforme a la documentación existente, dejando expresa constancia de las especiales circunstancias por las cuales dicha diligencia se realiza.

## TÍTULO III

### TIEMPOS EN LOS ACTOS PROCESALES

#### DÍAS Y HORAS HÁBILES

##### ARTÍCULO 141

*Las actuaciones judiciales se practican puntualmente en el día y hora hábil señalados, sin admitirse dilación.*

*Son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados.*

*Son horas hábiles las que determina la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*Para las actuaciones que deban actuarse fuera del despacho judicial, son horas hábiles las que están comprendidas entre las siete y las veinte horas, salvo acuerdo distinto del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.*

---

##### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 142 a 147, 156, 641.  
**C. de P.P.** art. 92.  
**D.S. 017-93-JUS** arts. 124, 125.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 155.  
**C.P.C.M. Iberoamérica** art. 92.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 152.  
**C.F.P.C. México** arts. 281-302.

---



1. Establecer el orden consecutivo en que deba realizarse los distintos actos procesales exige que se determine los lapsos específicos dentro de los cuales estos deben ejecutarse, ya que de lo contrario, como señala Palacio<sup>(1)</sup> las partes

(1) Op. cit. T. IV, p. 56.

carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades, en que les corresponde hacer valer las alegaciones y pruebas que sustentan sus respectivos derechos, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

2. La redacción del presente artículo así como lo regulado a través del artículo 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determinan en días y horas el tiempo dentro de los cuales es admisible la ejecución de cualquier acto procesal, bajo sanción de nulidad. Esta sanción aparece como innecesaria por lo relativo de la nulidad, pues, el acto realizado en día y hora inhábil puede quedar convalidado si no se lo impugna dentro del plazo pertinente.

Hay diversas maneras de regular los días hábiles. Una de ellas es proclamar que todos los días del año son hábiles, salvo excepciones como los días domingo o los que el Poder Ejecutivo o la Corte Suprema declare como feriados judiciales. Otra, como la que recoge el Código en el presente artículo, que califica como hábiles “los comprendidos de lunes a viernes de cada semana, salvo los feriados”, regla que será extensiva para el cómputo del plazo de los actos procesales, en los que no se considerarán los días inhábiles (ver artículo 147 del CPC).

3. Con relación a las horas hábiles, la Ley Orgánica (ver artículo 124) considera a las que medien entre las seis y las veinte horas con respecto a diligencias a practicar fuera del despacho judicial, sin embargo, la norma en comentario considera las comprendidas entre las siete y las veinte horas.

Frente a ellas, obra la Resolución Administrativa N° 072-2002-CE-PJ del 5 de junio de 2002 que señala: “para el inicio de la jornada laboral, en ningún caso podrá señalarse hora que por razón de clima haga difícil el acceso al público. En este sentido, para la Costa y Sierra la jornada laboral deberá comenzar no antes de las 7:45 de la mañana; para la Selva no antes de las 7:00 de la mañana”.

Una situación que tiende a confundirse con la inhabilitación es el asueto. No importa un receso en la actividad judicial ni la inhabilitación del día en el cual se lo decreta, sino una mera limitación en cuanto al personal de todas las jerarquías encargado de tal actividad. Un caso concreto al respecto constituye la celebración del día del juez, que otorga día no laborable a los magistrados, pero no suspende el despacho judicial.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Habiendo impedido la huelga de los trabajadores del Poder Judicial la presentación del recurso de subsanación del demandado dentro del término normal, por principio de legalidad, quedan suspendidos los plazos procesales (Exp. N° 1743-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 90-91).*

*De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal no existe tolerancia de tiempo para las diligencias (Exp. N° 1318-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 182-183).*

## HABILITACIÓN

### ARTÍCULO 142

*De oficio o a pedido de parte, el juez puede habilitar días y horas en aquellos casos que no pueda realizarse una actuación judicial dentro del plazo que este Código establece o cuando se trate de actuaciones urgentes cuya demora puede perjudicar a una de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 141, 288, 641.  
**D.S. 017-93-JUS** art. 125.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamérica** art. 93.  
**C.P.C. Colombia** arts. 119, 182.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 153.

---



La habilitación consiste en que bajo determinadas circunstancias, tanto los días como las horas inhábiles, adquieren aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces.

La habilitación evita se produzca el descuento en el cómputo de los plazos procesales, con excepción de los señalados para el abandono, así como, permite que durante su transcurso pueda realizarse actos procesales eficaces.

La habilitación puede ser expresa y tácita. Es expresa cuando el tiempo inhábil resulta utilizable a raíz de una declaración judicial, originada a petición de parte o de oficio. La inhabilitación tácita se encuentra regulada en el artículo 143 del CPC.

La presente norma faculta a los jueces para habilitar días y horas, cuando no fuere posible señalar las audiencias dentro del plazo establecido por este Código o se tratase de diligencias urgentes, cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes, a las partes. Para la legislación argentina, no es admisible recurso alguno en el supuesto que se disponga declarar la habilitación.

Por otro lado, aparecen algunas opiniones que consideran que, la diligencia de notificación por cédula, no puede ser declarada nula por haber sido practicada en día inhábil. Se trata de una nulidad convalidable y el acto notificadorio es suficientemente válido si alcanzó su finalidad específica.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Habiéndose trabado la medida cautelar sobre bienes que pertenecen a la deudora, no es procedente anular de oficio la medida y sustituirse en su derecho, por haber ejecutado la medida en día feriado y sin habilitación expresa.*

*No constituye causal de nulidad si no se depositan los bienes en un almacén, pues, la ley no lo señala como obligación, sino como prioridad (**Exp. N° 66942-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 514**).*

## HABILITACIÓN IMPLÍCITA

### ARTÍCULO 143

*La actuación judicial iniciada en día y hora hábiles, podrá continuar hasta su conclusión en tiempo inhábil, sin necesidad de que previamente se decrete la habilitación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 141, 142.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 154.

---



La habilitación consiste que bajo determinadas circunstancias, tanto los días como las horas inhábiles, adquieren aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces.

Hay dos clases de habilitación, la expresa y la tácita. El artículo 142 regula el primer caso, correspondiendo al presente la regulación tácita o denominada también habilitación implícita.

Este tipo de inhabilitación opera cuando el tiempo inhábil resulta utilizable, sin necesidad de declaración judicial y por el simple hecho de haberse comenzado a ejecutar el acto en tiempo hábil.

Según Palacio<sup>(1)</sup>, “esta habilitación solo tiene como efecto la utilización eficaz de horas inhábiles, ya que la respectiva diligencia no puede proseguir si, no pudiendo haberse concluido en el día, el subsiguiente es un día inhábil, salvo naturalmente que este sea objeto de habilitación expresa.

Corresponde esta última clase de habilitación en el caso que sea inhábil la hora del siguiente día hábil establecida por el juez para la continuación del acto”.

---

(1) Op. cit. T. IV, p.

## ACTUACIÓN DIFERIDA

### ARTÍCULO 144

*Cuando la actuación judicial requiera más tiempo del previsto, podrá ser suspendida para su continuación al siguiente día hábil o cuando el juez lo fije. Tal decisión se hará constar en el acta.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 141 párr. 1.

---



1. La actuación judicial –señala Couture– es toda diligencia, trámite o procedimiento que se realiza con ocasión de un proceso. Los diversos elementos materiales que van formando el proceso constituyen las actuaciones, involucrando en el concepto, los actos de las partes, de los magistrados y de los auxiliares de la administración de justicia.

Ellas van a constituir las piezas de un expediente y son redactadas durante la secuela del procedimiento por el juez o por el auxiliar de justicia, designado para ello.

2. Dentro del contexto descrito, señala la norma que cuando la actuación judicial requiera más tiempo del previsto, podrá ser suspendida para su continuación en otro momento. La norma asume un elemento fáctico, que tiene que darse para que opere la consecuente de la suspensión. Este elemento es que “la actuación judicial requiera más tiempo del previsto”. Una inquietud que sobreviene a este enunciado es saber ¿Cuál es el tiempo previsto para una actuación judicial?.

Lo cierto es que cuando se esté en el supuesto enunciado, el agotamiento del tiempo previsto, justificará se suspenda su actuación para continuarla al siguiente día hábil o cuando el juez lo fije. Esta suspensión debe constar en el acta. Nótese que no se está poniendo fin a la actuación judicial ya iniciada, solo se suspende para continuarla en otra fecha.

Como señala la norma, la actuación judicial continúa al siguiente día hábil. En ese sentido, nuestro Código recoge la fórmula de calificar como hábiles los comprendidos de lunes a viernes de cada semana. Con relación a los actos que deben cumplirse en las oficinas judiciales, como es presentar escritos, celebrar audiencias, notificaciones personales, etc., son hábiles solo las comprendidas dentro del horario judicial.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

También puede diferirse la actuación judicial para cuando el juez fije la fecha de su continuación. Puede aquí operar la habilitación, la expresa y la tácita. Es expresa cuando el tiempo inhábil resulta utilizable a raíz de una declaración judicial; no es admisible recurso alguno en el supuesto que se disponga declarar la habilitación.

La habilitación es tácita, cuando el tiempo inhábil resulta utilizable sin necesidad de declaración judicial y por el simple hecho de haberse comenzado a ejecutar el acto en tiempo hábil. Véase el caso del artículo 143 del CPC.

## FALTA GRAVE

### ARTÍCULO 145

*Incorre en falta grave el juez que, sin justificación, no cumple con realizar la actuación judicial en la fecha señalada o dentro del plazo legal respectivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 50 inc. 3, 141.

---



1. La norma reafirma la regla general que las actuaciones judiciales deben ser realizadas en la fecha señalada o dentro del plazo legal respectivo, salvo situaciones excepcionales que lleven a la interrupción o suspensión del proceso. Subyace en este artículo la aplicación del principio de celeridad y economía procesal, toda vez que lo que se busca es que el proceso se realice procurando el menor número de actos procesales.

La economía procesal busca proporción entre el fin y los medios que se utiliza, por ello, se requiere concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para evitar la dispersión. De ahí que, “cuando sin justificación, el juez no cumple con realizar la actuación judicial en la fecha señalada”, es calificado su proceder como falta grave, por afectar uno de los principios elementales del proceso judicial, como es la celeridad procesal. En ese sentido, el inciso 1 del artículo 184 de la LOPJ señala que es deber de todo magistrado “resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso”. La afectación a los deberes, es por tanto, pasible de la sanción disciplinaria en los términos que detalla el artículo 208 de la LOPJ.

2. Otro supuesto que regula la norma para calificar de falta grave, se refiere a la omisión de la actuación judicial “dentro del plazo legal respectivo”. Ello es coherente con lo regulado en el artículo V del TP del CPC, cuando señala que “*La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos...*”. Nótese que se pone especial énfasis en señalar que la actividad procesal se realice “dentro de los plazos establecidos” porque ello va a permitir sustentar la preclusión procesal. En tanto no se realice la actividad, no se podrá pasar a la siguiente etapa, generando con dicho comportamiento la paralización procesal. La división del proceso por etapas, impone el paso de una etapa a otra, implicando la clausura de la anterior, esto es, que en tanto el juez no cumpla con realizar deter-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

minado acto, como resolver una excepción o emitir una sentencia, dentro del plazo legal respectivo, no se podrá dar paso a la siguiente etapa procesal.

3. Lo regulado en la norma en comentario nos permite sostener que el juez no solo esta investido de facultades jurisdiccionales, sino que también tiene deberes procesales que cumplir, los mismos que aparecen descritos en los diversos incisos del artículo 50 del CPC. Señala el inciso 3 del citado artículo que es deber del juez, “realizar los actos procesales en las fechas previstas”, por tanto, su incumplimiento –sin justificación– debe ser calificado como falta grave, siendo pasible de sanción disciplinaria. Ello porque los deberes se instituyen en interés de la comunidad y aparecen en todos los campos del orden jurídico. Los deberes procesales son imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No contemplan el interés particular de cada litigante sino el interés de la comunidad. Como ya se ha hecho referencia, la efectividad en el cumplimiento de los deberes se obtiene, mediante sanciones.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para que los actos procesales tengan validez deben realizarse dentro del espacio de tiempo que la ley ha señalado para su ejecución. La extemporaneidad los hace susceptibles de ineficacia (Exp. N° 2115-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorías, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 198-201).*

## PERENTORIEDAD DEL PLAZO

### ARTÍCULO 146

*Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal, lo fija el juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* art. V párr. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C. Italia* art. 153.

*C.P.C.M. Iberoamerica* arts. 88, 89, 152.

*C.P.C. Colombia* art. 118.

---



Los plazos procesales son el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Hay diversos criterios que se utilizan para clasificarlos. Si tomamos como referencia el origen de su fijación, los plazos pueden ser legales, judiciales y convencionales.

El plazo legal, es aquel cuya duración se halla expresamente establecida por ley, por citar, el plazo para contestar y reconvenir, el plazo para proponer excepciones, el plazo para apelar, entre otros.

El plazo judicial es deferida por ley al juez. Este plazo puede ocurrir bajo dos supuestos: que la ley otorgue al órgano judicial de manera expresa dicha facultad; y, que la ley omita toda referencia al plazo dentro del cual un acto debe cumplirse. Frente a esta omisión, lo señalará el juez de conformidad con la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia.

La norma en comentario se refiere al plazo judicial pero dentro del segundo supuesto, esto es, que “a falta de plazo legal, lo fija el juez”.

En el primer supuesto véase el caso de las observaciones a los dictámenes periciales regulado en el artículo 266 del Código, en la que la norma de manera expresa permite que el juez excepcionalmente conceda un plazo complementario. En el segundo caso ubicamos el caso de la designación de peritos. La ley no señala el plazo en la que deberán entregar el dictamen, sin embargo, es factible que se fije judicialmente. Otro supuesto encontramos en el caso de la inadmisibi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

lidad en la contestación de la demanda. La Ley procesal no prevé dicha incidencia, pero, en atención al principio de igualdad, le es extensivo el plazo del artículo 426 del CPC, con la discrecionalidad del juez al fijarlo.

El plazo convencional corresponde al que las partes pueden fijar de común acuerdo. Véase el caso de la suspensión del proceso regulado en el artículo 319. Aquí son las partes las que fijan el plazo de dicha suspensión.

Otro criterio que se asume para clasificar los plazos es en atención a los efectos que produce, como son los perentorios y no perentorios. A su vez, los plazos perentorios pueden ser prorrogables e improrrogables.

Frente a esta clasificación señalamos que los plazos legales o judiciales son perentorios, salvo acuerdo de partes por escrito. Al referirnos al plazo perentorio, llamado también preclusivo y fatal, diremos que es aquel cuyo vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedieron, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial.

Los plazos perentorios no requieren actividad ni de las partes ni del juez, aun cuando un recurso de apelación haya sido concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, debe ser considerado ineficaz si se interpuso después de transcurrido el plazo fijado al efecto.

Los plazos previstos en este Código son perentorios. Todo plazo perentorio es improrrogable ya que por esencia descarta la posibilidad que pueda ser prolongado con motivo de la petición unilateral formulada por la parte a quien afecta. Son plazos improrrogables aquellos que no son susceptibles de prolongación expresa, por citar, el plazo que refiere el artículo 636 del CPC sobre la medida cautelar fuera de proceso.

## CÓMPUTO

### ARTÍCULO 147

*El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación.*

*No se consideran para el cómputo los días inhábiles.*

*Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 141, 144, 145, 146.
<b>LEY 27287</b>	art. 144.
<b>LEY 27444</b>	arts. 16, 131, 132, 133, 134.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 127.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 153.
<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 88, 90.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 91, 118, 120.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 155, 156, 157, 158, 159.

---



1. Para el cómputo no cuenta el día en que se practique la notificación ni los días inhábiles. Todo lo contrario, el plazo comienza a contarse desde el momento en que finaliza el día de la notificación. En ese sentido, el artículo en comentario considera que el "plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución".

La exclusión de los días inhábiles para el cómputo se entiende porque estos no tienen la aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces. Solo si obra la habilitación se evitaría se produzca el descuento en el cómputo de los plazos.

La norma regula el tiempo que debe transcurrir entre la notificación para una actuación procesal y su realización; para lo cual, toma como referencia los días hábiles y le asigna tres días de estos para ese límite.

Si bien señala la norma que "entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles" dicho cómputo tiene algunas reservas cuando se refiere a actuaciones imputables a los órganos de auxilio judicial, véase el caso del custodio, cuando el juez ordena la devolución

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de los bienes bajo su cargo, en el día; mal podría alegar este órgano de auxilio judicial que transcurra los tres días que señala la norma, para que recién ejecute el mandato, pues, su rol es de un auxilio judicial al servicio del proceso -no de las partes- y por tanto, si el juzgado dispone que cumpla en el día con entregar los bienes, dicho mandato debe ser acatado en tal sentido, y no buscar argumentos dilatorios que desdibujen su real misión en el proceso, como es, ser colaborador de la justicia. Actitudes de resistencia, no solo conllevan a sanciones pecuniarias sino a responsabilidades civiles y penales, según el caso.

La regla general que contiene el artículo 147 del CPC no considera para el cómputo los días inhábiles, esto es, que si una medida cautelar, al amparo del artículo 636 del CPC, se ejecutó un viernes 12 de setiembre, la demanda debe interponerse dentro de los 10 días posteriores a la ejecución, por tanto, el plazo se inicia el lunes 15 de setiembre y solo computará diez días hábiles comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados, venciendo el plazo en el caso propuesto el viernes 26.

Si bien el citado artículo 147 señala que los días inhábiles no se consideran para el cómputo, no hace referencia respecto a las reglas aplicables al cómputo del plazo por meses y por años. Frente a ello aplicamos el cómputo de los días naturales, en la forma que regula los incisos 2 del artículo 183 del Código Civil: “el plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.” El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2 citado.

En ese sentido véase el pronunciamiento judicial siguiente<sup>(1)</sup>: “que de la ficha trescientos un mil seis del Registro de Propiedad Inmueble de Lima que corre a fojas 143 aparece que el inmueble objeto de ejecución es de propiedad de los recurrentes, quienes inscribieron su derecho el 11 de enero de 1994, cuando la medida de embargo ya se encontraba anotada con prioridad al **19 de abril de 1993** (asiento d.2) pero la inscripción de dicha medida cautelar fue cancelada al haber transcurrido el plazo de caducidad, según título presentado el **20 de abril de 1998** (asiento c.2)”.

2. Los plazos individuales y comunes constituyen otro referente a tener en cuenta para el cómputo. Son individuales los plazos que se conceden independientemente a cada parte para la ejecución de actos procesales determinados; por citar, los que se fija para contestar demandas, interponer impugnaciones, excepciones, etc. Los plazos comunes son aquellos que se acuerdan en forma con-

---

(1) Caso seguido por Errol Francisco Aliaga Ríos y otra sobre obligación de dar suma de dinero, Exp: 55-99 Resolución del 3 de marzo de 1999, publicada en LEDESMA, Marianella. Jurisprudencia Actual. T.4, Gaceta Jurídica. Lima, 2001, p. 561.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

junta a ambas partes a fin que realicen uno o más actos procesales de la misma índole, por citar, el plazo para presentar alegatos y para expedir sentencia corre de manera común para ambas partes.

Mientras que los plazos individuales se computan desde que se practica la respectiva notificación a la parte a quien afecta, en los plazos comunes –como señala literalmente el artículo– “empiezan a correr desde la última notificación”. La regla general son los plazos individuales, los comunes, son la excepción y su existencia debe surgir explícita o implícitamente de la ley.

3. En relación al cómputo de los plazos de notificación realizada mediante exhorto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la acción de amparo N° 1034-2002-AA/TC<sup>(2)</sup> interpuesta por Flor de María Enciso Siviriche de la siguiente forma: "La tercera regla del Cuadro de Términos de la Distancia aprobado por Acuerdo de Sala Plena del día 30 de enero de 1986, establece que, cuando las provincias pertenecen a departamentos distintos, al efectuarse el cómputo del término de la distancia se sumarán los días de cada provincia a la capital de su respectivo departamento, y a esa suma, se añadirá el término entre las dos capitales departamentales. El mismo cuadro fija el término de 1 día entre la Provincia Constitucional del Callao y su capital, y 1 día entre la Provincia de Lima y la Capital del Departamento de Lima, que sumados al término de 1 día que media entre esta última y la Capital de la Provincia Constitucional del Callao, hacen un total de 3 días; en tal virtud, habida cuenta de que el domicilio de la recurrente se encuentra ubicado en el distrito del Callao, el término de la distancia, en su caso, es de 3 días, que sumado al término de 3 días previsto en el artículo 722 del Código Procesal Civil, hacen un total de 6 días para formular contradicción a la ejecución, la cual fue interpuesta al quinto día siguiente a la fecha de la notificación con la demanda, esto es, dentro del término de ley".



## JURISPRUDENCIA

---

*Si se declaró inadmisibile la demanda de tercería, concediendo el plazo de tres días para que subsane las omisiones, es nula la resolución que rechaza la demanda apresuradamente, antes que transcurra el plazo.*

*El hecho de que la demandante haya presentado el escrito ofreciendo garantía para la suspensión del remate, no significa haber vencido el plazo concedido (Exp. N° 2231-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 284).*

---

(2) Sentencia pronunciada el 4 de diciembre del 2002 contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia que declara improcedente la acción de amparo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El hecho de que uno de los codemandados aún no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no proroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues, el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda.*

*La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su rebeldía (Exp. N° 614-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 340-341).*

*Si la notificación para la concurrencia a la audiencia de ley se ha realizado con menos de tres días de anticipación, el juez debió suspender la audiencia programada y señalar nueva fecha.*

*Resulta afectada de nulidad la audiencia que carece de un requisito indispensable para obtener su finalidad, como es citar a las partes con la anticipación debida (Exp. N° N-531-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 323-324).*

*Entre la notificación y el día de la realización de la diligencia programada debe mediar por lo menos tres días hábiles (Exp. N° N-363-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 315).*

*Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación practicada con arreglo al CPC. Se infringe el principio de legalidad en el proceso cuando las notificaciones se alejan de lo dispuesto en los artículos 170, 161 y 155 CPC (Exp. N° 103-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 92-93).*

*Siendo perentorios los plazos, estos deben computarse desde el día siguiente de notificada cada resolución (Exp. N° 1717-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 89-90).*

## TÍTULO IV

### OFICIOS Y EXHORTOS

#### OFICIOS A OTROS PODERES Y A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

##### ARTÍCULO 148

*A los fines del proceso, los jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él.*

*La comunicación entre jueces se hace también mediante oficios.*

---

##### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. III, 149, 150, 152, 563.  
**D.S. 017-93-JUS** arts. 156, 185 inc. 4.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamerica** art. 86.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 131.

---



Los oficios son las comunicaciones escritas dirigidas a los órganos judiciales y a los funcionarios públicos, que no sean parte de él, suscritos según los casos, por los jueces o por los secretarios de manera excepcional; por ejemplo, corresponde al juez firmar los oficios a fin de requerir informes a otro juez, sobre el estado de un expediente, la remisión de este, de hacerles conocer el contenido de resoluciones adoptadas con motivo de una queja de derecho, entre otros. También cuando se dirige a funcionarios públicos, a fin de pedirles informes o remisión de documentos o actuaciones con el alcance fijado por las leyes correspondientes

Como señalamos, los secretarios no están facultados para oficiar a los jueces, aunque admiten excepciones como los secretarios de las Salas de la Corte Suprema que suscriben todas las comunicaciones dirigidas a los magistrados judiciales salvo que se trate de los Presidentes de Sala de Corte Superior; también con relación a los secretarios de juzgados letrados que firman oficios dirigidos a los jueces legos o de paz.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

A pesar que la norma no lo señale, también consideramos que el juez puede dirigirse mediante oficio a las entidades privadas, siempre que no sea parte en el proceso.

Como señala la norma, la comunicación entre jueces se hace también mediante oficios, sin embargo, también puede materializarse a través de los exhortos.

La diferencia entre estos radica que mientras los exhortos tienen como exclusivo objeto la comunicación entre órganos judiciales, los oficios, pueden dirigirse además de los jueces a otros funcionarios públicos o privados, estos últimos, siempre que no sean parte en el proceso.

## TRÁMITE Y CERTIFICACIÓN DEL ENVÍO DEL OFICIO

### ARTÍCULO 149

*El oficio se remitirá por facsímil oficial u otro medio. El secretario respectivo agregará al expediente el original del oficio y certificará la fecha de remisión.*

*Cuando el trámite no se realice a través de facsímil, el auxiliar entregará el original al interesado dejando copia de este en el expediente, con certificación de su fecha de entrega.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 148, 150.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 31, 32, 33, 34, 35, 36.

---



Como ya se ha señalado en el artículo 148, los oficios son las comunicaciones escritas dirigidas a los órganos judiciales y a los funcionarios públicos, que no sean parte de él, suscritas según los casos, por los jueces o secretarios de manera excepcional.

En cuanto al trámite que se da a este medio, la norma regula dos posibilidades de viabilizar el diligenciamiento de los oficios. En el primer caso, señala que el oficio se remitirá por facsímil oficial u otro medio. El secretario respectivo agregará al expediente el original del oficio y certificará la fecha de remisión. Aquí, es el propio juzgado el que toma a su cargo la remisión del oficio.

La otra situación es cuando la parte interesada en el libramiento del oficio es quien retira de la secretaría el original de este, bajo cargo, dejando copia de este en el expediente, con certificación de su fecha de entrega.

A pesar que la norma no refiere, consideramos que en aras de la celeridad procesal, cuando la comunicación es entregada a la parte interesada, debe el juez fijarle un plazo para presentarla ante el órgano judicial o funcionario a quien va dirigida, situación que sí contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial para el caso de los exhortos (véase artículo 164).

## OFICIOS AL EXTERIOR

### ARTÍCULO 150

*Los Jueces se dirigen a los funcionarios públicos extranjeros y a los miembros de embajadas o consulados peruanos en el exterior, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y conforme a las disposiciones de los convenios internacionales y de la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 148, 149.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 204.

C.P.C.M. Iberoamérica art. 37.

C.P.C.N. Argentina art. 132.

---



Los jueces no pueden dirigir sus comunicaciones directamente a los funcionarios públicos extranjeros y a los miembros de embajadas o consulados peruanos en el exterior; sino que tienen que canalizarlas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y conforme a las disposiciones de los convenios internacionales y de la ley.

A pesar que la ley no la precisa consideramos que las comunicaciones entre el juez nacional y el cónsul del Perú debe materializarse a través de exhorto, tal como hace referencia el artículo 151 del CPC.

Nótese que la diferencia entre los exhortos y oficios, radica en que mientras los primeros tienen como exclusivo objeto la comunicación entre órganos judiciales, los oficios, pueden dirigirse además de los jueces a otros funcionarios públicos o privados, estos últimos, siempre que no sean parte en el proceso.

## EXHORTOS

### ARTÍCULO 151

*Cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto. El juez exhortado tiene atribución para aplicar, de oficio, los apremios que permite este Código.*

*El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. V párr. 1, 7, 14, 152, 153, 154, 162, 219, 432, 839.
<b>C.D.I.P.</b>	arts. 388, 391, 392, 393.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 156 a 168.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 528.
------------------------	-----------

---



1. Los actos procesales deben realizarse en la sede donde funciona el órgano judicial competente para conocer en el proceso, sin embargo, dicha regla admite excepciones como las referentes a la recepción de la declaración de parte o de testigos en el domicilio de la persona que se encuentra imposibilitada de concurrir y a la inspección judicial de lugares o de cosas. En ese sentido véase lo regulado en el artículo 205 del CPC.

La norma en comentario nos ubica en el supuesto de la actuación judicial que deba practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, que es diferente fuera de la sede del juzgado (ver artículo 205 del CPC). En tal caso, debe encomendarse su cumplimiento, mediante exhorto, al juez correspondiente pero en ningún caso puede librarse exhorto al juez que radica en la misma localidad, tal como expresamente lo dispone el artículo 156 *in fine* de la LOPJ.

Asistimos a lo que se califica como la competencia delegada, cuando jueces no originarios conocen de ciertas actuaciones por encargo de otros jueces, dentro de los límites que el juez delegante fija.

---

(1) Op. cit. T. V, p. 397.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Esta discriminación entre la competencia originaria y la delegada lleva a algunos autores a sostener que la verdadera jurisdicción es solo la primigenia, por ser la llamada a pronunciarse sobre la cuestión de fondo, objeto del proceso, mientras que la delegada es reflejo de aquella, con fines de auxilio judicial y solo se admite para determinadas diligencias

2. El exhorto es un medio de comunicación entre órganos judiciales. Según Palacio<sup>(1)</sup>, “evoca la idea de rogar o de requerir un favor a autoridades judiciales cuyas atribuciones emanan de un poder político distinto de aquel en que se originan las ejercidas por el juez requiriente, quien, de acuerdo con la fórmula tradicional ofrece reciprocidad para casos análogos, aunque en rigor aquella solo se justifica en el caso de comunicaciones dirigidas a órganos judiciales extranjeros”.

El libramiento del exhorto se halla supeditado a su competencia territorial y a la jerarquía por razón del grado, según la organización judicial. Decimos ello porque el artículo 156 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que “los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”.

3. En estos últimos tiempos han advertido investigaciones realizadas en torno a la actividad judicial que en las ciudades de mayor densidad poblacional se producen notificaciones por exhorto dentro del mismo distrito judicial, ya que el juez exhortante tiene un ámbito de gestión distinto al del lugar donde debe realizarse la notificación; por citar, el juez de paz letrado de un distrito de San Isidro, recurría a la notificación por exhorto al juez de paz letrado de Huaycan, a pesar que ambos pertenecen al mismo distrito judicial. En tal sentido mediante Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema del 31 de julio de 2003<sup>(2)</sup> se dispuso suspender las notificaciones vía exhorto dentro de un mismo distrito judicial, las cuales deberán realizarse empleando las Centrales de Notificaciones existentes.

Posteriormente, por Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema del 7 de enero de 2004<sup>(3)</sup> se dispuso que **para los efectos de las notificaciones de cédulas, los jueces de Lima, Callao y Cono Norte tendrán una competencia territorial que se extiende al ámbito de sus respectivos distritos judiciales, en el que se encuentra el Juzgado**; en consecuencia, cuando se trate de notificar cédulas a lugar distinto a su Juzgado, pero que se encuentren en el mismo Distrito Judicial se faculta a los Jueces a sustituir los exhortos por cédulas de notificación, que enviarán directamente a través de la Central de Notificaciones de su jurisdicción. Esta disposición solo se aplica a notificaciones judiciales pero no incluye actuaciones de diligencias judiciales que seguirán comisionándose mediante exhortos.

---

(2) El contenido de dicho Acuerdo de Sala Plena aparece en el anexo del trabajo.

(3) El contenido de dicho Acuerdo de Sala Plena aparece en el anexo del trabajo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

4. El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez. Señala el artículo 168 de la LOPJ “cuando se comisione a un juez extranjero para la práctica de una diligencia judicial, se envía exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el respectivo tratado, y a falta de este por el Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Cuando los exhortos se libren a Cónsules y agentes diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores”.

El diligenciamiento de los exhortos se realiza conforme a las disposiciones consulares contenidas en el Reglamento Consular del Perú. Esta consiste según el oficio RE (LEG) N° 4/1 de fecha 21 de Marzo del 2005<sup>(4)</sup>, en remitir a los destinatarios los instrumentos judiciales respectivos, por la vía del correo certificado del sistema postal del país. Al momento de efectuarse la notificación respectiva y de no encontrarse físicamente al destinatario, el funcionario del sistema postal del país concernido dejará un aviso, a efectos que el interesado acuda a la oficina postal a recoger su notificación. Si el interesado no se apersona se le dejará un pre aviso y si no acude se le considera por bien notificado y se devuelve al Consulado del Perú. La práctica consular, no permite realizar notificaciones personalísimas a los destinatarios. La regla de las oficinas postales es la de no dejar los envíos en caso de no hallarse el destinatario, aún cuando se hubieran dejado los pre avisos respectivos, procediéndose a efectuar la devolución al remitente. Por tanto, refiere la citada comunicación, el hecho que los destinatarios no concurran al local de la oficina postal, luego de los pre avisos a que se ha hecho referencia, no puede significar que al ser puesto en conocimiento de los juzgados, estos puedan considerar que la notificación no estuvo bien realizada, toda vez que el trámite de notificación se realizó de acuerdo a las disposiciones consulares vigentes concordantes con las disposiciones de los diferentes países concernidos.

5. Especial tratamiento tienen los exhortos que remiten jueces extranjeros a los nacionales con el objeto de practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos. Basta para ello, que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso para su ejecución, pues, no requiere seguir el procedimiento judicial de reconocimiento de resoluciones judiciales que recoge el artículo 837 del CPC.

---

(4) Esta comunicación fue remitida por la Oficina de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores, comunicando el diligenciamiento de los exhortos, el mismo que fue puesto en conocimiento de todas las instancias judiciales por oficio circular N° 029-2005-SG-CS-PJ.



**JURISPRUDENCIA**

---

*El emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del Juzgado se hará por exhorto; en este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al cuadro de distancias.*

*Si bien el CPC no regula la forma en que debe computarse el plazo para los términos de la distancia, esto es, si son días hábiles o calendario, debe entenderse en aplicación del Inc. 1 del artículo 183 del CC, como días calendario (**Exp. Nº 385-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 318**).*

## CONTENIDO DEL EXHORTO

### ARTÍCULO 152

*El exhorto contiene el escrito en que se solicita, la resolución que lo ordena, las piezas necesarias para la actuación judicial y el oficio respectivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 148, 149, 151, 153, 154.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 158, 159.</i>

---



Los exhortos son medios de comunicación exclusiva entre jueces de diversos territorios o distritos judiciales para la realización de determinado acto procesal.

La norma hace referencia a lo que debe contener el exhorto, sin embargo, consideramos que se debe indicar además, de manera expresa, el objeto o naturaleza del juicio así como de su valor pecuniario, a fin de determinar la correlación de competencias por razón de la materia y por la cuantía al momento de su ejecución.

Según el artículo 158 de la LOPJ los exhortos comienzan en esta forma: “a nombre de la Nación, la Corte o Juzgado de....a la Corte o Juzgado de...”. En seguida se hace un resumen de la materia que da lugar a la expedición del exhorto y se concluye mandando o rogando, según el caso, que se cumpla la comisión. La fecha del exhorto precede a las firmas.

Los exhortos que mande librar cualquiera de las salas son firmados por el presidente de la misma sala y en las instancias inferiores por el juez respectivo. En todos los casos son autorizados por el respectivo secretario.

## TRÁMITE DEL EXHORTO

### ARTÍCULO 153

*Los exhortos se tramitan y devuelven a través del facsímil oficial. Los documentos originales se mantienen en posesión de cada juez, formando parte del expediente en un caso y agregándose al archivo del juez exhortado en el otro.*

*Cuando el uso del facsímil no sea posible, los originales son tramitados por correo oficial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 151, 152, 154.
D.S. 017-93-JUS	arts. 164 a 167.

---



1. Verificada la regularidad formal del exhorto, el órgano judicial destinatario de la comunicación debe limitarse a dar cumplimiento a las diligencias encomendadas, lo cual no implica, asignar a aquel una función automática y despojarlo de todo margen de discrecionalidad, pues cabe su no intervención en casos de impedimento insalvable de ejecución o para adecuarla a requisitos de carácter formal o impositivo; por citar, véase el supuesto de impedimento del juez comisionado a que hace referencia el artículo 163 de la LOPJ “si el juez comisionado está impedido, remite el exhorto para su cumplimiento al juez que debe reemplazarlo, dando informe simultáneamente al comitente de su impedimento y la denominación del juzgado que lo reemplaza”.

El juez comisionado para la práctica de una notificación está facultado para conocer y resolver las cuestiones que se suscitan por reclamos sobre la notificación o devolución de la cédula (véase artículo 162 de la LOPJ) Con esa salvedad, el juez exhortado no podría, por ejemplo, declarar la inadmisibilidad de una prueba cuya recepción se le encomienda so pretexto de ser extemporánea o denegar la traba de una medida cautelar por no estar contemplada en el ordenamiento legal.

Sobre el particular señala Palacio<sup>(1)</sup>, “el órgano judicial exhortado tampoco tiene facultades para admitir el planteamiento de objeciones propuestas por las partes respecto a la admisibilidad de las diligencias requeridas o sustanciar y decidir incidentes promovidos a raíz del cumplimiento de aquellas, como son, los referen-

---

(1) Op. cit. T. V, p. 446.

tes a la negligencia en la producción de la prueba, a la procedencia de los puntos de pericia presentados en el acto de la audiencia, a las cuestiones derivadas de una subasta judicial, o a la validez de los actos integrantes del trámite del exhorto. Fuera de ese tipo de cuestiones, que por su naturaleza pueden gravitar eventualmente en la decisión de mérito, el juez exhortado tiene sin duda facultades implícitas para adoptar todas aquellas medidas que aunque no encomendadas expresamente resulten conducentes para el eficaz cumplimiento del exhorto”.

2. Los exhortos se tramitan y devuelven a través del facsímil oficial, sin embargo, a solicitud de la parte interesada puede ser entregada a esta, quien la retira de secretaría, bajo cargo. En estos casos, es importante fijar un plazo para su presentación ante el órgano judicial a quien va dirigido la comisión. El artículo 164 de la LPOJ al referirse a este plazo, otorga “el termino de la distancia, bajo responsabilidad penal”; por ello, el secretario esta obligado a anotar en el expediente la fecha en que se libra el exhorto y el conducto por el que remite.

La resolución inicial del órgano exhortado será el cumplimiento y su oportuna devolución. Por razones de economía procesal vienen a concentrarse en un mismo acto las decisiones referentes al cumplimiento de las medidas encomendadas y la devolución del exhorto, soslayándose la necesidad de una ulterior petición y resolución. Ello sin perjuicio de las resoluciones que fuere indispensable dictar a raíz de contingencias surgidas durante el trámite del exhorto, como los apremios.

El juez comisionado está autorizado para ordenar todas las medidas conducentes al cumplimiento de la comisión, dictando de oficio las providencias y los apremios que sean necesarios (artículo 160).

El juez devuelve el exhorto tres días después de realizada la diligencia, bajo responsabilidad (artículo 157 de la LOPJ) para lo cual, según la LOPJ, se remite por medio de correo certificado, sin embargo, la norma en comentario señala “a través del facsímil oficial”.

3. El Código no regula el supuesto que el juez comisionado se resista a cumplir la comisión y devuelva al exhorto, sin embargo, en esos supuestos podemos remitirnos al artículo 161 de la LOPJ que al respecto dice: “el juez comisionado se sujeta al tenor de la comisión. Concluida esta o si no pudiera ser cumplida, se devuelve lo actuado al juez comitente, precisando en su caso, el motivo de la inejecución de la comisión”. Otras experiencias legislativas foráneas muestran las siguientes hipótesis: “cuando el órgano exhortado haya denegado el cumplimiento del exhorto y este haya sido devuelto al exhortante, debe remitir a la corte las piezas que integran la rogatoria. Si el tribunal considera que la negativa es infundada debe hacerlo saber al exhortado y devolver el expediente al exhortante a fin que reitere comunicación al exhortado. Si por el contrario la corte entiende que la negativa es fundada debe también comunicarlo al exhortado y devolver el expediente al exhortante sea para que lo archive o para que libre un nuevo exhorto en el que se salven las deficiencias del anterior”.

## INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

### ARTÍCULO 154

*Las partes o sus abogados pueden intervenir en las actuaciones materia del exhorto, señalando para el efecto el domicilio correspondiente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 151, 162.
D.S. 017-93-JUS	arts. 162, 164.

---



La norma permite que las partes o sus abogados puedan intervenir en la ejecución del exhorto. A pesar que no hace referencia al apoderado, consideramos que sí podría intervenir si está debidamente autorizado en el principal y es comunicado de ello al juez comisionado. El artículo 162 de la LOPJ sobre el particular señala: “las partes pueden designar domicilio para los efectos del procedimiento que derive de la comisión, así como otorgar poderes por acta, tanto a nivel del comisionado como del comitente” (véase artículo 162 de la LPOJ)

El profesional autorizado contrae el deber de tramitar el exhorto hasta su conclusión y tiene facultades para realizar todos los actos procesales conducentes al mejor cumplimiento de las diligencias encomendadas, siempre que ellos no impliquen la formulación de peticiones tendientes a ampliar o restringir el objeto de aquellas.

La actuación del exhorto debe realizarse dentro de un término no mayor de cinco días de recibida la comisión, salvo fuerza mayor debidamente acreditada, señala el artículo 157 de la LOPJ.

## TÍTULO V

### NOTIFICACIONES

#### OBJETO DE LA NOTIFICACIÓN

##### ARTÍCULO 155

*El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. El juez, en decisión motivada, puede ordenar que se notifique a persona ajena al proceso.*

*Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código, salvo los casos expresamente exceptuados.*

---

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 103, 122, 157 a 172, 430, 459, 506, 589, 792, 832, 833.
<b>C. de P.P.</b>	art. 305.
<b>C.T.</b>	arts. 104 a 108.
<b>C.P. Const.</b>	art. 9.
<b>LEY 27444</b>	arts. 18, 19, 20.
<b>R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ</b>	art. 1 y ss.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 137.
<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 82.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 313, 314.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 133.
<b>C.F.P.C. México</b>	art. 303.



1. A lo largo del desarrollo del Código Procesal, encontramos referencias a la citación, emplazamiento y requerimiento. Ello podría llevar a pensar que son especies de la notificación, sin embargo, no es así. El acto de comunicación puro, en sentido estricto, es solo la notificación. Las citaciones, emplazamientos y requerimientos, para Guasp, no son sino “actos de intimación, que por ir combinados con una notificación propiamente dicha, quedan absorbidos por el régimen general señalado para estas”.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Según Maurino<sup>(1)</sup>, la citación es el llamamiento que se hace a una persona para que comparezca al tribunal en un determinado momento, en día y hora determinado; en cambio, el emplazamiento es el “llamado que se hace a una persona para que comparezca al juicio dentro de un plazo determinado”.

El emplazamiento y la citación tienen en común la comparecencia ante el órgano judicial, pero difieren en que la citación supone la presentación en un momento, mientras que el emplazamiento lo hace en un lapso prefijado.

La intimación o requerimiento es la comunicación que se hace a alguien “con un mandato judicial” para que cumpla un acto o se abstenga de hacer alguna cosa, bajo apercibimiento de sufrir las consecuencias nada valiosas de su omisión o acción; por ejemplo, el requerimiento para que el custodio devuelva el bien depositado.

2. La notificación es un acto de comunicación procesal, por el cual se pone en conocimiento de las partes y demás interesados las providencias judiciales para materializar el derecho de defensa, es por ello, que se afirma que la notificación constituye una exigencia del contradictorio sin la cual se afectaría el debido proceso y la igualdad de las partes.

Rocco<sup>(2)</sup> enseña que la notificación es aquella actividad que se dirige a llevar a conocimiento de determinada persona alguna cosa, de modo que ella tenga la percepción de esta o, por lo menos, sea probable que tenga dicha percepción, a través de un órgano especial (oficial judicial)”.

No solo la notificación en el proceso tiene como finalidad asegurar el principio de bilateralidad o de contradicción, sino que fija el término inicial en el cómputo de los plazos procesales dentro de los cuales deberá cumplirse el acto procesal ordenado o impugnar la resolución transmitida.

El acto procesal se transmite de manera real o ficta. En el real hay un verdadero acto de comunicación para generar un conocimiento cierto, por ejemplo, la notificación personal o un conocimiento presunto como la notificación por edictos; en la notificación ficta, se tiene por realizada automáticamente, en virtud de una ficción legal, por citar, la notificación por nota que regulaba el derogado artículo 156 del CPC.

3. Con relación a la notificación aparecen diversas corrientes que tratan de explicar la naturaleza de esta. La discusión se polariza en dos posiciones: la notificación constituye un acto autónomo o solo es parte integrante de un acto com-

---

(1) MAURINO, Alberto Luis. Notificaciones procesales. Astrea. Buenos Aires, 1985, pp. 12-13.

(2) ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Buenos Aires. Temis. Depalma, 1970. T. III, p. 35.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

plejo. Para la tesis de la autonomía, la notificación es un acto independiente separado en forma absoluta de lo que se comunica. Según Carnelutti, se escinde el acto de notificar del acto notificado; para la tesis del acto complejo, la notificación no es independiente sino es un medio para la perfección de actos procesales. Frente a estas posiciones aparece la tesis ecléctica que sostiene que la notificación es un acto compuesto pero también autónomo, si se lo utiliza para la comunicación en forma solemne de actos judiciales ya perfectos de por sí.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nulo el oficio de elevación del recurso de apelación si se ha omitido notificar al code-mandado, lo que no ha permitido que este tome conocimiento de la sentencia que declara fundada en parte el extremo de su pretensión, así como del concesorio de apelación (Exp. Nº 3863-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 189).*

*Cuando el apoderado interpone un acto procesal extemporáneamente, de forma anticipada a la notificación de su poderdante, este acto, aparte de no comportar la presunción de una convalidación de dicha notificación, es nulo, de pleno derecho, si no existe, en la representación, facultades específicas sobre dicha notificación (Cas. Nº 2678-99-Lima, El Peruano, 20/06/2000, p. 5498).*

*El principio de contradicción o bilateralidad exige que todos los actos del proceso se realicen con conocimiento oportuno de las partes, lo que se vincula con la finalidad y efecto de las notificaciones; y el principio de publicidad del proceso rechaza los actos ocultos (Cas. Nº 890-99-Lima, El Peruano, 20/10/99, p. 3786).*

*No puede darse por válida la notificación dirigida al centro de trabajo del recurrente code-mandado, tan solo por el hecho que su codemandada haya contestado la demanda, luego de notificada también en su centro de labores.*

*El derecho a la defensa del recurrente no puede verse afectado; máxime, que no está probado que este se encuentre trabajando en dicho centro, como sostiene la demandante (Exp. Nº 1348-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 371-372).*

*Las notificaciones para que surtan efectos legales, deben ser practicadas en el domicilio del interesado o en el domicilio señalado para el cumplimiento de la obligación. Si se diligencia en lugar distinto al señalado en la cambial, dicho acto resulta afectado de nulidad ya que se postra en estado de indefensión a los ejecutados (Exp. Nº 1359-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 348).*

*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. El plazo para recurrir la resolución integrada, se computa desde la notificación de la resolución que la integra (Exp. Nº 64698-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 343).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Se contraviene el principio de legalidad y acarrea la nulidad de todo lo actuado si la notificación para la audiencia única se diligencia en un domicilio procesal ajeno al señalado (**Exp. N° 1172-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 203-204**).

Si la pretensión tiene por objeto que el demandado cumpla con la obligación de dar suma de dinero, ella no se extiende a quienes residen en el inmueble señalado como domicilio para el cumplimiento de la obligación, toda vez que las notificaciones judiciales o extrajudiciales que el acreedor efectúe en dicho domicilio solo surten efectos jurídicos respecto del obligado (**Exp. N° 257-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 314**).

Es nula la resolución que declara concluido el proceso por incomparecencia de las partes a la audiencia de pruebas si no se ha verificado el emplazamiento al codemandado.

El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales (**Exp. N° 1155-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 344**).

El abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. Si no consta en el proceso la notificación a las partes, no procede declarar el abandono del proceso.

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC (**Exp. N° 764-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 379**).

Si el Banco demandante no acredita que el domicilio ha sido fijado por la codemandada como lugar de residencia, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40 del CC (**Exp. N° 58635-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 330-331**).

Es nula la sentencia si no se cumplió con citar al demandado válidamente para la audiencia única, lo que implica una vulneración a las reglas del debido proceso (**Exp. N° 1739-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 346-347**).

La aplicación del principio de convalidación de la notificación de la sentencia de vista no se encuentra ajustado a lo dispuesto en el indicado artículo 155 del Código Procesal Civil; pues no se trata de tomar conocimiento solamente de que el fallo sea adverso, sino que debe realizarse su notificación en forma legal, acompañándose de una copia de su texto, para que se cumpla con poner en conocimiento de las partes el contenido íntegro del mismo (**Cas. N° 890-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 267, Agosto 1998, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.13**).

Se infringe el principio de legalidad si se ha emplazado al demandado consignando erróneamente el nombre de este y si las notificaciones no cumplen con el objeto que señala el artículo 155 del CPC (**Exp. N° 328-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 227-228**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es garantía de la administración de justicia el derecho de defensa del que nadie puede ser privado.*

*Con la notificación judicial se cautela aquel derecho elevado a rango constitucional observándose de ese modo el debido proceso (Exp. Nº 1177-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 130-132).*

*El juzgador se halla obligado a velar para que en el proceso se otorguen a las partes las garantías que les permitan ejercitar sus derechos procesales.*

*Es nula la resolución cuya notificación a las partes se efectúa con fecha anterior a la emitida resolución (Exp. Nº N-152-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 275).*

*Es garantía del proceso el ser notificado oportunamente (Exp. Nº 609-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 202-203).*



## NOTIFICACIÓN POR CÉDULA

### ARTÍCULO 157

*La notificación de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias, y aun en la Corte Suprema, se realiza por cédula. (\*\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 60, 103, 108, 121, 158 a 162, 430, 459, 587, 816  
inc. 2, 832.

**D.S. 46-94-JUS** arts. 1, 2, DT.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.N. Argentina** art. 135.

---



1. En materia de notificaciones concurren dos sistemas: el que lleva la comunicación hasta el domicilio del interesado; y, el interesado que concurre en busca de ella, a la sede judicial.

El Código Procesal, en sus inicios los acogió a ambos, de ahí que la versión primigenia del artículo 157 contemplaba una serie de supuestos sobre los que podría operar la notificación por cédula; ello porque el Código Procesal asumía como regla general la notificación ficta o automática, calificada también como notificación por nota. Este modo de notificar requería que los litigantes se apersonen a las secretarías de los juzgados o Salas, los días martes y jueves, a tomar lectura de las resoluciones respectivas, previa vista del expediente. Solamente, en los casos que fijaba el artículo 157 del CPC o en los que el juez disponía motivadamente, podría operar la notificación por cédula; sin embargo, el artículo 156 del CPC referido a la notificación por nota fue derogado, modificando por consiguiente la redacción del artículo 157 del CPC, en los términos que actualmente aparece. La notificación por nota fue una experiencia nueva en la actividad judicial, pero sin mayor aceptación en el mundo forense peruano.

2. La notificación por cédula es un acto judicial realizado en el domicilio de las partes o de sus representantes legales y es practicada por un auxiliar de justicia, llamado notificador, mediante el cual se pone en conocimiento de la resolución judicial para que puedan hacer valer su defensa y tener un punto de referencia para el cómputo de los plazos procesales. La notificación por cédula es expresa, pues existe un acto real de transmisión practicada en el domicilio del sujeto pasi-

---

(\*\*) Texto según art. 2 de la Ley 27524 (06/10/2001).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

vo, destinatario de la notificación, al margen que este lo reciba personalmente. Es una forma de noticiar la actividad procesal de todas las resoluciones judiciales, inclusive hasta de la Corte Suprema.

3. A pesar que el Código no hace referencia a ella, existe la notificación personal que es la más segura, pues, el interesado conoce de manera real la resolución transmitida. Se realiza en la oficina o secretaria del juzgado mediante acta o constancia que se inserta al expediente y en la que se hace constar el nombre del notificado, fecha y providencia que se notifica, firmando al pie de ella el interesado. Se afirma que el fundamento de esta clase de notificación personal son razones de economía procesal, lealtad y probidad. La notificación personal realizada por el letrado patrocinante tiene los mismos efectos que si la hubiese realizado a la parte. La notificación personal se diferencia de la notificación por cédula, en que esta se logra, aunque la persona requerida no se encuentre.

Otra alternativa de materializar la notificación personal es mediante la concurrencia, no del personal encargado de notificar, sino del secretario de la causa en el domicilio señalado para practicarla, para lo cual, se estila habilitar día y hora para tal fin. En este caso, el funcionario judicial dejará constancia de la entrega de la cédula y las características del domicilio en el que se practica la notificación. Se recurre a este tipo de notificación especial, cuando hay duda sobre la existencia de la dirección domiciliaria señalada o cuando se quiere tener la plena evidencia que efectivamente se esta cumpliendo con practicar la notificación, sin esperar el orden regular del personal judicial encargado para ello.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC.*

*La entrega de la cédula al interesado debe hacerse constar con la firma del encargado, señalando día y hora del acto (Exp. N° 1191-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 204-205).*

*La resolución que resuelve motivadamente el rechazo de la demanda por inadmisibile tiene las características exactas de un auto y constituye la primera respuesta del órgano jurisdiccional al ejercicio del derecho de acción, por lo que debe procederse a su notificación por cédula (Exp. N° 1272-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 184-185).*

*“... La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal” (Cas. N° 802-95-Lima, Sala Civil C.S.J., Hinojosa Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 626-627).*

## CONTENIDO Y ENTREGA DE LA CÉDULA

### ARTÍCULO 158

*La forma de la cédula se sujeta al formato que fija el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.*

*La cédula de notificación se escribirá en forma clara, sin emplear abreviaturas, y contendrá:*

- 1. Nombre y apellido de la persona a notificar o designación que corresponda y su domicilio, con indicación del carácter de este;*
- 2. Proceso al que corresponda;*
- 3. Juzgado y secretaría donde se tramita y número de expediente;*
- 4. Transcripción de la resolución, con indicación del folio respectivo en el expediente y fecha y número del escrito a que corresponde, de ser el caso;*
- 5. Fecha y firma del secretario; y,*
- 6. En caso de adjuntarse copias de escritos y documentos, la cédula deberá expresar la cantidad de hojas que se acompañan y sumaria mención de su identificación.*

*La cédula será entregada por el órgano de auxilio judicial o por el encargado de la oficina respectiva, según el caso, en el domicilio real o legal, o el procesal señalado en autos, de lo que se dejará constancia con el nombre, firma e identificación del receptor.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. 37.
<b>C.P.C.</b>	arts. 136, 159, 160, 168, 424, 459.
<b>D.S. 46-94-JUS</b>	arts. 1, 2, DT.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 148.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 136, 137, 142.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 304, 305, 306, 307, 308.

---



La cédula es un instrumento público extendido por un auxiliar judicial para notificar a las partes, sus representantes o a terceros legitimados en el proceso de una resolución judicial. Esta se compone de una o varias copias que sirven al

notificado como medio de comunicación o información y de un original que se agrega a los autos.

La cédula y la diligencia de notificación configuran un instrumento público por dar fe pública el notificador de la actividad que realiza; por tanto, al tener esa condición, ellas son pruebas por sí mismas, no siendo posible recurrir a otros medios probatorios ni a pruebas supletorias.

En cuanto a la forma de la cédula, esta se sujeta al formato que fija el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Con relación al conjunto de requisitos que debe ella contener, el inciso 1 señala al “nombre y apellido de la persona a notificar o designación que corresponda y su domicilio, con indicación del carácter de este”. Sobre el particular se sostiene que la cédula que no consigne el nombre completo no es nula. Los errores e insuficiencias de esta enunciación no afectan la validez del acto, cuando el destinatario de la notificación resulta individualizado; tampoco es nula la cédula que dirija al domicilio procesal, consignando el nombre del demandado y no del apoderado.

Hay algunos criterios que señalan que a pesar que en la cédula no se especifique la calle y número, es válida la notificación; si se trata de un centro poblado, sin indicación de calle y número, pero que su recepción no puede ser negada.

También se dice que es válida la cédula que omita consignar el número de habitación. Este hecho puede ser causa nulificante de vicio en el contenido de la cédula, si se une a otras circunstancias que hagan presumir que la cédula no fue recibida por el interesado.

En el supuesto que la cédula mantenga la designación de una calle con un nombre que es de uso común e indistinto al oficial, no es causa de nulidad si no impidió que se realice la diligencia por ser de pública notoriedad el uso común e indistinto de ambas designaciones; por citar en la ciudad de Lima, el caso de la otrora avenida Wilson, reemplazada hoy por avenida Garcilazo de la Vega.

Otro caso es cuando aparece la mención del estudio jurídico al que se dirige la cédula. Dicha mención no forma parte del concepto de domicilio, por tanto, no es su omisión causa de nulidad.

El inciso 2 hace referencia al proceso que corresponda; y el inciso 3 al número de expediente, juzgado y secretaría donde se tramita. El simple error en la indicación del número de expediente y aun la falta de referencia a él, salvo casos excepcionales, no da lugar a la nulidad. Por otro lado el inciso 3 refiere además que debe precisarse el número de expediente, juzgado y secretaría donde se tramita.

Opinan los autores que este requisito del contenido de la cédula solo es necesario si se trata de la notificación inicial, pero, no en la sucesivas o posteriores; en

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ese sentido se hace indispensable que se precise la sede del juzgado, dónde está ubicado el juzgado. Este es un requisito indispensable cuando se trate de la notificación del traslado de la demanda, para la absolución de posiciones y para recepcionar la declaración testimonial.

El inciso 4 hace referencia a “la transcripción de la resolución, con indicación del folio respectivo en el expediente y fecha y número del escrito a que corresponde, de ser el caso”.

El inciso 5 exige la fecha y firma del secretario; y el inciso 6 exige, en caso de adjuntarse copias de escritos y documentos, la cédula deberá expresar la cantidad de hojas que se acompañan y la sumaria mención de su identificación.

Por último, el inciso 6 de la norma regula el supuesto de adjuntarse copias de escritos y documentos. La cédula deberá expresar la cantidad de hojas que se acompañan y sumaria mención de su identificación.

Otros criterios jurídicos opinan que las cédulas deben redactarse en doble ejemplar sirviendo las copias al notificado, como medio de comunicación e información. La ventaja del doble ejemplar reside en que se puede saber, en cualquier momento, si la notificación se ha llevado a cabo con las formalidades de ley. Señala Maurino<sup>(1)</sup> que la copia de cédula goza de la condición de instrumento público igual que el original, pues, se registran en ellas actuaciones del notificador en cumplimiento de la ley procesal. Señala el autor<sup>(2)</sup>: “si se suscitan dudas entre las fechas consignadas en el original de la cédula y en la copia que se deja al notificado, debe estarse a la fecha más favorable a la conservación del derecho. Así, por ejemplo, si el plazo para apelar se halla vencido según el original, pero no de acuerdo con la copia, esta prevalece, teniendo en cuenta que ella es la que tiene el letrado para poder ajustar su conducta y es base para el cómputo a los efectos del recurso”; sin embargo, existe jurisprudencia que sostiene, ante la falta de coincidencia de fechas entre original y duplicado, la nulidad de notificación.

La forma de la cédula se sujeta al formato que fija el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Estos formatos han variado cada cierto tiempo, por razones de seguridad y costos. Mediante Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 192-2003-P-Pj, se ha aprobado el formato que rige actualmente y que entró en vigencia a partir del 28 de octubre de 2003; resolución publicada en el diario oficial el 24 de octubre de 2003.

---

(1) MAURINO, Alberto Luis. Notificaciones procesales. Astrea. Buenos Aires, 1985, p. 47.

(2) *Ibidem*.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las cédulas de notificación son elaboradas en un documento impreso cuyas características están preestablecidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Es un documento valorado emitido por el propio Poder Judicial y representa desembolso para quien demande el diligenciamiento de las resoluciones recaídas en los escritos presentados por los litigantes; sin embargo dicho desembolso será luego devuelto por la parte vencida al liquidarse las costas procesales. Es importante señalar que la cédula de notificación valorada es obligatoria por parte de los litigantes que acudan al órgano de justicia.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC.*

*La entrega de la cédula al interesado debe hacerse constar con la firma del encargado, señalando día y hora del acto (Exp. N° 1191-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 204-205).*

*Si bien es cierto que en la cédula de notificación aparece el nombre del demandado con el apellido paterno cambiado, ello no es óbice para determinar que el demandado no tuvo conocimiento del proceso, es más, ello ha motivado precisamente su apersonamiento, es decir, que la notificación ha cumplido con su objetivo (Exp. N° 16-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 183-184).*

## DILIGENCIAMIENTO DE LA CÉDULA

### ARTÍCULO 159

*Las cédulas se enviarán a la oficina de notificaciones dentro de las veinticuatro horas de expedida la resolución, debiendo ser diligenciadas y devueltas en la forma y en los plazos que disponga el reglamento correspondiente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 155, 459.  
**D.S. 017-93-JUS** art. 266 inc. 8.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 147.  
**C.P.C.N. Argentina** arts. 138, 139.

---



Las cédulas son confeccionadas por el secretario en los formatos valorados emitidos por el Poder Judicial; luego los envían a la dependencia u oficina de notificaciones para su diligenciamiento.

Este circuito, confección de cédulas y entrega de estas, deben materializarse dentro de las veinticuatro horas de expedida la resolución conforme dice la norma.

La oficina de notificaciones recibe las cédulas y procede a diligenciarlas, a fin de cumplir el encargo de suministrar las noticias que son necesarias para procurar al juez, la presencia y la colaboración de personas respecto de las cuales, tiene él que actuar. Luego de ello, son devueltas en la forma y en los plazos que disponga el reglamento correspondiente.

En dicho diligenciamiento se deberá cumplir con lo dispuesto en los artículos 160 y 161 del CPC, según se trate de la persona a quien se hubiere entregado la cédula.

Las personas encargadas de llevar las cédulas y dar fe de su entrega son los auxiliares de justicia.

## ENTREGA DE LA CÉDULA AL INTERESADO

### ARTÍCULO 160

*Si la notificación se hace por cédula, el funcionario o empleado encargado de practicarla entrega al interesado copia de la cédula, haciendo constar, con su firma, el día y hora del acto. El original se agrega al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora del acto, suscrita por el notificador y el interesado, salvo que este se negare o no pudiere firmar, de lo cual se dejará constancia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 155, 157, 158 párr. 3, 459.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C. Italia* art. 138.

*C.P.C. Colombia* art. 315.

*C.P.C.N. Argentina* art. 140.

*C.F.P.C. México* arts. 309, 310, 311.

---



1. Para diligenciar la notificación por cédula se distingue entre destinatario de la notificación y receptor de la notificación; esto es, la persona que debe ser notificada y la persona que recibe la cédula de notificación.

Chiovenda diferencia entre notificación en mano propia, esto es, la entregada al demandado en persona, y la notificación en mano de terceros, esto es, el destinatario es distinto del receptor de la notificación.

Para Rocco la recepción de la notificación se concreta en el destinatario o en otra persona, con la distinción siguiente: la entrega directa, o en propias manos, da la certeza indudable que la notificación fue hecha y que el destinatario tuvo conocimiento de ella; la entrega indirecta, o sea a personas que pueden trasladarla al destinatario. Esa diferenciación también la encontramos plasmada en nuestro Código Procesal, pues, a través de la presente norma (artículo 160) se regula la entrega directa y en artículo 161 la entrega a terceros o indirecta.

Ello es comprensible porque la notificación por cédula encierra la presunción que el interesado se ha enterado de su contenido, pues, no es imprescindible la entrega personal sino que puede viabilizarse a través de personas distintas, como refiere el artículo 161 del CPC.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Asumir una posición en contrario haría depender la eficacia de la notificación, de quien estuviera interesado en sustraerse de las consecuencias del proceso en que ha sido practicada, ya que bastaría con ocultarse o ausentarse para que resultara inválida.

2. Otro aspecto a distinguir es el que se relaciona con el contenido de la cédula propiamente dicho y el contenido de la diligencia, que alberga la testificación de la notificación por el auxiliar de justicia. Este último aspecto es materia de regulación en la presente norma. Al referirse a la testificación señala: “el funcionario o empleado encargado de practicarla entrega al interesado copia de la cédula, haciendo constar, con su firma, el día y hora del acto”.

Las cédulas se redactan en doble ejemplar. El original se agregará al expediente con la nota de lo actuado, lugar, día y hora de la diligencia y es suscripta por el notificador y el interesado, salvo que este se negare o no pudiere firmar, de lo cual dejará constancia.

La documentación de las diligencias realizadas por el auxiliar de justicia, en el trámite de notificación por cédula, constituye instrumento público. Si se realiza dentro de las formalidades y atribuciones legales, el acta de notificación elaborada por el auxiliar de justicia, es un instrumento público que merece plena fe mientras no se la cuestione, tanto en la forma exterior como en su contenido.

En ese sentido aparecen las siguientes opiniones: “en caso que el destinatario argumente, que no vivía en el domicilio en el que se practicó la notificación; quien afirma ello, asume la carga de probar, caso contrario, debe estarse a las afirmaciones del notificador judicial, por la presunción de autenticidad, por provenir de un empleado público, en ejercicio de sus funciones”. “La circunstancia que el notificador no consigne los motivos por los cuales el encargado de un edificio no firmó al pie de la diligencia, no hace dudar de sus dichos”.



## JURISPRUDENCIA

---

*No puede darse por válida la notificación dirigida al centro de trabajo del recurrente code-mandado, tan solo por el hecho que su codemandada haya contestado la demanda, luego de notificada también en su centro de labores.*

*El derecho a la defensa del recurrente no puede verse afectado; máxime, que no está probado que éste se encuentre trabajando en dicho centro, como sostiene la demandante (Exp. N° 1348-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 371-372).*

*Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC.*

*La entrega de la cédula al interesado debe hacerse constar con la firma del encargado, señalando día y hora del acto (Exp. N° 1191-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 204-205).*

## ENTREGA DE LA CÉDULA A PERSONAS DISTINTAS

### ARTÍCULO 161

*Si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en este con el objeto de notificarlo. Si tampoco se le hallara en la nueva fecha, se entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo en la forma dispuesta en el artículo 160. Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso. Esta norma se aplica a la notificación de las resoluciones a que se refiere el artículo 459.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 158 párr. 3, 160, 459.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 139.

C.P.C.N. Argentina art. 141.

C.F.P.C. México arts. 313, 314, 315, 316, 317, 318.

---



1. Cuando se diligencia la notificación, puede darse el caso que el notificador no encuentre a la persona a quien va a comunicar la resolución que admite la demanda. En estas circunstancias, la norma ha previsto que debe dejarse aviso al destinatario para que espere el día indicado en este con el objeto de notificarlo.

Esta exigencia del aviso previo, solo procede para el caso de la notificación que admite la demanda, pues, con ella se entabla la relación procesal; ello es atendible por la especial trascendencia que tiene la notificación del traslado de la demanda, para lo cual, se establecen formalidades especiales, con el fin de asegurar la garantía del derecho de defensa.

La norma señala que si no se le encontrara se le dejará aviso para que espere, no al día siguiente, sino en el día que se indique en el aviso, con el objeto de notificarlo. La exigencia de aviso previo solo rige para la notificación de la demanda. Algunas opiniones consideran que la omisión de él es causal de nulidad que

puede declararse de oficio, sin embargo, ella puede ser convalidada por el destinatario.

2. Frente al aviso puede el destinatario esperar al notificador, el día señalado para recibir la cédula de notificación, caso contrario, el notificador entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo en la forma dispuesta en el artículo 160, esto es, la notificación por cédula al interesado. Frente a esta situación concurren algunas opiniones que ante la circunstancia, que el encargado del edificio no entregare la cédula e incumpliere sus obligaciones, no resulta procedente la nulidad de notificación, siendo esta plenamente válida.

Las personas que podrían recibir la cédula, podemos agruparlas en: la persona de la familia o de la casa del destinatario; a falta de ellas, el portero de la casa (nótese que la norma no hace referencia al vecino); y no existiendo ellos, debe dejarse la cédula, fijada a la puerta del domicilio del demandado.

Si resultan negativos los intentos de notificación en las personas indicadas líneas arriba, la fijará en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados; esto es, la cédula no se fijara en la puerta de entrada al edificio sino en la de acceso al departamento u oficina. También puede dejarla debajo de la puerta, según sea el caso.

A propósito de la fijación de la cédula, el derogado Código de Procedimientos exigía en dichas circunstancias la participación de testigos de manera obligatoria, para el pegado de lo que se denominaba cedulón, sin embargo, ello no ha sido felizmente recogido en la actual redacción de la norma, pues, implica una contradicción con la función pública que realiza el notificador, como auxiliar judicial, que merece plena fe; además, porque en el diligenciamiento no cumple una finalidad práctica.

3. En el diligenciamiento de este tipo de notificaciones aparecen diversos supuestos que llevan a cuestionarla, como la omisión de indicar en la copia de la cédula el día y hora de la diligencia; la omisión de entregar copia de los escritos; la enmienda sobre el lugar no salvada; la omisión en consignar los motivos de la negativa a firmar; la omisión de no señalar que la dirección de la cédula no corresponde al domicilio indicado; y la diferencia en la fecha del original con la copia, entre otros.

Por otro lado, se dice que en el caso de cónyuges que viven en el mismo domicilio, el traslado de la demanda de divorcio, pedido por uno de ellos, debe notificarse personalmente al demandado, pues su recepción por el encargado del edificio, no indica inequívocamente que el interesado se enterase de la acción deducida.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En conclusión, podemos señalar que para la validez de la notificación por cédula debe considerarse si esta fue recibida por una persona de la casa y sus destinatarios domiciliaban en ella. La notificación efectuada del modo predicho ha cumplido su finalidad, pues no es vital entregar en sus propias manos, sino que la norma permite entregar a personas distintas, como una persona de la casa del destinatario, prefiriéndose a la más caracterizada.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si el domicilio se encuentra en un edificio, debe entregarse preferentemente la notificación al encargado del edificio y solo de negarse a recibir la cédula dicha persona, con la constancia respectiva, adherirlo en la puerta de acceso o dejarlo bajo puerta (Exp. Nº 1685-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 332-334).*

*No obstante el demandado al no haber recibido personalmente la cédula de notificación con la sentencia, sino su hijo, el mismo que además es codemandado y domicilia en la misma dirección conjuntamente con su padre, se infiere que sí tuvo el demandado conocimiento oportuno de la expedición de la sentencia (Exp. Nº 1369-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 94-95).*

## NOTIFICACIÓN POR COMISIÓN

### ARTÍCULO 162

*La notificación a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado, se hará por exhorto.*

*Si la persona a notificar se halla dentro del país, el exhorto es enviado al órgano jurisdiccional más cercano al lugar donde se encuentra, pudiéndose usar cualquiera de los medios técnicos citados en el artículo 163.*

*Si se halla fuera del país, el exhorto se tramitará por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático del Perú en este, a elección del interesado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 151 a 154, 163, 219, 433.
D.S. 017-93-JUS	arts. 156, 161, 163, 168.
D.S. 46-94-JUS	arts. 1, 2, DT.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 316.
-----------------	-----------

---



1. La norma hace referencia a la llamada competencia delegada, al permitir que la notificación, **a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado**, se haga por exhorto.

Frente a la clasificación de la competencia en propia y delegada diremos que en aquella, son los jueces que conocen de las causas en ejercicio de las facultades que les confieren las leyes; en cambio, la delegada, opera cuando conocen por encargo de otros jueces; la primera es amplia, en tanto la segunda tiene límites que los fija el juez delegante. Frente a esta clasificación tenemos que precisar que el verdadero ejercicio de la jurisdicción se ubica en la competencia propia, por ser la llamada a pronunciarse sobre el fondo, objeto del proceso, mientras que la delegada es reflejo de aquella, con fines meramente de auxilio judicial. Esta delegación no solo proviene de un juez sino que también puede provenir de un árbitro. Véase el caso que regula el artículo 40 LGA referente al auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas en un procedimiento arbitral.

2. Por otro lado se debe precisar que en la comisión se demarca los límites materiales y temporales del encargo; esta competencia es excepcional, por ello,

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

se cumple con linderos demarcados e inviolables: todo acto que exceda esos límites es anulable por el vicio de la incompetencia. El juez delegado o comisionado no está impedido ni es recusable tal como señala el inciso 2 del artículo 309 del CPC.

La comisión se establece para realizar determinados actos procesales que no impliquen juzgamiento; pero, para la práctica de estas no puede comisionarse cuando deban evacuarse en la sede del juez y tampoco para las inspecciones judiciales cuando ellas deben realizarse en su jurisdicción, porque prima el principio de inmediación. Nótese que la norma hace referencia cuando el acto procesal a practicar se halle fuera de la competencia territorial del juzgado.

Además, señala que el exhorto es enviado al órgano jurisdiccional más cercano, al lugar donde se encuentre la persona a notificar; pero no solo el libramiento del exhorto se halla supeditado al territorio sino al grado; por ello, el artículo 156 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que “los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”.

En estos últimos tiempos han advertido investigaciones realizadas en torno a la actividad judicial que en las ciudades de mayor densidad poblacional se producen notificaciones por exhorto dentro del mismo distrito judicial, ya que el juez exhortante tiene un ámbito de gestión distinto al del lugar donde debe realizarse la notificación; por citar, el juez de paz letrado de un distrito de San Isidro, recurría a la notificación por exhorto al juez de paz letrado de Huaycan, a pesar que ambos pertenecen al mismo distrito judicial. En tal sentido mediante Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema del 31 de julio de 2003<sup>(1)</sup> se dispuso suspender las notificaciones vía exhorto dentro de un mismo distrito judicial, las cuales deberán realizarse empleando las Centrales de Notificaciones existentes.

Posteriormente, por Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema del 7 de enero de 2004<sup>(2)</sup> se dispuso que **para los efectos de las notificaciones de cédulas, los jueces de Lima, Callao y Cono Norte tendrán una competencia territorial que se extiende al ámbito de sus respectivos distritos judiciales, en el que se encuentra el Juzgado**; en consecuencia, cuando se trate de notificar cédulas a lugar distinto a su Juzgado, pero que se encuentren en el mismo Distrito Judicial se faculta a los Jueces a sustituir los exhortos por cédulas de notificación, que enviarán directamente a través de la Central de Notificaciones de su jurisdicción. Esta disposición solo se aplica a notificaciones judiciales pero no incluye actuaciones de diligencias judiciales que seguirán comisionándose mediante exhortos.

(1) El contenido de dicho Acuerdo de Sala Plena aparece en el anexo del trabajo.

(2) El contenido de dicho Acuerdo de Sala Plena aparece en el anexo del trabajo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

3. La notificación para la comisión puede realizarse por diversos medios, tal es así, que el artículo 167 de la LOPJ dice: “cuando sea urgente realizar alguna diligencia por medio de comisión, puede librarse el exhorto por telégrafo, cable, radiograma, facsímil u otro medio análogo, por cuenta del interesado, previa comprobación de su autenticidad...”.

Cuando la persona a notificar se halle fuera del Perú, el exhorto se tramitará por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático del Perú, en este, a elección del interesado.

Hay que precisar que en el caso de los exhortos provenientes del extranjero y que necesiten ejecutarse en nuestro país, no requiere seguir el procedimiento de reconocimiento de resoluciones judiciales, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso, señala el artículo 839 del CPC.

Como apreciamos, la norma se dedica a la notificación por comisión o por encargo, pero con la particularidad que esta deba realizarse fuera de la competencia territorial del juzgado. En este supuesto se hará por exhorto; sin embargo, esta modalidad de “notificación por comisión” puede operar pero dentro de la sede territorial del juzgado; en estos casos, la comisión encarga de manera directa a un auxiliar de justicia del propio juzgado. Esto es una práctica bastante usada en la actividad judicial del distrito de Lima, frente a circunstancias que imposibiliten el éxito de la notificación por cédula; por citar, en caso de informarse que la dirección domiciliaria del demandado no existe, el notificador debe dar cuenta al juzgado de esa circunstancia. Puesto en conocimiento del actor el informe del notificador, puede aquel pedir al juez se comisione a un auxiliar del juzgado para que practique nuevamente la notificación; o, en caso de existir error, señalar otro domicilio. El diligenciamiento de la notificación lo realiza de manera directa y sin intervención de la central de notificaciones, (ver artículo 159 del CPC) lo que no le exonera de cumplir a cabalidad la entrega de la cédula al interesado o personas distintas en la forma que se prevé en los artículos 160 y 161 del CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*Cuando el demandado se halla fuera del país, debe ser emplazado mediante exhorto consular. La notificación realizada a través de su apoderado no puede surtir efecto respecto del representado, pues, este carece de facultad expresa y literal para ser emplazado en nombre de su poderdante (Exp. Nº 689-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 370-371)*

*El emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del juzgado se hará por exhorto; en este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al cuadro de distancias.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si bien el CPC no regula la forma en que debe computarse el plazo para los términos de la distancia, esto es, si son días hábiles o calendario, debe entenderse en aplicación del inciso 1 del artículo 183 del CC, como días calendario (Exp. N° 385-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 318).*

*Si el esposo de la demandada precisó el domicilio de la emplazada en los Estados Unidos de Norteamérica y si el certificado migratorio acredita que la demandada salió del país sin indicación de retorno, para los efectos de la notificación a ella, debe librarse exhorto.*

*La designación de un curador procesal a la emplazada, no solo le ha recortado el derecho de defensa, sino también ha violado las normas procesales de obligatorio cumplimiento (Exp. N° 3312-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 328-329).*

## NOTIFICACIÓN POR TELEGRAMA O FACSIMIL, CORREO ELECTRÓNICO U OTRO MEDIO

### ARTÍCULO 163

*En los casos del artículo 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción.*

*La notificación por correo electrónico solo se realizará para la parte que lo haya solicitado.*

*Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 157, 162.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>art. 167.</i>
<i>D.S. 46-94-JUS</i>	<i>arts. 1, 2, DT.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 151.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 143.</i>

---



Otro medio para poner en conocimiento de las partes el contenido de las resoluciones judiciales es el telegrama o facsímil u otro medio análogo que permitan confirmar su recepción.

Esta notificación puede darse a través de dos vías de comunicación: la postal, que se cursa por medio del correo, en forma de carta certificada u otra de similar eficacia, como el correo electrónico, con acuse de recibo; y, la notificación por telecomunicaciones, para lo cual se vale de los medios de transmisión a través de hilos, cables u ondas.

---

(\*) Texto según art. único de la ley 27419 (7/02/2001)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Nótese que no todas las resoluciones judiciales pueden ser diligenciadas por este medio, pues, señala la norma que están excluidas el traslado de la demanda o de la reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia.

Es de resaltar que la notificación por correo electrónico solo se realizará para la parte que lo haya solicitado, esto es, no se le puede imponer el conocimiento de las resoluciones judiciales por correo electrónico a una parte, si está no lo ha solicitado.

Los gastos que implique esta notificación, quedan incluidos en la condena en costas a que hace referencia el artículo 410 del CPC, cuyo reembolso será de cargo de la parte vencida.

## DILIGENCIAMIENTO DE LA NOTIFICACIÓN POR FACSIMIL, CORREO ELECTRÓNICO U OTRO MEDIO

### ARTÍCULO 164

*El documento para la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio, contendrá los datos de la cédula.*

*El facsímil u otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el secretario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario. En el caso del correo electrónico, será, en lo posible, de la forma descrita anteriormente, dejándose constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío.*

*El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de estos documentos.\**

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 158.  
D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 144.

---



Como señala la norma, el documento para la notificación por facsímil u otro medio, contendrá los datos de la cédula para lo cual nos remitimos a lo regulado en el art. 158 CPC.

La norma regula el procedimiento a seguir para el diligenciamiento de esta notificación: “el facsímil u otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el Secre-

---

(\*) Texto según art. único de la ley 27419 (7/02/2001)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

tario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario". El hecho de despachar la cedula postal implica la notificación del decreto que aquella transcribe, situación similar se extiende a la notificación por correo electrónico.

A pesar que la norma no señale, el aviso de recepción de la notificación, se agrega a los autos para determinar la fecha de ésta. Su ausencia la invalida y no puede substituirse por la información del correo de haberse puesto la pieza certificada a disposición del destinatario en determinada fecha.

En el caso de las notificaciones recibidas en días y horas inhábiles, el plazo se computa desde el día siguiente de recibida la notificación, en aplicación del art. 147 CPC

Por otro lado, si las cédulas se entregan en el domicilio del destinatario, aunque no hayan sido recibidas por este, la notificación cumple plenamente sus efectos puesto que no se exige la entrega en propias manos. No es imprescindible la entrega personal sino que puede viabilizarse a través de personas distintas a éste, siempre "que sean capaces y se encuentren en la casa, departamento u oficina" (haciendo una referencia al notificación por cédula del art. 161CPC)

Puede suceder que la cédula sea devuelta por destinatario desconocido, ello no puede justificar que la notificación ha cumplido sus fines.

## NOTIFICACIÓN POR EDICTOS

### ARTÍCULO 165

*La notificación por edictos procederá cuando se trate de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. En este último caso, la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar.*

*Si la afirmación se prueba falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado, y el juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, que impondrá atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 14 párr. 3, 166, 169, 423, 435, 459, 792, 828, 833.  
**D.S. 46-94-JUS** arts. 1, 2, DT.  
**R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ** art. 1 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 150.  
**C.P.C.M. Iberoamerica** art. 85.  
**C.P.C.N. Argentina** art. 145.

---



1. La notificación por edictos se halla regulada para lograr la comparecencia al proceso de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore.

Esta notificación solo tiene por finalidad emplazar o citar al demandado para que comparezca “a estar a derecho” en el proceso.

Para que opere se requiere de personas cuyo domicilio se ignore y la parte actora manifieste bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar.

Debe tratarse del desconocimiento general del domicilio y no solo del domicilio personal que pueda tener el actor. Su finalidad no solo es impedir la ocultación maliciosa del conocimiento del domicilio que debe denunciar el interesado, sino también evitar que resulte conculcado el derecho de defensa de esta parte.

Cuando se demuestra que la parte solicitante no ha recurrido a los medios idóneos para conocer el domicilio que afirma ignorar, corresponde declarar la nu-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

lidad de todo lo actuado; ello resulta coherente mas aún, si esta se refiere al emplazamiento del demandado, para que comparezca al proceso. Otros casos en que procede la notificación por edictos es cuando se declara la rebeldía. En ese sentido, véase lo regulado en el artículo 459 del CPC: “la declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos. De la misma manera se le notificarán las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento”.

2. En relación a la publicación de los edictos en el diario oficial El Peruano, es importante revisar el contenido de la Resolución Administrativa N° 022-98-SE-TP-CME-PJ, que contiene los formatos a utilizarse en la referida publicación. Con ello se busca orientar a los órganos jurisdiccionales y administrativos para brindar un mejor servicio y rebajar los costos de dichas publicaciones.

3. Por otro lado, la norma en comentario señala que cuando se anule todo lo actuado porque se ha acreditado que la falsedad de la afirmación, el juez condenará a la parte a una sanción pecuniaria, cuyo monto se fijará en atención a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso. Estamos ante una sanción pecuniaria que se impone a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)<sup>(1)</sup>

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(1) El contenido de esta Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo



### JURISPRUDENCIA

---

*Se transgrede las garantías del debido proceso si ignorándose el domicilio del emplazado, la notificación mediante edicto se efectúa solo en el diario oficial El Peruano y no así en otro diario de amplia circulación (Exp. N° N-137-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 263).*

*Para que proceda la notificación edictal, corresponde al juzgador valorar si efectivamente el actor ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar (Exp. N° 592-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 313).*

*Es nula la sentencia si al haberse ordenado notificar por edictos al emplazado, solamente aparecen las publicaciones en el diario oficial El Peruano, mas no en un diario de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado (Exp. N° 1213-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 328).*

*Es nula la sentencia si el demandante solo ha cumplido con efectuar la notificación en el diario oficial El Peruano, y no en otro de mayor circulación. El emplazamiento a los demandados debe efectuarse en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del CPC (Exp. N° 102-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 445).*

*Los niños y adolescentes tienen como sus representantes a sus padres que ejercen la patria potestad, por lo que son ellos, sujetos de emplazamiento, interviniendo el representante del Ministerio Público como dictaminador.*

*Al desconocer el paradero de la madre biológica, es válido el emplazamiento por edictos. Ante su inactividad debe nombrarse un curador procesal para ejercer el derecho de defensa en forma diligente (Exp. N° 923-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 123).*

## NOTIFICACIÓN ESPECIAL POR EDICTOS

### ARTÍCULO 166

*Si debe notificarse a más de diez personas que tienen un derecho común, el juez, a pedido de parte, ordenará se las notifique por edictos. Adicionalmente se hará la notificación regular que corresponda a un número de litigantes que estén en proporción de uno por cada diez o fracción de diez, prefiriéndose a los que han comparecido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 165, 169, 459.  
D.S. 017-93-JUS art. 266 inc. 8.  
D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.  
R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 323, 324.

---



1. La norma parte de un supuesto para que opere la notificación por edicto: la pluralidad de sujetos unidos por un derecho en común.

La pluralidad puede construirse a partir de dos o más sujetos; pero para el caso de esta especial notificación, la norma fija la regla “si debe notificarse a más de diez personas procede la notificación por edictos”.

Para que proceda debe darse los siguientes supuestos:

- a) se materialice a pedido de parte;
- b) la pluralidad de sujetos deben conformar una parte;
- c) el derecho común debe unir a esta concurrencia de sujetos.

2. Nótese que el objeto de la notificación se va a materializar únicamente por los edictos sino que además se hará la notificación regular que corresponda.

Como la parte está conformada de una pluralidad de sujetos que sobrepasan las diez personas, la notificación por cédula se hará en forma grupal. Cada grupo debe estar conformado por diez personas o fracción de diez y la cédula se dirigirá a uno de ellos, prefiriéndose a los que han comparecido. Por citar, véase el caso de la práctica del ADN en prueba anticipada, a una persona fallecida, cuyo testa-

mento involucra a más de 10 legatarios, los mismos que son emplazados. Aquí operaría además de la notificación por edicto, la notificación por cédula grupal.

En la norma en comentario, no puede dejar de apreciarse, la figura del apoderado común que recoge el artículo 76 del CPC. Esta se justifica en la necesidad de evitar la proliferación de trámites y el consiguiente desorden procesal que aparejaría la actuación independiente de cada uno de los litisconsortes. Aquí, la norma no precisa el número de personas que pueden constituir una parte para exigirles apoderado común. Solo se limita a decir “cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente”. Basándose en ello, algunas posiciones consideran la designación con un criterio restrictivo, de forma tal, que mediando los presupuestos previstos en la ley, se podría declarar inadmisibile cuando el numero de litisconsortes no es lo suficientemente elevado como para obstaculizar el adecuado orden del proceso.

## PUBLICACIÓN DE LOS EDICTOS

### ARTÍCULO 167

*La publicación de los edictos se hace en el diario oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuera conocido o, en su defecto, del lugar del proceso. Se acredita su realización agregando al expediente el primer y el último ejemplares que contienen la notificación.*

*A falta de diarios en los lugares mencionados, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, y el edicto se fijará, además, en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión.*

*En atención a la cuantía del proceso, el juez puede ordenar la prescindencia de la publicación, realizándose solo en la tablilla del Juzgado y en los lugares que aseguren una mayor difusión. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 10, 11, 435 párr. 1, 459, 506 párr. 1.  
D.S. 017-93-JUS art. 127.  
D.S. 020-2000-PCM art. 1 y ss.  
R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 146.

---



Como el edicto es una forma pública de hacer saber en general, o a una persona determinada, una resolución del juez, este debe recurrir para su objetivo a medios de comunicación pública.

Edicto es el mandamiento que por orden del juez competente se inserta en publicaciones privadas y boletines oficiales o se fija en lugares públicos, para citar a una persona determinada o indeterminada o de domicilio ignorado o para comunicarle una resolución que le pueda interesar.

La publicidad necesariamente está presente, para lo cual se puede utilizar diarios de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuera conocido o, en su defecto, del lugar del proceso. A falta de diarios en los lugares menciona-

---

(\*) Mediante D. S. 020-2000-PCM de 29/07/2000 se precisó los diarios donde deben publicarse las notificaciones por edictos.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

dos, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, y el edicto se fijará, además, en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión.

El utilizar estos medios de comunicación masiva para la publicación de edictos implica un costo que tiene que asumir de inmediato la parte que ingresa a la jurisdicción, sin embargo, queda la esperanza que estos gastos serán reembolsados al final del proceso, por la parte vencida bajo el concepto de costa procesal.

La publicidad, elemento fundamental para este tipo de notificaciones, puede ser restringida en casos cuyas cuantías sean ínfimas o irrisorias, a las tablillas del juzgado y a lugares que aseguren una mayor difusión. Nótese que la norma no exonera de la publicidad sino que la restringe. Solo exonera de utilizar para la divulgación, el diario de mayor circulación del lugar.

Por otro lado, se debe precisar que quienes litigan con auxilio judicial no se encuentran exonerados de sufragar los gastos de las publicaciones de edictos, a través de cualquier medio de prensa o difusión. El auxilio exonera del gasto respecto a los derechos que son de cargo del Poder Judicial, como aranceles y cédulas de notificación, pero en ningún caso le corresponde al Poder Judicial subvencionar servicios o pagos de honorarios correspondientes a las publicaciones por edicto.



## JURISPRUDENCIA

---

*Cuando se desconoce el domicilio de la parte demandada debe publicarse edictos en el diario oficial y en un diario de mayor circulación por tres días hábiles. El auxilio judicial solo exonera de los gastos del proceso, mas no de las publicaciones de ley (Exp. N° 868-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 346).*

*Es nula la sentencia si al haberse ordenado notificar por edictos al emplazado, solamente aparecen las publicaciones en el diario oficial El Peruano mas no en un diario de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado (Exp. N° 1213-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 328).*

*Se transgrede las garantías del debido proceso si ignorándose el domicilio del emplazado, la notificación mediante edicto se efectúa solo en el diario oficial El Peruano y no así en otro diario de amplia circulación (Exp. N° N-137-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 263).*

*Es nula la sentencia si el demandante solo ha cumplido con efectuar la notificación en el diario oficial El Peruano y no en otro de mayor circulación. El emplazamiento a los demandados debe efectuarse en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del CPC (Exp. N° 102-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 445).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Solo en atención a una cuantía reducida puede el juez facultativamente exonerar de las obligaciones de las publicaciones, caso en el que debe adoptar las medidas adecuadas, a fin de asegurar la difusión del emplazamiento.*

*La Ley procesal pone a disposición de los litigantes un mecanismo orientado a asistir a aquél que probablemente careciera de medios económicos suficientes para litigar (**Exp. N° 577-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 135-137**).*

## FORMA DE LOS EDICTOS

### ARTÍCULO 168

*Los edictos contendrán, en síntesis, las mismas prescripciones de la cédula, con transcripción sumaria de la resolución.*

*La publicación se hará por tres días hábiles, salvo que este Código establezca número distinto.*

*La resolución se tendrá por notificada el tercer día contado desde la última publicación, salvo disposición legal en contrario.*

*El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de edictos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 158, 167, 435 párr. 1, 506 párr. 1, 820 últ. párr.  
D.S. 017-93-JUS art. 127.  
R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 168.

---



El edicto es una forma pública de hacer saber, en general o de manera particular, a una persona determinada la resolución del juez. Este utiliza publicaciones oficiales y privadas para insertar la transcripción de las resoluciones judiciales que se quiere comunicar, sea porque se trate de una persona indeterminada, de persona con domicilio ignorado o para comunicarle una resolución que le pueda interesar.

El edicto debe contener en forma sintética las mismas enunciaciones de las cédulas con transcripción sumaria de la resolución; en consecuencia, deberán incluirse en ellos el nombre de los destinatarios, el objeto de la citación, la individualización de la materia, el juzgado y secretario así como otra referencia que facilite el conocimiento de la resolución.

La regla general es que la publicación de los edictos sea por tres días hábiles, salvo que el Código establezca número distinto, como el caso del emplazamiento complementario en la comprobación de testamento. Aquí el juez dispone que el extracto de la solicitud se publique por tres veces, con intervalos de tres días, en la forma que prevé la presente norma (ver artículo 820 del CPC); en el caso del patrimonio familiar, señala el artículo 797 del CPC que la publicación será por dos días interdiarios; en la inscripción y rectificación de partida, la publicación se practicará por una sola vez (ver artículo 828 del CPC)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, la norma dice “la resolución se tendrá por notificada el tercer día contado desde la última publicación” esto es atendible pues conforme reza la regla general para el cómputo de los plazos, se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija. (véase artículo 147 del CPC)

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha dispuesto la adopción de un texto uniforme para la redacción de edictos, mediante Resolución Administrativa N° 541-99-SE-TP-CME-PJ<sup>(1)</sup> a que los formatos trasmitan la información idónea que permitan otorgar un buen servicio y rebajar los costos de sus respectivas publicaciones.



## JURISPRUDENCIA

---

(1) El contenido de la citada Resolución aparece en el anexo del trabajo.

## NOTIFICACIÓN POR RADIODIFUSIÓN

### ARTÍCULO 169

*En todos los casos en que este Código autoriza la publicación de edictos, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede ordenar que además se hagan por radiodifusión.*

*Las transmisiones se harán por una emisora oficial o las que determine el Consejo Ejecutivo de cada Corte Superior. El número de veces que se anuncie será correspondiente con el número respecto de la notificación por edictos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en donde constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió.*

*La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.*

*Los gastos que demande esta notificación quedan incluidos en la condena en costas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 158, 165, 166, 168, 506 párr. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 148.

---

### Comentario

La norma faculta que el juez de oficio o pedido del interesado ordene que aquellos además de la publicación por edictos, anuncien por radiodifusión. Las transmisiones se harán por una emisora oficial y por las que determine el Consejo Ejecutivo, del Poder Judicial o el Consejo Ejecutivo Distrital de cada Corte Superior, según corresponda. La propalación por televisión de edictos no está prohibida pero los elevados gastos que ocasiona hacen que no se utilice, salvo que en el futuro se pueda acceder a ella.

La prueba de haberse anunciado por radio se acreditará agregando al expediente la certificación emanada de la empresa radiodifusora en el que constará el texto del anuncio que deberá ser el mismo que el de los edictos y los días y horas en que se difundió

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El número de veces que se anuncie será correspondiente con el número respecto de la notificación por edictos, esto es, por tres días hábiles, salvo que este Código establezca número distinto, tal como refiere el artículo 168 del CPC.

El artículo 147 del CPC regula la regla para el cómputo del plazo, el mismo que se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija. En ese sentido la norma en comentario resulta coherente al señalar: “la resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica”.

Por otro lado, los gastos que implique esta notificación, quedan incluidos en la condena en costas a que hace referencia el artículo 410 del CPC, cuyo reembolso será de cargo de la parte vencida.

## NULIDAD INFUNDADA

### ARTÍCULO 170

*Al quedar firme la resolución que declara infundada la nulidad de una notificación, esta surte efecto desde la fecha en que se realizó.*

---

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 160.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 149.</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>arts. 319, 320, 321.</i>

---

### Comentario

---

1. La declaración sobre la nulidad de un acto procesal importa una constatación declarativa; por tanto, es determinante para que este surta efectos, partir del momento en que ocurrió el acto que se cuestiona viciado.

2. Esto significa que si se desestima el pedido de nulidad de una notificación, ella surtirá efectos desde la fecha en que se realizó; en cambio, en el supuesto que se declare fundada la nulidad, será el momento en que ocurre el vicio, el determinante para el efecto retroactivo de la nulidad. Esto significa que el acto de notificación viciado se tiene por ineficaz, desde su origen mismo; caso contrario, que no sea viciado, surte sus efectos desde la fecha en que se realizó. La norma hace referencia precisamente a este último supuesto, con la condición que exista una declaración firme de la jurisdicción al respecto.

## TÍTULO VI

### NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

#### PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TRASCENDENCIA DE LA NULIDAD

##### ARTÍCULO 171

*La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.*

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. IX, 172, 396, 451 inc. 4 párr. 2, 454.
C.T.	arts. 109, 110.
LEY 27444	art. 10.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 156.
C.P.C.M. Iberoamerica	arts. 104, 118, 119.
C.P.C.N. Argentina	art. 169.

#### Comentario

1. Uno de los principios sobre los que se sustenta la nulidad es el de legalidad.

Este principio expresa que ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esta sanción<sup>(1)</sup>. El artículo en comentario lo regula así: “*la nulidad se sanciona solo por causa establecida en la Ley.*” El Anteproyecto del Código Modelo Tipo<sup>(2)</sup> señala que: “no puede anularse un acto procesal, cuando

(1) Este principio recibe también la denominación de “especificidad”.

(2) Ver artículo 104 del CPC.

un texto expreso de la Ley lo autorice”. Por citar, el caso del artículo 50 inciso 6 del CPC “son deberes de los jueces en el proceso, fundamentar los autos y sentencias, bajo pena de nulidad; el artículo V del TP del CPC señala que las audiencias y actuación de los medios probatorios se realizan ante el juez siendo indelegables, bajo sanción de nulidad; el artículo 202 del CPC señala que la audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad; el artículo 611 del CPC refiere que la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

Este principio está orientado a que las nulidades deben manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable. No se admite nulidades sustentadas en analogías. Al respecto podemos decir que las nulidades, bajo una mala práctica, son utilizadas como medio de complicar o de dilatar la solución de los litigios; por lo general, es la mala fe de los litigantes lo que engendra un nuevo motivo de discusión, bajo la justificante de la nulidad. La jurisprudencia en esta materia debe orientarse a refrenar los impulsos de los litigantes, proclives siempre a encontrar motivos de nulidad, declarando únicamente en los casos en que se haya señalado como una solución expresa del derecho positivo.

Es importante precisar que si bien toda nulidad debe fundarse en una disposición legal que la establezca, ello no significa en modo alguno que la misma deba encontrarse consagrada expresamente, ya que puede resultar de una prohibición o condición legal. El pensamiento predominante en la doctrina sostiene que carece de valor, todo acto que ofenda a la Ley imperativa o prohibitiva.

2. Otro principio que regula el presente artículo es el de la nulidad implícita. La nulidad está vinculado con el fin propuesto, de tal forma, que si no se alcanza la meta, es nula. La segunda parte del presente artículo así lo regula: “...*puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad*”. En igual sentido, el Anteproyecto del Código Tipo<sup>(3)</sup> señala que puede ser anulado un acto procesal, “... cuando carece de los requisitos indispensables para la obtención de su fin”.

La nulidad no solo es procedente cuando exista un texto expreso que la conmine, sino que puede operar ante la omisión de formalidades esenciales, aún cuando no estuviera expresamente señalada, ello se conoce como nulidades implícitas. Esta ligada con el principio de legalidad o de especificidad y admite nulidades implícitas, bajo la denominada “finalidad incumplida,” que consiste en declarar que la nulidad procesal tiene lugar cuando el acto impugnado vulnera gravemente la sustanciación regular del procedimiento, o cuando carece de algún requisito

---

(3) Ver artículo 104, 2º parte del CPC.

que le impida lograr la finalidad a que está destinado; por ejemplo, el no haberse emplazado al Ministerio Público, cuando la ley dispone que se le cite como tercero con interés (véase inciso 2 artículo 113 del CPC), los actos realizados por un juez incompetente por materia o grado, cuando existe litispendencia, cuando el deudor falleció antes del emplazamiento, entre otros casos. Como postulado general, útil para determinar cuándo nos encontramos en presencia de una nulidad implícita, Berizonce<sup>(4)</sup> enuncia el siguiente: “hay vicio de procedimiento, que importa nulidad implícita, cuando tal irregularidad suponga violación de los principios básicos del proceso”.

El principio de conservación busca preservar la eficacia de los actos frente a la posibilidad de su anulación; se enuncia en la tercera parte del presente artículo de la siguiente forma: “cuando la ley prescribe formalidades determinadas sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será validado si habiéndose realizado de otro modo, a cumplido su propósito”. Este principio también recibe la denominación de “instrumentalidad de las formas” con arreglo al cual, la posible invalidez de los actos del proceso debe juzgarse atendiendo a la finalidad que, en cada caso concreto, están destinados a satisfacer, de manera tal, que la declaración de nulidad no procede cuando, aun siendo defectuoso, el acto ha logrado cumplir su objeto.

De este principio señala Berizonce<sup>(5)</sup>, se deducen dos consecuencias importantes: 1) el acto procesal es válido aún siendo irregular o defectuoso su constitución, si ha logrado el fin a que estaba destinado; 2) en caso de duda sobre la configuración del vicio procesal, corresponde declarar la validez del acto desde que la nulidad debe ser considerada un remedio excepcional y último. El Anteproyecto del Código Modelo<sup>(6)</sup> lo enuncia así: “la anulación no procede (...) si el acto, aunque irregular, ha logrado el fin al que estaba destinado, salvo que se hubiese provocado indefensión”.

El trabajo de Berizonce hace referencia a alguna jurisprudencia que aborda el tema, a sí: “se ha declarado que la falta de firma del juez al pie del acta levantada con motivo de una audiencia no presupone que esta haya tenido lugar sin su intervención, si el actuario da fe de haberla presidido ese magistrado, con la asistencia de las partes y estas, suscriben el documento”.

(4) BERIZONCE, Roberto. La nulidad en el proceso, editora Platense. La Plata, 1967, p. 73.

(5) Op. cit. p.87

(6) Ver art. 104, última parte, CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. Nº 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203).*

*Es nula la sentencia que declara un derecho preferente a favor del demandante mucho mayor al que éste ha solicitado.*

*Por el principio de congruencia y por lo regulado en el artículo VII del TP del CPC, el juez no puede darle a las partes más allá de su petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por ellas (Exp. Nº 56-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 202).*

*Si el juez concluye que existe responsabilidad civil por parte de la demandada, pero en la parte resolutive declara infundada la demanda, deviene en nula la sentencia (Exp. Nº 3673-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 200).*

*Es nula la resolución, si el juez fundamenta la improcedencia de la medida cautelar en el hecho de que la pretensión planteada no tiene conexión con la principal, sin explicar en qué radica la no conexidad (Exp. Nº 5039-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 192).*

*Si ambas partes han formulado observación a la pericia grafotécnica practicada sobre la letra de cambio puesta a cobro y la sentencia no hace comentario ni pronunciamiento alguno sobre ellas, es nula, porque afecta el debido proceso.*

*La sentencia debe resolver todos los puntos controvertidos (Exp. Nº 17123-629-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 193).*

*Es nula la sentencia que no se pronuncia sobre todos los puntos controvertidos fijados en la audiencia (Exp. Nº 45872, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 194).*

*Si en la sentencia materia de grado no se aprecia el análisis de la institución que constituye el petitorio de la demanda, ni la subsunción de los hechos a la norma que ampara la pretensión, conteniendo solo un recuento de hechos, en cuya virtud, el juez se ha pronunciado por el amparo de la pretensión sin que exista congruencia en el petitorio, es nula dicha sentencia (Exp. Nº 362-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 195).*

*Si bien el solicitante de la medida cautelar subsanó su pedido, la habilitación implícita del plazo por el Juez no anula la medida si se ha logrado su fin, en aplicación del artículo 171*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

del CPC (**Exp. Nº 99-22110-335, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 196**).

*Es nula la resolución que no indica en calidad de qué admite el apersonamiento del recurrente* (**Exp. Nº 510-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 190**).

*Acorde con el principio de congruencia, el juzgador no debe omitir, alterar o exceder las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. La inobservancia del principio podría dar lugar a decisiones doctrinalmente denominadas ultra petita, extra petita y citra petita.*

*Es nula la sentencia, si en la parte considerativa del fallo no fluye que se haya precisado los fundamentos de hecho y derecho por los cuales desestima la pretensión* (**Exp. Nº 418-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 145**).

*Es nula la sentencia que no determine con claridad el nexo causal que habría conllevado a la producción de los daños, esto es, si la responsabilidad compete a ambos demandados o si solo ha sido ocasionado por alguno de aquéllos. Ella no se determina separadamente, pues presupone una obligación mancomunada, lo cual no es de aplicación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.*

*Para la responsabilidad extracontractual, si son varios los responsables del daño, responden solidariamente, conforme lo establece el artículo 1983 del CC* (**Exp. Nº 4505-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 125**).

*La nulidad es la sanción por la cual se priva a un acto jurídico procesal de sus efectos normales y se declara cuando se ha afectado la forma establecida, lo que comprende tanto la estructura y modo de exteriorización del acto como el orden que le corresponde en el desarrollo de la relación procesal* (**Cas. Nº 1054-99-Lima, El Peruano, 12/11/99, p. 3911**).

*La normatividad procesal prevé la nulidad de los actos procesales cuando estos carezcan de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad; sin embargo, se debe tener presente el principio de convalidación, es decir, si quien se ve agraviado con un acto procesal viciado no sustenta cuál c.s el agravio que éste le provoca, se entiende que lo ha consentido, por lo que este vicio no puede acarear la nulidad de lo actuado* (**Cas. Nº 1852-97-Huánuco, El Peruano, 24/11/99, p. 4144**).

*La validez de los actos procesales debe juzgarse atendiendo a la finalidad que en cada caso concreto estén destinados a conseguir, no procediendo la nulidad cuando aun siendo defectuosos hayan logrado cumplir su objeto; sin embargo, debe cuidarse además que la forma infringida no afecte el derecho de defensa de la otra parte, pues de infringirse éste, el acto procesal, pese a haber cumplido su finalidad, no podría convalidarse y sería irremediable la sanción de nulidad* (**Cas. Nº 1363-99-Lima, El Peruano, 23/12/99, p. 4403**).

*Al no pronunciarse sobre la pretensión subordinada, la sentencia recurrida deviene en nula, pues se trata de un fallo infra petita, también llamada citra petita, que se presenta cuando el órgano jurisdiccional omite pronunciarse sobre la viabilidad de alguno de los pedidos deducidos* (**Cas. Nº 627-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 20/11/99, p. 4031**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es nula la sentencia si a la contestación de la demanda, la vigencia del mandato del consejo directivo de la asociación demandada había ya caducado. Tratándose de un acto eminentemente formal, el actual consejo directivo carece de facultades para representar a la asociación por haber caducado, debiendo el juez hacer uso de las atribuciones que el confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 14014-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 394-396).*

*Es nula la sentencia si no se dilucida en forma expresa, precisa y motivada la totalidad de las cuestiones controvertidas, declarando el derecho de las partes.*

*No se ajusta a derecho la hipótesis que la responsabilidad civil no cubre una hipótesis más amplia que la responsabilidad penal (Exp. Nº 561-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 396-397).*

*Corresponde al juzgador resolver todos y cada uno de los puntos controvertidos, guardando coherencia debida.*

*Se incurre en vicio de nulidad que invalida la sentencia, si tanto en la fundamentación sustentatoria como en su parte resolutive se evidencia contradicción, al ordenarse que las co demandadas abonen vía acumulación una indemnización a favor de la demandante, no obstante que simultáneamente, declara infundadas sus pretensiones de nulidad de acto jurídico de compra venta y de inscripción registra. demandadas (Exp. Nº 264-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 398-400).*

*Si la demanda tiene por objeto se declare judicialmente la validez del pago efectuado por la demandada así como la extinción de la obligación hipotecaria y cancelación del asiento registra.); de la sentencia apelada se aprecia que el juez no ha determinado si el pago efectuado por los demandantes resulta válido, pedido por el cual se ha recurrido al órgano jurisdiccional (Exp. Nº 4322-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 401-402).*

*Si durante el proceso de sucesión intestada, fallece uno de los codemandados, todo lo actuado con posterioridad a dicho fallecimiento no surte sus efectos con relación al codeemandado, a quién se le ha venido notificando como si no hubiera fallecido. Habérsele seguido el procedimiento contra el mismo e inclusive emitido sentencia con posterioridad a su fallecimiento, conlleva a la nulidad del mismo (Exp. Nº 4497-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 392-393).*

*Es nula la sentencia que no se pronuncia sobre todos los puntos controvertidos fijados en la audiencia de ley.*

*Se afecta también de nulidad, la sentencia que en la parte resolutive solo declara fundada la demanda, pero no resuelve en forma clara y precisa respecto de lo que debe cumplirse (Exp. Nº 4144-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 386-389).*

*Es nula la sentencia que desestima la pretensión principal, pero omite pronunciarse en cuanto a la subordinada.*

*La acumulación subordinada conlleva a que el juzgador emita pronunciamiento de fondo sobre la pretensión principal y si ésta fuese desestimada, se pronuncie sobre la subordinada.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

da (**Exp. Nº 191-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 381-382**).

A pesar que el juez admite como medio probatorio la cinta de vídeo, la misma que es visualizada en audiencia, pero no se transcribe en las actas su contenido ni las apreciaciones que se hubieren hecho sobre él; es nula la sentencia que se fundamenta en dicho medio probatorio bajo el argumento que no aporta mayores elementos.

Para que la Sala pueda valorar la cinta de vídeo ofrecida como prueba, el juez debió transcribir la visualización de éste, en el acta de audiencia; a fin que el colegiado tenga conocimiento de lo visualizado, al sentenciar (**Exp. Nº 647-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 380-381**).

El pedido de nulidad basado en la no ubicación de la demandada depositaria no es causa de invalidez, por el contrario, sustenta con urgencia la solicitud de entrega de bienes en depósito. La nulidad se emite por causa prevista en la ley. La nulidad por la nulidad misma no deviene en amparable, sino en tanto el acto afecto de tal, vulnere el derecho de las partes o transgreda el proceso, de modo que en esencia impida el logro de sus fines (**Exp. Nº 57-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 373-374**).

Las resoluciones judiciales deben contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si no se actúa así, se incurre en nulidad (**Exp. Nº 6663-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 374-376**).

Es fundada la nulidad si se demuestra fehacientemente que el accionante conocía el domicilio actual de los encausados y no como falsamente adujo en su oportunidad.

El juez no puede convalidar la falsedad, debiendo aplicar las sanciones de ley, mas aún, si los demandados han solicitado la nulidad en la primera oportunidad que tuvieron para hacerlo (**Exp. Nº 1524, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 376-377**).

Habiendo dispuesto la disolución y liquidación de la cooperativa emplazada debe entenderse la demanda con el comité liquidador de la misma, para que en representación de ésta se apersona al proceso y ejerza el derecho de defensa de dicha cooperativa.

Si la persona jurídica no ha sido válidamente emplazada en el proceso, se incurre en causal de nulidad contemplada en el artículo 171 del Código Procesal Civil (**Exp. Nº 3789-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 377-378**).

Es nula la resolución que sin motivación alguna rechaza la demanda, luego que se ha producido el contradictorio. Proceder así desnaturaliza el trámite del proceso (**Exp. Nº 32601-248-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 372-373**).

Es nula la resolución que incumple el deber de la debida motivación, si el pronunciamiento se ha expedido en ausencia de un debido análisis (**Exp. Nº 2437-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 369**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es nulo el auto que resolviendo la sustitución de la medida cautelar adiciona el levantamiento de ésta, a pesar de no existir pedido en tomo a ello. El juez no puede ir más allá del petitorio (Exp. Nº 580-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 317-318).*

*Procede declarar la nulidad de la sentencia, si las pruebas aportadas por los accionantes resultan insuficientes para determinar si el inmueble materia de desalojo, es el mismo que ocupa el demandado y al que se refiere la titulación presentada por los pretenses. El Juez para dilucidar el tema en debate, debe recurrir a una inspección judicial de oficio asistida por peritos, a efectos de determinar la real ubicación del bien ocupado por el demandado (Exp. Nº 529-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 375).*

*Es nula la sentencia si no hay coherencia entre los considerandos y lo decisorio de la sentencia.*

*Se atenta contra el principio de coherencia, si en una sentencia inhibitoria encontramos pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (Exp. Nº 511-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 361).*

*Es nula la sentencia si el juez en sus considerandos señala que ha existido simulación absoluta así como dolo en el acto jurídico, figuras jurídicas que originan en el primer caso la nulidad del acto y la segunda la anulabilidad del mismo. Un mismo acto no puede ser nulo y anulable a la vez (Exp. Nº 3926-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 362).*

*El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo. No puede ser amparada la nulidad alegada en el escrito de apelación, si la primera oportunidad se dio al interponer la contradicción (Exp. Nº 918-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 347).*

*La sentencia se expide conforme a los términos de las pretensiones demandadas y a las pruebas aportadas para tal propósito. Al haberse emitido resolución sin merituar ni resolver algunos extremos de la demanda, se incurre en causal de nulidad (Exp. Nº 1694-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 336).*

*No puede ampararse la nulidad sustentada en que el abogado no se encuentra al día en el pago de sus cuotas en el respectivo Colegio profesional porque no se puede exigir al litigante o a cualquier ciudadano que, al tomar los servicios de un abogado, esté en su conocimiento saber si el profesional se halla o no al día en el pago de cuotas a su respectivo Colegio.*

*No puede producir perjuicio al litigante que ha obrado de buena fe, máxime si el propio Colegio de Abogados no tiene prevista la sanción de suspensión de actividades para abogados que adeuden cierto número de cuotas al Colegio (Exp. Nº 475-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 291-292).*

*Es nula la resolución que declara concluido el proceso por incomparencia de las partes a la audiencia de pruebas si no se ha verificado el emplazamiento al codemandado.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales (Exp. N° 1155-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 344).*

*Siendo de orden público y preceptivo cumplimiento el emplazamiento del demandado, si este se hace en forma defectuosa invalida las actuaciones subsiguientes y retrotrae el proceso al momento en que se produce la nulidad (Cas. N° 080-94-Lima-Cono Norte, Editora Normas Legales S.A., Tomo 249, Febrero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.22).*

*Se infringe el principio de legalidad si se ha emplazado al demandado consignando erróneamente el nombre de éste y si las notificaciones no cumplen con el objeto que señala el artículo 155 del CPC (Exp. N° 328-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 227-228).*

*Se afecta el principio de legalidad cuando se emite decisión contraria a la naturaleza de las instituciones previstas en el ordenamiento procesal. Todo Magistrado tiene el deber de resolver los procesos con sujeción a las garantías del debido proceso (Exp. N° 455-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 257).*

*El juzgador se halla obligado a velar para que en el proceso se otorguen a las partes las garantías que les permitan ejercitar sus derechos procesales.*

*Es nula la resolución cuya notificación a las partes se efectúa con fecha anterior a la emitida resolución (Exp. N° N-152-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 275).*

*Se incurre en causal de nulidad, al haberse realizado un emplazamiento inválido, al notificarse a persona diferente a la señalada en la demanda (Exp. N° N-400-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 316-317).*

*Toda resolución con excepción de los decretos, debe contener la relación enumerada de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos, la que debe sujetarse al mérito de lo actuado y al derecho.*

*Es nulo el auto apelado si el Juez no se ha pronunciado por ninguno de los extremos que sustenta el pedido de nulidad de la apelada (Exp. N° 580-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 321).*

*La sentencia que no se pronuncia por todas las pretensiones contenidas en la demanda, no solo implica un pronunciamiento relativo sino que además al no hacer un análisis de fondo, no puede ser materia de integración por el colegiado (Exp. N° N-435-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 326).*

*Procede declarar la nulidad de la sentencia si es necesario que el juez cuente con todos los elementos que le permitan efectuar una valoración conjunta de todos los medios probatorios que le produzcan certeza respecto a los puntos controvertidos. Para ello, el juez debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del CPC (Exp. N° N-760-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 336).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es nula la sentencia que omite la motivación escrita de la sentencia venida en grado así como el pronunciamiento de la fórmula conciliatoria (Exp. Nº 61-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 337).*

*El juez, mediante sentencia, pone fin al proceso o a la instancia en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.*

*Es nula la sentencia inmotivada que no se pronuncia respecto de todos y cada uno de los puntos controvertidos (Exp. Nº N-153-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 338).*

*Las mejores necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución del predio deben ser abonadas al poseedor, no siendo esto así cuando las mejoras fueran hechas después de la citación con la demanda, en cuyo caso son de reembolso las mejoras necesarias.*

*Es nula la sentencia si el juez no ha tenido en cuenta el tipo de mejoras valorizadas, ni el tiempo de construcción a efecto de determinar su abono, teniendo en cuenta la fecha de la citación con la demanda (Exp. Nº 1124-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 339).*

*Es fundamental para un debido proceso, la existencia de un emplazamiento válido que acredite el pleno ejercicio de los derechos de las partes.*

*Es nula la sentencia si el juzgador no ha tomado las medidas necesarias que permitan el desarrollo del proceso con las garantías pertinentes (Exp. Nº N-163-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 340).*

*Los medios probatorios deben ser valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada.*

*Es nula la sentencia en la que el juez no ha meritado los medios probatorios presentados por las partes en la etapa postulatoria, lo que denota falta de seriedad en la emisión de las resoluciones judiciales al no analizar con la debida diligencia el proceso (Exp. Nº 609-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 342).*

*Es nula la sentencia que no se encuentra debidamente motivada con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustentan (Exp. Nº N-749-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 343).*

*Es nula la resolución que declara concluido el proceso por incomparecencia de las partes a la audiencia de pruebas si no se ha verificado el emplazamiento al codemandado.*

*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales (Exp. Nº 1155-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 344).*

*Es procedente declarar la nulidad de remate cuando el aviso publicado no guarda relación con el certificado de gravamen, consignando datos diferentes al título expedido por los Registros Públicos (Exp. Nº N-179-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 539).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es nula la liquidación de pensiones devengadas tomando como referencia el tipo de cambio del dólar. El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta ni en cantidad diferente. Debe practicarse la liquidación conforme a los criterios fijados por el Banco Central de Reserva del Perú (Exp. N° 2205-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 137).*

*Si se ha consignado en el título de ejecución el domicilio real del ejecutado, en donde no se le ha notificado, no puede validarse una notificación realizada a éste, en el domicilio de su representada (Exp. N° 9476-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 327).*

*El criterio interpretativo de las nulidades procesales debe ser restrictivo, el mismo que se deriva del principio de conservación, por el cual se consagra la conveniencia de preservar la eficacia o validez de los actos procesales frente a la posibilidad de su anulación o pérdida (Exp. N° 1486-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 337).*

*El sistema procesal peruano admite la existencia de nulidades explícitas e implícitas. Estas últimas, surgen a raíz que el legislador no puede prever en forma detallada y minuciosa las variantes y matices que en realidad asumen las irregularidades del acto procesal.*

*Es nulo el poder por acta, si no es posible comprobar que la parte, haya manifestado su voluntad en ese sentido, siendo insuficiente la colocación de una huella digital para perfeccionar dicho acto (Exp. N° 52508-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 338-339).*

*Es nula la sentencia que se pronuncia sobre los acuerdos de juntas generales de accionistas no cuestionadas (Exp. N° 618-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 341-342).*

*Es nula la sentencia que sostiene que sin el fallo administrativo de la autoridad portuaria, no es posible establecer si el siniestro que se precisa en la demanda, se produjo. Si el procedimiento administrativo iniciado ante la Capitanía del Puerto no ha sido resuelto; ello sin embargo, no exime al Juzgador de emitir un fallo razonable acorde a las pruebas actuadas, toda vez que no existe impedimento legal que condicione el ejercicio de la acción propuesta al agotamiento de la vía administrativa como vía previa (Exp. N° 1374-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 343-344).*

*Si el título con el cual se presenta la demanda lo constituye el saldo deudor y no el pagaré, es nula la sentencia y todo lo actuado, por haberse tramitado un proceso en relación a un título no demandado (Exp. N° 98-25699, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 345).*

*Es nula la sentencia si no se cumplió con citar al demandado válidamente para la audiencia única, lo que implica una vulneración a las reglas del debido proceso (Exp. N° 1739-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... Al no haberse valorado los medios probatorios en forma conjunta y sin utilizar su apreciación razonada, la Sala ha infringido el Principio de Legalidad, incurriéndose en vicio de nulidad insubsanable que debe sancionarse conforme a los artículos ciento setenta y uno, ciento setenta y seis *in fine* y ciento setenta y siete del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 1464-98/San Martín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 154-156*).

“... La nulidad de una sentencia se debe declarar al observar la presencia de un vicio insubsanable, más (sic) no por la apreciación de los fundamentos en que se sustenta la decisión, caso en el cual, si hay coincidencia se debe confirmar y si hay discrepancia en base a la nueva apreciación del juzgador de mérito en revisión, se deberá revocar y declarar el derecho que corresponda (...). Que, en consecuencia, se ha afectado el derecho al debido proceso, al omitir el pronunciamiento de fondo, y declarar una nulidad como consecuencia de la apreciación probatoria” (Cas. Nº 2784-98, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 179-181*).

“... El artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil, es terminante al permitir al Juez ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, sin establecer limitación alguna; (...) es más si dicha decisión es inimpugnable, el superior no puede cuestionar la actuación de dicha prueba y no tenerla en cuenta al momento de sentenciar, soslayando lo dispuesto en el artículo ciento noventicuatro del Código Adjetivo, e incurriendo en la causal de nulidad prevista en la primera parte del artículo ciento setentiuero del Código acotado” (Cas. Nº 1400-T-97/Ucayali, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 203-204*).

“... Estando a la naturaleza del proceso (de obligación de dar suma de dinero), no es admisible ordenar pruebas de oficio a que se refiere el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal (Civil) mencionado, tanto más si tampoco se precisa cuáles son esas pruebas por actuar, pór lo que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo ciento setentiuero de la mencionada Ley Procesal” (Cas. Nº 466-98/La Libertad, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 216-217*).

“... La parte demandante ofreció medios probatorios en su escrito de apelación (...) y el demandado en el de absolución de agravios (...) (...). Que, sin embargo, la Sala Civil (...) ha incumplido lo dispuesto en el artículo trescientos setenticuatro (del C.P.C.) (...), porque no se ha pronunciado sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de dichos medios probatorios, a lo que estaba obligada, incurriendo en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiuero del Código acotado...” (Cas. Nº 1574-99/Huánuco, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 395-397*).

“... El superior sin admitir o declarar inadmisibles estos medios probatorios (ofrecidos en el escrito de apelación), los ha merituado en la sentencia de vista, incurriendo en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiuero del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 834-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 398-399*).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... El colegiado al haber amparado la excepción de litis pendencia, lo ha hecho otorgando virtualidad jurídica a un expediente fenecido e incluido (sic) iniciado con posterioridad al de autos, no concurriendo por tanto los presupuestos contenidos en el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal citado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad insubsanable” (Cas. Nº 1816-98/Cono Norte, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 425-426*).

“... Mediante resolución (...) expedida en la audiencia de actuación y declaración judicial (...) el Juez de la causa declaró impertinentes los medios probatorios admitidos con la demanda, omitiendo actuar la prueba anticipada de absolución de posiciones expresamente solicitada y que fue admitida (...); (...) al declararse la impertinencia de los medios probatorios, el A-quo no ha tomado en cuenta que el solicitante no ha pretendido su actuación, sino que éstos fueron ofrecidos por su parte a fin de fundamentar la razón que justifica la presente solicitud; (...) habiéndose actuado así, y conforme lo señalado en el tercer considerando, se ha incurrido en nulidad contenida en el artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 2900-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 624-625*).

“... La emplazada ha sido impedida de hacer uso de su derecho que ampara el numeral 298 del referido cuerpo de leyes (C.P.C., referido a la oposición a la solicitud de prueba anticipada), razón por la cual le ha sido materialmente imposible formular oposición; razones que contravienen los principios de legalidad y trascendencia, previstos por el artículo 171 del citado Código de Leyes (C.P.C.)...” (Exp. Nº 2226-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 622-623*).

“... La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal” (Cas. Nº 802-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 626-627*).

Merece declarar la nulidad de la sentencia que ha omitido consideraciones respecto a la contradicción a la ejecución propuesta (Exp. Nº 37-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 98-99*).

No obstante no ser materia de la alzada, la necesaria unidad procesal impide el pronunciamiento parcial de ella, pues el acto procesal contenido en la referida resolución, carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (Exp. Nº 1914-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 99-100*).

No obstante haberse saneado el proceso, ello no significa que de haber incurrido en causal de nulidad no pueda ser declarada de oficio, pues los dispositivos legales son de interés público y de cumplimiento obligatorio (Exp. Nº 1293-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 100-101*).

En los considerandos de la recurrida no se señala el motivo por el cual carece de objeto pronunciarse sobre las pretensiones no resueltas, al no haberse resuelto todos los puntos controvertidos, se está vulnerando el derecho a un debido proceso provisto en el inciso

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

tercero del artículo ciento treintinueve de la Constitución y en el artículo sétimo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que se ha incurrido en causal de nulidad (**Cas. Nº 07-96-Ayacucho, Editora Normas Legales S.A., Tomo 260, Enero 1998, Trujillo-Perú, pp. A.6-A.8**).

La misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines de ellas confiados por la ley; en este sentido, no es posible admitir que el proceso se estructure en forma tal que constituya una trampa en la cual naufrague el derecho material (**Cas. Nº 1204-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 267, Agosto 1998, Trujillo-Perú, pp. A.8-A.9**).

El curador procesal es un abogado nombrado por el juez, a pedido del interesado, que interviene en el proceso cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados.

Que, desconociendo el domicilio del demandado, su emplazamiento se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

Es nula la sentencia dictada sin emplazamiento, pues se ha privado al demandado del legítimo derecho de defensa (**Exp. Nº 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18**).

Se contraviene el principio de legalidad y acarrea la nulidad de todo lo actuado si la notificación para la audiencia única se diligencia en un domicilio procesal ajeno al señalado (**Exp. Nº 1172-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 203-204**).

Merece declarar la nulidad de la sentencia si ésta decide un punto ajeno a la controversia y se ha omitido emplazar con la demanda a quien tiene interés en la presente causa (**Exp. Nº 309-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 206-207**).

Merece declarar la nulidad de la sentencia si el juez no se ha pronunciado sobre la procedencia o improcedencia de la denuncia formulada, a pesar de haberla puesto en conocimiento de la actora y haber admitido el escrito del denunciado (**Exp. Nº 570-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 207-209**).

Merece declarar la nulidad de la sentencia si los fundamentos expuestos por el juez en la parte considerativa de la apelada, son contradictorios (**Exp. Nº 526-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 209-210**).

Merece declarar la nulidad de la sentencia expedida sin haber declarado la prescindencia de una prueba admitida.

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta (**Exp. Nº 317-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 210-211**).

Debe declararse la nulidad de la sentencia si se ha pronunciado sin tener a la vista un medio probatorio, cuya prescindencia no se declaró (**Exp. Nº 836-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 217-218**).

Las objeciones expresadas por el juzgador, carentes de fundamento, fruto de una lectura ligera de la demanda y sus anexos o de una actitud displicente en la solución de los

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conflictos sometidos a su competencia, conlleva a declarar la nulidad de la sentencia (**Exp. Nº 481-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 223-224**).

Procede declarar la nulidad de la sentencia, si se efectuó la audiencia de saneamiento, conciliación y pruebas sin haber resuelto previamente una incidencia de nulidad (**Exp. Nº 352-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 224**).

Debe declararse la nulidad de la sentencia si el juez al momento de determinar el monto de lo adeudado ha incurrido en error (**Exp. Nº 1127-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 137-139**).

Debe declararse la nulidad de la resolución, si el juez al formular su declaración, en aplicación del Inc. 4 artículo 461 del C.P.C. no cumple con motivar su resolución (**Exp. Nº 1183-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 139-140**).

Si no consta la fórmula conciliatoria que se dice propuso el juez, se incurre en causal de nulidad prevista en el artículo 171 del CPC (**Exp. Nº 988-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 168-169**).

Si se declara nula la sentencia fraudulenta, el acto traslativo basado en ella deja de existir por no existir título de ejecución que la sustente (**Exp. Nº 1251-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 189-190**).

Debe declararse la nulidad de la sentencia si el abogado patrocinante no ha acreditado que se encuentra premunido de la facultad para solicitar la disolución del vínculo matrimonial de las coaccionantes y la declaración de ulterior divorcio (**Exp. Nº 3429-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 198-199**).

Es nula la sentencia si el juez admitió la demanda y dio por ofrecidos los medios probatorios, dictando sentencia sin contar con éstos (**Exp. Nº 3081-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 200-202**).

Es nula la sentencia si no se le ha notificado al codemandado el mandato ejecutivo, en su domicilio real que conocía la accionante. La dirección consignada en el pagaré como lugar de pago solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (**Exp. Nº 704-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 203-204**).

Es nula la sentencia que se ha expedido con pruebas diminutas y si no se han tenido en cuenta las reglas relativas a la liquidación de gananciales. Si en la liquidación de gananciales se argumenta haber construido una casa y adquirido un camión, para dilucidar la controversia el juez debe solicitar la declaratoria de fábrica de la construcción y los documentos comprobatorios del pago del camión por el demandante (**Exp. Nº 40-96-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 181-184**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es nula la sentencia expedida por el juez sin jurisdicción (Exp. N° 730-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 537-538).*

*En las Salas de la Cortes Superiores tres votos conformes hacen resolución. Es nula la sentencia si ha sido suscrita por solo dos de los vocales que vieron la causa (Exp. N° 242-96-Huaura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 537).*

*No puede solicitarse la disolución del vínculo matrimonial, antes de seis meses de notificada la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial. Es nula la sentencia consultada al no haberse cumplido con el plazo establecido por ley (Exp. N° 1681-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 97).*

*Es nula la sentencia si al haberse ordenado notificar por edictos al emplazado, solamente aparecen las publicaciones en el diario oficial El Peruano mas no en un diario de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado (Exp. N° 1213-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 328).*

*Es nula la sentencia que sostiene que sin el fallo administrativo de la autoridad portuaria, no es posible establecer si el siniestro que se precisa en la demanda, se produjo. Si el procedimiento administrativo iniciado ante la Capitanía del Puerto no ha sido resuelto; ello sin embargo, no exime al Juzgador de emitir un fallo razonable acorde a las pruebas actuadas, toda vez que no existe impedimento legal que condicione el ejercicio de la acción propuesta al agotamiento de la vía administrativa como vía previa (Exp. N° 1374-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 343-344).*

*La nulidad se genera en un proceso por el quebrantamiento de las formas establecidas por Ley. Cuando ésta se denuncia, debe estar dirigida a cuestionar la infracción de formas y no el derecho mismo, el cual es susceptible de cuestionarse a través de la interposición del recurso de apelación (Exp. N° 1881-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 336).*

*Es nula la resolución que dispone prescindir de los medios probatorios sin motivar debidamente el porqué de tal decisión (Exp. N° 1612, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 220).*

*Si el ejecutado sustenta su contradicción en diversos hechos a los cuales el juez no ha dado respuesta precisa en la sentencia, deviene la nulidad, pues, no se ha sujetado al mérito de lo actuado y al Derecho (Exp. N° 37248-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 382-383).*

*“... El superior sin admitir o declarar inadmisibles estos medios probatorios (ofrecidos en el escrito de apelación), los ha merituado en la sentencia de vista, incurriendo en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil” (Cas. N° 834-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 398-399).*

## PRINCIPIOS DE CONVALIDACIÓN, SUBSANACIÓN O INTEGRACIÓN

### ARTÍCULO 172

*Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución. Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado.*

*Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.*

*No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.*

*El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación.*

*Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra.*

*El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IX, 171, 370.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 158.

C.P.C.M. Iberoamerica art. 191.

C.P.C. Colombia art. 144.

C.P.C.N. Argentina art. 170.

---

### Comentario

1. Convalidar en el sentido lato, es revalidar, corroborar la certeza o probabilidad de una cosa. En el sentido procesal, la convalidación esta orientada a subsanar los vicios de los actos procesales sea por el transcurso del tiempo, por voluntad de las partes, o por una decisión judicial.

Puede operar bajo tres modalidades: tácita, legal y judicial. La convalidación tácita existe si la parte facultada para plantear la nulidad no realiza su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo. La tercera parte del presente artículo, hace referencia a este modo.

Hay convalidación legal cuando el acto procesal, no obstante carecer de un requisito formal, logra la finalidad para el que estaba destinado; la convalidación judicial, opera a través de la integración. El tercer párrafo del presente artículo lo regula así: "...pueden los jueces integrar la resolución recurrida en la que se haya omitido el pronunciamiento sobre puntos principales, siempre que haya sido suficientemente apreciados en la parte considerativa de la misma. También podrán hacerlo cuando se ha omitido la decisión sobre punto accesorio o incidental. La integración puede hacerse dentro del plazo que las partes disponen para apelar, según la naturaleza de la resolución integrada".

2. La notificación como acto procesal está sometida a los principios generales que rigen las nulidades del proceso. Uno de ellos dice que la omisión de estos requisitos legales puede originar su invalidez, pero siempre será necesario para la procedencia de ella, precisar si el acto de notificación ha cumplido o no su finalidad, si ha causado perjuicio, si ha mediado o no convalidación y en definitiva si se dan los presupuestos básicos para las nulidades procesales.

En el caso de las notificaciones, señala la primera parte de la norma, "cuando estas sean afectadas con algún vicio, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución". Este conocimiento debe ser inequívoco, directo, apreciada por actuación posterior que lo demuestre, como la comparecencia del citado o textos de los escritos haciendo referencia al contenido de las notificaciones. La prueba del conocimiento debe ser categórica.

Por otro lado, señala la segunda parte de la norma, "hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado". Esto lleva a decir, que no obstante el vicio, si el destinatario pudo conocer a tiempo el acto judicial, la notificación ha logrado su finalidad específica, por tanto, no hay motivo para declararla inválida.

Es inoperante el cuestionamiento, a la forma de diligenciamiento de la cédula, si no se niega la recepción de ella. Señala Maurino<sup>(1)</sup> "por imperio del principio de instrumentalidad de las formas y congruentemente del de finalidad de los actos procesales en materia de nulidades, no obstante la gravedad del vicio que puede adolecer una cédula mal diligenciada, con eventual sanción para el personal del

---

(1) p.105

juzgado y para los profesionales intervinientes- si ella cumplió su objeto específico de poner en conocimiento del interesado la providencia correspondiente, su invalidez queda purgada”.

La tercera parte de la norma hace referencia a la convalidación tácita, “cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo”. En la convalidación tácita de la notificación, aparece la discusión si el conocimiento debe resultar del expediente o puede surgir fuera de él.

Los que sostienen que el conocimiento que ha adquirido la parte debe resultar del propio expediente (como el tomar conocimiento de la resolución, de la notificación) sus efectos surtirán desde entonces.

Si el conocimiento se ubica fuera de él, lleva a indagar si corresponde equiparar, la situación de notificación defectuosa con la falta de ella. Consideran que para convalidar una notificación defectuosa, se requiere la existencia del acto notificadorio irregular. Si hay omisión de notificación no funciona la confirmación de ella; sin embargo, concurre otra posición que sostiene que el conocimiento de la resolución suple a la falta de notificación

Según Maurino, “la nulidad en las notificaciones es de interpretación restringida, no se pueden equiparar la notificación defectuosa con la ausencia total de ella. Esto no es óbice para que el juez, en una situación concreta, de la que resulte inequívoco el conocimiento y en virtud de sus facultades rectoras del proceso, pueda convalidar la omisión de la notificación, siempre que ello se de dentro del marco del proceso.

3. Al margen del caso de las nulidades en las notificaciones referidas líneas arriba, las nulidades procesales admiten que puedan ser saneadas por la concurrencia de la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente, pero, el principio de convalidación no opera para actos inexistentes, ni tampoco cuando se encuentran afectados por vicios sustanciales, como violencia, fraude, simulación, incapacidad, entre otros.

En el primer caso, es evidente que si el acto no ha existido, no hay nada que sanear.

En el caso de los vicios sustanciales, por citar, un acto realizado por una menor de incapacidad absoluta, o el realizado por un juez carente de título que lo habilite a ejercer la función jurisdiccional. En estos casos, sería injusto aplicarles la regla de la convalidación, por no haber planteado la nulidad en su oportunidad; así mismo, hay que recordar que la nulidad sustancial no solo está limitada a un solo acto en el proceso, sino a todo el proceso, inclusive a la sentencia, como sería el caso de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178 del CPC).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En suma, no todo tipo de irregularidad procesal es susceptible de remediarse mediante, el consentimiento expreso o presunto de la parte. Solo opera la convalidación cuando no se invoca vicios sustanciales en los actos del proceso. Concorre aquí la idea de nulidad implícitas, a la que hace referencia el artículo 171 del CPC.

Mediante Casación N° 216-2003 CUSCO, publicada en El Peruano, 31 de marzo de 2004, la Sala Suprema señala que, si bien no existe pronunciamiento expreso respecto de los fundamentos expuestos por el recurrente en su apelación, el vicio debe tenerse por saneado si no va a influir en el sentido de la sentencia, en observancia del principio de subsanación.

La Sala Suprema indica que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio para resolver conflictos de intereses. En tal sentido, el artículo 172 del Código Procesal Civil contempla principios tales como los de convalidación, subsanación e integración, que validan una aparente sanción de nulidad basada en formalidades, para lograr más bien los fines del proceso.

Este pronunciamiento ha recaído en el caso donde el recurrente, deudor en un proceso de ejecución de garantías, solicitó ante el juez de primera instancia la nulidad del petitorio del demandante, pues este reclamó una suma mayor que la expresamente garantizada en su contrato de fianza. Al declararse infundada la nulidad solicitada se apeló la decisión; sin embargo, la segunda instancia no resolvió lo impugnado –según expresa el recurrente– sino que se limitó a repetir los fundamentos de la impugnada. Por ello, el recurrente señala que se afecta su derecho al debido proceso.

Frente a ello, la Sala afirma que lo señalado en primera instancia fue correcto, esto es, que el mandato de ejecución no es nulo ya que el recurrente, solo queda vinculado por el monto máximo por el que ha constituido la fianza.

En tal sentido, si bien la resolución de segunda instancia no emite pronunciamiento expreso sobre lo apelado, debe aplicarse a este caso el principio de subsanación, pues el saneamiento del vicio no ha de influir en el sentido de la sentencia de vista.



### JURISPRUDENCIA

---

*“Las escrituras Públicas, por su propia naturaleza, no pueden ser declaradas nulas o falsas vía tacha, sino en vía de acción; que, en consecuencia, si bien las instancias interiores no han resuelto la tacha formulada por la demandada, se debe tener presente que no puede haber nulidad, si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución” (Cas. N° 408-2000-Huánuco, El Peruano, 20/06/2000, p. 5508)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Las alegaciones relativas a la falta de tasa y a la no conversión en moneda nacional del monto reclamado contenido en la cambial, no genera la nulidad de actuados, resultando aplicable el principio de convalidación, en el sentido que la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.*

*La firma del endosante es requisito esencial del endoso. La omisión de los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley de títulos valores, e incluso el relativo al nombre, no conllevan a la nulidad o invalidez del acto cambiario. (Exp. Nº 98-36228, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 208).*

*Si bien la parte expositiva de la sentencia no se sujeta al mérito de lo actuado, sin embargo, dicha mención en ningún momento ha sido tomada en consideración para resolver la controversia, no influyendo en modo alguno en el sentido de la resolución. No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (Exp. Nº 6942-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 209).*

*Si la sentencia venida en grado no se pronuncia sobre los hechos que forman parte de la pretensión controvertida, ello no puede ser convalidado por el Colegiado en atención al principio de la doble instancia.*

*Es nula la sentencia, si los actores acompañan medios probatorios que no han sido debidamente calificados, esto es, no existe pronunciamiento sobre el ofrecimiento probatorio, omisión que atenta contra el debido proceso (Exp. Nº 60743, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 197).*

*Es nula la sentencia que resuelve una pretensión parcial. Ella no puede ser objeto de convalidación, en atención al principio de la doble instancia que regula el artículo X del TP del CPC (Exp. Nº 4797-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 191).*

*La falta de motivación en la sentencia debe ser sancionada. No puede convalidarse por el Colegiado porque se afectaría la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, pues se argumentarían situaciones no consideradas por las partes al apelar; que de afectar sus intereses, estas no podrían impugnar para su reexamen (Exp. Nº 4129-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 187).*

*La nulidad de la sentencia planteada por el representante del Ministerio Público, por no haber emitido dictamen en primera instancia, queda subsanada en virtud del principio de convalidación, aún más si en esta instancia se han remitido los autos al Ministerio Público, con lo cual se da cumplimiento a la finalidad prevista por Ley (Exp. Nº 4334-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 95).*

*La normatividad procesal prevé la nulidad de los actos procesales cuando estos carezcan de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad; sin embargo, se debe tener presente el principio de convalidación, es decir, si quien se ve agraviado con un acto procesal viciado no sustenta cuál c.s el agravio que este le provoca, se entiende que lo ha consentido, por lo que este vicio no puede acarear la nulidad de lo actuado (Cas. Nº 1852-97-Huánuco, El Peruano, 24/11/99, p. 4144).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Cuando el apoderado recurre a la tutela jurisdiccional en forma extemporánea, anticipándose a la notificación del p poderdante, sin haber facultad expresa en la representación, no se debe tomar como una convalidación de dicha notificación, porque esta únicamente procede en cuanto al propio obligado o si es que el apoderado hubiera tenido poder especial para que opere dicha convalidación (**Cas. Nº 2678-99-Lima, El Peruano, 20/06/2000, p. 5498**).

Cuando el apoderado interpone un acto procesal extemporáneamente, de forma anticipada a la notificación de su poderdante, este acto, aparte de no comportar la presunción de una convalidación de dicha notificación, es nulo, de pleno derecho, si no existe, en la representación, facultades específicas sobre dicha notificación (**Cas. Nº 2678-99-Lima, El Peruano, 20/06/2000, p. 5498**).

La frase "a la orden de nosotros mismos" contenidas en las letras de cambio, estas se encuentran emitidas a favor del emisor, cuyo nombre figura en la cambia]. Dicha situación ha sido aceptada como usanza cambiaria, hecho que no afecta, sino que contribuye al tráfico mercantil.

Si se ha apersonado, quien no ha sido consignado en el auto de pago, se convalida la omisión producida, de conformidad con el artículo 172 del Código Procesal Civil (**Exp. Nº 31119-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 667-668**).

Si el juez omite pronunciarse sobre la contradicción que contiene la nulidad formal del título; además que su fallo carece de motivación jurídica, pues las citas legales genéricas no convalidan ello, es nula la sentencia.

La trascendencia de los defectos anotados no permiten que estos sean convalidados, en aras de cautelar el derecho a un debido proceso (**Exp. Nº 2190-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 389-390**).

Es nula la resolución, que bajo la invocación de la convalidación tácita, no expresa decisión alguna en torno a las formas del acto de remate incumplidas.

El argumento de la convalidación tácita, por que el ejecutado no dedujo la nulidad en el acto mismo de remate, no es válido. Ella puede ser invocada, dentro del tercer día de realizado el acto de remate (**Exp. Nº 13246-71-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 383-384**).

Si bien no existe identidad entre las partes en proceso, ni en el título que invocan, pues, en el desalojo es el de propietarios y en el de retracto es el de arrendadores, además de no ser tramitables en una misma vía procedimental ni referirse a un mismo objeto; la transgresión al artículo 86 del Código Procesal Civil ha quedado convalidada, con la conformidad de las partes, quienes no impugnaron la misma (**Exp. Nº 4320-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 349-351**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si el Juez no se pronunció sobre el saneamiento procesal, así como tampoco fijó los puntos que debían ser materia de probanza, ni sobre la admisión de los medios probatorios ofrecidos, estos no pueden ser materia de convalidación, por lo que procede declarar la nulidad de la sentencia (Exp. N° 1359-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 358).*

*Si se han apersonado al proceso los demandados, no obstante la presunta notificación defectuosa, sin formular reclamación alguna y sin formalizarla con arreglo a ley, no produce nulidad porque opera el principio de convalidación (Exp. N° 448-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 345).*

*Es nulo el poder por acta, si no es posible comprobar que la parte, haya manifestado su voluntad en ese sentido, siendo insuficiente la colocación de una huella digital para perfeccionar dicho acto (Exp. N° 52508-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 338-339).*

*La aplicación del principio de convalidación de la notificación de la sentencia de vista no se encuentra ajustado a lo dispuesto en el indicado artículo 155 del código procesal civil; pues no se trata de tomar conocimiento solamente de que el fallo sea adverso, sino que debe realizarse su notificación en forma legal, acompañándose de una copia de su texto, para que se cumpla con poner en conocimiento de las partes el contenido íntegro del mismo (Cas. N° 890-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 267, agosto 1998, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.13).*

*Si el pretensor ha omitido emplazar a la progenitora de la menor cuya adopción solicita, no corresponde anular lo actuado, toda vez que esta ha tenido conocimiento de la adopción solicitada, al haber declarado irregularmente en calidad de testigo en el proceso (Exp. N° 739-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 256).*

*La nulidad de actuados basada en el defecto de notificación solo compete plantearla a quien pudiera ser afectado en dicho acto procesal, pues en virtud del principio de convalidación la notificación defectuosa puede darse por válida en los casos que precisa el artículo 172 del CPC (Exp. N° 636-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 258).*

*Si bien la omisión de la firma del auxiliar jurisdiccional se sanciona con nulidad, dicha omisión no acarrea perjuicio alguno a las partes si el acto procesal cumple la finalidad a la que estaba destinado (Exp. N° N-267-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 260).*

*Afecta la etapa procesal de ejecución de sentencia, el invocar a destiempo aspectos formales subsanables que, en todo caso, debieron plantearse oportunamente (Exp. N° 876-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 319).*

*Si se declara improcedente la nulidad de actuados y esta no es materia de impugnación, dicho acto procesal se convalida por haberse dejado consentir (Exp. N° N-743-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 322).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La fijación de los puntos controvertidos es un acto procesal relevante y trascendente, pues define los asuntos o hechos cuya interpretación o entendimiento distancia a las partes y sobre las cuales se definirá la materia de la prueba.

La omisión no puede ser convalidada por el silencio de las partes, pues no habría litis ni menos puede convalidarse fijándolos en la sentencia (**Exp. N° 1141-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 441**).

Resulta intrascendente la pericia grafotécnica presentada para probar que la letra fue aceptada en blanco, porque es lícito aceptar un título valor incompleto. Todo lo contrario, los medio probatorios del demandado deben estar destinados a acreditar que el título valor fue completado en forma diferente a la originalmente pactada.

El hecho de no haber consignado en la sentencia apelada, el término "Vistos" no genera la nulidad de esta, si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (**Exp. N° 11211-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 561-562**).

"... Estando al carácter de esas pruebas (sobre las que se omitió pronunciamiento) que no pueden influir de modo alguno en la decisión jurisdiccional es de aplicación el artículo ciento setentidós cuarto parágrafo del Código Procesal Civil, que prescribe que, no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la casación (si entiéndase resolución) o en las consecuencias del acto procesal, cuya ratio legis es el ahorro o economía procesal para no repetir actos procesales en forma innecesaria o inconducente" (**M (Cas. N° 876-99/Apurímac, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 92-94)**).

"... La regla del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal (Civil) toma sentido en cuanto el Juez valora prueba ofrecida extemporáneamente, sin audiencia de la contraria, mas si no lo hace, no causa perjuicio a la defensa contraria ni afecta el derecho al debido proceso, por lo que son de aplicación los principios de Conservación y Subsana-ción previsto (sic) en el artículo ciento setenta y dos cuarto párrafo del mismo Código" (**Cas. N° 982-97-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 123-124**).

"... La nulidad de un acto administrativo debe ser solicitada en vía de acción y no en vía de tacha..." (**Cas. N° 1346-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 359-360**).

Opera el principio de convalidación cuando el acto procesal no obstante carecer de algún requisito formal; logra la finalidad para la que está destinado (**Exp. N° 1621-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 95-97**).

Si no se formuló denuncia civil en la primera oportunidad que se tuvo conforme al código procesal civil, es aplicación el principio de la convalidación conforme al artículo 172 de la norma procesal.

en la presente demanda de desalojo por ocupación precaria no se ha emplazado a la sociedad conyugal, sino al demandado personalmente en cuanto este posee en forma precaria el inmueble objeto de la litis (**Cas. N° 388-95-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo 251, Abril 1997, Trujillo-Perú, pp. A.14-A.16**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No constituye según el Código Adjetivo causal de nulidad, cuando el Juez se excede en el plazo para expedir sentencia (**Cas. Nº 1265-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.13**).

Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo (**Exp. Nº 464-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 205-206**).

Se les debe aplicar sanción al litigante y a su abogado que faltan a la verdad y no guardan respeto y, moderación hacia la autoridad judicial.

De conformidad con el artículo 172 del CPC, puede el colegiado integrar la sentencia recurrida (**Exp. Nº 698-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 232-233**).

Puede integrarse la recurrida si ha omitido consignar que el adeudo puesto a cobro por la actora debe ser abonado solidariamente por la codemandada (**Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 234**).

Cuando la juez ha omitido pronunciarse sobre la contradicción, no obstante que ha formulado las consideraciones respectivas, procede completar el fallo (**Exp. Nº 692-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 235-236**).

No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

Contraviene lo dispuesto en el artículo 306 del CPC, el Juez que estimando que los hechos expuestos por el remitente no constituyen causal de impedimento, declara sin lugar la inhibición y devuelve los autos al originario (**Exp. Nº 667-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 249-251**).

El principal objetivo de la conciliación es conceder al Juez la oportunidad de propiciar y obtener una autocomposición dirigida de lo que es materia de la controversia.

Si el Juez ha omitido la obligación de proponer la fórmula conciliatoria, no cabe declarar la nulidad de dicho acto, por haber sido convalidado por las partes intervinientes a tenor del artículo 172 del CPC (**Exp. Nº 697-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 298-300**).

No incurre en nulidad el Juez que ha omitido describir la fórmula conciliatoria y deja constancia de la parte que no prestó su conformidad con la misma, pues las partes han convalidado tácitamente la nulidad al no plantear su pedido, en la primera oportunidad que tuvieron para hacerlo.

Se convalida esta omisión por cuanto el acto procesal, ha logrado su finalidad para la que estaba destinado y su subsanación no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (**Exp. Nº 368-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 300-302**).

No es posible aplicar las formas sustanciales solemnes a un acto de ejecución típicamente procesal como es el remate judicial de un bien.

Los actos jurídicos procesales se gobiernan por disposiciones y principios propios, como son los de subsanación, convalidación y trascendencia de la nulidad (**Exp. Nº 122-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 372-373**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si el juez no ha cumplido con su obligación de proponer la fórmula de conciliación, dicha omisión no produce la nulidad de lo actuado en razón de las previsiones que contiene el artículo 172 del C.P.C (Exp. Nº 987-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 169-171).*

*Si bien es cierto que en la cédula de notificación aparece el nombre del demandado con el apellido paterno cambiado, ello no es óbice para determinar que el demandado no tuvo conocimiento del proceso, es más, ello ha motivado precisamente su apersonamiento, es decir que la notificación ha cumplido con su objetivo (Exp. Nº 16-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 183-184).*

*Una vez realizada la audiencia; los intervinientes no pueden impugnarla, en base a la supuesta incapacidad del apoderado de su contraparte, toda vez que, al no haber planteado la nulidad correspondiente, al inicio de ese acto, hay convalidación tácita (Exp. Nº 1825-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 125-126).*

*Si la demandada ha interpuesto recurso de apelación con la sola firma de su abogado, dicho recurso resulta ineficaz pues la manifestación de impugnar una resolución en los casos que establece la Ley debe estar respaldada con la firma de quien la impugna.*

*La referida omisión no puede ser convalidada con aclaración posterior, pues no se puede presumir la existencia de facultades impugnatorias no conferidas explícitamente (Exp. Nº 995-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 551-552).*

*Aunque la sentencia ejecutoriada no condenó el pago de intereses legales sobre el monto indemnizatorio, así como tampoco fueron estos demandados, procede ordenar dicho pago invocando los artículos 1985 y 1324 del C.C.*

*No procede la capitalización de intereses u otros reajustes si no hay acuerdo de partes, conforme al artículo 1250 CC (Exp. Nº 709-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 54-55).*

*Cuando las partes han conciliado judicialmente, ante el Juzgado de Paz Letrado, la pensión alimenticia a favor del menor, la sentencia de divorcio debe sujetarse a dicho acuerdo, pues, ha generado cosa juzgada.*

*Si al establecerse que la tenencia del menor sea ejercida por la madre, y se ha omitido señalar un régimen de visitas para el padre, dicha omisión debe señalarse, en vía de integración a efecto de mantener la relación paterno filial (Exp. Nº 868-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 118-121).*

## EXTENSIÓN DE LA NULIDAD

### ARTÍCULO 173

*La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél. La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 380, 396.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 159.

C.P.C.M. Iberoamerica art. 109.

C.P.C.N. Argentina art. 174.

---

### Comentario

---

1. El acto procesal se ubica bajo el contexto del proceso judicial, por tanto no podemos apreciarlo de manera aislada, todo lo contrario, vinculado a un procedimiento, de tal modo que la nulidad de un acto se comunica a los que necesariamente lo presuponen; sin embargo, a través de este artículo se recoge el principio de conservación de los actos procesales. Se busca salvar la actividad desarrollada, aislando los elementos del procedimiento afectados por el vicio y refrenar la extensión de este. Liebman<sup>(1)</sup> asemeja este principio a los que se daría frente a los focos de una epidemia, de ahí que la norma procesal señala que la declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores, siempre y cuando sean independientes de aquel. Esto significa que si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que sea idóneo. La nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de él. En este sentido, la segunda parte del artículo 173 sostiene: “la invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo”.

---

(1) LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires, p. 199.

2. Por otro lado, si la omisión o la nulidad de un acto afecta al mismo procedimiento, de modo tal que le impide alcanzar su objetivo, quedan inutilizados también los actos anteriores, que por sí solo serían válidos, porque –estando destinados por definición a tener una eficacia interna en el proceso– esta eficacia se produce en el vacío. Por citar, véase el caso de la notificación del acto procesal. El efecto principal, en el caso de invalidez de esta, es retrotraer el proceso al momento inmediatamente anterior a la notificación nula. Los actos procesales posteriores dependientes al acto de notificación se dejan sin efecto, pero no los anteriores. Ello se explica por la aplicación del principio de interpretación restrictiva de las nulidades que consagra el presente artículo y a razones de economía y celeridad procesal.



### JURISPRUDENCIA

---

*El proceso es un instituto jurídico constitutivo a base de una serie de actos procesales que se encuentran concatenados entre sí, lo que nos hace arribar a la conclusión de que la preclusión de un acto nulo acarreará la nulidad de los actos subsiguientes (Cas. Nº 2127-99, El Peruano, 01/09/2000, pp. 2127).*

*Cuando se invoca motivos por quebrantamiento de forma y también por infracción de la ley, corresponde examinar primero aquél, porque de resultar fundada obligará a reponer la causa al estado en que se encontraba antes de cometerse el defecto procesal, anulándose los actos posteriores (Cas. Nº 508-97-Piura, El Peruano, 17/09/98, pp. 1597).*

*La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto procesal de sus efectos normales, de tal manera que si el juez determina que a uno de los demandados no se le notificó con la demanda, lo que pone en evidencia un defecto en la relación jurídica procesal, debe anular todo lo actuado y reponer la causa a la etapa en que se cometió el vicio. Por ello, resulta contrario a los principios de unidad procesal y de preclusión, que se anule lo actuado solo con relación a uno de los demandados, pues esto conduciría a que éste pueda plantear su propia contradicción, la misma que tendría que ser resuelta independientemente, provocando una duplicidad de etapas dentro de un mismo proceso (Cas. Nº 1094-99-La Libertad, El Peruano, 28/11/99, p. 4182).*

## INTERÉS PARA PEDIR LA NULIDAD

### ARTÍCULO 174

*Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI.  
C.P.C. art. IV.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 157.  
C.P.C. Colombia art. 143.  
C.P.C.N. Argentina art. 172.

---

### Comentario

El presente artículo recoge el principio de trascendencia o del interés, por el cual, las nulidades no existen exclusivamente en el mero interés de la Ley sino en el perjuicio que genere. La existencia del perjuicio debe ser concreta y evidente. Requiere que quién lo invoca demuestre que tal vicio le produjo un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con la sanción de nulidad. Para este principio, el perjuicio condiciona la nulidad; pues, no opera la nulidad por la nulidad misma. Los pedidos de nulidad no se amparan solo para satisfacer pruritos formales sino para enmendar los perjuicios que pudiera surgir de la desviación o incumplimientos procesales.

La redacción del Código a este principio es la siguiente: “quién formula la nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado...” El Anteproyecto del Código Modelo<sup>(1)</sup> lo enuncia: “...solo podrá ser declarada a pedido de la parte (...) que tenga interés en la observancia de la norma respectiva por haber sufrido perjuicios por su violación”.

No basta alegar un perjuicio en la nulidad sino que se exige, a quien la reclame, que demuestre que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto e irreparable, insub-

(1) Ver artículo 105 del CPC.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

sanable por otra vía ajena al acogimiento de la sanción de nulidad.

Véase el caso, de un proceso que se encuentra pendiente por sentenciar desde varios meses, no obstante los constantes pedidos para que emita sentencia no cumple con ello. Al ingresar un nuevo juez, emite sentencia sin avocarse previamente al proceso. Si bien no advirtió a las partes, de su avocamiento, esa omisión no generaría nulidad, siempre y cuando la parte que alegue el perjuicio demuestre que defensa no pudo realizar. Las nulidades se declaran no por la violación de las formas, sino por los agravios que generan esas violaciones, esto es, que sin agravio no hay nulidad. En el caso propuesto, los autos se encontraban pendientes de emitir sentencia y el debate probatorio se había agotado en la instancia. La única alternativa que podría concurrir para amparar la nulidad es que el juez sustituto estuviera incurso en alguna de las causales de recusación, de tal manera, que la parte perjudicada tuvo la oportunidad de impugnar la intervención del juez sustituto, pues, desconocía formalmente de su intervención, hasta el momento que se le notifica con la sentencia.

Para Berizonce si al promover la nulidad de una notificación, el demandado se limita a señalar que aquél fue dirigido a un domicilio en el cual no vive, sin indicar cual es su domicilio real, incurre en una omisión que es de por sí suficiente para conceder pleno valor a la diligencia cuestionada y desestimar la nulidad propuesta. Empero, cuando el acto viciado es la cédula de notificación de la demanda, el accionando se encuentra impedido de especificar las defensas que se ha visto privado de oponer, toda vez que no tuvo efectivo conocimiento de la acción instaurada.

Como señala Condorelli<sup>(2)</sup>, "...la mera intervención genérica que se ha violado el derecho de defensa en juicio, no satisface ni suple la exigencia de indicar, al tiempo de promoverse el incidente de nulidad y como un requisito de admisibilidad, cuál es el perjuicio sufrido, las defensas que se vio privado o las pruebas que no pudo producir".



## JURISPRUDENCIA

---

*La nulidad de un acto jurídico procesal debe ser analizada no solo por contravenir el texto de la ley, sino cuando dicha omisión haya trascendido en la parte resolutive de la decisión impugnada, produciéndose una situación de indefensión, respecto de uno de los justiciables; que, en dicho sentido, quien formula nulidad debe acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado (Cas. Nº 1210-98-Piura, El Peruano, 04/01/99, p. 2350).*

(2) Op. cit., pp. 89-120.

## INADMISIBILIDAD O IMPROCEDENCIA DEL PEDIDO DE NULIDAD

### ARTÍCULO 175

*El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:*

- 1. Se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio;*
- 2. Se sustente en causal no prevista en este Código;*
- 3. Se trate de cuestión anteriormente resuelta; o,*
- 4. La invalidez haya sido saneada, convalidada o subsanada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 172.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 106.

C.P.C.N. Argentina arts. 171, 173.

---

### Comentario

El principio de protección es regulado en el presente artículo. Este principio dispone que la parte que hubiere dado lugar a la nulidad, que haya propiciado o consentido el vicio, no podrá pedir la invalidez del acto realizado, pues, en atención a la teoría de los actos propios, nadie puede beneficiarse con su propia torpeza; no se puede obtener ventaja de un vicio que se ha tolerado o propiciado.

El litigante que realiza un acto nulo no puede tener la disyuntiva de optar por sus efectos: aceptarlos si son favorables o rechazarlos si son adversos. Aquí existe un atentado contra el principio de lealtad y buena fe que debe reinar en todo el proceso<sup>(1)</sup>. El Anteproyecto del Código Modelo<sup>(2)</sup> prescribe que "solo podrá ser declarada a pedido de la parte que no concurrió a causarla".

Como señala el inciso 2º de la norma "no hay nulidad si esta se sustenta en causal no prevista en el Código". Ello se justifica, en atención al principio de legalidad que rige para las nulidades procesales (ver artículo 171 del CPC). Además cuando los hechos han sido materia de un anterior pronunciamiento, no cabe admitir a trámite nuevamente su valoración por afectar la preclusión procesal.

---

(1) Ver artículo IV del Título Preliminar del CPC.

(2) Ver artículo 105 del CPC

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Otro supuesto que condiciona la improcedencia de la nulidad es el saneamiento, convalidación o subsanación de la nulidad, conforme señala el inciso 4. Convalidar en el sentido lato, es revalidar, corroborar la certeza o probabilidad de una cosa. En el sentido procesal, la convalidación esta orientada a subsanar los vicios de los actos procesales sea por el transcurso del tiempo, por la voluntad de las partes, o por una decisión judicial. Cuando la irregularidad procesal ha sido pasible de remedio, sea mediante el consentimiento expreso o presunto de la parte a quien ella perjudique, deviene en improcedente la nulidad.

Hay que precisar que esta convalidación procede cuando el vicio no es grave ni esencial. A pesar de estar viciada, conserva su eficacia y produce normalmente sus efectos si no se le impugna. El error o irregularidad cometida es leve y es el consentimiento el que purifica el error, a través de la convalidación del acto.



## JURISPRUDENCIA

---

*La articulación de nulidad es improcedente cuando se sustenta en causal no prevista en el CPC. Encontrándose embargado un bien, no puede ampararse la nulidad de un nuevo embargo, puesto que esta nueva medida debe entenderse como reembargo (Exp. Nº 1777-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 97-98)*

*“... No existe infracción procesal alguna derivada de la falta de actuación de un prueba que no fue ofrecida oportunamente...” (Cas. Nº 1557-99/Tacna, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 119-120).*

## OPORTUNIDAD Y TRÁMITE

### ARTÍCULO 176

*El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia. Sentenciado el proceso en primera instancia, solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación. En el primer caso, el Juez resolverá previo traslado por tres días; en el segundo, la Sala Civil resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado.*

*Las nulidades por vicios ocurridos en segunda instancia, serán formuladas en la primera oportunidad que tuviera el interesado para hacerlo, debiendo la Sala resolverlas de plano u oyendo a la otra parte.*

*Los Jueces solo declararán de oficio las nulidades insubsana- bles, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda.*

---

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamerica** arts. 105, 107, 108.  
**C.P.C. Colombia** arts. 145, 146, 147.

---

### Comentario

---

1. Este artículo señala que no puede pedir la anulación de un acto quién lo ha consentido aunque sea tácitamente. El litigante es libre de impugnar el acto procesal o acatarlo; si lo acata es porque no lo considera lesivo para sus intereses y como el interés es la medida del recurso, el juez no puede sustituirse en un acto que incumbe solo a la parte y no a él. El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia, tal como lo enuncia el presente artículo.

2. El principio de convalidación que regula las nulidades lleva a sostener que los jueces están liberados de ejercer la nulidad de oficio si se ha verificado el consentimiento expreso o tácito del acto viciado; “nunca una nulidad puede ser ejercida cuando ha vencido el plazo para hacerlo, es decir, cuando se ha tenido conocimiento del acto viciado mediante una intervención directa y posterior en el

proceso, sin haberse hecho observación alguna dentro del término legal"<sup>(1)</sup> En ese mismo sentido Zavaleta<sup>(2)</sup> sostiene que "(...) vencido los plazos respectivos, opera la preclusión de la etapa procesal y los actos, aunque nulos, quedan convalidados"; sin embargo, debemos señalar que se plantean tesis contrarias que señalan que frente a la preclusión está el interés superior de la justicia que interesa al orden público; de ahí que si la resolución viciada sustancialmente puede llegar a tener influencia en la pretensión, es de rigor declarar la nulidad de ella, aún de oficio. Esta posición es la que recoge el presente artículo, al considerar que "los Jueces solo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda". Ello se explica porque la convalidación no opera en los actos inexistentes, que son los que carecen de requisitos mínimos para que tengan vida jurídica y validez formal; por citar, los actos que carecen de presupuestos procesales para su constitución, como los referidos a la capacidad de las partes; y los casos de imposibilidad material, cuando el afectado se encontraba imposibilitado de impugnar. Por mas que se hubiere vencido los plazos y no se hubiere planteado el pedido de nulidad, no pueden quedar convalidados actos con nulidades intrínsecas e insalvables.

3. Como se puede apreciar del texto en comentario, el pedido de nulidad tiene un momento procesal para hacerlo: antes de la sentencia; luego de ella, puede ser alegado como parte del recurso de apelación, para que el juez revisor la valore y declarando su nulidad, ordene la renovación de los actos procesales afectados, si fuere el caso. Esto resulta coherente con lo regulado en el artículo 382 del CPC que dice: "el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada". Ello se explica porque está prohibido a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución (ver artículo 360 del CPC).

Véase el caso del emplazamiento de una demanda que se dirige a una dirección equivocada, motivando que la parte demandada sea declarada rebelde, sin embargo, la notificación de la sentencia se realiza en la dirección correcta. Al enterarse el demandado del contenido adverso de la sentencia decide apelar, pero a la vez también tiene argumentos para pedir la nulidad del emplazamiento y todo lo actuado, por haberse realizado este en una dirección diferente a la señalada en la demanda. Si bien, la primera oportunidad que tiene el perjudicado para hacerlo, es luego de la sentencia, esta solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación. El juez revisor resolverá sobre el argumento de la nulidad, al momento de absolver el grado. Esto conlleva a sostener que los jueces, en primera instancia, no pueden declarar la nulidad de sus

(1) Condorelli, *ibídem*.

(2) ZAVALETA CARRUITERO, Wilver. Código Procesal Civil, Manuel Chahu editores, Lima, 1994, p. 251

propias sentencias, sino que ellas deben ser materia de valoración a través de los argumentos de nulidad contenidos en el recurso de apelación. Conforme lo señala el artículo 177 del CPC, “a pedido del agraviado, la sentencia puede ordenar el resarcimiento por quien corresponda de los daños causados por la nulidad”.

4. La norma no solo contempla la posibilidad que el pedido de nulidad lo realicen las partes sino que también sea declarada de oficio por el juez. En este último caso, solo se justifica cuando se trate de “nulidades insubsanables” como sería el caso de la intervención de un juez incompetente por materia o cuantía o por un juez sin jurisdicción. Solo así podría admitirse la intervención oficiosa del juez, a corregir las anomalías insalvables en la actividad procesal, caso contrario, cuando la nulidad no refiere a vicios sustanciales debemos asumir que opera la convalidación tácita, al no haber planteado las partes su pedido de nulidad, en la primera oportunidad que tuvieron para hacerlo.

En conclusión, el pedido de nulidad está en función del momento procesal en el que se plantea. Si es antes de la sentencia, le corresponde conocer al propio juez del procedimiento; en cambio, si se interpone luego de la sentencia, corresponde conocerla al juez revisor, al absolver el grado. Por otro lado, las nulidades procesales pueden ser declaradas a pedido de parte o por actividad oficiosa del juez. En este último caso, solo opera cuando se refieran a la violación de formas sustanciales o esenciales de los actos procesales, caso contrario, queda sujeta a la actividad de las partes y a su posible convalidación.

5. Cuando las nulidades se refieran a vicios ocurridos en segunda instancia, deben ser formulados en la primera oportunidad que tuviera el interesado para hacerlo, debiendo la Sala resolverlas de plano u oyendo a la otra parte. Luego de emitido el pronunciamiento de la Sala, solo procede el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación, si fuere el caso; sin embargo, debemos tener presente que estaríamos frente a la afectación del debido proceso, ante nulidades insubsanables, cometidas y no corregidas en segunda instancia, para lo cual, el mecanismo de la acción de amparo se convertiría en una alternativa saludable, siempre y cuando opere la residualidad y se refiera a vicios sustanciales que generen agravios que reparar.



### JURISPRUDENCIA

---

*Habiéndose sentenciado la causa, cualquier nulidad procesal que esta parte considere se hubiere cometido, debe ser invocada como fundamento de la apelación de la sentencia y no como articulación de nulidad (Exp. Nº 671-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 320).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Merece declarar la nulidad de la sentencia que ha omitido consideraciones respecto a la contradicción a la ejecución propuesta (Exp. N° 37-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 98-99).*

*Si él Juez no ha valorado debidamente los medios probatorios al expedir sentencia, merece declarar la nulidad de ésta (Exp. N° 598-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 225).*

*“... Sí bien es cierto el ofrecimiento del medio probatorio (...) no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, ya sea para admitirlo o para declararlo inadmisibile; dicho vicio no acarrea nulidad en tanto ha quedado convalidado tácitamente pues la ahora impugnante no planteó la nulidad en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo ciento setentiséis del Código Procesal (Civil)...” (Cas. N° 774-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 400-401).*

*Es nula la sentencia que se ha expedido con pruebas diminutas y si no se han tenido en cuenta las reglas relativas a la liquidación de gananciales. Si en dicha liquidación se argumenta haber construido una casa y adquirido un camión, para dilucidar la controversia el juez debe solicitar la declaratoria de fábrica de la construcción y los documentos comprobatorios del pago del camión por el demandante (Exp. N° 40-96-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 181-184).*

*De acuerdo al principio de oportunidad, la nulidad debe ser formulada en el primer momento que el perjudicado tuviera para hacerlo. Si la emplazada formula la petición, luego de haber sido declarada rebelde e inasistir a la audiencia de conciliación y de fijación de puntos controvertidos, no obstante ser convocada al citado acto procesal, dicha actitud denota falta de seriedad para el ejercicio de su defensa y ánimo de dilación del proceso, lo que no se debe amparar (Exp. N° 3952-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 211).*

## CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD

### ARTÍCULO 177

*La resolución que declara la nulidad ordena la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin, imponiendo el pago de las costas y costos al responsable. A pedido del agraviado, la sentencia puede ordenar el resarcimiento por quien corresponda de los daños causados por la nulidad.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 382.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 162.

---

### Comentario

---

1. La norma regula las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad y los actos a los cuales alcanza esa decisión. El efecto fundamental es la ineficacia del acto o de las actuaciones que abarca directa o indirectamente.

Según Vescovi<sup>(1)</sup>, el acto nulo carece de validez, es decir, que no es eficaz para el fin para el cual está destinado. Carece de idoneidad para producir el efecto jurídico que le es propio. Además, el acto produce la nulidad de los actos subsiguientes. Es lo que la teoría llama la “nulidad en cascada” Esto se explica por la naturaleza del proceso, compuesto por actos interdependientes que se encadenan unos a otros; y como el proceso es, una sucesión de actos encaminados a un fin, es el principio de la comunicabilidad de los efectos de la nulidad.

2. Hay diferentes criterios que se invoca para distinguir los efectos que genera la nulidad. Uno de ellos adopta la distinción entre nulidades por violación de las formas sustanciales o esenciales y aquellas que afectan las formas accidentales o secundarias.

---

(1) VESCOVI. Teoría general del proceso, op. cit., p. 317.

En el primer supuesto, el efecto nulificante es total, determina la nulidad de todo lo actuado cuando se afecta una forma esencial en el procedimiento, estando el orden público interesado en su observancia, por ejemplo, la intervención de un juez incompetente por materia o cuantía; en cambio, cuando la declaración de nulidad alcanza solo a las actuaciones impugnadas, conservan sus efectos propios los actos procesales no comprendidos en la nulidad.

3. Por otro lado, en las nulidades aparece el llamado “principio de conservación” que busca mantener en lo posible de los efectos de los actos cumplidos. Si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que sea idóneo

Para Vescovi<sup>(2)</sup>, concurren límites subjetivos como objetivos y lo explica así. El subjetivo se refiere a los intervinientes en el acto. El acto puede ser nulo para unos y no para otros, por ejemplo, la notificación hecha a la persona jurídica y a la persona física en un mismo domicilio, puede ser nula para la una y no para la otra (nula para la que no tiene ese domicilio y no para la otra que lo tiene)

En cuanto a los límites objetivos de nulidad procesal señala Vescovi<sup>(3)</sup>, que la dinámica del proceso trae consigo la propagación de la nulidad (nulidad en cascada) pero esto se halla sometido a ciertas condiciones: a) que el acto reflejo sea consecutivo y no anterior. La nulidad no se produce hacia atrás, sino hacia delante. Lo impediría el principio de la preclusión procesal; además sería ilógico: si la nulidad es reflejo, se deriva del acto anterior. Así, el emplazamiento nulo no anula la demanda ni sus efectos; y b) el acto sucesivo sea dependiente y no independiente del que se ha anulado. La nulidad de una prueba no acarrea la de otra anterior ni la posterior independiente. La nulidad en la designación del perito no afecta la recepción de la prueba testimonial, aunque sí el informe pericial.

4. Otro de los efectos que genera la nulidad es la renovación del acto o actos procesales afectados. El juez debe disponer la reproducción de los actos sobre los que la nulidad se ha extendido, por citar, si se ha declarado la nulidad del acto procesal de notificación, corresponde renovarlo con las formalidades de Ley, sin embargo, hay situaciones excepcionales que por el transcurso del tiempo ya no cabe la renovación, como el ofrecimiento extemporáneo de pruebas. Declarada la nulidad de ella, no cabe renovación.

5. En cuanto a los gastos procesales, la norma en comentario señala que “se imponen al responsable” Esto significa que no solo se podría imponer a las partes sino también al juez.

---

(2) Op. cit., pp. 316-317.

(3) *Ibidem*.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese sentido señala Alsina que el cumplimiento de las formalidades de la sentencia no puede supeditarse al arbitrio del juez y su violación no puede quedar sin sanción. En otras legislaciones, se establece de manera concreta que cuando la nulidad provenga de vicios del trámite, las costas causadas en el procedimiento anulado, serán a cargo del juez, pudiendo dispensarlo el superior en grado cuando considere disculpable el error. En ese sentido consideramos que esta norma debe ser aplicada en los casos a que refiere el artículo 380 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*No obstante no ser materia de la, alzada la necesaria unidad procesal impide el pronunciamiento parcial de ella, pues el acto procesal contenido en la referida resolución, carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (Exp. N° 1914-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 99-100).*

## NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA

### ARTÍCULO 178

*Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por este y aquéllas.*

*Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.*

*En este proceso solo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.*

*Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso.*

*Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte Unidades de Referencia Procesal. (\*) (\*\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. I, IV, 123 últ. párr., 517.

---

### Comentario

---

1. Como señala Devis Echeandía<sup>(1)</sup>, el proceso no debe ser un campo de batalla, en el cual todo vale, esté o no de acuerdo con el derecho, la moral y la justicia. Muy por el contrario, es obligación de los sujetos que concurren al proceso, sean

(\*) Texto según artículo único de la Ley 27101 (05/05/99).

(\*\*) Según el artículo 2 de la Ley 27021 los Juzgados de Trabajo son competentes para tramitar las demandas sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta, en vía de proceso ordinario laboral.

(1) DEVIS ECHEANDÍA. "Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión", en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1970, N° 4, p. 743.

litigantes, abogados, jueces, auxiliares, actuar con probidad y lealtad. Cuando se actúa contrario a ello, estamos ante la figura del fraude procesal, que según Gelsi Bidart<sup>(2)</sup> “consiste en la actividad de uno o varios actos, de uno o más sujetos procesales, tendiente a lograr, a través de la actividad procesal normal, pero de manera insidiosa, maquinada y, por ende, indirecta, un daño ilícito que en definitiva se produzca, en perjuicio de un sujeto pasivo que normalmente será tercero al proceso, pero que puede ser la contraparte y generalmente también el juez, en tanto se le haga cómplice involuntario del fraude”. En igual sentido Esclapez<sup>(3)</sup> lo define como “toda maniobra cometida por las partes o por terceros, o por el juez o por sus auxiliares, con el proceso o dentro del proceso, tendente a obtener una sentencia o la homologación de un acuerdo procesal que haga cosa juzgada; o la preclusión de una resolución interlocutoria en perjuicio de una ley que afecta al orden público o al interés fiscal o al derecho de una de las partes o al derecho de un tercero”.

2. La cosa juzgada no puede operar cuando está es resultado de un proceso irregular. El mecanismo de la revisión opera precisamente para dilucidar si el proceso que se cuestiona como irregular merece o no la atribución de la cosa juzgada. Se pone en duda la existencia de una cosa juzgada por hallarse ausente los principios y garantías básicas que debe contener todo proceso. Hay por lo tanto una apariencia de proceso que no genera cosa juzgada.

El mecanismo para dilucidar ello es la revisión, cuyo objeto litigioso será precisamente el proceso cuestionado, el que se le atribuye de fraudulento. No hay un ataque de la cosa juzgada, sino todo lo contrario, un mecanismo de protección. La revisión por fraude solo se va a orientar a combatir la cosa juzgada aparente, no la cosa juzgada real. Esta revisión se justifica porque no se puede permitir que a través del engaño, el abuso de confianza, se pretenda producir daño utilizando en ese fin al proceso judicial. Cuando exista entonces vicios graves, con notoria injusticia, las decisiones dejan de ser inmutables y necesitan modificarse para que no se produzca una notoria injusticia.

3. La posibilidad de la mutabilidad de la cosa juzgada no debe ser una alternativa ordinaria a invocar. Todo lo contrario, la revisión debe ser un mecanismo extraordinario a recurrir y solo por las causales que señala expresamente la ley, como es, el fraude o la colusión; la negligencia no cabe aquí como argumento para justificar la revisión.

Decimos que es extraordinario, pues, la decisión judicial que se cuestiona debe haber sido obtenida por medio de actividades fraudulentas en el proceso, agra-

---

(2) BIDART GELSI. Noción del fraude procesal. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1970- I, pp. 31-32.

(3) ESCLAPEZ. El fraude procesal en los nuevos ordenamientos legales, en Libro Homenaje a Almirar Mercader. Buenos Aires, 1971, p. 407.

viando el espíritu de justicia hacia el que nos debe dirigir nuestra actividad cotidiana en el proceso. Se reconoce en doctrina que cuando exista “duda” en torno a la existencia del fraude, el pronunciamiento deberá ser contrario a la pretensión de nulación. La duda favorece al proceso; pero al margen del mecanismo de lo extraordinario, es necesario que quien recurra a invocar la revisión del proceso haya agotado todos los mecanismos dentro de este para combatir la actividad fraudulenta.

El mecanismo de la revisión es residual, pues, “...no puede ser utilizado si existen otros recursos internos y extraordinarios con los cuales se subsane el vicio, de donde se tiene que es imprescindible el haber agotado todos los mecanismos previos dentro de su proceso para su cuestionamiento”<sup>(4)</sup>. En igual sentido, Arrarte<sup>(5)</sup> califica de residual “lo que no puede ser usado si existen mecanismos internos y ordinarios que puedan subsanar el vicio incurrido a propósito de la comisión del fraude procesal”.

4. Si bien la redacción del texto del artículo 178 del CPC no señala que es necesario agotar los mecanismos de impugnación ordinarios y extraordinarios posibles en el proceso cuestionado de fraudulento, como condicionante para la procedencia de la pretensión nulificante por fraude procesal, tenemos que considerar ante ello, que el principio de protección que rige las nulidades procesales señala que “quien haya dado lugar a la nulidad no pueda sostener luego la invalidez del acto”. No puede ampararse bajo la nulidad quién ha concurrido a la celebración del acto nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Se trata de una regla asentada en los principios de la lealtad y la buena fe procesal y, más aún, en el principio general del derecho –de aplicación subsidiaria– en cuya virtud el ordenamiento jurídico no puede proteger la pretensión y conducta contradictorias, ni el comportamiento incoherente.

Precisamente, uno de los presupuestos de la nulidad es, la ausencia de culpabilidad de quien la alega. Quien cometió la infracción no puede invocar a su favor y en perjuicio de la contraria su propia torpeza, por tanto, la residualidad es el argumento que podría justificar la improcedencia de la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En igual sentido se orienta la opinión de Arrarte<sup>(6)</sup>, cuando señala “para la procedencia de esta demanda será imprescindible haber agotado previamente todos los mecanismos de impugnación previstos dentro de un proceso, o en su defecto, demostrar no haber estado en aptitud de usarlos”.

---

(4) Ver consideraciones en la Casación N° 160-2000. Cono Norte, publicada en el diario oficial El Peruano, miércoles 30 de agosto de 2000.

(5) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Alcances sobre la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, en “Ius et veritas”. Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, año VII. Lima, 1996, p. 173.

(6) *Ibidem*.

En relación a la residualidad que debe operar para la revisión por fraude, observamos esta exigencia en la casación recaída en el caso: *Anaximandro Mendoza Acuña con Graciela Castro Acuña y otro sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta*<sup>(7)</sup>. En este proceso el Supremo Tribunal señaló "... el recurrente en el proceso que se cuestiona, interpuso recurso de casación impugnando la sentencia de vista cuya nulidad hoy se pretende con la presente acción, y en el mismo, no dedujo denuncia alguna referente al pronunciamiento *extrapetita* ahora alegado, por lo que no puede pretender su renovación mediante este proceso, por ser de carácter residual".

5. Si se parte de la idea que la cosa juzgada es un efecto del proceso, no se puede ir contra ella –con la mera impugnación de un solo acto procesal– como sería la sentencia o el acuerdo homologado, aunque sea el más importante acto jurisdiccional del proceso. Hay que recurrir contra el proceso, pues, es imposible eliminar un efecto sin eliminar su causa. Si se logra a través de un proceso autónomo la rescisión del proceso fraudulento anterior, queda por tanto rescindida la sentencia o el acuerdo homologado y todos los efectos del proceso rescindido, entre ellos, la cosa juzgada.

La revisión por fraude viene siendo regulada desde el derecho romano y recogida en las Partidas; también logro influir en nuestra legislación nacional en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1854, sin embargo, con el devenir el Código de Procedimientos Civiles de 1911 no lo contemplaba hasta recién incorporarlo el actual Código Procesal de 1993, a través de la figura de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta (cuyo nombre técnico debe ser la revisión por fraude) la misma que puede entenderse como un medio impugnatorio, por la cual a través de una pretensión ejercida en un proceso autónomo, es posible obtener la desestimación de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, debido a la ocurrencia de actos fraudulentos que alteraron sustancialmente la resolución final provocando una situación de injusticia<sup>(8)</sup>.

Nótese de la redacción del artículo en comentario que no solo se orienta el cuestionamiento a la sentencia sino al acuerdo homologado, entendido este a las transacción u conciliación que hayan sido controladas por la jurisdicción y que como consecuencia de su aprobación se homologa sus efectos a la de una sentencia. Los artículos 337 y 325 del Código regulan dicho control para producir acuerdos homologados

Como se advierte, la nulidad por fraude responde a un proceso autónomo cuyo objeto será un proceso anterior que se intenta rescindir. No es un mero medio de

---

(7) Casación N° 160-2000. Cono Norte, publicada en el diario oficial El Peruano, miércoles 30 de agosto de 2000.

(8) En igual sentido. MONROY, Juan. Planteos generales en torno a la revisión civil. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima. T. II. Marzo, 1998, p. 128.

ataque a la cosa juzgada sino incluso es una garantía de la eficacia de la misma. Su objeto no es el mismo del proceso materia de cuestionamiento, tampoco es el examen correcto o incorrecto de la sentencia que se ha emitido. Lo que se enjuicia es si el cuestionado proceso merece la atribución de la cosa juzgada por hallarse ausente los principios básicos de todo el proceso. Se argumenta que para que exista la cosa juzgada es necesario un proceso previo entre las partes, resuelto por un juez imparcial y con arreglo a un procedimiento debido. No se pretende atacar a la cosa juzgada sino al contrario protegerla, pues, si no hay un verdadero proceso, no hay cosa juzgada real sino una mera apariencia de ella.

6. El Código regula la legitimación activa al señalar que “puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia...” omitiéndose referirse a la legitimación pasiva y sobre todo deslindar si el Estado debe ser comprendido, como parte, en esta pretensión que busca lograr la ineficacia de la cosa juzgada.

Una opinión que aparece en la literatura nacional sobre la legitimidad pasiva es la de Arrarte<sup>(9)</sup>. Para dicha autora “aparentemente se estaría prescribiendo que se puede demandar a las partes o al juez, o ambos, sin embargo, los supuestos de fraude trascienden a estos personajes protagónicos, pues, puede ocurrir que el fraude lo cometan los terceros, o las partes en colusión no con el juez sino con los auxiliares jurisdiccionales, es decir, con los secretarios, relatores, etc, o por los órganos de auxilio judicial, los peritos, por ejemplo. En este caso, estas personas también deberían ser demandadas, aun cuando la norma no lo diga. Es mas exigiéndose que la sentencia sea ejecutoriada, por lo general estaremos ante un caso de acumulación subjetiva, entre los partícipes de los actos que configuraron el fraude procesal, pudiendo incluso tener calidad de demandados los jueces de las diversas instancias que conocieron del proceso en el que se emitió la sentencia que adquirió la autoridad de cosa juzgada, si fueron partícipes activos del fraude”.

7. La revisión tiene únicamente un efecto rescisorio mas no restitutivo. Este último se puede lograr a través de otro proceso distinto al de la revisión. Sobre el particular la opinión de Arrarte<sup>(10)</sup>, es que “la sentencia deberá ordenar que el proceso anulado se tramite nuevamente por el juez que lo conoció y de acuerdo a los trámites de su procedimiento, pues lo contrario podría afectar principios básicos de competencia”.

(9) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Alances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, en *Ius et veritas*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, año VII. Lima, 1996, pp. 173-184.

(10) *Ibidem*.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en tanto no se declare la invalidez de la sentencia fraudulenta, esta operara con eficacia hasta que se obtenga su nulidad.

El plazo de caducidad que señala el Código comienza a computarse desde el momento de la emisión de la sentencia fraudulenta porque la pretensión no está ligada a la ejecución de esta; sin embargo, se convalida la sentencia fraudulenta cuando se haya desperdiciado la oportunidad de iniciar el proceso de nulidad. Sobre el referido cómputo aparece la opinión de Juan Monroy<sup>(11)</sup> para considerar que puede iniciarse la nulidad de cosa juzgada desde el momento en que la sentencia originada en el proceso en cuestión ha adquirido la calidad de cosa juzgada y hasta seis meses después de ejecutada (en caso de sentencias ejecutables). Dice Monroy, que el artículo solo hace mención al límite máximo para la interposición de la demanda (hasta dentro de seis meses de ejecutada...) debiéndose entender que el límite mínimo es aquel en que la sentencia ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

Por otro lado, la norma señala que "si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda; sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso". De presentarse este supuesto opina Arrarte<sup>(12)</sup>, que constituiría un presupuesto necesario para pretender el pago de una indemnización, caso contrario, solo implicaría una declaración lírica de la confirmación del engaño cometido.

Como apreciamos de la redacción de la norma, "solo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles" situación que no prohíbe extender a otro tipo de medidas que conlleven a dar eficacia a la futura sentencia a recaer en el proceso de revisión, mas aún, cuando no se trate de bienes no inscritos, que requieren otros modos de tutela.



## JURISPRUDENCIA

---

*"Al declarar improcedente la demanda no se está negando la tutela judicial, porque la resolución de vista ha considerado que lo que se pretende en la demanda es la revisión del fondo del asunto de un proceso, que se ha tenido la oportunidad de contradecirlo y de presentar los recursos impugnatorios y sin que se presente prueba alguna que demuestre el dolo, fraude o engaño" (Cas. N° 394-2000-Puno, El Peruano, 01/06/2000, p. 5436).*

(11) MONTROYA, Segundo (compilador). Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Universidad Privada San Pedro. Chimbote, pp. 93-94.

(12) Ibidem

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“...deben distinguirse las sentencias ejecutables de aquellas que no lo son ello, a efecto de determinar ante cual de los supuestos previstos en el artículo 178 del Código Procesal Civil nos encontramos; así, tenemos que la sentencia recaída en el proceso de división y partición, cuya nulidad de demanda, es una ejecutable, en tal virtud, corresponde situarnos en el primer supuesto de la norma adjetiva antes, la misma prevé que tratándose de este tipo de sentencias, la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se interpondrá dentro de los seis meses de ejecutada la sentencia **(Cas. Nº 3346-Callao, El Peruano, 30/08/2000, p. 6148)**.

“Que, la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta tiene como característica: a) El tratarse de un remedio excepcional, pues procede solo para las causales establecidas por ley; b) El ser residual, pues no puede ser utilizado si existen otros mecanismos internos y ordinarios con los cuales se subsane el vicio, de donde se tiene que es imprescindible el haber agotado todos los mecanismos previos dentro de un proceso para su cuestionamiento; c) El ser extraordinario, pues la decisión judicial que se cuestiona debe haber sido obtenida con fraude, agravando el espíritu de justicia; reconociéndose en doctrina que cuando exista duda en torno a la existencia del fraude, el pronunciamiento deberá ser contrario a la pretensión de anulación; y d) el ser limitado, pues su declaración solo afectara los actos viciados de fraude” **(Cas. Nº 160-2000-Cono Norte, El Peruano, 30/08/2000, p. 6140)**.

“El fraude procesal debe ser entendido como toda conducta, activa u omisiva, unilateral o concertada, proveniente de los litigantes de terceros, del juez o de sus auxiliares, que producen un apartamiento de parte del proceso o del proceso todo, de los fines asignados (sean fin inmediato o mediato), desviación que por cualquier circunstancia y sin que medie culpa del afectado, no puede ser subsanada mediante los remedios legales instrumentados a otros efectos por el ordenamiento respectivo...” **(Cas. Nº 3145-99-Arequipa, El Peruano, 17/09/2000, p. 6297)**.

“En el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta el objeto del decisorio no es la cuestión debatida en el proceso fenecido, sino la conducta, calificada como deshonesta, en que había incurrido las partes procesales o el juez, incurriendo en un fraude de tal magnitud, que sin su presencia al resultado había sido otro” **(Cas. Nº 734-2000-Callao, El Peruano, 17/09/2000, p. 6293)**.

“La demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta debe tener como sustento la conducta calificada como deshonesta, en que habían incurrido las partes procesales o el mismo juez mismo, y no fundarse en objeciones al pronunciamiento de fondo pretendiendo una revisión de la cuestión sustancial antes debatida” **(Cas. Nº 1336-2000-Lima, El Peruano, 17/09/2000, p. 6288)**.

“Que para el cómputo del plazo de las sentencias declarativas y constitutivas en materia de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, se efectúa desde que la sentencia se encuentra firme, pues ellas no ameritan propiamente ejecución, no ocurre así en las sentencias de condena, donde la existencia del proceso fraudulento va paralelo a su ejecución, por lo que el plazo de caducidad corre simultáneamente, según se desprende del texto del artículo setecientos quince del código adjetivo, donde la ejecución empieza con la exigencia del ejecutado para que cumpla con su obligación” **(Cas. Nº 1360-2000-La Libertad, El Peruano, 30/10/2000, p. 6508)**.

“La sentencia que declara la colusión del recurrente con los jueces que intervinieron en primera y segunda instancia del proceso determina la concurrencia de fraude procesal por haberse seguido con inexactitud consciente y engañosa, como la afectación al debido proceso al haber optado el demandante por un juez incompetente en forma deliberada.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Al no haber incorporado como litisconsortes necesarios a los magistrados que se menciona, se ha incurrido en causal de nulidad prevista por el artículo ciento setentuno del Código Procesal Civil" (Cas. Nº 1956-98-Ica, El Peruano, 01/12/2000, p. 6619).*

*Si no ha intervenido el demandante en el proceso fraudulento como parte ni como tercero legitimado, el plazo a que se refiere el artículo 178 del CPC, solo puede computarse a partir de la inscripción en los Registros Públicos, acorde con el principio de publicidad, toda vez que no ha existido otro medio real que haya permitido conocer aquella decisión jurisdiccional (Exp. Nº 33122-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 212).*

*La pretensión de nulidad de cosa juzgada no constituye una instancia de revisión de otro proceso culminado, sino básicamente se orienta a cautelar el derecho supuestamente afectado, en tanto y en cuanto se encuentre circunscrita en las causales que señala el artículo 178 del CPC (Exp. Nº 1363-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 213).*

*Al no tener el carácter de contrato la sentencia que fija la pensión de alimentos, esto es que contenga una prestación de tracto sucesivo, no puede interpretarse que la misma todavía está en ejecución, pues por su propia naturaleza ya fue ejecutada con arreglo a Ley, situación que hace extemporánea la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pues el propio demandante está cumpliendo con pagar la pensión fijada (Exp. Nº 3553-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 214).*

*Es infundada la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta si la actora no acredita el dolo con el que actuaron los demandados.*

*Existe dolo positivo y negativo. El primero ocurre cuando una parte realiza actos para hacer que la otra incurra en error, y la segunda consiste en callar maliciosamente con el problema de la reconocibilidad del error (Exp. Nº 462-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 215).*

*No puede considerarse como causal del fraude procesal la supuesta actitud del demandado de ocultar la verdad de sus ingresos y rentas para obtener una pensión alimenticia, pues, tal argumento tiene como sustento la errónea valoración de los medios probatorios.*

*Ante supuestos que inciden sobre la capacidad económica y las necesidades de quien otorga prestación alimentaria, el obligado no puede hacer valer su derecho mediante el fraude procesal (Exp. Nº 55-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 216).*

*La nulidad de cosa juzgada fraudulenta recaída en un proceso de desalojo en la que ésta participó como emplazada, haciendo uso irrestricto de la defensa que la ley franquea, llegando incluso a recurrir en casación; no resulta de amparo, máxime que los argumentos de la presente demanda son los mismos que ya fueron objeto de la cuestionada resolución.*

*No procede amparar el argumento de la violación al debido proceso si no precisa qué derechos específicos de éste se han violado. El debido proceso es una categoría genérica*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que implica derechos específicos como derecho a la defensa, a la tutela, a la impugnación, entre otros (**Exp. Nº 64618-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 217**).

*Es nula la sentencia que no consta haberse notificado al Procurador Público para que asuma la defensa del órgano jurisdiccional.*

*Si la pretensión versa sobre nulidad del proceso fraudulento, debe comprenderse al Poder Judicial como demandado (**Exp. Nº 265-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 207**).*

*En los casos en que se considera que la interposición de la demanda es prematura al no haberse ejecutado la sentencia, implícitamente se está considerando que el actor carece de interés para solicitar la nulidad de la sentencia expedida en el proceso fraudulento (**Cas. Nº 3217-98-Lima, El Peruano, 21/01/2000, p. 4632**).*

*Es obvio que aún en los casos en que la resolución todavía no haya sido ejecutada, el actor tiene interés para que se rescinda o deje sin efecto la sentencia o auto homologado expedido en un proceso fraudulento (**Cas. Nº 3117-98-Lima, El Peruano, 21/01/2000, p. 4632**).*

*No se requerirá la ejecución de la sentencia de condena para la interposición de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta porque ésta es una pretensión impugnatoria que no suspende los efectos de la sentencia o el auto homologado por el Juez. Por eso, la norma procesal ha previsto la concesión de medidas cautelares inscribibles (**Cas. Nº 3117-98-Lima, El Peruano, 21/01/2000, p. 4632**).*

*Es conveniente precisar que los procesos resueltos con el código derogado pueden ser objeto de nulidad de cosa juzgada fraudulenta muy por el contrario a lo que aducen algunas sentencias inferiores que declaran improcedentes procedimientos iniciados con la norma procesal abrogada (**Cas. Nº 183-97-Sullana, El Peruano, 19/10/98, p. 1989**).*

*El plazo de seis meses para interponer la acción de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, significa que puede interponerse después de que se ha dictado la sentencia que tiene el carácter de cosa juzgada, aunque dicha sentencia sea ejecutable, aclarando este punto en virtud de que, en repetidos fallos de instancia, se ha querido subordinar como condición de la cosa juzgada fraudulenta a la inejecutabilidad de la sentencia (**Cas. Nº 205-97-Lambayeque, El Peruano, 21/11/98, p. 2076**).*

*La cosa juzgada formal se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, mientras que la cosa juzgada material se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. Son pasibles de nulidad de cosa juzgada fraudulenta las sentencias que hacen cosa juzgada material, protegidas por la excepción de cosa juzgada, y no las de cosa juzgada formal, como las de otorgamiento de pensión alimenticia (**Cas. Nº 1473-97-Cajamarca, El Peruano, 09/12/98, p. 2190**).*

*No se puede pretender la nulidad de cosa juzgada fraudulenta por vicios que no han sido denunciados previamente a través de mecanismos ordinarios internos por ser la mencionada excepción de carácter residual (**Cas. Nº 160-2000, El Peruano, 30/08/2000, p. 6140**).*

*Si la sentencia fuera ejecutable, es requisito indispensable para interponer la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta que previamente haya sido ejecutada. Ello se debe a*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que tratándose de una sentencia que ha adquirido la condición de cosa juzgada, quien omite el cumplimiento de lo ordenado en el fallo, no puede recurrir a la tutela jurisdiccional a demandar la nulidad de él, porque no ha acatado lo resuelto en el Poder Judicial (**Cas. Nº 1486-98-Lima, El Peruano, 11/12/98, p. 2222**).

La sentencia que declara la nulidad de cosa juzgada fraudulenta no está dirigida a que se restituya ningún derecho a los demandantes, sino que está orientada a declarar la nulidad de una sentencia que se ha seguido con fraude o colusión; por lo que si bien es cierto que se repondrán las cosas al estado que corresponda, esta nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso (**Cas. Nº 1371-99-Ucayali, El Peruano, 28/12/99, p. 4411**).

Las demandas sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta, que se tramitan en la vía de conocimiento, orientadas a dejar sin efecto las sentencias que declaran fundada una demanda de amparo, en el supuesto de ser admitidas a trámite, hacen ilusoria la administración de justicia en materia de garantías constitucionales, razón por la que deben ser rechazadas liminarmente (**Cas. Nº 2490-98-Junín, El Peruano, 14/06/99, p. 2991**).

El fraude procesal constituye la causa genérica por la cual se puede impugnar una sentencia definitiva, entendiéndose por ella a toda conducta activa u omisa, unilateral o concentrada, proveniente de los litigantes, de terceros, del juez o de sus auxiliares, que produce un apartamiento de los fines asignados al proceso, en forma parcial o total, desviación en la cual no media culpa del afectado y, que no puede ser subsanada mediante los remedios legales (**Cas. Nº 725-99-Lambayeque, El Peruano, 31/08/99, p. 3388**).

La nulidad de cosa juzgada fraudulenta, tiene por objeto dejar sin efecto una resolución que revestida de cosa juzgada se estima que ha sido expedida con fraude procesal, entendida ésta como toda conducta, activa u omisiva, unilateral (juez) o concentrada (colegiada), proveniente de las partes, de terceros, del juez o de sus auxiliares, que produce el apartamiento dañoso de los fines asignados por el ordenamiento jurídico; desviación que, por cualquier circunstancia y sin que medie culpa del afectado, no puede ser subsanada mediante los medios impugnatorios ordinarios que establece la ley para preservar la validez del proceso (**Cas. Nº 1867-98-Lambayeque, El Peruano, 14/09/99, p. 3515**).

La nulidad de cosa juzgada fraudulenta tiene como característica principal la de ser residual, lo que implica que no puede ser usada si existen mecanismos internos y ordinarios en el proceso que puedan subsanar el vicio incurrido a raíz de la comisión del fraude procesal; así, como la de ser extraordinario, por cuanto su finalidad es cuestionar la autoridad de cosa juzgada de la resolución que ha sido obtenida en base a fraude procesal afectando el derecho del justiciable o a un debido proceso, pero en ningún modo significa el reexamen de la prueba como si se tratara de una instancia más para discutir el fondo de la litis (**Cas. Nº 1867-98-Lambayeque, El Peruano, 14/09/99, p. 3515**).

Es indebida aquella acumulación que se quiera hacer sobre nulidad de cosa juzgada e indemnización de daños cuando el juzgador es demandado con respecto a esta segunda pretensión, primero porque esta última pretensión es accesorio y además porque se debe tener en cuenta que, en principio general toda conducta dolosa o culposa que causa daño debe indemnizarse, sea en la esfera de las relaciones intersubjetivas sustanciales o dentro de un proceso, por consiguiente el fraude procesal concebido como el sustento de una nueva revisión de una sentencia firme, adquiere particular gravedad que ciertamente puede generar daños en las partes o en el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia que se reputa fraudulenta, y si bien, la pretensión de nulidad de cosa juzgada es un remedio excepcional, residual y de extensión limitada, ello no es óbice para que sea acumulada con la pretensión dirigida a obtener la reparación del daño derivado del fraude procesal (**Cas. Nº 1079-98-Puno, El Peruano, 31/01/99, p. 2560**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No puede admitirse la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, si no se acredita la existencia de la sentencia objetada, como la escritura pública cuya nulidad se pretende. Son indispensables para efectuar las verificaciones y el cómputo del plazo que señala el artículo 178 del Código Procesal Civil (**Exp. N° 38029-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 460-461**).

No procede declarar la nulidad del acta de conciliación si no se acredita fehacientemente que se den los presupuestos del artículo 178 Código Procesal Civil y mucho menos que la cuestionada acta haya sido producto de un acto fraudulento y dañoso. Esta acción no constituye una instancia de revisión de otro proceso culminado, sino básicamente cautela el derecho supuestamente afectado, en tanto, se encuentre circunscrita en las causales que señala el artículo 178 del Código Procesal Civil (**Exp. N° 48380-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 402-403**).

El objeto de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es anular la sentencia o el acuerdo de partes homologado por el juez, que pone fin al proceso, mas no perseguir restituciones dinerarias. El argumento de haber estado detenida, no siendo posible por ello apelar, no se encuadra en la figura del fraude procesal (**Exp. N° 2339-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 403-404**).

La finalidad del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no es crear otra instancia jurisdiccional, en la que pueda ventilarse el fondo de la cuestión controvertida, sino esencialmente verificar si aquel proceso se ha llevado a cabo mediando cualquiera de las circunstancias citadas en el artículo 178 del Código Procesal Civil (**Exp. N° 4393-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 404-405**).

Si la nulidad de cosa juzgada fraudulenta se basa en el dolo que ha existido en la rectificación de las áreas ante el Juzgado Civil, a sabiendas que se trataba de una propiedad pública y sustentando en un plano apócrifo, deviene en infundada si la supuesta falsedad del plano catastral se limita a una mera afirmación carente de veracidad, pues, no se ha actuado prueba alguna que acredite tal argumento, más aún, si tales planos están visados por la Municipalidad demandante. Además, en el proceso de rectificación de áreas, se ha dado publicidad a la solicitud, a través de las publicaciones, con el objeto de garantizar el derecho de defensa de cualquier persona natural o jurídica que se sienta afectada con tal petición (**Exp. N° 3318-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 406-407**).

Si el petitorio versa sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta respecto a la sentencia expedida en primera instancia, obviando comprender a la ejecutoria suprema, la cual ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede considerarse como un petitorio implícito, más aún si no se hace alusión alguna dentro del contexto de la causa petendi.

No obstante que el proceso busca la invalidez de la última resolución que pone fin al proceso, empero, la imposibilidad descansa en la aplicación expresa de la ley que prohíbe emitir pronunciamiento sobre un punto no demandado, de modo que a priori no se puede sustituir a la demandante y elegir en el mejor de los casos sobre qué resolución debe dirigirse la demanda (**Exp. N° 385-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 314-316**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No obstante demandar acumulativamente la nulidad de cosa juzgada fraudulenta e indemnización, no puede concederse la medida cautelar de no innovar porque la misma no es inscribible.

Al existir una sentencia en ejecución, no opera para el otorgamiento de la medida cautelar, la verosimilitud del derecho invocado (**Exp. Nº 1700-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 521**).

Para determinar la procedencia o no de la excepción de caducidad, debe examinarse previamente, si la sentencia cuya nulidad es objeto de la demanda, es de naturaleza ejecutable o no; y si lo fuera, determinar si la sentencia se ha ejecutado o no, para hacer viable la demanda de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta (**Exp. Nº 571-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 370**).

El plazo que fija el artículo 178 del Código Adjetivo debe contarse desde que el justiciable toma conocimiento formal de la resolución suprema, esto es, cuando se le notifica el mandato inferior que manda cumplir lo ejecutoriado (**Exp. Nº 2562-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 365**).

Es improcedente la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, si el autor no escribe el sustento fáctico de cada una de las causales en forma independiente.

Resulta irregular demandar a un Juzgado y a una Sala sin precisar a los autores de la resolución que se cuestiona (**Exp. Nº 2090-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 366**).

Si la sentencia cuya nulidad se demanda, aún no ha sido ejecutada, deviene en improcedente –por prematura– la acción interpuesta.

Se entiende por ejecutada, el haberse pagado el importe ordenado en decisión judicial (**Exp. Nº 3835-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 367**).

Si la sentencia que se atribuye como fraudulenta no ha sido apelada, no es obstáculo de orden procesal para declarar su improcedencia, por no distinguirlo así el artículo 178 del CPC. Para valorar su procedencia debe tenerse en cuenta -entre otros requisitos- si se ha ejecutado la sentencia cuestionada y la exposición de la demanda respecto a las supuestas irregularidades procesales.

Si se cree que el representante del Poder Judicial debe ser parte procesal, cabe la integración de la relación procesal. Esta última procede cuando se advierta que la relación material incluya a un tercero no involucrado en el proceso (**Exp. Nº 1544-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 368**).

Las irregularidades que atribuye el demandante a “la ejecución de la sentencia” en el proceso de desalojo, debieron apreciarse y subsanarse, si fuera el caso, en los mismos autos y no a través de una pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, la misma que tiene el objetivo expreso de dirigirse contra una sentencia o acuerdo de partes homologado que ponga fin al proceso (**Exp. Nº 1262-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 369**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La demanda de la cosa juzgada fraudulenta no da lugar a la revaloración de las pruebas que se hubieran actuado en el proceso anterior para permitir una nueva decisión sustitoria de la anterior, sino que da lugar a acreditar las causales que se invocan al proponerla para obtener finalmente, en su caso, la nulidad de la sentencia cuestionada (**Exp. N° 19010-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 356-357**).

La nulidad de cosa juzgada fraudulenta no constituye una instancia de revisión de otro proceso culminado, sino básicamente cautela el derecho supuestamente afectado, en tanto se encuentre circunscrita en las causales que señala el artículo 178 del CPC.

El hecho que en la sentencia que hoy se cuestiona, no se haya pronunciado sobre el plazo de caducidad, no afecta el derecho a un debido proceso. Si la actora no hizo atingencia alguna respecto a la transgresión de su derecho de defensa, aquella circunstancia no puede sustituirse en ésta vía en virtud del principio de preclusión procesal (**Exp. N° 36526, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 358-359**).

Debe desestimarse la controversia que imputa a la sentencia cuestionada no haber evaluado la adquisición dolosa y fraudulenta de un inmueble y no haber ratificado un atribuido derecho de propiedad de la actora sobre el bien, mas no señala en qué consiste el acto fraudulento, doloso o de colusión en la actuación del Juez o de las partes en el desarrollo de ese proceso (**Exp. N° 3304-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 360-361**).

Opera la caducidad que contempla el artículo 178 del CPC cuando la demanda de cosa juzgada fraudulenta se plantea con posterioridad a los seis meses de la resolución que declaró la nulidad del concesorio de apelación.

La queja de derecho no interrumpe el plazo de caducidad porque toda resolución judicial adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando no es factible interponer contra ella otro recurso impugnatorio (**Exp. N° 3926-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 362**).

“... Es factible demandar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta cuando una declaración jurisdiccional deviene en irrita como consecuencia de un proceso seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso; que consecuentemente, tales causales deben estar debidamente acreditadas para amparar la pretensión del supuesto agravio, pues de lo contrario, se estaría haciendo mal uso de tal instituto procesal y con el único propósito de conseguir la revisión de un proceso en el que ha perdido el accionante” (**Cas. N° 570-97/Chimbote, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 478-479**).

“... La demanda de la cosa juzgada fraudulenta no da lugar a la revaloración de las pruebas que se hubieran actuado en el proceso anterior para dar lugar a una nueva decisión sustentatoria de la anterior como aparentemente propusiera el actor, sino que da lugar a acreditar las causales que se invocan al proponerla para obtener finalmente, en su caso, la nulidad de la sentencia cuestionada...” (**Exp. N° 19010-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 476-477**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La intangibilidad de las sentencias no depende tanto del estamento judicial en que se pronuncian ni en las trabas que se opongan a su cuestionamiento sino, fundamentalmente, a la debida aplicación de la Ley y a la legitimidad del pronunciamiento, por lo que no debe temerse el uso del artículo 178 del CPC, aunque, desde luego, puede ser susceptible del abuso y desnaturalización, porque entonces corresponderá a los propios Jueces el control debido (Exp. N° 104-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 104-105).*

*La no impugnación de la sentencia supone que no ha existido agravio a los derechos de la parte demandada y por tanto se somete a lo resuelto.*

*La naturaleza excepcional de la acción prevista en el artículo 178 del CPC hace que su admisión sea restrictiva, sin que pueda calificarse como dolo, fraude o colusión a aquellos hechos que han sido ya discutidos, resueltos y no impugnados, pues lo contrario supondría que las negligencias puedan subsanarse mediante ésta acción, conclusión inaceptable que desnaturaliza la labor jurisdiccional (Exp. N° 205-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 106-107).*

*No es procedente hacer valer contra la acción de cosa juzgada fraudulenta la excepción de cosa juzgada por que de lo contrario devendría inaplicable el artículo 178 del CPC y sin efecto legal ese artículo y la importante innovación que contiene el nuevo Código Procesal Civil.*

*Si bien la acción de nulidad está sujeta a un término perentorio de caducidad, así como a un supuesto procedimental de fraude o colusión, también es cierto que al darse la inadecuación de la acción a estos presupuestos, no es la excepción de cosa juzgada la que puede hacer valer (Exp. N° 102-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 107-109).*

*La nulidad de la cosa juzgada, amparada en el artículo 178 del Código Procesal Civil, no esta referido a las sentencias penales respecto de las cuales, cabe el recurso de revisión conforme a lo previsto por el artículo trescientos sesentiuno del código de procedimientos penales; que tampoco cabe tramitar el proceso de conocimiento ante la corte superior, sino en los juzgados civiles de acuerdo con el artículo cuatrocientos setenticinco del código procesal civil (Exp. N° 624-94-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A-12).*

*El plazo para interponer la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra el auto que resuelve la contradicción en un proceso de ejecución de garantías debe computarse desde la fecha en que se hizo pago con el producto del remate al ejecutante (Cas. N° 1365-96-La Libertad, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.24).*

*Al plantear la nulidad de cosa juzgada fraudulenta no tiene porque restringirse a los asuntos tramitados con el nuevo Código Procesal sino que también rige para los que se sujetaron con el anterior Código de Procedimientos Civiles.*

*No corresponde al juzgador evaluar en la etapa postulatoria los fundamentos de la acción porque no tiene opción de ponderar medio probatorio alguno (Exp. N° 1659-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 142-144).*

*Por la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, se permite al justiciable una nueva revisión de su caso sin que ello impida la ejecución del fallo revisable, por lo que únicamente se permiten medidas cautelares en forma de inscripción (Exp. N° 1184-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 144-145).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Resulta jurídicamente imposible el petitorio de nulidad de cosa juzgada fraudulenta de un proceso tramitado en vía ordinaria, sobre el cual ha recaído sentencia cuando aún el Código Procesal no entraba en vigencia, pues por imperio constitucional de la irretroactividad de las leyes, los alcances del Código Procesal Civil no pueden aplicarse retroactivamente (Exp. N° 362-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 146-148).*

*La transacción tiene valor de cosa juzgada, por lo tanto es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 178 y 407 del CPC (Exp. N° 1688-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 173-175).*

*La nulidad de cosa juzgada fraudulenta es aplicable de manera restrictiva a los casos en los que de manera evidente se hubiera incurrido en las causales previstas en el artículo 178 del Código Procesal Civil.*

*De lo contrario se afectaría la seguridad jurídica al revisar indistintamente fallos que han pasado a la calidad de cosa juzgada y convertir las discusiones judiciales en pleitos interminables, si se permite en todos los casos la contradicción legislada (Exp. N° 164-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 205-206).*

*La nulidad de cosa juzgada procede solo contra sentencias.*

*No tiene porque limitarse a las expedidas según las disposiciones del nuevo Código Procesal Civil, pues no se puede distinguir donde la Ley no distingue (Exp. N° 341-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 206-207).*

*Carece de sentido deducir la excepción de cosa juzgada contra una acción que precisamente pretende anular, por considerarla fraudulenta, una sentencia consentida o ejecutoriada (Exp. N° 1701-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 210-211).*

*Si bien la sentencia cuya nulidad se pretende tuvo su origen en un proceso tramitado bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles derogado, también lo es que cuando fue expedido ya se encontraba vigente el Código Procesal Civil por tanto su aplicación al caso sub materia no viola en modo alguno el principio de irretroactividad de la Ley, máxime si se trata de una situación jurídica existente a la que debe aplicarse la legislación vigente (Exp. N° 1275-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 212-213).*

*No resulta procedente hacer valer contra la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta la excepción de cosa juzgada, puesto que con ello devendría en inaplicable y sin efecto legal lo previsto en el artículo 178 del CPC (Exp. N° 1434-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 287-289).*

*Es competente para conocer la nulidad de la sentencia que autoriza el artículo 178 del Código Procesal Civil el juez en lo civil y no la Sala Civil de la Corte Superior (Exp. N° 785-94-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 514-515).*

*Si se declara nula la sentencia fraudulenta, el acto traslativo basado en ella deja de existir por no existir título de ejecución que la sustente (Exp. N° 1251-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 189-190).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... La demanda de la cosa juzgada fraudulenta no da lugar a la re valoración de las pruebas que se hubieran actuado en el proceso anterior para dar lugar a una nueva decisión sustentatoria de la anterior como aparentemente propusiera el actor, sino que da lugar a acreditar las causales que se invocan al proponerla para obtener finalmente, en su caso, la nulidad de la sentencia cuestionada...” (Exp. Nº 19010-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Hinojosa Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 476-477*).

La acción contradictoria no es extensiva a todas las sentencias que se consideren fraudulentas.

No puede acogerse al nuevo sistema procesal de contradicción las sentencias dictadas en un juicio ordinario conforme al CPC derogado (Exp. Nº 138-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 240-241*).

Es nula la sentencia que no consta haberse notificado al Procurador Público para que asuma la defensa del órgano jurisdiccional.

Si la pretensión versa sobre nulidad del proceso fraudulento, debe comprenderse al Poder Judicial como demandado (Exp. Nº 265-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 207*).

Si el petitorio versa sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta respecto a la sentencia expedida en primera instancia, obviando comprender a la ejecutoria suprema, la cual ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede considerarse como un petitorio implícito, más aún si no se hace alusión alguna dentro del contexto de la causa petendi.

No obstante que el proceso busca la invalidez de la última resolución que pone fin al proceso, empero, la imposibilidad descansa en la aplicación expresa de la ley que prohíbe emitir pronunciamiento sobre un punto no demandado, de modo que a priori no se puede sustituir a la demandante y elegir en el mejor de los casos sobre qué resolución debe dirigirse la demanda (Exp. Nº 385-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 314-316*).

“Que, en la resolución de vista se ha considerado que la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta carece del requisito de interés actual para obrar por cuanto es prematuro accionar contra una sentencia de condena que previamente no ha sido ejecutada ...Que, la ausencia de interés para obrar es un requisito de procedencia de la demanda que guarda conexidad con la validez de la relación jurídico procesal, el cual tiene un contenido procesal que debe ser denunciado mediante la causal respectiva contenida en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 1447-2000-Puno, *El Peruano, 17/09/2000, p. 6267*)

# TÍTULO VII

## AUXILIO JUDICIAL

### TITULAR DEL AUXILIO

#### ARTÍCULO 179

*Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 inc. 16.
C.P.C.	arts. 413, 562, 614.
LEY 28457	art. 2.
R.ADM. 1067-CME-PJ	art. 1 y ss.
LEY 26846	arts. 1 y 6.
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.	

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 160.
C.P.C.N. Argentina	arts. 78, 83.

### Comentario

1. El auxilio judicial es una institución establecida a favor de quienes, por carecer de suficientes medios económicos no se encuentren en condiciones de afrontar el pago de los gastos que necesariamente implica la sustanciación de un proceso, sea este contencioso o no. Este beneficio solo está considerado para las personas naturales, conforme señala la norma en comentario.

El auxilio judicial, es conocido en la legislación de otros países como beneficio de pobreza, declaración de pobreza, beneficio de justicia gratuita, entre otros.

Se sustenta en dos fundamentos: el principio de igualdad y el derecho de defensa. Para Cappelletti y Garth<sup>(1)</sup> la igualdad es utópica, porque las diferencias

(\*) Texto según artículo 5 de la ley 26846 (27/07/97)

(1) CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Fondo de Cultura Económica. México, 1996, p. 14.

entre las partes nunca se pueden erradicar por completo. Las personas u organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos y que pueden utilizarlos para litigar, tienen ventajas obvias en la búsqueda o defensa de sus reclamaciones. En 1º lugar puede darse el lujo de litigar; además pueden soportar los retrasos del litigio. Cada una de estas capacidades, si solo está en manos de una de las partes, puede ser arma poderosa contra la otra.

Por otro lado, el tema del auxilio judicial no puede estar desligado del acceso a la justicia. Como señalan Cappelletti y Garth<sup>(2)</sup> “todo intento realista para enfrentarse a los problemas de acceso, debe comenzar por reconocer esta situación: los abogados y sus servicios son muy costosos. Los altos costos, en la medida que deba pagarlos una parte o ambas, constituyen una barrera importante al acceso de justicia”.

2. El auxilio judicial se concede a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso. Estos son las costas y costos procesales. Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso (ver artículo 410 del CPC); son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora.

3. Para que proceda el auxilio judicial, la norma señala que solo se debe demostrar que **“los gastos procesales ponen en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependan”**; sin embargo, aparecen otros criterios que no consideran suficiente dicha argumentación para justificar el auxilio judicial, sino que además requieren demostrar que se halla en la necesidad de reclamar o de defender un derecho en sede judicial; y que además, que ese derecho pertenezca a quien formula la petición.

Nuestro Código no asume mayor exigencia que, la ausencia de medios económicos para cubrir los gastos procesales; en cambio, los que sustentan la concurrencia de estos dos requisitos: necesidad de reclamar un derecho y la pertenencia de el, la justifican en las siguientes razones: que no se utilice como medio de perseguir la declaración judicial de derecho inexistentes, e incluso de interponer pretensiones o de oponer defensas temerarias; que el juez aprecie la verosimilitud del derecho que el solicitante del beneficio pretende hacer valer, cuidando que esa previa apreciación no importe un prejuzgamiento acerca del fondo del asunto; otros sostienen que su apreciación debe limitarse a la legimitación procesal del demandado, evitándose de tal manera que se afronte innecesariamente los gastos de su defensa; y por último, al exigir este beneficio para reclamar o defender derechos propios del peticionario, excluye por un lado, la posibilidad que el beneficio sea solicitado para hacer valer un derecho en representación de un tercero.

---

(2) Op. cit., p. 15.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

4. El auxilio judicial está supeditado a una declaración judicial, que debe emitirse en un breve procedimiento incidental (ver artículo 181 del CPC) y solo tiene efectos con relación a un proceso concreto. Este beneficio es provisional porque si en cualquier estado del proceso, cesaran o se modificaran las circunstancias que motivaron la concesión de auxilio judicial, el auxiliado deberá informar de tal hecho al Juez, debiendo este sin otro trámite que el conocimiento del hecho indicado declarar su finalización, tal como lo prevé el artículo 187 del CPC.

## REQUISITOS DEL AUXILIO

### ARTÍCULO 180

*El auxilio puede solicitarse antes o durante el proceso mediante la presentación en la dependencia judicial correspondiente, de una solicitud en formatos aprobados por el Órgano de Gobierno y Gestión del Poder Judicial. La solicitud de auxilio judicial tiene carácter de declaración jurada y su aprobación de cumplirse con los requisitos del artículo 179 de este Código, es automática. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 179, 187.  
LEY 26846 arts. 1 y 6.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 161.  
C.P.C.N. Argentina art. 79.

---

## Comentario

---

1. Según Cappelletti y Garth<sup>(1)</sup> es innegable que ingresar a un proceso judicial es costoso. Aunque el gobierno normalmente paga los sueldos de los jueces y del personal que trabaja en la judicatura, ofrece los edificios y otras instalaciones necesarias para los procedimientos, las partes llevan sobre sí una gran proporción de los costos necesarios para resolver una disputa, incluyendo los honorarios de los abogados.

Para asegurar el acceso a la justicia y el derecho a la defensa, el sistema permite que se recurra al auxilio judicial antes o durante el proceso. Si se plantea durante este último, será el juez de la causa el que defina su procedencia; en cambio, cuando esta es formulada con anterioridad a la presentación de la demanda, para fijar la competencia territorial aparecen tres alternativas: la del juez del domicilio del solicitante; la del juez del domicilio de la persona contra quien el solicitante del beneficio ha de litigar; y, el juez de la jurisdicción donde ha de sustanciarse el proceso para el cual el beneficio se requiere. Frente a dichas posibili-

---

(1) CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Fondo de Cultura Económica. México, 1996, p. 14.

dades, consideramos que la solicitud de auxilio judicial debe ser interpuesta ante el juez competente que deba conocer el proceso en el que se hará valer la dispensa del gasto.

2. Por otro lado, la norma hace referencia a que la solicitud de auxilio judicial tiene carácter de declaración jurada y su aprobación es automática, si se cumple con demostrar que estos gastos ponen en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan.

A pesar que la norma no lo precise, dicho pedido debe ser puesto en conocimiento de la parte contra quien se litiga o se litigará, pues, tiene un indudable interés en el resultado, ya que si es favorable dicha parte viene a quedar en una situación de desventaja procesal con respecto al beneficiario, quien en tal caso, se halla exento del pago de los gastos al que puede ser eventualmente condenado. (ver artículo 413 del CPC).

La norma deja librada a la apreciación judicial, en cada caso concreto, la determinación de la suficiencia o insuficiencia de los recursos del interesado para afrontar los gastos del proceso y si estos generan un peligro para su subsistencia.

No hay ningún referente objetivo que se pueda manejar para determinar “el peligro para la subsistencia del solicitante y de su familia”. Hay algunos criterios que subordinan a la insuficiencia de medios por debajo de determinados topes, como el monto de los ingresos percibidos por el solicitante; otros que prescindan del origen de los recursos del peticionario, pues, si posee bienes cuyas rentas solo alcanzan a cubrir los gastos de subsistencia o de bienes improductivos cuya venta o sujeción a gravamen no serían suficientes para afrontar los eventuales gastos judiciales.

Uno de los vacíos que no señala la ley, es la posibilidad del auxilio judicial pero en forma parcial, limitado solo a las costas o a los costos; otro vacío que la jurisprudencia irá determinando, se refiere a que el peticionario no solo debe acreditar la carencia de recursos, sino también la imposibilidad de obtenerlos. No podría ser acreedor del auxilio quien no obstante poseer las aptitudes necesarias, se abstiene de conseguir recursos mediante el trabajo, o quien puede obtenerlos de otra persona, que se encuentra legalmente obligada a ello, no lo hace.

3. La dispensa del pago total o parcial de los gastos procesales operan por disposición legal o por concesión judicial.

Cuando es por disposición legal, el beneficio se funda en el carácter que revisa la parte o en la naturaleza del proceso.

En el primer supuesto, gozan del beneficio las siguientes personas: Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales y las Universidades Públicas. (ver artículo 413 del CPC).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las personas citadas se hallan eximidas, cualquiera fuera la naturaleza del proceso en que intervengan, del pago de tasas judiciales y además de otorgar cauciones para la obtención de medidas cautelares. El artículo 614 del CPC refiere a quienes se encuentran exceptuados de contracautela: “Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial”.

En el supuesto de la naturaleza del proceso, la ley acuerda el beneficio a quienes interpongan recursos de garantía constitucional, (habeas corpus, amparo, etc.) intervengan como demandante en el proceso de alimentos; cuando se interpongan pretensiones laborales en defensa de los trabajadores.

Algunas ideas finales en relación a lo señalado líneas arriba:

a) la exención solo comprende el pago de las tasas judiciales y no se extiende a la asistencia letrada, esto es, el juzgado no está obligado a designar curador procesal, para la defensa de estas personas. Opera aquí una dispensa parcial del gasto, limitada solo al concepto de costas procesales.

b) la norma regula el principio de especificidad del beneficio, no se trata de una declaración genérica para todo uso y para todo proceso, sino de un beneficio concedido específicamente, en un determinado momento para litigar contra persona determinada o intervenir en determinado proceso.

## PROCEDIMIENTO

### ARTÍCULO 181

*Quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la presentación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación de la solicitud a la que se hace referencia en el artículo anterior y la propuesta de nombramiento de abogado apoderado. El Juez tomará conocimiento y dará trámite a la indicada documentación en cuaderno separado. El pedido de auxilio no suspende la tramitación del principal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. 187, 562.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 162.  
C.P.C.N. Argentina arts. 80, 81.82.

---

## Comentario

1. Como señala el artículo 180 del CPC, el auxilio puede solicitarse antes o durante el proceso. En este último caso, se tramitará en cuaderno separado del proceso principal, siendo el juez que conoce de este último quien deba pronunciarse sobre dicha solicitud. El pedido de auxilio no suspende la tramitación del principal.

Cuando se solicita antes del proceso, la parte que obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la presentación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación del auxilio judicial y la propuesta de nombramiento de abogado apoderado. El juez, dará trámite a la indicada documentación en cuaderno separado.

2. Por otro lado debe advertirse que el pedido de auxilio judicial involucra un pronunciamiento de la jurisdicción sin proceso, materializa a través de su pedido el poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela, que no siempre se va a expresar a través de la demanda, esto es, sin demanda

---

(\*) Texto según artículo 5 de la ley 26846 (27/07/97)

hay acción. Cuando estamos en este supuesto nos referimos a la prueba anticipada, a la medida cautelar fuera de proceso y al pedido de auxilio judicial como el caso de comentario. Como ya hemos señalado, técnicamente no es una demanda el pedido de auxilio judicial, pero se busca acudir al órgano judicial en busca de tutela, materializando de esta manera el derecho de acción.

3. El abogado apoderado, tiene facultades del curador procesal. Se puede catalogar a este como una expresión de representación judicial, a pesar que hay un sector en la doctrina que lo ubica en la representación legal porque es la ley procesal la que otorga facultades al juez para la designación del representante de una persona en el proceso.

De manera general podemos decir que Curador es quien cuida de algo. Un curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir los pleitos y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad, o a quien no cuente con recursos para sufragar los gastos procesales, entre ellos los de un abogado y para lo cual el Juzgado le ha otorgado el beneficio del auxilio judicial. Sobre el rol e intervención del curador en el proceso, es recomendable remitirse al texto del artículo 61 del CPC al respecto.

## EFFECTOS DEL AUXILIO

### ARTÍCULO 182

*El auxiliado está exonerado de todos los gastos del proceso. El pedido de auxilio antes de la demanda suspende la prescripción, salvo que concediéndose, transcurran treinta (30) días de notificado sin que se interponga la demanda.*

*Una copia de la solicitud de auxilio judicial será remitida por la dependencia judicial correspondiente a la Corte Superior de dicho Distrito Judicial. Periódicamente se realizará un control posterior y aleatorio de las solicitudes de auxilio judicial presentadas en todo el país a fin de comprobar la veracidad y vigencia de la información declarada por el solicitante. Contra el resultado de este control no procede ningún medio impugnatorio.*

*En caso de detectarse que la información proporcionada no corresponde a la realidad en todo o en parte, la dependencia encargada pondrá en conocimiento de tal hecho al Juez para que se proceda conforme al segundo párrafo del artículo 187. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 187, 412.  
LEY 26846 arts. 1 y 6.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 163.  
C.P.C.N. Argentina arts. 84, 85, 86.

---

## Comentario

1. El efecto principal que apareja la aprobación del auxilio judicial es liberar al beneficiario del pago de gastos judiciales.

Consideramos que como el auxiliado está exonerado de todos los gastos del proceso, debe ser obligatorio que la solicitud de auxilio judicial, sea puesto en conocimiento de la parte contra quien se litiga o se litigará, pues, tiene un indudable interés en el resultado, ya que si es favorable, dicha parte viene a quedar en una situación de desventaja procesal con respecto al beneficiario, quien en tal caso, se halla exento del pago de los gastos al que puede ser eventualmente condenado. (ver artículo 413 del CPC).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. El pedido de auxilio judicial, antes de la demanda, suspende la prescripción. Nótese que se hace referencia a la suspensión más no a la interrupción. Ello resultaría coherente con lo regulado en el inciso 8 del artículo 1994 del Código Civil al considerar que mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano, la prescripción se suspende; en cambio se interrumpe con la citación con la demanda.(ver inciso 3 artículo 1996)

3. Hay que poner énfasis, que la resolución que aprueba el auxilio judicial deba dictarse bajo la condición resolutoria que el beneficiario mejore de fortuna, en cuyo caso renace su responsabilidad por el pago de los gastos del proceso. Esta situación se ha previsto en el artículo 187 del CPC, que dice: “en cualquier estado del proceso, si cesaran o se modificaran las circunstancias que motivaron la concesión de auxilio judicial, el auxiliado deberá informar de tal hecho al Juez, debiendo este sin otro trámite que el conocimiento del hecho indicado declarar su finalización.” Sin perjuicio de lo señalado, la norma en comentario hace la siguiente referencia: “periódicamente se realizará un control posterior y aleatorio de las solicitudes de auxilio judicial presentadas en todo el país a fin de comprobar la veracidad y vigencia de la información declarada por el solicitante”.

Sobre este extremo, mediante Resolución Administrativa N° 182-2004-CE-PJ<sup>(1)</sup>, se ha aprobado la Directiva N° 006-2004-CE-PJ que regula el procedimiento para la concesión del beneficio de auxilio judicial y formato de solicitud de auxilio judicial. En el se establece que “la Oficina de Administración Distrital mensualmente realizará un control posterior y aleatorio de las solicitudes de auxilio judicial concedidas en su respectiva sede judicial, a fin de comprobar la veracidad y vigencia de la información declarada por el solicitante. Si como resultado de estas acciones se detectara la existencia de información que no corresponda a la realidad, en todo o en parte, la Administración comunicará este hecho al Magistrado que conoció la solicitud. Ante el informe de la Oficina de Administración Distrital, el Magistrado, de ser el caso, declarará automáticamente finalizado el auxilio concedido y condenará a quien lo obtuvo indebidamente al pago de una multa equivalente al triple de los Aranceles y Cédulas de Notificación dejadas de pagar, sin perjuicio de remitir lo actuado al Ministerio Público a efectos de iniciar las acciones penales a que hubiere lugar”.

El beneficio también comprende el derecho que la representación y defensa del beneficiado sea asumida por un abogado apoderado con las facultades de un curador procesal. En el caso que la parte contraria hubiere sido condenada al pago de los gastos procesales, los profesionales que patrocinaron o representa-

---

(1) El contenido de la Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ron al beneficiado pueden exigir a dicha parte, el pago total de sus honorarios. El artículo 183 del CPC señala que ellos son cubiertos íntegramente por el perdedor; sin embargo, si este hubiere litigado con auxilio judicial el Colegio respectivo asume dicho reembolso.



## JURISPRUDENCIA

---

*La solicitud de auxilio judicial tiene carácter de declaración jurada y su aprobación es automática; por lo que sus efectos se retrotraen a la fecha de la presentación del recurso (Cas. N° 1652-99-Arequipa, El Peruano, 18/12/99, p. 4336).*

*Cuando se desconoce el domicilio de la parte demandada debe publicarse edictos en el diario oficial y en un diario de mayor circulación por tres días hábiles. El auxilio judicial solo exonera de los gastos del proceso, mas no de las publicaciones de ley (Exp. N° 868-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 346).*

## APODERADO DEL AUXILIADO

### ARTÍCULO 183

*Habiendo tomado conocimiento de la aprobación del auxilio judicial, el Juez mediante resolución, podrá acceder a la solicitud del interesado designando al abogado que actuará como su apoderado.*

*Caso contrario el Juez nombrará apoderado eligiéndolo de la lista que el Colegio de Abogados de la sede de la Corte enviará a la Presidencia de la misma. Ningún abogado está obligado a patrocinar más de tres procesos con Auxilio Judicial al año.*

*Los honorarios del apoderado son fijados por el Juez. Son cubiertos íntegramente por el perdedor, si no fuera auxiliado. Si este fuera el perdedor, los paga el Colegio respectivo.*

*Si el apoderado no reside donde va a continuar el proceso, sea segunda instancia o casación, el órgano jurisdiccional encargado le nombrará un sustituto. Lo mismo ocurrirá si el apoderado cambia de lugar de residencia. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 2, 58, 68, 288, 296, 298, 302, 410.

R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 164

---

## Comentario

1. El beneficiado con el auxilio judicial debe poner a conocimiento del juez dicho beneficio, proponiendo determinado abogado para que sea designado como tal y asuma su defensa.

El juez valorará el pedido y decidirá acceder o no a ella. Si accede, procederá a designar al abogado, quién actuará como su apoderado; en caso que no acceda, nombrará apoderado eligiéndolo de la lista que el Colegio de Abogados de la sede de la Corte, que este enviará a la Presidencia de la misma.

---

(\*) Texto según artículo 5 de la Ley 26846 (27/07/97).

2. La norma es coherente con la teoría del vencimiento que rige en el reembolso de los gastos procesales y que se encuentra recogida en el artículo 412 del CPC. Decimos ello porque “los honorarios del apoderado-abogado serán cubiertos íntegramente por el perdedor, sino fuera auxiliado”.

Ello es atendible, porque si fuere auxiliado el vencido, dicho pago lo asume el Colegio de Abogados respectivo. El Código no da mayores elementos para determinar el Colegio que asumirá dicho pago. Un criterio podría ser, al que se encuentra incorporado el abogado que ha defendido a la parte perdedora y que fue propuesto por la solicitante del auxilio judicial (ver 1º parte del artículo en comentario); otro supuesto, podría ser el Colegio de Abogados de la sede de la Corte, en atención a la lista de abogados que envió para su elección (ver 2º parte del artículo en comentario).

La redacción de la norma, nos lleva a sostener que, a pesar que el vencido haya litigado con auxilio judicial, no exonera al vencedor del reembolso de los costos procesales, asumiéndolo el Colegio respectivo. Ello es atendible porque en la devolución de los costos procesales, se incluye además, un 5% destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial, tal como lo prevé el artículo 411 del CPC. Esta situación nos lleva a reafirmar lo señalado por Cappelletti y Garth<sup>(1)</sup>, que “el gasto más importante para los litigantes es el honorario del abogado”.

Por otro lado, el haber litigado frente a una parte que se encontraba bajo auxilio judicial, la misma que luego resulta vencedora, no le exonera del reembolso de los costos. Como señala la norma “los honorarios del apoderado son fijados por el juez y son cubiertos íntegramente por el perdedor”. Situación especial se tornaría en el supuesto que ambas partes hubieren litigado con auxilio judicial. En igual forma, el desembolso de los gastos lo asumiría la parte vencida, pero dicho desembolso no podría dirigirse al patrimonio de la parte beneficiada, pues ella no ha realizado ningún gasto (honorario de abogado) que justifique el reembolso de este. Le correspondería dicho desembolso al apoderado, quien ha asumido la defensa de manera directa.

---

(1) Op. cit. p. 15

## IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN DEL APODERADO

### ARTÍCULO 184

*El apoderado debe abstenerse si se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento o recusación aplicables al Juez. El impedimento o recusación del apoderado se manifestará dentro de tres días de notificado el nombramiento, acompañando los medios probatorios. El Juez resolverá de plano, siendo su decisión inimpugnable.*

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 305 y ss.  
D.S. 017-93-JUS art. 184 inc. 4.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

### Comentario

1. La imparcialidad es una garantía de la jurisdicción que no solo es exigible a los jueces sino a otros sujetos procesales como los auxiliares jurisdiccionales y órganos de auxilio judicial.

Estos últimos, son medios de apoyo para hacer realidad los fines del proceso. Según el artículo 55 del CPC, son órganos de auxilio judicial, el perito, depositario, interventor, martillero público, curador procesal, policía y otros órganos que determine la ley entre los que podemos citar, al cuerpo médico forense, a los traductores e interpretes, entre otros.

2. Para el artículo 315 del CPC tanto los auxiliares jurisdiccionales como los órganos de auxilio judicial pueden ser recusados por las causales contenidas en el artículo 307 del CPC en lo que sean aplicables.

La recusación es el medio por el cual las partes exteriorizan su voluntad para que otros sujetos procesales ajenos al juez no intervengan en el proceso por sospechar de su imparcialidad. El sujeto activo siempre es la parte y el pasivo los órganos de auxilio judicial, entre otros.

La recusación tiene que ser causada en alguno de los supuestos que refiere el artículo 307 del CPC, caso contrario se rechazará liminarmente.

Por otro lado, los órganos de auxilio judicial están sujetos a las causales de impedimento reguladas en el artículo 305 del CPC. En tales circunstancias, tienen el deber de abstenerse si se encuentran afectados por dichas causales. En

ese sentido la norma en comentario dice: “el apoderado debe abstenerse si se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento o recusación aplicables al Juez”. Sobre el particular señalamos lo siguiente: el apoderado tiene las facultades del curador procesal, esto significa que conforme lo señala el artículo 61 del CPC, el curador es un abogado nombrado por el Juez a pedido del interesado en diversos supuestos que detalla el citado artículo 61 del CPC. Si el curador procesal asume la actividad de un abogado, no resulta coherente aplicar a la actuación e intervención de este, las causales de impedimento o recusación de los jueces.

Precisamente es la imparcialidad una de las características que debe acompañar a la función de los jueces, a diferencia de la actividad de los abogados quienes son absolutamente parciales con la posición de la defensa que asumen. El abogado tiene el deber de intervenir en el proceso como servidor de la Justicia y como colaborador de los jueces; está obligado a patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe (ver artículo 288 de la LOPJ), lo que no implica que su intervención en el proceso se orienta a sostener la tesis o negación de estas, alejándose de una posición imparcial que necesariamente tiene la que desarrollar un Juez.

Como señala la norma en comentario, “el apoderado debe abstenerse si se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento o recusación aplicables al Juez”. Si revisamos las causales recogidas en el artículos 305 y 307 del CPC respectivamente no la encontramos coherente con el rol que desempeñará el abogado en el proceso; por citar, se señala que “el tener interés directo o indirecto en el resultado del proceso” es justificación para la recusación del abogado, sin embargo, resulta razonable que el abogado bajo la figura de curador procesal, tenga interés directo en el resultado del proceso e intervenga en él bajo esa motivación.

3. El impedimento es la espontánea declaración que hacen los sujetos procesales, de encontrarse impedidos para intervenir en un asunto. El impedimento es el hecho legalmente previsto que imposibilita a dichos sujetos intervenir en el proceso judicial. Las causales para los impedimentos están fijados en el artículo 305 del CPC; ellas tienden a asegurar la imparcialidad de los órganos de auxilio judicial, a fin de ofrecer garantía a los administrados y litigantes.

Cuando concurre cualquiera de las causales del citado artículo 305 del CPC o las causales de recusación que señala el artículo 307 del CPC, dichos sujetos están obligados a abstenerse de intervenir. Tales casuales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente.

Esta abstención –señala la norma– debe manifestarse dentro de tres días de notificado el nombramiento, acompañando los medios probatorios, para tal fin.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Recusación e impedimento, persiguen el mismo fin: apartar a los órganos de auxilio judicial del proceso como garantía del justiciable. Asimismo, cuando ellos sientan afectada su imparcialidad, desde ese mismo momento surge una condición impeditiva para el ejercicio de la actividad judicial en el respectivo proceso, situación que debe llevar a la abstención por declararse impedido.

Lo desarrollado líneas arriba nos permite sostener la incoherencia de aplicar las causales de recusación e impedimento a la intervención del apoderado bajo auxilio judicial. Aquí no puede pedirse imparcialidad, todo lo contrario, hay una natural parcialidad, propia de los intereses que defiende y representa este apoderado.

## FACULTADES DEL APODERADO

### ARTÍCULO 185

*El apoderado tiene las facultades del curador procesal y las que le conceda el auxiliado. Sin perjuicio de ello, el apoderado podrá delegar la representación en otro Abogado, bajo su responsabilidad.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 61.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 165.

---

### Comentario

---

1. El abogado apoderado del beneficiado con el auxilio judicial tiene las facultades del curador procesal, esto implica, que estamos ante un típico caso de representación judicial.

De manera general podemos decir que Curador es quien cuida de algo. Un curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir los pleitos y defender los derechos de un menor, de un ausente, del sometido a interdicción civil, del beneficiado con auxilio judicial, entre otros casos. El artículo 61 del CPC regula la este tipo de representación procesal.

El curador procesal tiene el deber de intervenir en todos los actos que ocurran durante el desarrollo del proceso cesando su representación solo frente a la comparecencia del demandado, cuando se declare la finalización del auxilio judicial (véase artículo 187 del CPC)

Al contestar la demanda, no tiene la carga de reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en aquella o la autenticidad o recepción de los documentos acompañados por el actor. No tiene la carga de tachar de falso el documento no auténtico, pues ignora si proviene o no del auxiliado. Su silencio no produce el reconocimiento tácito. Carece de facultades para realizar actos de disposición como allanarse, transar y conciliar; y, no puede ser citado para ejecutar aquellos actos cuya eficacia depende de su cumplimiento personal por parte del demandado, como el reconocer firmas.

2. Por otro lado, la norma señala “el apoderado podrá delegar la representación en otro Abogado, bajo su responsabilidad”.

Señala Lohmann<sup>(1)</sup> “en la delegación el representante permanece vinculado al representado y responsable ante él. Delega sus facultades, pero del delegado responde ante el delegante y este ante el representado: no hay relación jurídica directa entre el principal y delegado, como si la hay en la sustitución entre el principal y el sustituto”. La fórmula que consagra la norma en comentario, se orienta también en ese sentido porque “la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir su representación”.

Un caso al respecto opera cuando se trata de personas físicas procesalmente incapaces, el derecho de postulación corresponde a sus representantes legales, como los padres, tutores o curadores. Estos a su vez pueden “delegar” el ejercicio del poder postulatorio a representantes convencionales, cuya personería cesa al extinguirse la representación que aquéllos revestían; otro caso ocurre cuando el curador procesal, apoderado y abogado del beneficiado con auxilio judicial, delega la representación en otro abogado, la misma que cesa al finalizar esta, en el caso que regula el artículo 187 del CPC.

Sobre el particular, resulta interesante la hipótesis que maneja Lohmann<sup>(2)</sup> en relación a la delegación de poderes sin estar facultado para ello. Bajo ese supuesto, los actos celebrados por el delegado no podrán ser impugnados por falta de legitimación, si el representado no tenía prohibida la delegación. De estar prohibida, los actos y negocios celebrados, serán ineficaces para el representado.

---

(1) LOHMANN, Guillermo. El Negocio Jurídico, pp. 234-235.

(2) Op. cit., p. 236.

## RESPONSABILIDAD DEL APODERADO

### ARTÍCULO 186

*El dolo o negligencia en el ejercicio de su función, constituyen falta grave del apoderado contra la ética profesional. Si ocurre tal hecho, el Juez lo pondrá en conocimiento del Colegio de Abogados, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, que serán compartidas por igual entre el auxiliado y el Poder Judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 110, 111, 183.  
D.S. 017-93-JUS arts. 201 inc. 4, 304.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 70.

---

### Comentario

---

1. El apoderado del beneficiado con el auxilio judicial es un abogado que es designado a propuesta de este o del Colegio de Abogados de la sede de la Corte.

Cuando este apoderado, en el ejercicio de su actividad profesional, actúe con dolo o negligencia, constituye falta grave contra la ética profesional.

Incorre en dolo cuando se vicia la voluntad de su defendido. Implica engaño mediante artificio, astucia o maquinación, para conseguir una manifestación de voluntad que, conociéndose la verdadera realidad del acto, no sería realizado voluntariamente por el perjudicado.

La negligencia, también constituye una falta no intencional, consistente en dejar de cumplir un acto que se, habría debido cumplir. La falta de diligencia del apoderado, en la tramitación y gestión de determinados procedimientos judiciales, generando con esa inactividad el incumplimiento de una actividad o el cumplimiento tardío de esta.

En tales circunstancias, el juez impone una sanción pecuniaria, equivalente a una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, que serán compartidas por igual entre el auxiliado y el Poder Judicial; sin perjuicio de poner en conocimiento de dicha conducta al Colegio de Abogados

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que propuso su designación o en el que forma parte de la orden, en caso que la propuesta hubiere venido de la propia parte auxiliada.

2. La norma hace referencia al pago de una multa. Ella es una sanción pecuniaria que se impone a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)<sup>1</sup>

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(1) El contenido de esta Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo

## FIN DEL AUXILIO DURANTE EL PROCESO

### ARTÍCULO 187

*En cualquier estado del proceso, si cesaran o se modificaran las circunstancias que motivaron la concesión de auxilio judicial, el auxiliado deberá informar de tal hecho al Juez, debiendo este sin otro trámite que el conocimiento del hecho indicado declarar su finalización.*

*En caso que la dependencia judicial encargada de realizar las verificaciones sobre los pedidos de auxilio judicial informase al Juez del cese de las circunstancias que motivaron el auxilio o la falsedad de las mismas, este declarará automáticamente finalizado el auxilio concedido y condenará a quien obtuvo el auxilio judicial al pago de una multa equivalente al triple de las tasas dejadas de pagar, sin perjuicio de iniciarse las acciones penales correspondientes.*

*Adicionalmente el Juez puede declarar de oficio o a pedido de parte no auxiliada, el fin del Auxilio dentro del tercer día de vencido el plazo concedido para la presentación del descargo, siempre que los medios probatorios acompañados al pedido o los documentos obrantes, acreditan la terminación del estado de hecho que motivó su concesión sin perjuicio de la aplicación de la última parte del artículo anterior.*

*En estos casos la resolución que ampare el pedido es apelable, la que lo deniega es impugnable, quien la formuló será condenado al pago de costas y costos del procedimiento y a una multa no mayor de una unidad de referencia procesal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 179, 181.  
R.ADM. 182-2004-CE-PJ.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 167.

---

(\*) Texto según artículo 5 de la Ley 26846 (27/07/97).



1. El auxilio judicial no es un beneficio permanente porque puede variar en atención a que las circunstancias que motivaron la concesión de este auxilio han desaparecido. Tiene un carácter provisorio, porque se halla subordinado a la permanencia de las circunstancias de hecho, tenidas en cuenta, para pronunciarla.

2. Cuando varíen las condiciones que motivaron la concesión del auxilio judicial, la parte beneficiada o la dependencia judicial encargada de verificar la información brindada para justificar el beneficio, deben comunicar de tal hecho al juez. En estos casos, el juez sin mayor trámite declara automáticamente el fin del auxilio judicial. Además, impone el pago de una multa (equivalente al triple de las tasas dejadas de pagar) sin perjuicio de las acciones penales, en caso que la información consignada inicialmente para gozar de este beneficio, sea falsa.

3. Otro aspecto a resaltar de la norma es el referente a la participación de la parte no beneficiada con el auxilio. El carácter provisional de la resolución que otorga el auxilio judicial, permite que en el supuesto de haber sido ella favorable, pida se la deje sin efecto, para lo cual deben presentar prueba tendiente a demostrar la desaparición o modificación de las circunstancias de hecho sobre cuya base se concedió el beneficio. El juez, luego de otorgar un plazo al beneficiado para que presente sus descargos, decidirá si mantiene o pone fin al auxilio judicial. En este último caso, señala la norma, “condenará a quien obtuvo el auxilio judicial al pago de una multa equivalente al triple de las tasas dejadas de pagar, sin perjuicio de iniciarse las acciones penales correspondientes”.

Esta intervención es coherente por los efectos que genera la dispensa del gasto. Hay un indudable interés en poner fin al auxilio judicial de la contraria, por la desventaja procesal en la que se encuentra este con respecto al beneficiario, quien al estar libre de pago de los gastos procesales, no está obligado a reembolsar las costas del proceso, en caso de condena. En el caso de los costos, estos los asume el Colegio respectivo (ver artículo 183 del CPC).

Esta intervención de la parte no beneficiada, permite equilibrar la discusión en la dispensa de los gastos, pues, conforme lo señala el artículos 179 y 180, este se otorga sin intervención de la contraparte.

4. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)<sup>(1)</sup>

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez .

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(1) El contenido de esta resolución aparece en el anexo del trabajo.

# TÍTULO VIII

## MEDIOS PROBATORIOS

### Capítulo I

## DISPOSICIONES GENERALES

### FINALIDAD

#### ARTÍCULO 188

*Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 121 párr. 3, 209, 282, 461 inc. 4.
<b>C.P.</b>	art. 412.
<b>C. de C.</b>	art. 575.
<b>C.T.</b>	art. 85 incs. a, b.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 9, 21.
<b>LEY 26636</b>	arts. 25, 26.
<b>LEY 26887</b>	art. 431.
<b>D. LEG. 822</b>	arts. 41 inc. e, 43 inc. d.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 115.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 174.

### Comentario

1. Uno de los aspectos a dilucidar en relación a la prueba, es el objeto de ella. Esto lleva a la inevitable pregunta ¿que se debe probar?. No hay una respuesta uniforme en la doctrina. Algunos dicen que son los hechos; otros, consideran a las cosas, hechos y seres; para otros, todo lo que es pasible de confirmación. Nuestro Código al respecto dice: “los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión” (ver artículo 190 del CPC).

Los fines de la prueba, a la que se refiere la redacción de la norma, nos lleva a la pregunta ¿para que probar? ¿cuál es el objetivo de la prueba? La opción de la verdad, aparece como un objetivo general de aspiración señala Falcón. “La verdad jurídica será la certeza a la que llega el juez respecto de la prueba, al sopesar los distintos elementos y darles mayor valor a unos que a otros, y siempre observando las reglas y principios procesales para llegar a esas conclusiones, sin abandonar las reglas científicas que son la base y el apoyo general de la prueba. A esa certeza se llega por evidencia, por persuasión, o por alta probabilidad. La certeza fija los hechos en la decisión y se transforma en una verdad jurídica amparada por la cosa juzgada”<sup>(1)</sup>. Bajo ese contexto, la redacción del artículo en comentario señala que la finalidad de la prueba es “...producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos...”.

El fin de la prueba dependerá en primer lugar, del alcance del acto a probar (medidas cautelares, sentencia definitiva, etc). En cada uno de los campos en que sea necesaria la prueba, el juzgador deberá haber llegado al convencimiento que lo fáctico que sustenta su decisión es adecuado y suficiente para el acto (con verosimilitud, certeza o evidencia).

2. La actividad probatoria es una carga para las partes, de la que no se sustrae el abogado. Este asume un protagonismo inicial en la búsqueda de la prueba porque la averiguación que el abogado realizará, es un acto previo a la afirmación que posteriormente hará en su demanda. Dicha averiguación no constituye actividad probatoria sino un procedimiento previo a la afirmación.

Es una actividad preliminar y extraproceso que realiza el particular para presentar o afirmar los hechos averiguados ante el juez. Si durante el proceso logra confirmar el contenido de su pretensión y además ofrecer elementos que prueben, que esa averiguación ha sido correcta, obtendrá una sentencia favorable. Tanto la averiguación como la afirmación es una actividad exclusiva del abogado y la parte.

Para Gozaini<sup>(2)</sup>, los conceptos de averiguación y verificación no son términos contrapuestos, sino que tienen significados diferentes, pero que son indudablemente complementarios porque el prefijo latino “a” significa caminar hacia algo y verificar significa caminar hacia la verdad. Entonces, si averiguar significa caminar hacia la verdad, verificar significa presentar esa verdad. En ese sentido resulta interesante compartir la opinión de Sentís Melendo<sup>(3)</sup>, quien decía: “La prueba

(1) FALCON, Enrique. Tratado de la prueba. Astrea. Buenos Aires. T. 1, 2003, p. 179.

(2) GOZAINI, Osvaldo. La prueba en el proceso civil. Normas Legales. Trujillo, 1997, p. 2.

(3) SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires,. Ejea, 1978, p. 11.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

no consiste, pues, en averiguar sino en verificar. Y no consiste en averiguar, porque la función del juez no es averiguar; ésta es la función de las partes, pero no la del juzgador; al juez puede serle necesario aclarar, clarificar algún aspecto de lo que está discutido, pero nunca ir en busca de esa verdad que han debido procurar traerle las partes”.

Si bien el presente artículo se refiere a la finalidad de la prueba, “producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos”, debemos precisar que el objeto de la prueba no son los hechos simplemente, sino “las afirmaciones de los hechos que hacen las partes” o como dice la norma “los hechos expuestos por las partes”. La prueba versa sobre el elemento fáctico que hay en el proceso, sobre los datos que están aportados al proceso, esto es, por las afirmaciones de las partes. No son objeto de prueba el derecho, con excepción del derecho consuetudinario o del extranjero.

3. Otro aspecto que se debe apreciar en la norma es la distinción entre fuente y medio de prueba. En esta distinción no podríamos dejar de citar la influencia de Sentis Melendo, quien señala que todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba; por citar, la fuente es el conocimiento que tiene el testigo de los hechos, el medio es la declaración que presta. La fuente es la cosa u objeto que se somete al perito, el medio es este examen expresado en el dictamen pericial.

Hay ciertas fuentes de prueba que a su vez son medios de prueba, como los documentos públicos o privados reconocidos, por lo que no requieren otro elemento complementario para su corroboración, pues ese registro puede advertirse de modo inmediato por los conocimientos que se tienen regularmente. Otras fuentes, cuando no se manifiestan por sí requieren ser auxiliadas por vías particulares llamadas “medios”, es decir, mecanismos que es preciso indicar y realizar y que se van a usar para traer el conocimiento de la fuente, al proceso. Esta distinción es importante para apreciar en mejor forma la prueba de oficio, pues, ella solo opera sobre las fuentes de pruebas, que están en el proceso, pero que requieren ser expresadas o transportadas, a través de medios de prueba idóneos que la recojan y trasladen en mejor forma al proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*La prueba de existencia de unión de hecho tiene que actuarse dentro de un proceso judicial pero no necesariamente distinto a aquél en el que deba sustentarse el derecho pedido de estado de copropiedad, es decir, que no siempre debe seguirse un trámite exclusivo para obtener la declaración judicial de existencia de la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, sino que en un proceso como el del pedido de estado de copropiedad, puede probarse dicha existencia, utilizando principalmente prueba escrita (Cas. Nº 2279-98-Arequipa, El Peruano, 08/08/2000, p. 5778).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Para conceder la asignación de pensión alimenticia a favor de un hijo extramatrimonial no reconocido, basta con probar que a la fecha de la concepción del niño, el demandado mantuvo relaciones sexuales con la madre.*

*El Juzgador no puede admitir pruebas tendientes a establecer un hecho no controvertido, como es la paternidad, en un proceso de alimentos (Exp. N° 353-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 137).*

*Los medios probatorios tienen como finalidad producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos. Ellos deben ser valorados por el Juzgador en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configura su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos (Exp. N° 563-97-7, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 349).*

*Para configurar la causal de abandono injustificado de la casa conyugal requiere el apartamiento físico de uno de los cónyuges del hogar común, la falta de justificación del cónyuge culpable y la separación por más de dos años.*

*Son bienes sociales las acciones adquiridas en la vigencia del matrimonio, las que deberán ser comprendidas en la liquidación de gananciales. Si bien existen vehículos registrados a nombre del emplazado, es necesario que se acredite que estos han sido adquiridos en la vigencia del matrimonio (Exp. N° 1963-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 116-117).*

*La causal de abandono injustificado del hogar conyugal supone para su configuración la concurrencia de tres elementos: el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común; la deliberada intención de poner fin a la comunidad matrimonial, por lo que corresponderá al cónyuge emplazado acreditar los motivos que justifiquen su apartamiento; y, el transcurso de dos años continuos de abandono o si sumados los periodos de abandono, estos excedan dicho plazo (Exp. N° 1235-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 118-120).*

*Si bien se debe atender la opinión de los niños, es necesario considerar dichas manifestaciones en el contexto de los medios probatorios. No obstante los niños manifiestan su deseo de permanecer con el padre, debe apreciarse los actuados seguidos contra el padre demandante, por delito de lesiones graves en agravio de su esposa.*

*Dicho comportamiento agresivo resulta poco propicio para el desarrollo emocional de los menores de edad, cuya tenencia se peticiona.*

*Es derecho de los padres, pero sobre todo del niño, mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres (Exp. N° 1965-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 133-134).*

*Si bien el contrato de arrendamiento para que surta eficacia no requiere de formalidad alguna, sin embargo, es necesario que se demuestre su existencia a través de los medios probatorios pertinentes, a efecto de hacer valer las consecuencias que de este deriven (Exp. N° 58891-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 222).*

*“... Por el principio de adquisición, las pruebas no pertenecen a las partes, sino al proceso...” (Exp. N° 230-95, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 69).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... Por el principio de adquisición procesal todos los actuados procesales que corren en el expediente pueden ser merituados por el Juzgador a efecto de satisfacer los fines a que se contrae el artículo ciento ochentiocho del Código Procesal Civil...” (Cas. Nº 731-99/Arequipa, Sala Civil Permanente Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 70-71*).

“... Tratándose de un contrato de suministro este puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiese celebrado por escrito, su mérito prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios, lo que significa que no se exige la forma adsolemnitatem sino ad probationem...” (Cas. Nº 203-94/Lambayeque, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 447-448*).

“...Aquel que ejercita la acción reivindicatoria debe probar su dominio y demostrar, además que el demandado posee indebidamente el bien...” (Exp. Nº 107-96, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 468-469*).

Por el principio de adquisición, las pruebas no pertenecen a las partes, sino al proceso (Exp. Nº 230-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 115-116*).

Las pruebas deberán ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas; ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; por cuanto solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso (Exp. Nº 1300-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 153-154*).

Si se ha demandado el pago en dólares sin que se haya probado que se ha convenido en dicha moneda, y más bien de la prueba documental fluye que se ha efectuado en moneda nacional, corresponde a los jueces resolver el conflicto cuando exista una real congruencia entre los hechos planteados y que han dado motivo al conflicto y las pruebas actuadas, haciendo uso del poder de administrar justicia con la finalidad de conseguir la paz social en justicia.

La indemnización de daños y perjuicios no basta invocarlos sino que debe probarse (Exp. Nº 438-94-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 324-325*).

Según el Código Civil de 1936 para que el padre reconozca al hijo natural se precisa que, en escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como hijo propio, aún cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente.

El acta de nacimiento importa escrito indubitado en el que el demandado exterioriza su voluntad de tener como hijo al habido en sus relaciones extramatrimoniales con la demandante (Exp. Nº 129-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 211-212*).

Una obligación dineraria no se prueba con solo el dicho de testigos, cuando más si son dependientes de la demandante y que en su mayoría aceptan no conocer al demandado. Siendo la actora una sociedad anónima de importante actividad mercantil, se presume que lleva sus operaciones de acuerdo con las reglas y uso del comercio y que todo egreso debe tener su correspondiente comprobante de respaldo.

Si el demandado es miembro del directorio de una sociedad anónima, cualquier préstamo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

en su favor requiere acuerdo previo del Directorio (**Exp. N° 263-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 540-542**).

Si bien por el artículo 1233 del C.C. se entiende que al estar perjudicadas las letras de cambio por el transcurso del tiempo, la obligación que representan estaría extinguida; empero, la disposición invocada es pertinente cuando los títulos valores sirven de medio de pago y cuando se intente con ellas la acción cambiaría, pero no cuando se use como medios probatorios (**Exp. N° 1208-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 184**).

Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba.

En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el Juzgador se forme convicción (**Exp. N° 1297-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 351-352**).

El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria para solicitar que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso a fin de acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Por otro lado, es menester mencionar que dicho derecho es mirado contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales, como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, por lo que su infracción afectaría el orden constitucional (**Cas. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31/08/99, p. 3387**).

“... El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa; ciertamente, es menester mencionar que dicha derecho es mirado contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, y su infracción afectaría el orden constitucional (...) (...) el mismo derecho, por tratarse de un instrumento que se materializa dentro de un proceso, está delimitando por una serie de principios que delimitan su contenido, entre los cuales, pueden mencionarse, los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, que se hallan regulados algunos de forma explícita y otros de modo implícito, en los artículos ciento ochentiocho y siguientes del Código Procesal Civil” (**Cas. N° 261-99/ICA, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 61-64**).

“... Por el principio de adquisición procesal todos los actuados procesales que corren en el expediente pueden ser meritados por el Juzgador a efecto de satisfacer los fines a que se contrae el artículo ciento ochentiocho del Código Procesal Civil...” (**Cas. N° 731-99-Arequipa, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 70-71**).

Resulta intrascendente la pericia grafotécnica presentada para probar que la letra fue aceptada en blanco, porque es lícito aceptar un título valor incompleto. Todo lo contrario, los medio probatorios del demandado deben estar destinados a acreditar que el título valor fue completado en forma diferente a la originalmente pactada (**Exp. N° 11211-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 561-562**).

## OPORTUNIDAD

### ARTÍCULO 189

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 286, 424, 429, 440, 442.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 202.  
C.P.C. Colombia art. 183.

---

### Comentario

---

1. Una de las consideraciones a tener en cuenta para la admisibilidad de la prueba se relaciona con la oportunidad y forma de su ofrecimiento.

La norma en comentario se refiere a la oportunidad del ofrecimiento de los medios probatorios la misma que se relaciona con el principio de eventualidad. Para Monroy<sup>(1)</sup> este principio está directamente ligado con la diferencia a veces sutil, que existe entre una estrategia procesal y una conducta maliciosa.

Con el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911 era perfectamente factible que una parte reserve lo mas importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba a efecto de reducir la capacidad de contradicción del contrario.

Esa situación con el actual Código ha sido trastocada pues las partes tienen la única posibilidad de ofrecer sus medios probatorios con la postulación de la demanda, luego de ella, precluye la oportunidad de insertar medios probatorios salvo que se refieran a hechos nuevos, como es el caso que regula el artículo 429 del CPC.

Con este enunciado se busca contrarrestar sorpresas de última hora. Sobre este particular, véase que la incorporación extemporánea de los medios de prueba no priva del contradictorio, pues, en el supuesto que se presenten documentos, “el juez corre traslado a la otra parte para que reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen”.

---

(1) MONROY, Juan. “Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992” en Análisis del Código Procesal Civil. Cuzco editores. Lima, 1994, p.33.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. A pesar que la segunda instancia se restringe a la revisión de la sentencia, se admite de manera excepcional y bajo una interpretación restrictiva, la posibilidad de introducir nuevas pruebas. Esto conllevaría a admitir de manera indirecta la apertura a prueba de hechos referidos como nuevos, pero que nuestro Código los califica de “hechos relevantes para el derecho discutido acaecido después de concluida la etapa de postulación del proceso” tal como se aprecia del inciso primero del artículo en comentario.

Podemos señalar que en forma excepcional se admite la apertura a prueba en 2º instancia, siempre que se refiera a hechos nuevos y a aquellas probanzas que la parte no hubiera podido conocer y obtener con anterioridad, y que pese a su diligencia no pudo agregar al proceso. Esta posibilidad de ofrecer nuevas pruebas se aplica a los procesos de conocimiento y abreviados.

Por otro lado debe apreciarse lo regulado en el artículo 201 del CPC en relación a la formalidad de la prueba. Se dice que un defecto en la forma, en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad.

3. Sobre la oportunidad para la aportación del medio de prueba, mediante Casación N° 2283-00 CALLAO, Publicado en El Peruano, el 1 de marzo de 2004, la Sala Suprema advierte en un proceso de interdicto de retener, si en el admisorio el juez designó un perito para que intervenga en las diligencias de inspección judicial, quien entregó su informe pericial antes de llevarse a cabo la audiencia única (evidentemente, precluída la etapa postulatoria del proceso), sin observación alguna de las partes; no es extemporánea la prueba ordenada, menos aún, que su mérito constituya una trasgresión de normas procesales, pues tal actuación obedece a lo dispuesto por el artículo 606 del Código Procesal Civil.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien los medios probatorios no han sido presentados en el estadio procesal correspondiente, nada impide que en aras de emitir una sentencia ajustada a la verdad y a la justicia, sean incorporados al proceso y así éste logre sus fines, pues, tratándose de pruebas preconstituidas con intervención de la parte actora, repugna al juzgador que se privilegie el ritualismo de la formalidad, en perjuicio de los valores mencionados (Exp. N° 99-7198-1066, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 224).*

*Proveída la demanda, si algún instrumento ha sido presentado por parte del demandado y no se sustenta en la contradicción pero es evidente que constituye, aún así, un acto procesal de defensa, debe considerarse como medio probatorio introducido, aunque de modo anormal, en el debate de la litis (Cas. N° 2415-99-Tacna, El Peruano, 24/08/2000, p. 6078).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Constituye deber del juzgador premunirse de todos los elementos probatorios que le permitan emitir un pronunciamiento adecuado a Ley, para lo que si bien éstos deben ser aportados en la etapa correspondiente, dentro de los plazos señalados, sin embargo es factible que se admitan y tengan presentes cuando habiendo sido ofrecidos éstos fueron expedidos con posterioridad (**Cas. Nº 1421-98-Huaura, El Peruano, 10/08/2000, p. 5811**).

Los medios probatorios extemporáneos no son procedentes en el proceso sumarísimo, por lo tanto, la sentencia que valore en uno de sus considerandos un medio probatorio extemporáneo, resulta nula (**Cas. Nº 1731-99-La Libertad, El Peruano, 28/12/99, p. 4409**).

Las instrumentales que no sean ofrecidas por las partes en la etapa postulatoria o que sean presentadas en segunda instancia, tratándose de procesos abreviados o de conocimiento, no pueden ser calificadas como medios probatorios, por lo tanto, no pueden ser utilizadas por el juez para ser valoradas en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (**Cas. Nº 2960-98-Lima-Cono Norte, El Peruano, 26/10/99, p. 3808**).

Conforme lo señala el artículo 429 del Código Procesal Civil, se corre traslado en el supuesto que los medios probatorios ofrecidos sean referidos a hechos nuevas y a los mencionados por la otra parte, al contestar la demanda o reconvenir.

Incurrir en error el juez al señalar, sin debida motivación, en primer lugar, que los medios probatorios son extemporáneos y muy por el contrario se resuelve correr traslado a la otra parte, dándose con ello trámite a las pruebas ofrecidas (**Exp. Nº 508-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 422-423**).

Los argumentos de defensa deben hacerse valer oportunamente. Para ello la norma procesal regula el plazo en que deben formular la contradicción de la demanda y ofrecer los medios probatorios. Dada la extemporaneidad de su presentación, carecen de eficacia los medios probatorios (**Exp. Nº 648-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 371**).

Habiendo quedado consentida la resolución del juez que no admite un medio probatorio por considerarlo que no es materia del punto controvertido; no puede posteriormente, ser meritado dicho medio probatorio (**Exp. Nº N-438-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 347**).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden éstos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única (**Exp. Nº 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348**).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Se incurre en error cuando se señala que las pruebas documentales pueden ser ofrecidas en cualquier estado del proceso (**Exp. Nº 1480-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 350**).

“... El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

configuran su pretensión o su defensa; ciertamente, es menester mencionar que dicho derecho es mirado contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, y su infracción afectaría el orden constitucional (...) el mismo derecho, por tratarse de un instrumento que se materializa dentro de un proceso, está delimitando por una serie de principios que delimitan su contenido, entre los cuales, pueden mencionarse, los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, que se hallan regulados algunos de forma explícita y otros de modo implícito, en los artículos ciento ochentiocho y siguientes del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 261-99/ICA, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 61-64*).

“... Sí bien es cierto que de conformidad con el artículo ciento ochentinueve del Código adjetivo, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es permisible, que el juzgador admita pruebas con posterioridad a esta etapa procesal, incluso actuarlas de oficio, siempre y cuando sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso, con lo cual no existen (sic) ninguna vulneración del derecho de defensa y por lo tanto no se ha afectado el debido proceso...” (Cas. Nº 634-96/Piura, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 79-80*).

“... La prueba ofrecida por el recurrente no fue admitida por el Juzgado por haber sido presentada extemporáneamente, por lo que no existe contravención alguna al debido proceso, al no haber sido valorado (sic) dichos medios probatorios...” (Cas. Nº 3252-99/Cajamarca, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 125-126*).

“... Los medios probatorios deben ser ofrecidos en los actos postulatorios; (...) la autorización para ofrecerlos en el escrito de formulación de la apelación no comprende al proceso ejecutivo...” (Corte Superior de Justicia, Cuarta Sala Civil, Exp. Nº 2063-95, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 402*).

En la etapa postulatoria el demandado debe anexar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contestación (Exp. Nº 1198-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 154-155*).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios (Exp. Nº 24-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 221-223*).

«...Si el colegiado consideró necesarios los medios probatorios (extemporáneos) para formar convicción, debió hacer uso del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, que permite ordenar pruebas de oficio, facultad que puede utilizar en cualquier etapa del proceso” (Cas. Nº 1492-99/Santa, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 187-188*).

“... La limitación de que los medios probatorios se refieran a hechos nuevos solo se aplica a los medios probatorios extemporáneos y no a los ordenados de oficio por el

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Juez” (Cas. Nº 2405-97/Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 211-212).*

*“... La resolución de vista hace referencia (...) a la ficha registral (...), documento ofrecido por la demandante en calidad de prueba después de la etapa postulatoria, a pesar de que había precluido la oportunidad para presentar medios probatorios.*

*(...) Que, en consecuencia, se ha afectado el derecho al debido proceso...” (Cas. Nº 2402-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 129-130)*

## PERTINENCIA E IMPROCEDENCIA

### ARTÍCULO 190

*Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.*

*Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:*

- 1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;*
- 2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;*
- 3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y,*
- 4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.*

*La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. VII.
<b>C.P.C.</b>	arts. 188, 228, 278, 283, 286, 332, 368 inc. 2, 394, 442.
<b>C.D.I.P.</b>	arts. 398, 408 a 411.
<b>LEY 26636</b>	art. 31.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 128, 134.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 178.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 364, 365.

---

## Comentario

1. La admisibilidad se relaciona con la eficacia intrínseca de la prueba, sea por la legalidad del medio, por la idoneidad del elemento propuesto y por la oportuni-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

dad y forma de su ofrecimiento. La no admisión del medio probatorio prohíbe *ab initio* su ingreso a la litis, le priva de eficacia liminar cortándole la posibilidad del debate y sustanciación.

La pertinencia y admisión de la prueba son modalidades que se ocupan de centrar los puntos en discusión, procurando que el debate se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante.

Un medio probatorio es pertinente si tiene relación entre los hechos y la actividad de verificación que se pretende alcanzar, esto es, la prueba que se pretende actuar debe orientar a demostrar los hechos que necesitan de prueba para que sea considerada pertinente. En cambio, los hechos no controvertidos o que fuesen inconducentes para resolver la controversia no son aptos para provocar la actividad demostrativa o de verificación de la prueba.

Para nuestro Código la prueba impertinente no significa prueba inadmisiblesino material que no requiere de verificación por no ser un hecho afirmado por una de las partes y admitido por la otra, en la contestación de la demanda. (ver inciso 2º del artículo en comentario)

Los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no hay discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta.

Los hechos admitidos genera dos consecuencias inmediatas: obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; y genera suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna.

La admisión de hechos se define como un acto de alegación, supone el reconocimiento de un hecho introducido por el adversario previamente. Se diferencia de la declaración judicial, porque solo puede versar sobre hechos controvertidos en el proceso.

2. La conducencia de la prueba es un tema trabajado por la doctrina y consiste en la aptitud legal o jurídica para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere.

Gozaini<sup>(1)</sup> al referirse a ella dice que Couture la involucra dentro del concepto de admisibilidad porque entiende que esta se refiere a la idoneidad de un medio determinado para acreditar un hecho; pero la conducencia se aparta de la admisibilidad porque no representa un análisis sobre las cuestiones de procedencia formal, sino que se ocupa de señalar la capacidad que tiene el medio para ser conductor de una idea vertebral, para el juicio a verter en la sentencia.

---

(1) GOZAINI, Osvaldo. La prueba en el proceso civil peruano. Normas Legales. Lima, 1997, p. 150.

Una prueba puede ser inconducente pero admisible, pero no es posible observar prueba inadmisibles que sea conducente. Gozaini propone el ejemplo de la prueba legalmente prohibida, la misma que es inadmisibles e inconducente. La pertinencia de la prueba se diferencia de la conduencia porque aquella contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso, en cambio la conduencia el aspecto de la trascendencia jurídica para generar convencimiento.

3. Otro supuesto que se exime de prueba son los hechos notorios, entendidos estos como aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura y de la información normal de los individuos con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado en que ocurre la decisión. Esta notoriedad no requiere del conocimiento universal, porque se limita a su propia contingencia y circunstancia. La notoriedad requiere que sea efectiva, o sea que pueda estar al corriente de la generalidad de los hombres en el lugar y tiempo en que la decisión ocurre.

El concepto de hecho notorio procura por un lado satisfacer el principio de economía procesal ahorrando esfuerzos de actividad a las partes y al órgano jurisdiccional, y por otro lado, permite prestigiar a la justicia, evitando que esta viva de espaldas al saber común del pueblo, desde que no parece razonable que el juez ignore lo que todo el mundo sabe.

Hechos notorios son verdades científicas históricas geográficas, generalmente reconocidas. Implica capacidad para obtener un conocimiento asegurado que la posesión de dicho conocimiento. La noción de hecho notorio no incluye el saber que cada uno de los miembros de la sociedad pueda tener, sino como pueden adquirir dicha inteligencia con los elementos de información que, otro cualquiera, tenga a su alcance. Por citar, la hiperinflación acaecida en nuestro país en el gobierno aprista es un hecho notorio, que no requiere prueba indispensable.

Gozaini<sup>(2)</sup> diferencia los hechos notorios del rumor, la fama y la publicidad. Si bien cada uno de ellos informa una cuestión trascendente a un círculo social determinado, no es general y efectivo. El rumor se difumina con el tiempo, con su esclarecimiento, o con una versión contrapuesta. La fama es fugaz y no tiene condición fáctica sino subjetiva; la publicidad finalmente hace a lo público, a lo corriente, pero nunca a la notoriedad manifiesta. Para llegar a la notoriedad será preciso contar con el hecho, los requisitos de generalidad, efectivo conocimiento y permanencia.

Al estar el hecho notorio liberado de la carga probatoria es preciso hurgar en esa condición para determinar si requiere o no de prueba. Al respecto Gozaini

---

(2) Op. cit., p. 174.

propone el siguiente supuesto “supongamos que la parte alega como hecho notorio el despilfarro de fortuna de un sujeto al que debe heredar y pide se lo declare incapaz. Aquí el hecho notorio es la prodigalidad pero al mismo tiempo es el hecho controvertido y por tanto, requerirá su verificación”.

Los hechos evidentes también están eximidos de probar el supuesto que afirma, porque a diferencia del hecho evidente, no ofrece duda alguna. Se capta por la simple mecanización de los sentidos, por citar, el sol ilumina, en el verano incrementa el calor, etc. El hecho evidente se muestra por sí solo en ausencia de cualquier verificación.

4. En relación al inciso 3 diremos que si un hecho cuenta en su favor la presunción que confirme su presencia y suceso, se encuentra exento de prueba. La presunción crea una ficción legal que da por cierto un hecho. Cuando las presunciones no admite prueba en contrario (*juris et de jure*) son absolutas; en cambio si soportan la verificación del contrario, se llaman presunciones relativas (*juris tantum*).

En ningún caso las presunciones son medios de prueba sino un beneficio adicional que reporta la continuidad precisión y concordancia de ciertos hechos que se muestran de igual manera y que inciden en la valoración que el juez efectúa sobre las pruebas rendidas.

Por citar, el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal importa una intención definitiva de apartarse de la convivencia y debe ir acompañado de voluntariedad y malicia en la acción, es decir, del propósito de sustraerse de los deberes conyugales de cohabitación y asistencia, presumiéndose la voluntariedad cuando falta la razón que justifique el alejamiento, hecho este que debe ser objeto de prueba. Otras presunciones a citar son el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido (artículo 361 del CC); si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios (artículo 62 del CC)

5. El inciso 4 de la norma considera improcedente los medios de prueba que se refieran al derecho. Este se encuentra excluido de la prueba por la presunción que el derecho debe ser conocido por quien lo debe aplicar; más aún, existe el deber de pronunciarse aún frente el vacío normativo. Concorre a esta tarea el principio *iura novit curia* por medio del cual se permite al juez calificar adecuadamente el derecho aplicable a los hechos en estudio; también concurre el deber de motivar toda sentencia bajo sanción de nulidad, en respeto a la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.

En cuanto la Ley extranjera, es deber de la parte que lo invoque acreditar la existencia de la norma; por ello la prueba es innecesaria cuando media admisión

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de su existencia por la parte a quien se opone. Conocido el orden jurídico extranjero es necesario investigar el contenido de la norma alegada, la vigencia de la misma y la correspondencia de su texto con las publicaciones oficiales. Para la determinación de estas normas de derecho, Gozaini<sup>(3)</sup> señala que el órgano jurisdiccional no está limitado a las pruebas proporcionadas por las partes; el mismo puede valerse también de otras fuentes de conocimiento y ordenar todo lo que conduzca a su utilización

6. En otras legislaciones se permite que las partes comúnmente puedan excluir de la prueba, ya sea por considerarlos inconducentes o por entender que la materia en conflicto puede ser resuelta con las constancias que obran en el expediente. Estamos ante lo que se conoce como la “declaración bilateral” que las partes presentan para procurar evitar toda la etapa probatoria, pero no condiciona que el órgano judicial pueda ordenar los medios de prueba de oficio que considere pertinente.

En atención al principio dispositivo se posibilita que pese a la existencia de hechos controvertidos pueda marginarse la prueba si se configuran las siguientes hipótesis: todos los justiciables manifiesten que no tienen ninguna a producir; que estas solo se ubican en las constancias del expediente; y que la documental ya incorporada no haya sido objetada. En tales casos, debe ponerse los autos para sentenciar.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si del ofertorio de pruebas se advierte que se han ofrecido testigos respecto de dos hechos diferentes, y el juez, sin especificar cuál de los dos puntos resulta a su criterio imperitante, rechaza de manera genérica las testimoniales, ello no puede ser de amparo, máxime, que ese medio probatorio sí tiene vinculación directa con la pretensión demandada (Exp. N° 60242-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 231).*

*Si la sentencia venida en grado no se pronuncia sobre los hechos que forman parte de la pretensión controvertida, ello no puede ser convalidado por el Colegiado en atención al principio de la doble instancia.*

*Es nula la sentencia, si los actores acompañan medios probatorios que no han sido debidamente calificados, esto es, no existe pronunciamiento sobre el ofrecimiento probatorio, omisión que atenta contra el debido proceso (Exp. N° 60743, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 197).*

*Las pruebas que se ofrezcan en el acto postulatorio del proceso, deben estar referidas a los puntos controvertidos que se originen de la evaluación de la demanda y de su contestación, de manera que solo se actúen aquellos vinculados a esos puntos y que, naturalmente, no se deriven de hechos aceptados por ambos (Exp. N° 932-98, Tercera Sala Civil,*

(3) Op. cit., p. 160.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 376-377).**

*“... Los jueces están facultados para declarar la improcedencia de una prueba, como establece el artículo ciento noventa del Código Procesal Civil, pero la resolución que expidan debe fundamentarse, pues de otro modo resulta arbitraria y limita el derecho de las partes para acreditar los hechos que han expuesto y que se han fijado como controvertidos” (Cas. N° 1504-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 81-82).*

*Si del tenor de la contradicción se advierte que uno de los puntos en controversia es la validez o invalidez de los títulos en ejecución, no resulta irrelevante admitir la pericia grafo-técnica ofrecida por el ejecutado (Exp. N° 531-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 230-232).*

*El principio de pertinencia de los medios probatorios exige que los ofrecidos por las partes, guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o defensa. Los principales sustentos de impertinencia, están referidos a medios probatorios con los que se pretende acreditar hechos que no fueron afirmados por las partes; y con los que se pretende probar hechos que no encajan en el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte (Exp. N° 3082-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 366-367).*

*Si el Juez de la causa no precisa por que razón, los medios probatorios resultan impertinentes, viola el principio lógico jurídico de razón suficiente, dado que en el Derecho las afirmaciones carentes de sustento racional están proscritas. El principio de pertinencia de los medios probatorios exige que guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o defensa. Son expresiones de impertinencia las que pretendan acreditar hechos que no fueron afirmados por las partes y las que prueben hechos que no encajan en el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte (Exp. N° 2712-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 368-369).*

*La acción impugnatoria de paternidad legítima confiere la hombre casado respecto del hijo que hubiere alumbrado su mujer y del cual no se crea padre. La carga de la prueba recae sobre el marido.*

*Si los hechos y pruebas aportadas al proceso llevan al convencimiento del Juzgador que el actor ha cohabitado con la demandada en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento de la menor, resulta inadmisibles para demostrar lo contrario la prueba a que se refiere el artículo 413 del Código Civil por estar referida a la filiación extramatrimonial (Exp. N° 1205-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-ma, 1997, pp. 217-218).*

*Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba.*

*En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el Juzgador se forme convicción (Exp. N° 1297-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 351-352).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... La no admisión de un medio probatorio, por sí sola, no configura una violación del derecho al debido proceso, pues la prueba debe referirse a la materia en controversia, esto es ser pertinente...” (Cas. Nº 2988-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 85-87*).

“... En las instancias de mérito se ha procedido conforme a la facultad establecida en el artículo 190 del CPC, al haberse considerado que el citado medio probatorio (pericia grafotécnica) no resulta pertinente para acreditar que el título valor puesto a cobro haya sido completado contrariamente a los acuerdos adoptados” (Cas. Nº 287-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 90-91*).

“... No existe impedimento legal alguno para la formulación de una denuncia (penal), por haberse resuelto la improcedencia de una pericia en un proceso civil...” (Cas. Nº 2905-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 269-270*).

“... La Sala de revisión expide la resolución materia de control casatorio, anulando la sentencia apelada y ordenando que el Juez de la causa emita una nueva sentencia convocando a una audiencia complementaria para la actuación de la prueba admitida, ignorando la disposición clara y precisa contenida en el último párrafo del artículo ciento noventa del Código Procesal, en el sentido de que si la denegación de la prueba es revocada por el Juez superior después de expedida la sentencia de primera instancia, dicho Colegiado antes de resolver la apelación de la sentencia actuará en esa sede los medios probatorios admitidos (...) Que, la norma antes acotada se sustenta en el principio de economía procesal, pues importa que los fines del proceso se desarrollen evitando un despliegue innecesario de actividades procesales que pueden cumplirse eficazmente con otra actuación procesal de ahí que el anotado principio esté edificado bajo tres aspectos, de economía de tiempo, de esfuerzo y de gastos; por consiguiente, la infracción de la norma antes acotada es insubsanable pues es trascendente que el proceso se desarrolle al vigor del principio comentado, en sustento de un interés público y distanciado del mero interés de las partes, de ahí, que pese a que el recurrente no ha alegado haber sufrido perjuicio directo con lo resuelto por el colegiado, el vicio materia de la denuncia devenga en insubsanable, pues la economía en el proceso es más trascendente de lo que comúnmente puede significar que el Juez inferior actúe la prueba por él denegada, toda vez que ello, puede ser practicado por el Juez superior al amparo del contenido axiológico del principio comentado y contenido en la norma materia de la infracción” (Cas. Nº 1289-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 384-387*).

“... En las instancias de mérito se ha procedido conforme a la facultad establecida en la norma procesal aludida (artículo 190 del CPC), al haberse considerado que el citado medio probatorio (pericia grafotécnica) no resulta pertinente para acreditar que el título valor puesto a cobro haya sido completado contrariamente a los acuerdos adoptados” (Cas. Nº 287-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 90-91*).

Resulta impertinente una pericia grafotécnica con el objeto de determinar si la letra de cambio se emitió en forma incompleta, pues el artículo 9 de la Ley Nº 16587 permite que las lagunas en blanco puedan llenarse a posteriori (Exp. Nº 355-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 548*).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... Las pruebas que se ofrezcan en el acto postulatorio del proceso deben estar referidas a los puntos controvertidos que se originen de la evaluación de la demanda y de su contestación, de manera que solo se actúen aquellos vinculados a esos puntos y que, naturalmente, no se deriven de hechos aceptados por ambos...” (Exp. N° 932-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 88-89).*

## LEGALIDAD

### ARTÍCULO 191

*Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188.*

*Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de estos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 275 a 283.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 378.

---

## Comentario

Bajo la libertad de medios, se puede adquirir certeza acerca de un hecho litigioso por cualquier medio de prueba que considere útil para tal efecto, a pesar que no esté previsto en el Código.

Tomando como referencia el Código Procesal, los medios de prueba se pueden agrupar en medios documentales (como un instrumento, un objeto), medios de información (como los datos brindados por vía de informe), medios por declaración (como la declaración de partes o de testigos), medios por investigación (puede ser directa, como la inspección judicial o indirecta, como la pericia); por último, si bien los indicios pueden constituir elementos que pueden integrarse como pruebas, requieren una operación lógica que no es un medio de prueba, sino que lleva a la presunción.

En ese sentido resulta coherente lo que regula la norma, en relación a los sucedáneos: que es una actividad complementaria a los medios probatorios. Son útiles para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver en el fondo la cuestión debatida. Son considerados sucedáneos de prueba, los indicios, las presunciones y las ficciones.

La presunción no es un medio de prueba sino una actividad del juez, que se rige por las leyes lógicas y aplica sus máximas de experiencia que posee como individuo de una determinada sociedad.

Esta operación tiene lugar en un momento posterior a la práctica de los llamados medios de prueba en sentido estricto. Tanto es así que nadie se le ocurre proponer prueba de presunciones, lo que demuestra que se trata más bien de una

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

actividad realizada en el momento de valoración de la prueba. Según Ramos Mendez<sup>(1)</sup>, “igual ocurre con la denominada prueba de peritos: estos no prueban nada directamente, sino que suministran al juez una máxima de experiencia especializada que el juez no posee. Dicha máxima la utiliza el juez para las actividades de valoración. Por lo tanto, los peritos solo suplen la falta de conocimientos especializados por parte del juez”.

Otro de los sucedáneos, son los indicios. Este constituye una prueba indirecta de la cual el juez puede sacar conclusiones útiles para la demostración de los hechos. Es punto de partida para establecer una presunción. Es una prueba crítica o lógica o indirecta. Para Fenech<sup>(2)</sup>, los indicios pueden concebirse “como hechos que, por sí solos, no pueden constituir un hecho base del que pueda establecerse como cierto el hecho presunto; la relación se establece entre una serie o conjunto de hechos, de una parte, que son los indicios, y un solo hecho de la otra parte, y únicamente cuando todos los indicios convergen sobre este otro hecho, puede este admitirse como cierto”.

Por último, la ficción legal es un hecho conscientemente inexistente. Responde a exigencias del sistema jurídico, de formular mentiras técnicas consagradas por la necesidad. La ficción, a diferencia de las presunciones, señala Devis Echeandía<sup>(3)</sup>, “solo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosa a otra diferente, como si fueren iguales”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien el contrato de arrendamiento para que surta eficacia no requiere de formalidad alguna, sin embargo, es necesario que se demuestre su existencia a través de los medios probatorios pertinentes, a efecto de hacer valer las consecuencias que de éste deriven (Exp. N° 58891-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 222).*

*“... Tratándose de un contrato de suministro éste puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiese celebrado por escrito, su mérito prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios, lo que significa que no se exige la forma adsolemnitatem sino ad probationem...” (Cas. N° 203-94/Lambayeque, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 447-448).*

(1) RAMOS MENDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil. T. II, 5ª ed. Bosch. Barcelona, 1992, p.537.

(2) Fenech, El proceso penal, Barcelona, 1956, p. 136, citado por DE PINA Rafael, Tratado de las pruebas civiles, 3ª ed, Porrúa, S.A. Mexico, 1981, pp. 244-245.

(3) Devis Echeandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Pruebas judiciales, t.II, 10 ed, Dike, Medellín, 1994, p. 551.

## MEDIOS PROBATORIOS TÍPICOS

### ARTÍCULO 192

*Son medios de prueba típicos:*

- 1. La declaración de parte;*
- 2. La declaración de testigos;*
- 3. Los documentos;*
- 4. La pericia; y,*
- 5. La inspección judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 193, 213 a 274.  
LEY 26636 art. 29.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 136.  
C.P.C. Colombia art. 175.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo nos invita a distinguir entre medio de prueba y fuente de prueba. Este último es un concepto extra-jurídico, que se utiliza para referir a todo elemento de la realidad anterior al proceso; en cambio, medio de prueba, es un concepto jurídico y procesal que alude a la actividad para incorporar las fuentes de prueba al proceso. Son los instrumentos necesarios que deben utilizar los sujetos procesales para servirse de estas en el proceso; por ejemplo, las huellas dactilares que se descubren en la pericia, para acreditar quien cometió el delito.

2. Los medios de prueba son instrumentos del que se valen las partes para llevar al proceso las afirmaciones que han de corroborar las vertidas en sus escritos. Estos medios pueden ser clasificados teniendo en cuenta el objetivo de la prueba en directa o inmediata y prueba indirecta o mediata.

La primera tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones; la segunda sirve a su vez para extraer nuevas afirmaciones, que permitirían fijar por deducción los hechos controvertidos. Por eso se le conoce como prueba indiciaria, por presunciones.

Dentro de la prueba directa, se suele distinguir, atendiendo a la naturaleza del medio de prueba de donde procede, entre pruebas personales y pruebas reales. En el primer caso ubicamos a los testigos, confesión y peritos. En el segundo a los documentos.

También se habla de prueba directa e indirecta en otro sentido, según que el juez pueda directamente percibir el hecho por sí mismo (inspección judicial) o bien a través de un instrumento adecuado (documento, testigos)

Otra clasificación que asume los medios probatorios se expresa en medios típicos y atípicos. Los primeros están descritos en el artículo 192 del CPC y los atípicos en el artículo 193 del CPC.

3. La redacción de estos artículos pone fin a una vieja discusión respecto a los efectos de la enumeración legal. Se preguntaba si la enumeración de los medios de prueba implica una limitación de estos, o por el contrario, existe *numerus apertus*.

Al respecto diremos que la enumeración legal no agota las posibilidades teóricas de cualquier otro medio de prueba concebible, pues, las posibilidades técnicas permiten hallazgos de nuevos medios de prueba, como por ejemplo, las grabaciones magnetofónicas, las películas, los registros informáticos, etc. La utilización de estas nuevas posibilidades son recogidas como medios probatorios típicos en el artículo 193 del CPC.

4. La norma contiene cinco medios de prueba tradicional que se describen a continuación:

4.1. La declaración de parte, es la prestada en el proceso por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un interrogatorio formulado por escrito, llamado pliego interrogatorio.

4.2. La declaración de testigos son percepciones de terceros sobre hechos pasados. En el concurren el deber de comparecer, de declarar y decir la verdad.

4.3. Los documentos son los objetos susceptibles de representar una manifestación del pensamiento con prescindencia de la forma en que se exterioriza.

4.4. La pericia, es la actividad que se desarrolla en virtud de un encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, ajenos tanto al común de la gente como al campo específico del derecho que es del dominio del juzgador.

4.5. La inspección judicial es el reconocimiento que hace el juez de manera directa, a través de sus percepciones, sobre lugares, cosas y personas para verificar las cualidades, condiciones o características.

En conclusión, podemos decir que se entiende por prueba, tanto los medios como las razones o motivos contenidos en ellos y el resultado de estos; sin embargo, el artículo con acierto permite distinguir la noción de prueba de los medios de prueba. Prueba judicial son las razones o motivos que sirven para llevar al juez certeza sobre los hechos; medios de prueba son los elementos o instrumentos

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

utilizados por las partes y el juez para obtener la prueba. Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, si de él no se obtiene ningún motivo de certeza.



## JURISPRUDENCIA

---

*La prueba pericial es procedente cuando para apreciación de los hechos controvertidos se requiere de conocimientos especiales.*

*El informe pericial tiene únicamente valor ilustrativo (Exp. N° N-261-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 360).*

## MEDIOS PROBATORIOS ATÍPICOS

### ARTÍCULO 193

*Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 192, 300.  
LEY 26636 art. 29.

---

### Comentario

Tanto la redacción del artículo 192 como el actual, son el resultado de una vieja discusión respecto de los efectos de la enumeración legal de los medios de prueba. Se preguntaba si la enumeración de estos, implica una limitación de estos, o por el contrario, permite el *numerus apertus*.

Al respecto diremos que la enumeración legal que contiene el artículo 192 del CPC no agota las posibilidades de recurrir a otro medio de prueba, pues, las posibilidades técnicas y científicas permiten hallazgos de nuevos medios de prueba.

Cuando estemos ante el supuesto del medio de prueba atípico, la norma señala que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga; por ejemplo, los registros informáticos serán trabajados como medios documentales y su reconocimiento se sujetará a lo que señala el artículo 251 del CPC “las publicaciones en diarios, revistas, libros y demás impresos, cualquiera sea el medio técnico utilizado, serán reconocidos por sus autores o responsables”.



### JURISPRUDENCIA

*A pesar que el juez admite como medio probatorio la cinta de vídeo, la misma que es visualizada en audiencia, pero no se transcribe en las actas su contenido ni las apreciaciones que se hubieren hecho sobre él; es nula la sentencia que se fundamenta en dicho medio probatorio bajo el argumento que no aporta mayores elementos.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Para que la Sala pueda valorar la cinta de vídeo ofrecida como prueba, el juez debió transcribir la visualización de éste, en el acta de audiencia; a fin que el colegiado tenga conocimiento de lo visualizado, al sentenciar (**Exp. N° 647-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 380-381**).*

## PRUEBAS DE OFICIO

### ARTÍCULO 194

*Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 51 inc. 2, 222, 229, 238.
C.T.	art. 126.
C.N.A.	art. 174.
LEY 26572	art. 37.
LEY 26636	art. 28.
LEY 27444	art. 163.
D.S. 017-93-JUS	art. 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	arts. 134, 179, 180.
C.F.P.C. México	arts. 79, 80.

---

## Comentario

1. El principio dispositivo ha sufrido una variación en materia probatoria. Tradicionalmente se sostenía que la decisión debía basarse, única y exclusivamente, con los medios de convicción aportados por las partes, habida cuenta que el Juez carecía de poderes para disponer oficiosamente de la práctica de pruebas.

Con esta limitación el proceso fue utilizado en perjuicio de terceros, pues, ante la ausencia efectiva de la fiscalización del Juez, quien no disponía del mecanismo de la prueba de oficio, no podía desenmascarar los propósitos soterrados que animaban a las partes fraudulentas en el proceso judicial.

Bajo este sistema tradicional se justificaba la figura del “juez convidado de piedra” ó “juez espectador”, pues, le estaba prohibido practicar pruebas de oficio, ya que ella era labor privativa de las partes. Solo el Juez tenía que conformarse con la buena o mala información que le suministraren estas.

Esta expresión clásica del principio dispositivo es cuestionada por la ciencia procesal alemana del siglo XIX, al distinguir derecho y proceso. Se sostenía que la libre disposición del derecho material le corresponde a las partes, pero, ello no implica que las mismas puedan disponer del proceso.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La nueva expresión del dispositivo a través del llamado principio de aportación, señala que las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos fácticos de sus pretensiones, los hechos y los medios de prueba; pero esto último no es exclusividad de las partes. El Juez no se limita a juzgar sino que se convierte en un verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, orientados no solo a garantizar el derecho de las partes sino principalmente a valores e intereses de la sociedad.

Expresión de ello es la facultad probatoria de oficio que maneja el Juez, como expresión de los amplios poderes discrecionales que se le ha otorgado a fin de contribuir a garantizar no solo los derechos individuales de los ciudadanos sino los intereses públicos o sociales de la colectividad.

2. Con el nuevo sistema dispositivo se exige un Juez diferente del convidado de piedra. Se busca un juez director del proceso, que lo impulse, que lo gobierne y que intervenga activamente en él. Un juez que pueda acordar pruebas por su propia iniciativa, bajo dos circunstancias: dentro de los límites de las pretensiones de las partes; y en cualquier momento del proceso. Ello no significa que las partes queden liberadas de la carga de la prueba, puesto que ellas están en inmejorable posición de suministrar los medios idóneos para acreditar lo fáctico de sus pretensiones, ya que quién mejor que ellas para conocer de las particularidades de la relación que ha originado el conflicto.

En ese sentido, nuestro ordenamiento procesal confiere facultades al Juez para que el proceso civil sea una auténtica comunidad de esfuerzos, tanto del Juez como de las partes. El artículo 51 inciso 2 y 3 del Código permite al Juez realizar actos procesales para el esclarecimiento de los hechos controvertidos u ordenar en cualquier instancia la comparencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos.

Por otro lado debemos señalar que en materia probatoria debe distinguirse entre actos de demostración y actos de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y en los segundos los provenientes de la iniciativa del Juez, aunque al final tanto los unos, como los otros confluyan en un solo punto, probar los hechos que se alegan.

3. Las pruebas oficiosas deben ejecutarse con todas las formalidades, pues, no son pruebas privilegiadas. Lo único que las diferencia es su origen, pues, provienen de un pedido del Juez y en cuanto al momento, porque pueden ingresar previamente para resolver alguna excepción o la sentencia.

La facultad probatoria del Juez, por regla general, debe desarrollarse dentro de los límites que señalan los hechos de las partes que es materia del debate, pero esos límites pueden ser superados cuando se advierte la posibilidad de actividad fraudulenta en el proceso.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, si bien solo los hechos articulados por las partes pueden ser objeto de demostración, esta regla no obsta a que el juez examine la pertinencia de un hecho diverso demostrado pero sin la oposición del adversario.

Frente a estos límites del juez existen dos opiniones polarizadas. Gelsi Bidart sostiene que la iniciativa probatoria le admite al juez investigar inclusive más allá de los hechos expuestos en los respectivos escritos postulatorios. Se procura que el juez sea elemento activo, protagónico del proceso, incluso en materia probatoria: iniciativa probatoria; asunción de la prueba, dirección de su diligenciamiento; participación directa en esta; evaluación siguiendo las reglas de la sana crítica.

El juez no se halla limitado o condicionado a la previa actividad probatoria de las partes, por el contrario, el juez podrá complementar la prueba producida por las partes y aun en casos que estas no hayan producido prueba alguna, en ejercicio del poder deber que se le otorga puede y debe suplirla y ello aunque las partes hayan incumplido su carga probatoria por omisión, negligencia o insuficiencia.

Otra posición que sustenta Vescovi piensa que las limitaciones se refieren sobre el principio de la carga probatoria y en la imparcialidad necesaria que impide al juez sustituir la voluntad de las partes. No significa pasar del sistema dispositivo al inquisitivo, pese a que el juez adquiriera un protagonismo esencial. En esa misma línea, Joan Picoy sostiene que el permitir al juez la iniciativa probatoria no afecta el objeto litigioso (influenciado por el principio dispositivo) sino el orden del proceso para incorporar los medios de prueba. Tampoco es válido el argumento que al tomar la iniciativa probatoria de oficio, el juez está prejuzgando su decisión final pues cuando este decide llevar a cabo una prueba, no sabe si será a favor o en contra de una de las partes. La razón de ser, no es apoyar al más débil, sino otorgar efectiva tutela judicial.

4. La prueba de oficio debe observarse con respeto al derecho de defensa de las partes. Se afecta cuando se realicen a espaldas de las partes o se les limita el derecho de contradicción sobre la prueba obtenida.

Nótese que la prueba de oficio puede ser ordenada bajo resolución inimpugnable, pero motivada. En ese sentido léase el siguiente pronunciamiento<sup>(1)</sup>: “no obstante ser inimpugnable la facultad discrecional del juez para ordenar pruebas de oficio, ello no significa que dicha prerrogativa no sea posible de remedios procesales, cuando no existe razonabilidad en la decisión adoptada”. Blanco Gomez<sup>(2)</sup> al analizar la posibilidad de la impugnación presenta dos posturas. Una, donde el

(1) Exp: 47739-2471-98- Sala de procesos ejecutivos de Lima.

(2) BLANCO GÓMEZ, José Luis, sistema dispositivo y prueba de oficio en el procedimiento civil, ediciones Gustavo Ibañez, 2ª ed. Bogotá, 1994, p. 120.

juez no sea expuesto al riesgo del prejuzgamiento, toda vez, que forzado por un recurso sobre la finalidad que persigue con la prueba de oficio, tenga que adelantar conceptos, situación altamente perturbadora; otra posición se orienta a cerrar camino a las dilaciones que pudieren incurrir las partes para demorar el proceso.

La prueba de oficio, no es una creación estéril, carente de significación práctica. Todo lo contrario, busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y de evitar sentencias inhibitorias y nulidades. Blanco Gómez<sup>(3)</sup>, considera además que en muchas ocasiones las partes no alcanzan acreditar los extremos de sus pretensiones, sea por errores, descuidos, negligencias, etc, lo cual determinaría un fallo alejado de la justicia y contrario a la finalidad del proceso. El juez, con la iniciativa oficiosa, puede en cualquier momento ordenar las pruebas necesarias para “verificar” los hechos del debate.

Por otro lado, el costo de estas pruebas deben ser asumidas por ambas partes; a pesar que la norma no lo señale de manera expresa para todos los medios de prueba, podemos remitirnos al artículo 271 del CPC que dispone “el honorario del perito será pagado proporcionalmente por las partes”.

6. Otro aspecto a tener en cuenta en la prueba de oficio es la distinción entre fuente y medio de prueba. En esta distinción no podríamos dejar de citar la influencia de Sentis Melendo, quien señala que todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba; por citar, la fuente es el conocimiento que tiene el testigo de los hechos, el medio es la declaración que presta. La fuente es la cosa u objeto que se somete al perito, el medio es este examen expresado en el dictamen pericial.

Hay ciertas fuentes de prueba que a su vez son medios de prueba, como los documentos públicos o privados reconocidos, por lo que no requieren otro elemento complementario para su corroboración, pues ese registro puede advertirse de modo inmediato por los conocimientos que se tienen regularmente. Otras fuentes, cuando no se manifiestan por sí requieren ser auxiliadas por vías particulares llamadas “medios”, es decir, mecanismos que es preciso indicar y realizar y que se van a usar para traer el conocimiento de la fuente, al proceso. Esta distinción es importante para apreciar en mejor forma la prueba de oficio, pues, ella solo opera sobre las fuentes de pruebas, que están en el proceso, pero que requieren ser expresadas o transportadas, a través de medios de prueba idóneos que la recojan y trasladen en mejor forma al proceso.

---

(3) Op. cit., p. 104.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

7. La facultad probatoria de oficio no es exclusiva de los jueces de primera instancia, sino de todos los magistrados en general. En tal sentido, se advierte en algunos pronunciamientos judiciales la tendencia a declarar la nulidad de las sentencias por prueba diminuta (reprobando al juez de primera instancia, no haber hecho uso de la facultad de oficio) disponiendo al juez las ejecute bajo un listado, en el que se detalla el medio a realizar y lo que se debe buscar. Al respecto la Sala Suprema de la Nación señala<sup>(4)</sup> “dentro de un sistema de libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la valoración de los medios probatorios efectuados por el inferior, tiene expedita su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni muchos menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser esta una función discrecional del juez, que puede ejercer cuando de los medios probatorios ofrecidos por las partes no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de controversia”.

Una primera reflexión que surge al respecto, es si realmente está operando una facultad o una imposición probatoria. Como bien señala un pronunciamiento judicial<sup>(5)</sup>, “no se le puede obligar al Juez a apreciar los medios probatorios en un sentido distinto al por él asumido, más aún si los medios probatorios evaluados por el órgano inferior le han creado convicción respecto a la solución que ha dado al conflicto, consecuente no tiene obligación de actuar prueba de oficio si los que tiene le bastan para sustentar su decisión, de lo contrario se estaría interfiriendo en su independencia jurisdiccional de valoración de los medios probatorios”.

Nótese que lo que recoge el artículo 194 del CPC se refiere a una facultad de iniciativa probatoria, que puede ser ejercida por todos los jueces para verificar las fuentes de prueba que aportan las partes a través de los medios de prueba insuficiente; en tal sentido, si ella operase así, perfectamente podría el Juez de apelaciones ejecutar, en su instancia, la prueba de oficio que lleve a verificar o corroborar las fuentes que ya existen en el proceso y sobre los cuales pudiere existir alguna duda. En ese sentido, véase en la Casación N° 4309-2001-Lima, de fecha 13 de diciembre de 2002 en que la Sala Suprema considera que “la Sala Superior debe ordenar se actúen los medios probatorios que consideren conveniente y no remitir los autos a la instancia inferior”. En ese sentido perfectamente la instancia revisora si tuviere dudas sobre el derecho declarado, en atención a la insuficiencia de los medios de prueba aportados por las partes, podrá verificarlo en su instancia, mediante la actuación probatoria de oficio. Como lo señala el inciso 3 del artículo 51 del CPC, los jueces están facultados para “ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados”.

(4) Casación N° 671-99 - Chíncha, publicado en El Peruano 01/09/99, p. 3409.

(5) Casación N° 2601-98 - Lima, publicado en EL Peruano 12/06/99, p. 2988.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Con la actuación de oficio, no se vulnera ni restringe la posibilidad del ejercicio de la defensa de las partes, pues, necesariamente debe practicarse con citación de ellas, las mismas que tendrán la posibilidad de impugnar su resultado, invocando el conocimiento sobreviniente en la forma que señala el artículo 302 del CPC.

Tampoco es pasible de declarar la nulidad de la sentencia por estar sustentada en prueba diminuta, todo lo contrario, si no está suficientemente acreditado el derecho que se alega, se rechaza la pretensión; si tuviere dudas, se verifica para confirmar o revocar lo decidido, mas no puede ser argumento para declarar la nulidad de dicho acto procesal. Si partimos por reconocer que las nulidades se justifican en la medida que causen agravio, no se podría entender ¿donde aparece materializado el agravio, cuando el juez de primera instancia, convencido con las pruebas aportadas al proceso, declara el derecho? Si para el revisor el sustento probatorio es insuficiente, para su propia convicción, que lo corrobore con su propia actuación en la instancia de revisión, recién allí podrá verificar la certeza de lo declarado y confirmar lo decidido, o caso contrario, revocar y reformar lo resuelto.

Las partes tienen la carga de la prueba en oposición a la iniciativa probatoria del juez. Facultad probatoria versus carga probatoria se explica en que esta última es una conminación o compulsión a ejercer el derecho. Es un imperativo que grava el derecho del titular. Dicha carga, por ley le ofrece limitantes a la prueba de parte; así pues, en el caso del proceso sumarísimo y ejecutivo, solo serán admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia. (ver artículos 700 y 591) o en los procesos de ejecución de garantías que solo limita la prueba a la documental (ver artículo 722). Esta restricción en los medios de prueba, que puedan ofrecer las partes como la carga probatoria, no es extensiva a la iniciativa probatoria de oficio, la misma que puede incorporar medios de prueba, aún superando las limitaciones señaladas. La Casación N° 4309-2001-Lima, de fecha 13 de diciembre de 2002 ya citada se orienta en ese sentido. Véase que en un proceso de ejecución de garantías, a través de la prueba de oficio, se incorporó la pericia grafotécnica, a pesar que el artículo 722 del CPC solo admite prueba documental. En las Salas Civiles de Lima, encontramos en igual forma el siguiente pronunciamiento, en un proceso sumarísimo<sup>(6)</sup>: “tratándose de ocupación precaria, el juez haciendo uso de la facultad de oficio, debe practicar la inspección judicial en el inmueble materia de desalojo, con intervención de peritos, para determinar el área que ocupan los demandados y si la misma se encuentra dentro de la propiedad que invoca tener la demandante”.

Por último, es necesario precisar que sería una utopía pensar que con las pruebas de oficio se van a acabar las sentencias con premisas cuestionables e injustas, porque habrá casos que la prueba de los hechos se tornen imposible, a

---

(6) Ver Exp: N° 34553-98-Sala de Procesos Sumarísimos de Lima.

pesar de todos los esfuerzos realizados con la iniciativa probatoria de oficio, pero el buen uso discrecional podría contribuir a lograr fallos acertados que generen mayor confianza en la Justicia.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se realizó la cesión de garantía hipotecaria porque el ejecutante asumió el pago de la letra, la misma que al ser descontada aparentemente pretendió ser cancelada con el cheque girado y rechazado luego por falta de fondos; el juez, para un esclarecimiento pertinente, de oficio debe ordenar que el ejecutante presente los documentos que dieron origen a la deuda que fue pretendida cancelar con el cheque (Exp. Nº 98-33035-3116, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 226).*

*Si se solicita la ineficacia del acto jurídico porque el demandado transfirió la propiedad del vehículo tres días después de que el demandante iniciará la acción judicial, a efecto de hacerse pago de la acreencia; el juez debe ejercitar las pruebas necesarias de oficio que le permitan dilucidar la cuestión controvertida (Exp. Nº 14447-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 227).*

*Opera la actuación oficiosa de los medios probatorios adicionales, que se considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el juzgador respecto a los hechos expuestos por éstas.*

*Tratándose de ocupación precaria, el juez, haciendo uso de la facultad de oficio, debe practicar la inspección judicial en el inmueble materia de desalojo, con intervención de peritos, para determinar el área que ocupan los demandados y si la misma se encuentra dentro de la propiedad que invoca tener la demandante (Exp. Nº 34553-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 219).*

*Es nula la sentencia que solo ha declarado fundada la demanda en uno de los extremos de las pretensiones. Para señalar el monto, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado, debe fijarse con valoración equitativa, en aplicación del artículo 1332 del CC.*

*Si el juzgador considera insuficiente las pruebas ofrecidas para determinar el monto del daño a resarcir, éste debe, con la facultad que le confiere el artículo 194 del CPC, actuar medios probatorios adicionales, que considere conveniente (Exp. Nº 1194-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 199).*

*Si el fundamento de la contradicción en la ejecución de garantías es que las edificaciones levantadas sobre el terreno hipotecado constituyen bienes sociales, el juez debió solicitar mayor información sobre el predio y no sentenciar con pruebas diminutas (Exp. Nº 99-16479-3408, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 201).*

*No se le puede obligar al juez a apreciar los medios probatorios en un sentido distinto al por él asumido, más aún si los medios probatorios evaluados por el órgano inferior le han creado convicción respecto a la solución que ha dado al conflicto, consecuentemente no tiene obligación de actuar prueba de oficio si los que tiene le bastan para sustentar su*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

decisión, de lo contrario se estaría interfiriendo en su independencia jurisdiccional de valoración de los medios probatorios (**Cas. Nº 2601-98-Lima, El Peruano, 12/06/99, p. 2988**).

Dentro de un sistema de libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la valoración de los medios probatorios efectuados por el inferior, tiene expedida su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que éste varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser ésta una función discrecional del juez, que puede ejercer cuando de los medios probatorios ofrecidos por las partes no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de controversia (**Cas. Nº 671-99-Chincha, El Peruano, 01/09/99, p. 3409**).

Siendo inimpugnable la decisión que ordena la actuación de medios probatorios de oficio, y dependiendo ésta de la apreciación del juez que la dispone, no es posible en vía de casación revisar la necesidad de actuar el medio probatorio; sin embargo, la Corte Suprema sí puede revisar la forma en que dicho medio probatorio debe actuarse a fin de cautelar que no se viole disposiciones procesales de orden público (**Cas. Nº 1819-98-Lima, El Peruano, 29/08/99, p. 3369**).

La actividad probatoria oficiosa del juez, a favor de la tesis de una de las partes y con posterioridad al mandato de ejecución para acreditar la exigibilidad de la obligación, desnaturaliza el proceso, afecta el derecho al debido proceso y constituye renuncia a la oportuna calificación de los requisitos de procedencia y admisibilidad de la demanda (**Exp. Nº 42501-1809-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 601-602**).

No obstante ser inimpugnable la facultad discrecional del juez para ordenar pruebas de oficio, ello no significa que dicha prerrogativa no sea posible de remedios procesales, cuando no existe razonabilidad en la decisión adoptada (**Exp. Nº 47739-2471-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 424-425**).

Ante la incertidumbre de dictámenes contradictorios, el juez debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil y ordenar nueva pericia u otras diligencias necesarias para su esclarecimiento, ya que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses (**Exp. Nº 718-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 410-412**).

Si se persigue la declaración de ineficacia del acto jurídico de compraventa celebrado por los demandados para burlar el crédito que ha sido declarado mediante sentencia judicial; el juez debió tener en cuenta dicho proceso para verificar si el demandado tenía conocimiento del mismo y así determinar si la misma se efectuó con la situación de perjudicar a la demandante (**Exp. Nº 1495-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 412-413**).

Procede declarar la nulidad de la sentencia, si las pruebas aportadas por los accionantes resultan insuficientes para determinar si el inmueble materia de desalojo, es el mismo que ocupa el demandado y al que se refiere la titulación presentada por los pretenses. El Juez para dilucidar el tema en debate, debe recurrir a una inspección judicial de oficio asistida por peritos, a efectos de determinar la real ubicación del bien ocupado por el demandado (**Exp. Nº 529-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 375**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Resulta atentatorio de los derechos de una de las partes, requerir reiteradamente la presentación del certificado de numeración municipal, tanto porque el documento catastral que obra en el proceso, contiene la información necesaria para la identificación del inmueble, cuanto porque el Juez puede hacer uso de la prueba de oficio, en caso considere de necesidad esencial una prueba documental determinada (**Exp. Nº 1686-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 373**).

Si las pruebas aportadas no son determinantes para orientar sobre la cuantía de la inexecución de la obligación, debe el Magistrado hacer uso del principio previsto en el artículo 1332 del CC para los efectos del resarcimiento del daño (**Exp. Nº 1980-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 198**).

“... En aplicación del principio de ‘Independencia Jurisdiccional’ contenido en el artículo dieciséis de la norma legal antes acotada (D.S. Nº 017-93-JUS), ningún magistrado de instancia superior puede interferir en la actuación de los magistrados de instancias inferiores y disponer que éstos actúen tales o cuáles (sic) pruebas, las que pondrán ser actuadas de oficio siempre y cuando de acuerdo a la función discrecional del juez éste las considere necesarias...” (**Cas. Nº 673-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 205-206**).

“... La facultad del Juez de ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, no es absoluta sino por el contrario resulta supeditada a que los ofrecidos por las partes sean insuficientes, obviamente al tiempo del ofrecimiento, requiriendo de una decisión motivada, que así es inimpugnable...” (**Exp. Nº 653-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 201-202**).

Procede declarar la nulidad de la sentencia si es necesario que el juez cuente con todos los elementos que le permitan efectuar una valoración conjunta de todos los medios probatorios que le produzcan certeza respecto a los puntos controvertidos. Para ello, el juez debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del CPC (**Exp. Nº N-760-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 336**).

Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba.

En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el Juzgador se forme convicción (**Exp. Nº 1297-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 351-352**).

“... En este estado de cosas es obvio admitir que no solo al Juez se le reconoce un papel protagónico para gestionar la prueba que conduzca a conocer la verdad de los hechos, sino también que es un derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar la razón de sus afirmaciones y bajo esta concepción el derecho constitucional a probar como expresión de un debido proceso, en el caso de autos, ha sido ignorado, con lo que evidentemente se ha configurado la causal de contravención de normas que rigen el proceso” (**Cas. Nº 1426-99/Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 65-68**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... La liquidación de los intereses compensatorios y moratorios que la demandada los estima excesivos, requería de una prueba pericial para establecer su monto; sin embargo, no obstante la naturaleza del problema, el juez no solo no admitió la prueba pericial ofrecida con tal objeto por la demandada sino que tampoco dispuso su actuación de oficio y prefirió dejar la liquidación para que se verifique en ejecución de sentencia, cuando (...) debió tener lugar durante la etapa de conocimiento para poder señalar en su fallo la suma a pagar, como además así lo había pedido la accionante en su demanda; de modo que bajo este aspecto es evidente que se han infringido las garantías de un debido proceso limitando el derecho que la demandada tiene para probar la razón de sus afirmaciones” (Cas. Nº 388-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 556-558).

Si los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes para formar convicción, el juez en decisión motivada e ímpugnabile, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

La actuación de pruebas de oficio puede hacerse incluso después de la etapa postulatória, máxime si dichas pruebas ayudarán a producir certeza en el juez sobre los puntos controvertidos (Exp. Nº 274-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 353-354).

Si la contradicción se sustenta en que la entidad bancaria no cumplió con remitir al domicilio de la ejecutada el estado de cuenta del saldo deudor, sino a una dirección distinta y no obrando en autos documento alguno que acredite fehacientemente que el domicilio señalado por la obligada al aperturar su cuenta corriente corresponda al consignado en la carta notarial, el juez de oficio debe actuar los medios probatorios para determinar el domicilio de la ejecutada al aperturar la cuenta corriente (Exp. Nº 167-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 605).

Tratándose de una pretensión de desalojo por ocupante precario, si el inmueble de litis ha sido materia de fraccionamiento, pero, no existe certeza respecto de la ubicación del área del inmueble ni de la existencia de las construcciones cuya restitución se reclama, es necesario que el Juez con las facultades del artículo 194 del CPC realice una inspección judicial con la intervención de peritos a fin de determinar si la edificación se encuentra ubicado dentro del área de propiedad de la demandante (Exp. Nº 1099-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 474-476).

“... Constituye un principio procesal que los medios probatorios deban ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo ciento ochentinueve del Código Adjetivo, estableciendo dicho Código, además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio solo cuando los demás medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el Juez, contrario sensu, si éstos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio” (Cas. Nº 2601-98-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 198-200).

“... No solo al Juez se le reconoce un papel protagónico para gestionar la prueba que conduzca a conocer la verdad de los hechos, sino también que es un derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar la razón de sus afirmaciones y bajo esta concepción el derecho constitucional a probar como expresión de un debido proceso, en el caso de autos, ha sido ignorado, con lo que evidentemente se ha configurado la causal de contravención de normas que rigen el proceso” (Cas. Nº 1426-99-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 65-68).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... Sí bien es cierto que de conformidad con el artículo ciento ochentinueve del Código adjetivo, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es permisible, que el juzgador admita pruebas con posterioridad a esta etapa procesal, incluso actuarlas de oficio, siempre y cuando sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso, con lo cual no existen (sic) ninguna vulneración del derecho de defensa y por lo tanto no se ha afectado el debido proceso...” (Cas. Nº 634-96/Piura, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 79-80).

“... El artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, resulta ser una excepción al principio que (sic) la carga de la prueba referida en el artículo ciento noventa y seis del Código Procesal, tiene como objeto permitir que el Juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada por las partes, las mismas (sic) que no le hayan producido convicción acerca de los hechos controvertidos” (Cas. Nº 1123-99/Arequipa, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 182-184).

“... La prueba de oficio que permite el artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil es una facultad que se otorga al Juez y no una obligación...” (Cas. Nº 104-2000/Tacna, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 185-186).

“... La prueba de oficio es una facultad del juzgado (sic) y no hacer uso de ella no afecta el proceso, más aún cuando a criterio del juzgador la prueba actuada basta para acreditar el petitorio...” (Cas. Nº 878-98-Ica, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 196-197).

“... El Código Procesal Civil no contiene limitación alguna a la actuación de medios probatorios de oficio en los procesos sumarísimos...” (Cas. Nº 1259-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, p. 213).

“... Si el colegiado consideró necesarios los medios probatorios (extemporáneos) para formar convicción, debió hacer uso del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, que permite ordenar pruebas de oficio, facultad que puede utilizar en cualquier etapa del proceso” (Cas. Nº 1492-99/Santa, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 187-188).

“... Cuando el Código Procesal Civil en sus artículos ciento noventicuatro e inciso segundo del artículo cincuentiuno, faculta al Juez para actuar pruebas de oficio y ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo hace para que se fije con precisión cuáles son los medios probatorios adicionales que deben actuarse, pero no como lo ha hecho la resolución de vista, que no señala ninguna prueba complementaria, sino que lo hace en forma genérica” (Cas. Nº 316-95/Piura, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 209-210).

“... La facultad del Juez de ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, no es absoluta sino por el contrario resulta supeditada a que los ofrecidos por las partes sean insuficientes, obviamente al tiempo del ofrecimiento, requiriendo de una decisión motivada,

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que así es inimpugnable...” (Exp. Nº 653-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 201-202*).

“... El artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil, es terminante al permitir al Juez ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, sin establecer limitación alguna; (...) es más dicha decisión es inimpugnable, el superior no puede cuestionar la actuación de dicha prueba y no tenerla en cuenta al momento de sentenciar...” (Cas. Nº 1400-T-97/Ucayali, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 203-204*).

“...El Juez no puede ordenar la actuación de un medio probatorio que no esté permitido en un determinado proceso; como el caso de autos se trata de un proceso de ejecución, por mandato expreso del artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil solo es admisible la prueba de documentos, en consecuencia, la Sala al ordenar que se actúe una pericia ha infringido dicho artículo” (Cas. Nº 551-97-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 214-215*).

“... Si bien tanto en la demanda (de prescripción adquisitiva de dominio) (...) como en la (demanda de otorgamiento de escritura pública) (...) se proporcionan linderos y medidas, no existe prueba idónea en autos que individualice los inmuebles y que pese a su condición de predios superpuestos mantengan el área que se les asigna, todo lo cual hacía imperativo que las instancias de mérito ejercieran la facultad contenida en el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil, disponiendo de oficio la actuación de una inspección ocular, con peritos que levantaron (sic) un croquis precisen a la vez la real ubicación de los predios con sus respectivas medidas y linderos” (Cas. Nº 1370-99/Piura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 218-220*).

“... La limitación de que los medios probatorios se refieran a hechos nuevos solo se aplica a los medios probatorios extemporáneos y no a los ordenados de oficio por el Juez” (Cas. Nº 2405-97/Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 211-212*).

“... El Juez ha señalado el monto de la indemnización en forma subjetiva sin prueba alguna que acredite el daño y su cuantía, obviando que en su calidad de director del proceso puede hacer uso de la facultad que le confiere el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil para actuar pruebas de oficio cuando las ofrecidas por las partes son insuficientes para formar convicción. Siendo esto así, y como la Sala Casatoria no puede valorar medios probatorios, menos ordenar la actuación de los mismos la sentencia apelada no puede subsistir...” (Cas. Nº 692-99-Callao, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 462-464*).

“... Si bien la naturaleza del presente proceso es ejecutivo, no menos cierto es que el juez puede ordenar de oficio la actuación de un medio probatorio...” (Cas. Nº 2879-99-Cajamarca, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 559-561*).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Pretendiéndose la formalización del otorgamiento de escritura cuyas partes intervinientes no se encuentran físicamente presentes, resulta imprescindible abundar la prueba respecto a la identificación y destino actual del inmueble.*

*Es necesario rodear a tal formalización de las medidas necesarias que aseguren la expedición de una justa resolución (Exp. N° 96-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 217-219).*

*Los poderes que la Ley reconoce a los jueces, conducen a la búsqueda de una solución justa y correcta desde el punto de vista objetivo, saliendo en lo posible, del círculo en que las partes lo coloquen.*

*El magistrado tiene la facultad de solicitar de oficio los medios probatorios necesarios para el esclarecimiento de los hechos (Exp. N° 1394-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 522-524).*

*Si los cónyuges litigantes mutuamente se acusan de haber incurrido en causales de nulidad de matrimonio, corresponde al juez ordenar de oficio, que ambos esposos sean sometidos al respectivo examen psico-físico (Exp. N° 736-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 542).*

*“...Siendo la decisión que ordena la actuación de medios probatorios de oficio inimpugnable y dependiendo ésta de la apreciación del juez que la dispone, no es posible en esta vía (casatoria) revisar la necesidad de actuar el medio probatorio por la Corte Superior (...) que sin embargo, la Corte sí puede revisar la forma en que dicho medio probatorio debe actuarse a fin de cautelar que no se viole disposiciones procesales de orden público” (Cas. N° 1819-98-Lima, Hinostroza Minguez, Alberto, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 418-419).*

*“... El Juez pronuncia sentencia conforme al estado del proceso, sin que le corresponda suplir a las partes en el ofrecimiento de su prueba...” (Cas. N° 374-99/Piura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 96-97).*

*“... En base al principio dispositivo en materia procesal civil son las partes las que deben hacer uso de los medios de defensa e invocar los hechos que sustentan su pretensión o defensa; por ende, el Juez no puede sustituirse en lugar de las partes ordenando la actuación de algún medio probatorio respecto a un hecho no invocado...” (Cas. N° 141-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 98-99).*

*“... Constituye un principio procesal que los medios probatorios deban ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo ciento ochentinueve del Código Adjetivo, estableciendo dicho Código, además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio solo cuando los demás medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el Juez, contrario sensu, si éstos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio” (Cas. N° 2601-98-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 198-200).*

*“... Si en un proceso judicial han sido incorporados (sic) pruebas suficientes, a instancias (sic) de cualquiera de las partes, la cuestión atinente a la carga de la prueba resulta irrelevante, y solo adquiere trascendencia si la prueba aportada no es suficiente; en tal situación*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*el Juez debe decidir a quién, al actor o al demandado le corresponde la carga de la prueba” (Cas. N° 849-96/Chimbote, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 100-103).*

*Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba.*

*En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el Juzgador se forme convicción (Exp. N° 1297-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 351-352).*

*Ante la incertidumbre de dictámenes contradictorios, el juez debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil y ordenar nueva pericia u otras diligencias necesarias para su esclarecimiento, ya que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses (Exp. N° 718-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 410-412).*

## INTÉRPRETE

### ARTÍCULO 195

*El juez designará intérprete para actuar los medios probatorios cuando la parte o el testigo no entiendan o no se expresen en castellano. La retribución del intérprete será de cargo de quien lo ofreció, sin perjuicio de lo que se resuelva oportunamente en cuanto a costas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 inc. 19.
C.P.C.	arts. VI, 130 inc. 7, 194.
C.P.	arts. 371, 409.
D.S. 017-93-JUS	art. 15.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 192.
-----------------	-----------

---

## Comentario

---

La dimensión formal de los actos procesales encierra a los modos de expresión de estos, de la que no se puede sustraer el idioma y el lenguaje. La Ley Orgánica del Poder Judicial al referirse a ellos señala que estos se efectúen en Castellano, pero también prevee (ver artículo 15) “cuando el idioma o dialecto del justiciable sea otro, las actuaciones se realizan ineludiblemente con la presencia del intérprete. Por ningún motivo se puede impedir al justiciable el uso de su propio idioma o dialecto durante el proceso”.

Cabanellas al referirse al intérprete señala “persona versada en dos o mas idiomas y que sirve de intermediaria entre otras que, por hablar y conocer solo lenguas distintas, no pueden entenderse”.

Aunque repita, en distinto lenguaje, lo que las partes o testigos manifiesten, no cabe considerarlo ni como representante de aquellas ni como testigo de oídas. La índole procesal del intérprete ha de asimilarse a la de los peritos, ya que actúa por razón de la necesidad de sus conocimientos y como elemento auxiliar de justicia. Cuando interviene en actos procesales presta juramento o promesa y firma en las actuaciones donde desempeña oficialmente su función, de tal forma, que no podría eludir responsabilidad penal alguna cuando hiciere una traducción o interpretación falsa, tal como lo prevee el artículo 409 del Código Penal. La coincidencia del intérprete con los peritos, es cuestionado por otras opiniones, que señalan que el perito traduce el conocimiento de los hechos que no se puede conocer en determinados registros, mientras que el intérprete lo hace de modo limitado, solo

respecto de un lenguaje distinto al Castellano, sin embargo, es criterio predominante no admitir distinción teórica entre ambos. Este criterio es sostenido con claridad dentro de la concepción de fuentes y medios de prueba. Efectivamente, si la fuente es el registro donde reside el conocimiento y el medio es la actividad por la que se extrae ese conocimiento, no cabe duda que el traductor y el intérprete caen dentro de la categoría de lo pericial, pues realizan una actividad similar.

Nótese que la norma se remite a la designación de intérprete cuando en el proceso no se utilizará el idioma nacional, sin embargo, el intérprete podría también ser incorporado cuando deba interrogarse a sordos, mudos o sordomudos que solo puedan darse a entender por lenguaje especializado. Aquí el intérprete traduce del propio idioma aunque no hablado. Intérprete es la persona que asiste a una diligencia de pruebas para traducirle al juez las declaraciones que le haga otra persona, en un idioma extranjero o en un dialecto usado en el mismo país; traductor es la persona que vierte al idioma nacional un documento escrito en lengua extranjera. En tal sentido, se explica del contenido del artículo 241 del Código que el requisito del traductor sea extensivo también a los documentos que se presenten al proceso en idioma distinto al castellano.

Es preciso diferenciar entre el idioma y el lenguaje de los actos procesales. En todos los actos del proceso se utilizará el idioma nacional. Cuando este no fuere conocido por la persona que deba prestar declaración, el juez nombrará traductor. Se nombrará intérprete cuando debe interrogarse a sordos, mudos o sordomudos que solo puedan darse a entender por lenguaje especializado. En el caso del lenguaje de los actos procesales, se adhiere a la forma escrita. Hay algunas opiniones que consideran no apropiado hablar de lenguaje oral, en sentido estricto, sino de oralidad actuada ya que las declaraciones pertinentes quedan registradas en actas.

## CARGA DE LA PRUEBA

### ARTÍCULO 196

*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	arts. 193, 1969.
<b>C.P.C.</b>	arts. 197, 279, 440, 501.
<b>LEY 26636</b>	art. 27.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 127, 129.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 177.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 377.
<b>C.F.P.C. México</b>	art. 81.

---

## Comentario

---

1. La prueba tiene la finalidad de producir certeza en el juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados. A las partes le corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho contenidos en la norma sustancial para fundamentar sus pretensiones, como carga probatoria.

La carga se define como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. La carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular.

2. En atención al principio dispositivo, el objeto de la prueba se halla restringido a la comprobación de los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los hechos no alegados no pueden ser materia de acreditación y, por ende, se encuentra también vedada para el juzgador la investigación de su existencia.

La actividad probatoria debe recaer inexcusablemente sobre los hechos alegados en los escritos constitutivos del proceso, o bien sobre los aludidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos para no transgredir el principio de congruencia.

Alsina<sup>(1)</sup>, al referirse al principio dispositivo, otorga las siguientes características a la carga probatoria: a) el Juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes b) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes están de acuerdo y c) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado.

3. Frente al principio dispositivo, concurre el principio de aportación que sostiene que sobre las partes recae la carga de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración. Este principio de aportación no dice cómo debe distribuirse la carga de la prueba entre las partes. Montero Aroca sostiene que bajo este principio, para el juez es indiferente quién ha probado los hechos alegados. "La alegación por el demandante de los hechos que fundamentan la pretensión (hechos constitutivos) sí es manifestación del principio dispositivo, y también lo es, la alegación por el demandado de los hechos excluyentes, mientras que todos los demás hechos (impeditivos y extintivos), que no conforman la pretensión ni la excluyen, ha de ser, sí alegados por las partes, pero para que el juez los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado".

Por otro lado, en la actividad probatoria no se puede dejar de citar al principio de adquisición procesal o comunidad de prueba. Este se caracteriza porque el resultado de la actividad probatoria, realizada a instancia de parte, no pertenece en definitiva a quien la ofreció y la produjo, sino al proceso, con abstracción de la parte a quien podrá beneficiar o perjudicar. En base a la comunidad de prueba, un hecho puede ser declarado cierto, aún a base de pruebas no proporcionadas por la parte gravada con la carga, sino que se encuentren por otros aportados al proceso.

4. La norma también contempla la carga de la prueba de quien contradice alegando nuevos hechos. Al respecto tenemos que señalar que hecho nuevo es un acontecimiento que llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado en la causa y el objeto de la pretensión deducida en el proceso.

---

(1) ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. T.1, 2º ed. Buenos Aires. Ediar, 1963, p. 105.

(29) COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 211.



JURISPRUDENCIA

*La firma de títulos valores en blanco, para ser completados con posterioridad importa una aceptación anticipada en los términos con el beneficiario de los títulos consignará en los mismos, siendo de cargo del obligado probar que el llenado posterior no se hizo de conformidad con los acuerdos adoptados (Exp. Nº 98-25393-2697, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 396).*

*Para amparar la indemnización por daño moral debe probarse el dolo, esto es la intencionalidad del agente, y la razonabilidad del motivo de la denuncia (Exp. Nº 2198-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 129).*

*Procede amparar la resolución, si la demandada no ha cumplido con el pago, ni siquiera con el cincuenta por ciento del precio. Se debe proceder a la restitución del bien y las sumas pagadas (cuota inicial y primera armada) deben quedar a favor de la actora en compensación equitativa por el uso del bien.*

*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Los títulos valores que representan el saldo del precio, acreditan el incumplimiento de la prestación a cargo de la compradora, si los mismos se encuentran impagos, en poder de la acreedora demandante (Exp. Nº 4480-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 108).*

*Si la demandada no ha aportado elemento probatorio que demuestre haber realizado el pago, debe ampararse la demanda, habida cuenta que la carga de la prueba –con relación al pago– recae sobre la demandada.*

*La contradicción sustentada en que las facturas que acompaña el demandado acreditan el pago, carece de sustento veraz, pues es un mecanismo común y cotidiano entre los comerciantes de emitir las facturas y entregar, a la par con la mercadería, copia de las mismas (usuario), quedando las originales de aquellas facturas (emisor) en poder de la actora, las mismas que acompaña a su demanda y que no han sido materia de tacha (Exp. Nº 1203-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 80).*

*Los efectos del negocio jurídico representado por la causa, punto fundamental para la simulación, guardan plena concordancia con una de las características de esta institución jurídica, cual es el propósito de promover en perjuicio de la Ley o de terceros ajenos al negocio una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado.*

*La controversia no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio mecanismo; sino, que en materia de simulación, la doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según la cual, la carga de probar se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla (Exp. Nº 4116-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 9).*

*El secretario notarial se encuentra facultado para efectuar los protestos en razón que la actual Ley del Notariado no deregó el artículo pertinente de la Ley de Títulos Valores.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si la ejecutada observa el protesto por falta de requisitos, debe ser ésta la encargada de demostrarlo y no la ejecutante, pues, no existe inversión de la carga probatoria (**Exp. N° 47258-3443-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 662-663**).

No basta afirmar la existencia de la obligación sino acreditarla. Si bien existe una relación jurídica respecto al pago de los servicios de agua y alcantarillado que presta la empresa demandante a favor del usuario demandado, no es menos cierto que la prestación a cargo del deudor debe necesariamente sustentarse en situaciones fácticas y jurídicas, mas no en la mera atribución de una supuesta deuda impaga.

El documento denominado estado de cuenta emerge de una decisión unilateral, no es vinculante a la parte demandante, por no haber sido puesto en conocimiento de la demandada, conllevando a la ineficacia del documento (**Exp. N° 3999-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 188-189**).

Para amparar la nulidad por simulación de la compraventa, el actor debe probar que no ha existido precio, ni entrega de dinero por dicho concepto. La carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión (**Exp. N° 1845-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 99-100**).

Por la acción causal, el actor tiene la obligación de acreditar el origen de la prestación puesta a cobro.

Si bien se ha aportado como instrumento probatorio la letra de cambio no protestada, la declaración de la propia demandada de su aceptación y su no pago al vencimiento, otorgan legitimidad al accionante para reclamar el pago así como el propio origen de la obligación (**Exp. N° 4128-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 601**).

En la pretensión de desalojo por vencimiento de contrato, corresponde al demandado probar que el arrendamiento ha sido prorrogado o que cuenta con otro contrato que se encuentra vigente (**Exp. N° 588-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 479**).

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos: la inejecución de la obligación, la imputabilidad del deudor y el daño.

Corresponde al acreedor demostrar la existencia de la obligación y al Juez apreciar la inejecución de la misma o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La carga de la prueba recae sobre el afectado por el cumplimiento (**Exp. N° 3389-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 200**).

“... En base al principio dispositivo en materia procesal civil son las partes las que deben hacer uso de los medios de defensa e invocar los hechos que sustentan su pretensión o defensa; por ende, el Juez no puede sustituirse en lugar de las partes ordenando la actuación de algún medio probatorio respecto a un hecho no invocado...” (**Cas. N° 141-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 98-99**).

Tratándose de responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si el daño causado no, ha sido determinado con precisión, el monto indemnizatorio debe fijarse prudencialmente (**Exp. N° 347-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 229**).

La naturaleza jurídica del derecho a probar es un derecho subjetivo que permite a quien afirma o niega una pretensión, utilizar dentro de un proceso, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de sustento para su pretensión o defensa (**Exp. N° 3082-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 366-367**).

“... Por el principio de adquisición, las pruebas no pertenecen a las partes, sino al proceso...” (**Exp. N° 230-95, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 69**).

“... Si en un proceso judicial han sido incorporados (sic) pruebas suficientes, a instancias (sic) de cualquiera de las partes, la cuestión atinente a la carga de la prueba resulta irrelevante, y solo adquiere trascendencia si la prueba aportada no es suficiente; en tal situación el Juez debe decidir a quién, al actor o al demandado le corresponde la carga de la prueba” (**Cas. N° 849-96/Chimbote, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 100-103**).

“... Es garantía del derecho de todo justiciable a que los hechos que afirme sean sustentados debidamente con los medios probatorios que regula la Ley Procesal, para tal efecto debe darse la mayor amplitud para que la prueba sea actuada y valorada sin que se afecte los principios procesales de celeridad y economía en la tramitación del proceso” (**Cas. N° 764-96/Piura, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 133-134**).

“... Si bien el artículo mil doscientos diecinueve inciso tercero del Código Civil establece, como objeto de las obligaciones el autorizar al acreedor a obtener del deudor la Indemnización correspondiente, esta pretensión debe ser probada por quien la invoca y no entenderse como una consecuencia fatal e inevitable, tanto más, que el artículo mil trescientos treintinueve del acotado cuerpo legal establece que la prueba de los daños y perjuicios y su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución...” (**Exp. N° 485-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 453-454**).

“... Para que proceda la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual, es necesario probar (...) tanto la existencia de daños y perjuicios alegados como la relación de causalidad entre el acto del demandado y el resultado dañoso producido...” (**Cas. N° 185-T-97, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 455-456**).

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación. No habiendo probado la actora el monto preciso del resarcimiento alegado, debe fijarse éste con valoración equitativa (**Exp. N° 793-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 113-114**).

Constituye un requisito indispensable para declarar la ausencia o muerte presunta, demostrar el hecho de la existencia física de la persona (**Exp. N° 5254-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 68**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Presumiéndose la identificación entre la declaración expresada en el contrato y la voluntad común de las partes, quien alega haber sido inducido a error en forma maliciosa por la otra parte debe probarlo.

No cabe solicitarla nulidad de un contrato que ya ha sido ejecutado (**Exp. Nº 106-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 341-342**).

Para amparar la acción rescisoria por lesión el demandante lesionado debe probar que la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes, que éste se encontraba en un estado de apremiante necesidad y que el demandado lesionado conocía de ese estado de necesidad (**Exp. Nº 342-95-Huancavelica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 389-390**).

La parte que se perjudica con el incumplimiento de la prestación de la otra puede requerirla mediante carta por la vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento que el contrato quede resuelto.

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (**Exp. Nº 76-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 362-363**).

“... Es garantía del derecho de todo justiciable a que los hechos que afirme sean sustentados debidamente con los medios probatorios que regula la Ley Procesal, para tal efecto debe darse la mayor amplitud para que la prueba sea actuada y valorada sin que se afecte los principios procesales de celeridad y economía en la tramitación del proceso” (**Cas. Nº 764-96/Piura, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 133-134**).

“...Aquel que ejercita la acción reivindicatoria debe probar su dominio y demostrar, además que el demandado posee indebidamente el bien...” (**Exp. Nº 107-96, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 468-469**).

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación ilegítima que permitía el Código Civil de 1936. Carecen de vocación hereditaria los demandantes que no prueban su filiación (**Exp. Nº 389-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 236-237**).

La ley concede acción de reivindicación al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario con la finalidad de recuperarlo para sí.

El accionante que prueba su derecho con la copia literal de dominio de los registros públicos tiene mejor derecho de propiedad frente al contrato privado de transferencia que ofrece el demandado (**Exp. Nº 779-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 303-304**).

La parte demandada no está obligada a satisfacer la pretensión si el actor no ha cumplido con pagar dicho saldo. La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado (**Exp. Nº 658-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 189**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Es obligación de la parte demandante en su condición de acreedora demostrar la existencia de la obligación y la inejecución de la misma, por dolo o culpa del deudor (**Exp. N° 26-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 191**).

La iniciación de un proceso de desalojo por ocupante precario, no acredita la perturbación de la posesión, por lo que no procede el interdicto de retener.

La carga de la prueba en todo proceso, recae sobre quien afirma un hecho o aquel quien lo contradice alegando hechos nuevos (**Exp. N° N-687-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 473**).

En la ineficacia, se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro. Esta presunción relativa produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo la parte demandada demostrar que mantiene solvencia suficiente que desvirtúe tal presunción (**Exp. N° 15676-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 78-79**).

El abuso de la firma en blanco debe ser acreditada por el ejecutado que lo alega, en aplicación del artículo 196 del CPC.

El incumplimiento de una obligación que no ha sido negada, faculta al acreedor a exigir el pago inmediato del saldo (**Exp. N° 98-131, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 616-617**).

“... Según nuestro ordenamiento procesal civil ninguna pretensión puede declararse fundada teniendo en cuenta el solo dicho de la parte que lo afirma, por el contrario, quien sostiene un hecho debe necesariamente sustentarlo con medios probatorios...” (**Exp. N° 3640-97, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 95**).

“... La carga de la prueba, radica en la parte demandante, en consecuencia le corresponde probar a ésta, la posesión del bien que alega y los actos perturbatorios, en este juicio de interdicto de retener...” (**Exp. N° 1881-94, Primera Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 115**).

En la ineficacia del acto jurídico, esta presunción relativa produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo la parte demandada demostrar que mantiene la solvencia suficiente que desvirtúe tal presunción (**Exp. N° 15676-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 107-108**).

“... La carga de la prueba de los daños y perjuicios, sean estos (sic) derivados de una responsabilidad contractual o extracontractual, la tiene el perjudicado o agraviado; en tal virtud, respecto a este requisito son comunes las reglas aplicables a ambos tipos de responsabilidad” (**Cas. N° 99-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 109-110**).

“... Corresponde al actor probar la existencia del nexo causal que vincule a la víctima con el pretendido responsable, lo que deberá realizar en el decurso del proceso (de indemnización

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

por daños y perjuicios)” (Cas. Nº 1874-99/Ica, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000*, pp. 111-113).

“... La carga de la prueba en procesos de ejecución de obligación de dar suma de dinero corresponde indubitablemente a los ejecutados, por lo que al no haberse probado que el accionante ha completado el título valor puesto a cobro, en contra de los acuerdos adoptados previamente, no es conducente invertirla en contra de la accionante” (Cas. Nº 2667-98-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000*, pp. 116-118).

“... En desalojo por ocupación precaria, corresponde la carga de la prueba a la parte demandada, quien debe acreditar que la tenencia del inmueble que ocupa es justa y que paga canon arrendatario...” (Exp. Nº 1282-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000*, p. 114).

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación. No habiendo probado la actora el monto preciso del resarcimiento alegado, debe fijarse éste con valoración equitativa (Exp. Nº 793-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995*, pp. 113-114).

Si bien es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor a obtener del deudor la indemnización correspondiente, esta pretensión debe ser probada por quien la invoca y no entenderse como una consecuencia fatal e inevitable.

El pago de intereses conlleva una compensación pecuniaria por el perjuicio que podría ocasionar el retraso del pago en favor del acreedor (Exp. Nº 447-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995*, pp. 150-152).

La carga de la prueba se invierte, obligando al demandado a probar que...el título valor –incompleto al emitirse– fue completado contrariamente a los acuerdos (Exp. Nº 363-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995*, pp. 388-389).

La acción impugnatoria de paternidad legítima confiere la hombre casado respecto del hijo que hubiere alumbrado su mujer y del cual no se crea padre. La carga de la prueba recae sobre el marido (Exp. Nº 1205-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997*, pp. 217-218).

La parte que se perjudica con el incumplimiento de la prestación de la otra puede requerirla mediante carta por la vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento que el contrato quede resuelto.

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (Exp. Nº 76-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997*, pp. 362-363).

Cuando se demanda indemnización resulta ineludible acreditar el perjuicio sufrido, pues en ningún caso cabe liberar de la carga de la prueba a la parte que afirma haber sufrido un daño. Es condición esencial para establecer el lucro cesante que el daño sea cierto, no resultando resarcible las ganancias hipotéticas sino tan solo aquellas que se generan con toda

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

certidumbre (**Exp. Nº 617-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 452-454**).

*El arrendatario es responsable por la pérdida del bien que ocurra en el curso del arrendamiento, si no prueba que ha ocurrido por causa no imputable a él* (**Exp. Nº 651-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 136-137**).

*Si la actora ha acreditado haber viajado de Trujillo a Lima con su equipaje, el mismo que la transportista no ha cumplido con devolver, los daños y perjuicios que reclama derivan del incumplimiento del contrato de transporte y no por responsabilidad extracontractual* (**Exp. Nº 1842-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 425-426**).

*La opción legislativa vigente en materia de divorcio por causal, está inspirada preeminentemente en el concepto de divorcio-sanción.*

*Corresponde al cónyuge que alega las causales de divorcio imputable a su consorte acreditar los hechos que las sustentan* (**Exp. Nº 566-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 117**).

*Debe ampararse la demanda de alimentos si el accionante es alumno universitario y el demandado no ha demostrado que su hijo sea un mal alumno* (**Exp. Nº 358-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 224-225**).

*“... No solo al Juez se le reconoce un papel protagónico para gestionar la prueba que conduzca a conocer la verdad de los hechos, sino también que es un derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar la razón de sus afirmaciones y bajo esta concepción el derecho constitucional a probar como expresión de un debido proceso, en el caso de autos, ha sido ignorado, con lo que evidentemente se ha configurado la causal de contravención de normas que rigen el proceso”* (**Cas. Nº 1426-99/Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 65-68**).

*Al acreditarse la existencia de la obligación, la carga de la prueba se invierte y obliga al eventual deudor a probar que ese importe fue cancelado.*

*En el arrendamiento financiero, con pacto expreso sobre el lucro cesante, la restitución del bien vehicular, no genera obligación al locador de devolver el dinero recibido* (**Exp. Nº 992-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 186**).

## VALORACIÓN DE LA PRUEBA

### ARTÍCULO 197

*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C. de P.P.</i>	<i>art. 283.</i>
<i>C. de C.</i>	<i>art. 667.</i>
<i>C.D.I.P.</i>	<i>art. 401.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 30.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 12.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 116, 205.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamerica</i>	<i>art. 130.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 187.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 386.</i>

---

### *Comentario*

---

1. Por apreciación o valoración de la prueba, se entiende el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medio probatorio explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa.

El principio de la unidad de la prueba regula la norma. Este principio señala que la prueba se aprecia en su conjunto, pues, la certeza no se obtiene con una evaluación aislada y fragmentaria, tomado uno por uno, sino aprehendido en su totalidad. Las pruebas que individualmente estudiadas pudiesen aparecer como débiles o imprecisas pueden complementarse entre sí, de tal modo que unidas lleven al ánimo del juez, la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos discutidos en la litis.

Para Couture<sup>(1)</sup> los medios de prueba tienen una ordenación lógica, derivada de su naturaleza o de su vinculación con los motivos de prueba. Atribuye que ciertos medios de prueba tienen un carácter directo, por cuanto suponen un contacto inmediato del magistrado con los motivos de la prueba; a falta de contacto directo, acuden a una especie de reconstrucción o representación de los motivos

---

(1) COUTURE, Op. cit. p. 263.

de la prueba; y por último, a falta de comprobación directa o de representación, se apoyan en un sistema lógico de deducciones e inducciones. Bajo ese contexto, la inspección judicial es un medio de percepción directa; la confesión, testigos, peritos e instrumentos son medios de representación; la deducción e inducción, a través del juez y terceros, se aprecian en las presunciones y pericias.

Couture sostiene la siguiente idea: existen variantes de eficacia entre los diversos medios de prueba, dependientes de la mayor o menor proximidad del juez con los motivos. A mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menos valor de convicción<sup>(2)</sup>. "En la prueba por representación, el documento es el mas eficaz, porque el intermediario queda reducido tan solo a la conversión del hecho en cosa; pero esa conversión se realiza normalmente con deliberada atención y los documentos se redactan con el propósito que se reproduzcan con la mayor exactitud posible lo que se desea representar. Menos eficaz es, la representación mediante relatos; la representación a cargo de las partes tiene la grave falla del interés; de aquí que la representación mediante relatos a cargo de las partes solo es creída en cuanto sea contraria a su interés y nunca cuando corra en su misma dirección. En la representación, los intermediarios disminuyen la eficacia de su relato. Las visiones son imperfectas, por el tiempo transcurrido entre el hecho y el relato. Las fallas naturales de la memoria, la interferencia de otros elementos ajenos que turban el recuerdo, son otras tantas deficiencias del relato. En la prueba por deducción, la debilidad es absoluta: la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios del razonamiento, las falacias de falsa experiencia, de falsa percepción, de falsa deducción; todo contribuye en este caso a aumentar los riesgos de la actividad probatoria".

2. En la apreciación de la prueba concurren dos sistemas: la libre apreciación y la prueba legal.

Mediante la libre apreciación, el juez tiene libertad de selección y valoración de cada medio probatorio; el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso sin tener reglas que le señale el camino a seguir. La eficacia la consigue de su pleno raciocinio, sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas para la sentencia.

En la prueba legal, la apreciación esta sujeta a reglas predeterminadas que le otorgan parámetros, por ello se dice que es una prueba tarifada o tasada. La vía legislativa otorga un valor determinado a cada medio de prueba. El juez al emitir sentencia analiza las pruebas incorporadas al proceso asignándoles la eficacia pre-establecida por Ley. Si ella fuera inexistente no habría posibilidad de senten-

---

(2) Op. cit. pp. 267-268

ciar por carecer de tarifa, obligando a descalificar la pretensión. En este sistema no existe valoración alguna porque ella fue anticipada. Como señala Gozaini<sup>(3)</sup>, “la tarifa legal está sujeto a fórmulas preconcebidas, propias de un sistema donde el legislador todo puede, hasta decir cuánto vale el esfuerzo por conseguir la justicia”.

3. Frente a estos dos sistemas surge la llamada sana crítica. Un sector de la doctrina sostiene que la sana crítica es una modalidad de apreciación de pruebas pero no es un verdadero sistema de valoración. Esa modalidad se va a expresar en la apreciación en conciencia, la íntima convicción, la persuasión racional y la apreciación razonada.

La sana crítica no admite la discrecionalidad absoluta del juez; busca limitar los juicios de valor del juez a proposiciones lógicas y concretas tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren. Lógica y experiencia son los pilares que la guían.

La arbitrariedad del juez producto de la discrecionalidad ilimitada busca ser contrarrestada mediante la sana crítica, para que, la libertad de análisis se dirija por normas lógicas y empíricas que deben expresarse en los fundamentos de la sentencia. Estas reglas no se contraponen a la libre convicción del juez sino que otorgan una vía que encarrile la racionalidad de su pensamiento.

Las máximas de la experiencia integran junto con los principios de la lógica las reglas de la sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar o valorar la prueba, tratándose de principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad.

Esta modalidad presenta la libre convicción; íntima convicción y apreciación en conciencia.

La íntima convicción expresa una modalidad de la misma libertad de apreciación pero donde la principal asistencia está en el convencimiento de conciencia. La mínima duda admite resolver en sentido contrario

La apreciación en conciencia opera en la justicia oral, donde no quedan constancias escritas de lo ocurrido en la audiencia de pruebas, por eso, debe ser razonada y prudente. Los estudios al respecto señalan que “en conciencia” significa, conforme a la conciencia e implica el conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar. Cada medio de prueba se analiza en el concierto de la convicción que produzca y como señala Gozaini, “son reglas consabidas, formadas como estándares, máximas de experiencia, etc, tienen

---

(3) GOZAINI, op. cit, p. 196

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

un aspecto conocido que pueden advertir el desvío cuando no se ofrecen con la claridad que ellas surgen. Se habla de arbitrariedad en la prueba o de absurda apreciación de ella”.

Morello resume un cuadro de alegaciones por arbitrariedad o sin razón, consistentes en: a) omitir la ponderación de prueba decisiva; b) dar como probado lo que no lo está c) afirmar erróneamente que no hay prueba

La redacción del presente artículo tiene influencia Código de Procedimientos Civiles Italiano. Véase el artículo 116 que establece la regla de la prudente apreciación, el mismo que no difiere sustancialmente de lo que establece el artículo 197 del CPC.

4. Sobre la valoración de la prueba, aparece la Casación Nº 2283-00CALLAO, publicada en El Peruano, 1 de marzo de 2004, pronunciándose respecto a la falta de valoración del expediente acumulado, ofrecido como prueba. Dice la Sala Suprema que si bien este expediente no fue mencionado en la sentencia de vista ello no significa que no se haya evaluado, pues conforme al artículo 197 del Código Procesal Civil, en la resolución únicamente serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten la decisión.



## JURISPRUDENCIA

---

*El juez, ante la pretensión que persigue la nulidad del acto jurídico por simulación absoluta, debe reunir todos los elementos de pruebas que considere conveniente para emitir su fallo, no solo por el hecho de que el acto jurídico fue celebrado a través de representación, sino que al momento de efectuarse la venta, el precio pactado se fijó atendiendo a que el terreno donde se encontraba el inmueble iba a ser objeto de expropiación por el Estado (Exp. Nº 52104-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 204).*

*La indemnización implica una obligación solidaria, mas no mancomunada; por tanto, no se puede ordenar pagar cantidades distintas a cada uno de los emplazados porque el monto es único.*

*Si el juez no ha compulsado adecuadamente la responsabilidad que atañe a cada uno de los demandados, de acuerdo a la prueba actuada, no puede determinarse por el Colegiado, en atención al principio de la doble instancia (Exp. Nº 4675-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 96).*

*La valoración de todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, se interpretará no como la obligación de hacer referencia genérica, ni siquiera específica, únicamente, de los mismos sino significará la elaboración de un análisis crítico refiriéndose específicamente a cada prueba presentada y realizando un análisis comparativo de las mismas provenientes de ambas partes (Cas. Nº 3240-99-Ica, El Peruano, 21/07/2000, p. 5646).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Constituye deber del juzgador premunirse de todos los elementos probatorios que le permitan emitir un pronunciamiento adecuado a Ley, para lo que si bien éstos deben ser aportados en la etapa correspondiente, dentro de los plazos señalados, sin embargo es factible que se admitan y tengan presentes cuando habiendo sido ofrecidos éstos fueron expedidos con posterioridad (**Cas. Nº 1421-98-Huaura, El Peruano, 10/08/2000, p. 5811**).

La existencia de la causalidad en cualquier evento es básicamente un juicio de hecho por cuanto deberá apreciarse si el hecho imputado es el que ha causado el resultado dañoso en la víctima que, por cierto, dicho juicio deberá estar sustentado en mérito a las pruebas actuadas en el proceso y valoradas con sana crítica en libre apreciación (**Cas. Nº 959-97-Callao, El Peruano, 19/10/98, p. 1983**).

Las instrumentales que no sean ofrecidas por las partes en la etapa postulatoria o que sean presentadas en segunda instancia, tratándose de procesos abreviados o de conocimiento, no pueden ser calificadas como medios probatorios, por lo tanto, no pueden ser utilizadas por el juez para ser valoradas en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (**Cas. Nº 2960-98-Lima-Cono Norte, El Peruano, 26/10/99, p. 3808**).

Los medios probatorios forman una unidad, y como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme (**Cas. Nº 261-99-Ica, El Peruano, 31/08/99, p. 3387**).

El Juez, en la sentencia, debe proceder a la reconstrucción de los hechos con cuyo propósito actúa como lo haría un historiador, analiza las declaraciones, examina los documentos, aprecia las pericias, establece presunciones, utiliza los estándares jurídicos, aplicando, para ello, su apreciación razonada o las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por la parte actora y demandada (**Cas. Nº 2550-99-La Libertad, El Peruano, 11/07/2000, p. 5585**).

Nuestro ordenamiento procesal recoge el sistema de libre valoración de la prueba. Para crear convicción en el juzgador tiene que hacerse en forma razonada y de todas las pruebas en conjunto, pues, ya no se recurre solamente al método deductivo, al método lógico deductivo, sino que también se vale del método inductivo que surge como consecuencia del principio de inmediación.

Es inválida la decisión adoptada bajo argumentos que no se condicen con la realidad de los hechos, toda vez que no se sujeta al mérito de lo actuado, al haberse analizado aisladamente ciertos documentos, más no la restante prueba actuada (**Exp. Nº 7769-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 407-408**).

La sentencia debe discernir sobre aquel aspecto central de la controversia, para cuyo efecto los medios probatorios actuados deben ser valorados en concordancia con la causal que tiene como sustento la demanda incoada, resolviendo finalmente el derecho discutido con sujeción al mérito del proceso y al derecho aplicable al caso de autos.

Si bien la sentencia analiza la prueba aportada, no es menos cierto que la fundamentación fáctica no se condice con la disposición legal que glosa.

El juez no puede apartarse del asunto controvertido, el que se encuentra subsumido en los hechos que contiene la demanda y la respectiva contradicción (**Exp. Nº 49244, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 384-385**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El juez valora las pruebas de acuerdo a su criterio lógico y sana crítica; por tanto, el atestado policial tiene el valor probatorio que produzca en el juzgador, el mismo que no puede obligarlo a fallar en un sentido determinado (Exp. N° 4347-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 283-285).*

*Si bien en autos no existen elementos de juicio que conduzcan a amparar la demanda sobre nulidad de cláusula penal, que ha sido planteada alternativamente, el juez a solicitud del deudor puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva (Exp. N° 977-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 356-357).*

*“... El inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución como el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, en concordancia con los incisos sexto y tercero de los artículos cincuenta y ciento veintidós, respectivamente, del mismo Código Adjetivo, imponen al juzgador la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y es obvio que no se cumple con esta obligación haciendo genérica referencia de los mismos, sin un análisis crítico y comparativo de la prueba presentada por ambas partes” (Cas. N° 3240-99/Ica, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 157-159).*

*“... El artículo 197 del C.P.C. crea la exigencia en el juzgador de mérito de realizar una íntima apreciación y valoración de todos los medios probatorios, válidamente actuados por las partes en el proceso, pero ello no le obliga a expresar en detalle todas las operaciones mentales que realizó, sino que solo debe expresar los elementos relevantes que dan sustento a su decisión, lo que crea una concreción en materia probatoria...” (Cas. N° 552-99/San Román, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 145-148).*

*“... Es deber del juzgador exponer las razones por las cuales no le es suficiente una presunción legal de relativa verdad, y en su caso deberá precisar cuáles fueron las pruebas utilizadas como medio para acreditar los hechos que reputa como probados, con el fin de dar a conocer sus razones, poniendo así de manifiesto que no actúa arbitrariamente” (Cas. N° 2516-99/Cono Norte-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 306-308).*

*“... El método de la apreciación razonada, solo es factible entenderlo en oposición al sistema legal o de prueba tasada, en donde cada prueba tiene un valor probatorio determinado y al juez solo corresponde realizar una operación mecánica, matemática, carente de apreciación personal (Exp. N° 1300-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 135-136).*

*Las pruebas deberán ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas; ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; por cuanto solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso (Exp. N° 1300-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 149-152).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... Atribuir un sentido determinado a un hecho conforme al mérito probatorio que se extraiga de una determinada prueba constituye una facultad del juzgador prevista en la ley procesal que se hace de acuerdo al sistema de valoración conjunta y razonada de la prueba (sana crítica o de libre valoración) que ha sido adoptado por nuestro ordenamiento procesal, por lo que la conclusión táctica a que arriba el juzgador sobre los hechos no pueden (sic) ser reexaminada en esta sede por no ser actividad constitutiva del Recurso de Casación, de ahí que también son excluidos aquellos hechos que los impugnantes estiman probados, salvo que se denuncie en la forma técnicamente apropiada, la infracción del proceso de formación del razonamiento judicial llamada también (errores in cogitando), lo que sí constituye una cuestión de derecho pasible de control casatorio...” (Cas. Nº 13-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 414-415*).

“... Habiéndose tramitado el presente proceso en la vía abreviada, el referido medio probatorio (documento reconocido en prueba anticipada) puede ser meritulado conjuntamente con el resto del material probatorio, de conformidad con el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, pues el nuevo modelo procesal no acoge el sistema de valoración de la prueba tasada sino el de libre valoración o de sana crítica” (Cas. Nº 627-99/Cono Norte-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 630-632*).

Debe ampararse la pretensión de indemnización por daños y perjuicios que ha ocasionado la enfermedad ocupacional producida por causa atribuible a la empresa demandada, mas no por motivo de riesgo propio de la actividad minera que ha venido realizando como trabajador de dicha empresa.

El órgano jurisdiccional debe evaluar el perjuicio producido y la relación de causalidad que el actor invoca (Exp. Nº 677-97, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 220-221*).

Debe ampararse la demanda por indemnización si existe un nexo causal entre el accionar doloso de las demandas y el daño producido por éstas. El juez debe fijar el lucro cesante con criterio prudencial.

Está expedita la pretensión indemnizatoria del demandante si no se ha constituido en parte civil en el proceso penal (Exp. Nº 368-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 230*).

Existe responsabilidad solidaria entre el chofer del vehículo y la propietaria del mismo. La solidaridad no se presume, solo se establece por ley.

El monto indemnizatorio debe establecerse en moneda de curso legal y separadamente atendiendo al grado de participación de los demandados en la generación del hecho dañoso, así como la situación particular del agraviado, su edad, su expectativa de vida, su condición laboral y profesional (Exp. Nº 1166-97, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 231-232*).

Para los efectos de establecer el quantum indemnizatorio es preciso verificar la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, así como la magnitud del mismo, las características particulares y personales del afectado y las circunstancias del evento. El pago debe establecerse en moneda de curso legal del país, a la que debe agregarse los intereses legales computados desde la fecha de producido el daño (Exp. Nº 769-97, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 235-236*).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La indemnización debe fijarse prudencialmente con criterio de equidad, de manera que el monto indemnizatorio no constituya un enriquecimiento indebido del autor con el consiguiente perjuicio económico a la parte demandada (**Exp. N° 47-1-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 237**).

Los medios probatorios deben ser valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada.

Es nula la sentencia en la que el juez no ha merituado los medios probatorios presentados por las partes en la etapa postulatoria, lo que denota falta de seriedad en la emisión de las resoluciones judiciales al no analizar con la debida diligencia el proceso (**Exp. N° 609-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 342**).

La valoración de las pruebas no puede ser objeto de pronunciamiento inicial al calificar la demanda, sino previamente a la emisión de la sentencia y en atención a lo que al respecto manifieste y pruebe la parte contraria (**Exp. N° N-610-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 356-357**).

Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica (**Exp. N° 3446-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 368**).

Si bien se debe atender la opinión de los niños, es necesario considerar dichas manifestaciones en el contexto de los medios probatorios. No obstante los niños manifiestan su deseo de permanecer con el padre, debe apreciarse los actuados seguidos contra el padre demandante, por delito de lesiones graves en agravio de su esposa.

Dicho comportamiento agresivo resulta poco propicio para el desarrollo emocional de los menores de edad, cuya tenencia se peticiona.

Es derecho de los padres, pero sobre todo del niño, mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres (**Exp. N° 1965-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 133-134**).

Merece amparar la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones por parte de los demandados, pues resulta evidente que le ha causado perjuicios a la parte actora, no solo por el hecho que ella tuvo que culminar las obras y las consecuencias de la misma, sino también por el descrédito que tuvo que afrontar frente a la empresa contratante por el incumplimiento de sus asociados en la ejecución de la obra convocada. Al no haberse acreditado debidamente cuánto ascendería la magnitud del mismo, el monto económico a resarcir debe fijarse de manera prudencial (**Exp. N° 3132-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 216-217**).

El artículo 1767 del C.C. establece la prelación del criterio que debe seguir el juez para fijar el monto de la retribución por los servicios profesionales en los casos que no ha sido fijada por las partes, de manera que primero debe aplicar las tarifas profesionales a los usos y ante la falta de éstas, aplicar su criterio discrecional en relación a la cantidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados (**Exp. N° 1366-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 237**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El uso de objetos o aparatos de riesgo o peligrosos como es un vehículo, trae consigo la responsabilidad del pago de los daños que ese uso produzca a terceros. Si el accidente se originó tanto por el hecho del peatón como por el accionar del conductor del vehículo, el monto indemnizatorio debe fijarse en forma prudencial.*

*Si bien la vida de una persona no tiene precio, también es que el señalar una cantidad elevada por concepto de indemnización y fuera del alcance de los obligados, haría ilusorio su abono, por cuanto se evidencia de los autos que los co-demandados no cuentan con los medios suficientes para pagar el importe de la suma demandada (Exp. Nº 2562-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 247-248).*

*Debe el demandante asumir la consecuencia de sus actos, si los enfrentamientos que se produjeron entre las partes, por actos propios de los mismos, trascendieron el círculo íntimo y fueron de conocimiento incluso de organismos internacionales; hecho que motivó la difusión de la carta de renuncia del demandado, entre las personas e instituciones que conocieron sus diferencias, como forma de repeler el agravio que era objeto y recuperar la buena imagen de la cual gozaba.*

*El ejercicio de ciertas actividades o funciones exponen al análisis y crítica de actos efectuados en el ejercicio del cargo que desempeñen (Exp. Nº 2644-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 257-259).*

*Es nula la sentencia, si el Juez únicamente ha meritado en la sentencia, el informe pericial, obviando valorar previa citación, el peritaje de parte. El juez debe efectuar la valoración probatoria en forma conjunta y con apreciación razonada de todos los medios probatorios (Exp. Nº 1539-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 350).*

*“... El Colegiado absuelve el grado y confirma la apelada que declara infundada la demanda, sin embargo ninguno de los fundamentos que la sustentan hace referencia al expediente solicitado, no obstante que fue incorporado al caudal probatorio con el objeto de mejor resolver (...) Que, por consiguiente se ha infringido el principio de unidad del material probatorio, por el que se entiende que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios ofrecidos, sean de parte o de oficio, criterio jurídico previsto en el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, y que no ha sido tomado en cuenta por la recurrida” (Cas. Nº 1671-98/Ayacucho, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 72-73).*

*“... En nuestro sistema procesal el Juez valora los medios probatorios de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir de acuerdo a lo que su experiencia, sus conocimientos y la lógica le permiten inferir” (Cas. Nº 2890-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 140-141).*

*“... Las pruebas presentadas por el juez deberán ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas e indirectas; no pudiendo ser tomada ninguna de ellas en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; (...) solo teniendo la visión integral de los medios probatorios, se podrá sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso...” (Exp. Nº 160-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 142-143).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... El Juez debe apreciar en su integridad las pruebas aportadas por las partes, a fin de que las mismas le permitan con certeza emitir un fallo justo...” (Exp. Nº 144-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 144*).

“... El método de la apreciación razonada, solo es factible entenderlo en oposición al sistema legal o de prueba tasada, en donde cada prueba tiene un valor probatorio determinado y al juez solo corresponde realizar una operación mecánica, matemática, carente de apreciación personal (Exp. Nº 1300-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 135-136*).

“... Si bien el artículo ciento noventa y siete del C.P.C., establece que los medios probatorios son valorados por el Juzgador en forma conjunta, apreciándolos razonadamente, y que en la resolución solo expresará las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, sin embargo, no puede dejar de emitir pronunciamiento sobre aquello que ha sido expresamente fijado como punto controvertido” (Cas. Nº 3168-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 151-153*).

“... El hecho que dentro de un proceso se valore una prueba más que otra o se desestime su valor probatorio, no significa que se esté atentando contra la normas del debido proceso...” (Cas. Nº 2332-98-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 164-165*).

“... El magistrado no puede renunciar a su facultad de apreciación para descartar un elemento sin convicción probatoria...” (Cas. Nº 181-95/Junín, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 162-163*).

“... No se afecta el derecho de igualdad cuando por ejercicio de la valoración probatoria se llega a la convicción de favorecer a una de las partes atribuyéndole el respectivo derecho que le corresponde...” (Cas. Nº 1645-97/Huánuco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 177-178*).

“... El Juez no puede aceptar unas respuestas y desechar otras, sino que debe apreciarlas en su conjunto, por lo que en este caso es evidente que se ha afectado el derecho al debido proceso al ignorar el Juzgado de Instancia las respuestas de los testigos a las repreguntas” (Cas. Nº 1916-99/Chincha, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 226-228*).

“... El artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil ordena la valoración conjunta de la prueba; el principio de apreciación razonada supone su análisis, para llegar a una conclusión y el principio de pluralidad de instancia, exige que ese análisis se repita (...) De acuerdo a ello la Sala de revisiones, debe pronunciarse sobre la prueba apreciada en Primera Instancia, y podrá llegar a la misma o a distinta conclusión; pero no puede ignorarla” (Cas. Nº 522-99/Huaura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 380-381*).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El juez debe apreciar el dictamen de los peritos según las reglas de la crítica.*

*Aunque un dictamen haya sido formulado en determinado sentido el juzgador no puede adelantar opinión, asumiendo el criterio de los peritos, porque el pronunciamiento jurisdiccional le corresponde al Juez y no a los auxiliares de justicia (Exp. N° 2172-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 116-117).*

*Atendiendo a su orientación publicista el nuevo código procesal civil ya no regula la prueba tasada (Cas. N° 107-96-Lima-Cono Norte, Editora Normas Legales S.A., Tomo 253, Junio 1997, Trujillo-Perú, pp. A.25-A.26).*

*Las cuestiones relativas a la existencia del daño y a la acción u omisión así como a la valorización del daño son cuestiones de hecho y son apreciadas discrecionalmente por el juzgador de instancia en función a la prueba aportada en el proceso (Cas. N° 641-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 262, Marzo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.10-A.12).*

*El Código adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; en tal sentido, la prescindencia de uno de los peritos admitidos por el juzgado o incluso la ausencia de disimilitud de informes periciales no pueden menoscabar la convicción al que llega el juzgador por medio de aquella valoración conjunta y razonada.*

*La nulidad procesal es un instrumento de último ratio y solo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso (Cas. N° 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 262, Marzo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.17-A.18).*

*El monto indemnizatorio debe ser justipreciado con espíritu equitativo, debiendo ponderar además la conducta procesal del demandado, al haber pretendido negar la verdad respecto de la existencia del contrato de obra celebrado con el demandante (Exp. N° 1525-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 160-163).*

*Para la finalidad resarcitoria de la indemnización deben evaluarse las circunstancias del caso especialmente la conducción de un bien riesgoso a excesiva velocidad, hecho que merece especial consideración por constituir una práctica social irresponsable que debe cesar (Exp. N° 761-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 170-171).*

*Si una de las partes contratantes ha demostrado una conducta inadecuada en su compromiso que deriva en la inejecución de la obligación o en su cumplimiento parcial; tardío o defectuoso, exige del juzgador un esfuerzo de análisis de los hechos y de los efectos producidos a la parte perjudicada, en aras de hacer justicia y aplicar la Ley.*

*El resarcimiento debe limitarse al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída y fijarse con valoración equitativa con arreglo al artículo 1332 del CC (Exp. N° 1140-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 82-84).*

*El resarcimiento por los daños que ha sufrido el demandante como consecuencia inmediata y directa de la inejecución, al haber dejado de obtener una utilidad o ganancia por el incumplimiento o mora culposa del deudor y por la afectación a la vida profesional, no está contemplado en nuestro ordenamiento civil como afectos de intereses legales.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Queda librado al prudente arbitrio del juzgador fijar una suma global, inspirado en el elemental principio de equidad que evite que el rigor de la justicia produzca un desequilibrio que pese sobre una de las partes, pues el juzgador debe evitar la desproporción (**Exp. N° 2398-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 103-105**).

El monto indemnizatorio debe regularse prudencialmente de acuerdo con la naturaleza, la gravedad del daño y las circunstancias en que se produjo el evento, para lo cual no solo debe tomarse el mérito de las conclusiones del atestado policial sino las declaraciones de las partes y los testigos (**Exp. N° 172-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 108-110**).

Si la demandante al momento de cruzar la vía de tránsito vehicular no tomó las medidas de seguridad para aminorar en algo sus lesiones, resulta evidente que la responsabilidad del hecho dañoso recae en forma conjunta con los demandados, por lo que el monto indemnizatorio debe fijarse en forma prudencial (**Exp. N° 1937-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 139-140**).

Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica (**Exp. N° 3446-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 368**).

Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrido ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el Juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial.

Además, en materia de prueba el Código Adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (**Cas. N° 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11**).

Es nula la sentencia, si el Juez únicamente ha meritado en la sentencia, el informe pericial, obviando valorar previa citación, el peritaje de parte. El juez debe efectuar la valoración probatoria en forma conjunta y con apreciación razonada de todos los medios probatorios (**Exp. N° 1539-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 350**).

El Código adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; en tal sentido, la prescindencia de uno de los peritos admitidos por el juzgado o incluso la ausencia de similitud de informes periciales no pueden menoscabar la convicción al que llega el juzgador por medio de aquella valoración conjunta y razonada.

La nulidad procesal es un instrumento de último ratio y solo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso (**Cas. N° 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 262, Marzo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.17-A.18**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*"... Si bien el artículo ciento noventa y siete del precitado Cuerpo Legal (C.P.C.) establece que los medios probatorios son valorados por el Juzgador en forma conjunta, apreciándolos razonadamente, y que en la resolución solo expresará las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, sin embargo, no puede dejar de emitir pronunciamiento sobre aquello que ha sido expresamente fijado como punto controvertido" (Cas. Nº 3168-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 151-153)*

*"... El hecho que dentro de un proceso se valore una prueba más que otra o se desestime su valor probatorio, no significa que se esté atentando contra la normas del debido proceso..." (Cas. Nº 2332-98-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 164-165)*

*"... El Colegiado absuelve el grado y confirma la apelada que declara infundada la demanda, sin embargo ninguno de los fundamentos que la sustentan hace referencia al expediente solicitado, no obstante que fue incorporado al caudal probatorio con el objeto de mejor resolver.*

*(...) Que, por consiguiente se ha infringido el principio de unidad del material probatorio, por el que se entiende que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios ofrecidos, sean de parte o de oficio, criterio jurídico previsto en el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, y que no ha sido tomado en cuenta por la recurrida" (Cas. Nº 1671-98-Ayacucho, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 72-73)*

## EFICACIA DE LA PRUEBA EN OTRO PROCESO

### ARTÍCULO 198

*Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 139, 352.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M.. Iberoamerica art. 135.

C.P.C. Colombia art. 185.

---

### Comentario

---

1. El artículo regula la “prueba trasladada”, que es aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. El fundamento de la validez de una prueba de un proceso en otro radica en la unidad de la jurisdicción.

La eficacia de la prueba producida en otro expediente judicial se mide en atención a si éste ha sido tramitado entre las mismas partes o entre un tercero y una de ellas.

1.1. En el primer caso, asumiremos que tiene plena eficacia si ambos litigantes han tenido la oportunidad de ejercer su control con las garantías del debido proceso legal.

La exigencia de la bilateralidad no es un problema de forma de la prueba sino de garantía del contradictorio. Para Couture, las pruebas de otro juicio pueden ser válidas si “en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley otorga en el juicio en que se produjeron”.

Este criterio no es absoluto para nuestro código pues permite la incorporación de pruebas actuadas en otro proceso sin conocimiento de la parte contra quien se invocan, para lo cual, la norma exige que el juez puede prescindir de la bilateralidad por decisión motivada, tal como señala la última parte de la norma en comentario.

1.2. En relación a la prueba producida en otro expediente no seguido entre las mismas partes, sino entre un tercero y una de ellas, contra quien se la pretende oponer, diremos que es eficaz, siempre y cuando haya sido citado y tenido la oportunidad de intervenir.

La prueba producida entre una de las partes y un tercero donde éste no pudo intervenir no podrá serle opuesta a quien no intervino, salvo que se obtenga su ratificación en el nuevo proceso en el que se le pretende hacer valer, para asegurar de tal suerte su derecho al contradictorio.

2. La norma no hace distinción del tipo de proceso ni que el proceso se encuentre concluido o en giro, ni la modalidad de la conclusión, sin embargo, bajo la redacción del artículo 240 del CPC nos lleva a decir que tiene que ser proceso concluido.

En caso de las pruebas practicadas en un proceso en abandono son validas, porque no se trata de causales de nulidad ni de algo similar y tiene eficacia probatoria. Cuando el proceso haya terminado por desistimiento, transacción o arbitraje, la prueba conserva todo su valor y puede trasladarse con los requisitos comunes, según se trate de oponerla a quien fue parte en él o a un tercero.

3. Un caso similar al traslado de la prueba se presenta cuando se acumulan dos o más procesos y se han practicado pruebas en uno, diferentes de las recibidas en los demás. En estos casos señala Devis Echeandía<sup>(1)</sup>, vale la prueba que existe en cualquiera de ellos, para la decisión de todos, siempre que la persona contra quien se aduce sea parte en el proceso en que se practicó, como resultado de la unidad de la prueba y porque se cumplen a cabalidad los principios de publicidad y contradicción necesarios para su eficacia.

4. Otro supuesto a contemplar es el referente al archivo del proceso judicial por convenio arbitral. Aquí opera una transformación de la relación jurídica procesal pero no su extinción, y por ello las pruebas que se alcanzaron a practicar en sede judicial conservan su valor y deben tenerlas en cuenta los árbitros. En ese sentido véase lo regulado en el artículo 17 de la LGA “Los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio arbitral”

5. Las pruebas provenientes de un proceso penal o de otra jurisdicción también pueden ser trasladadas al proceso civil. Devis Echeandía explica esa eficacia

---

(1) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales, 14º ed. Dike. Medellín, 1994, p. 33.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

invocando la unidad de la jurisdicción. Señala que a pesar de la división y especialización de la jurisdicción, la prueba es jurídicamente igual. Lo que sucede es que se traslada la prueba recibida en un proceso anterior (llámese civil o penal o contencioso-administrativo, etc.) siempre que haya sido pública y controvertida por la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso.

Por último, no interesa si el proceso penal haya concluido por indulto, amnistía, prescripción, muerte del procesado, por sentencia absolutoria o condenatoria, ya que solo se tiene en cuenta, si la prueba ha sido públicamente contradicha y formalmente practicada.



## JURISPRUDENCIA

---

*Debe ampararse la demanda de filiación extramatrimonial si de la sentencia condenatoria por delito de seducción en agravio de la actora, revela la existencia de relaciones extramatrimoniales que el demandado hizo sufrir a la agraviada y si además de dichas relaciones ha nacido la menor, a favor de quien el demandado viene proporcionando alimentos (Exp. Nº 1065-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 206-207).*

*“... La eficacia de las pruebas obtenidas válidamente en un proceso a que se refiere el artículo ciento noventiocho del Código Adjetivo no está condicionado (sic) a que las mismas hayan sido actuadas por las partes en el proceso primigenio, como erróneamente alega el recurrente, sino que para su actuación resulta imprescindible que se ponga en conocimiento de la parte contra quien se invocan...” (Cas. Nº 2839-99-Arequipa, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 221-222).*

*“... El acta de inspección judicial practicada (...) no ha sido desvirtuado, además su valor probatorio subsiste por el hecho de haberse declarado la nulidad de los actos procesales que no tienen injerencia directa sobre ella” (Cas. Nº 883-97-Lima, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 295-296).*

*Si el ofrecimiento de los actuados judiciales guardan relación con la materia controvertida, el juez debe admitir la remisión de los mismos. Es nula la sentencia que se emite con autos diminutos (Exp. Nº 32044-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 391-392).*

## INEFICACIA DE LA PRUEBA

### ARTÍCULO 199

*Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 inc. 10 párr. 3.
C.P.C.	arts. 50 inc. 5, 197.
C.P.	arts. 161, 162, 164.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 inc. 12.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 72.73, 143.
-----------------------	------------------

---

### Comentario

Como señala la norma en comentario la prueba es ineficaz si es obtenida bajo los supuestos de simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno. Para Kielmanovich, “reconocer idoneidad para sustentar una prueba que fue el fruto de un procedimiento ilegítimo equivaldría a admitir la utilidad de medios ilícitos, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no solo es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria de un hecho ilícito”.

Dentro de esta lista de supuestos de ineficacia que refiere el artículo 199 debe agregarse a aquellas pruebas prohibidas, como las que regula el inciso 3 del artículo 229 del Código sobre la declaración de testigos consanguíneos.

Algunos autores enseñan que si bien la prueba sería en tal caso inadmisibles, podría ser no obstante eficaz, si a pesar de tal prohibición la misma se produjo. Sostienen “a pesar que la ley protege la armonía familiar y la declaración se hubiera tomado, ella podría ser apreciada por el juez ya que esos valores fueron vulnerados y nada se repara con prescindir del testimonio rendido e incorporado al proceso. Puede ser que con esa declaración se esclarezca debidamente el hecho y el juez no puede ignorarla”<sup>(1)</sup>.

En tal sentido, cuando ha declarado el pariente consanguíneo vinculado en línea directa con algunas de las partes se indica que, como la finalidad perseguida

---

(1) KIELMANOVICH, op. cit., p. 222.

mediante la prohibición ya se habría frustrado, la prueba podría ser considerada por el juez con la misma amplitud de criterio con que se examinaría y ponderaría cualquier otra declaración testimonial.

Esta tesis no comparte Kielmanovich, porque la declaración así rendida adolece de nulidad absoluta, es ineficaz por afectar una norma de orden público como las que regulan la inadmisibilidad de un medio de prueba, cuestión que se encuentra fuera de la esfera de la disponibilidad privada de las partes, tanto si la declaración se produjo o no.

Otro supuesto de ineficacia por prueba prohibida, se refiere a la declaración del testigo, absolutamente incapaz, según el inciso 1 del artículo 229 del Código Procesal. Hay algunos autores que intentan superar la prohibición del testigo, al no reunir la edad mínima requerida, mediante una suerte de conversión de la testimonial en prueba indiciaria. Sobre el particular, Kielmanovich<sup>(2)</sup> escribe “pensamos que las prohibiciones establecidas por la ley no pueden dejarse de lado mediante la transformación de una prueba en otra por mas desactualizadas que se encuentren las razones que condujeron a su establecimiento, cuestión que en todo caso no habilitaría a corregirlas mediante la realización de actos reñidos con el orden jurídico, haciendo derivar así de ella efectos probatorios a favor de quien ofreció la prueba ilegítimamente ordenada”.

La resolución judicial que ordenó la declaración del testigo, carece de efectos saneadores sobre la ilicitud intrínseca de la misma sino porque además, a través, de ese mecanismo, se favorecería indirectamente el ofrecimiento de prueba ilícita y la violación del propio ordenamiento que se intenta tutelar mediante la herramienta del proceso.

No se acepta, en aras de alcanzar la verdad, se admita el empleo de una grabación subrepticia de una conversación telefónica aun entre las mismas partes, en razón de que la correspondencia telefónica al igual que la epistolar es legal y constitucionalmente inviolable mas allá que difícilmente pueda ser equiparada con una carta misiva

Las grabaciones realizadas sin la aprobación de aquel cuya voz se registra se reputan como nulas y contrarias a la dignidad humana.

La prueba debe descartarse por ineficaz, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de una garantía constitucional o bien sea una consecuencia inmediata de dicha violación. Por tanto no puede aceptarse como pruebas las evidencias obtenidas mediante violaciones de domicilio, interferencias clandestinas de comunicaciones telefónicas, interceptación y viola-

---

(2) Op. cit., p. 223.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ción de correspondencia, torturas, etcétera, porque se transformaría a la justicia en receptora y cohonestadora de resultados ilegales.

Conceder valor a las pruebas obtenidas por vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial no solo es contradictorio con la garantía del debido proceso, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias.

En conclusión, la prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Debemos señalar que existen bajo la concepción de la prueba ilícita, tres posiciones. La primera aplica la regla de la exclusión. Sostiene que el proceso no puede construirse sobre la base de ilícitos, de modo que los medios prohibidos nunca pueden ser considerados para la demostración. Este no aprovechamiento de la prueba lograda en forma ilícita, es lo que reafirma políticamente el Estado de derecho y lo diferencia de un sistema totalitario. Esta es la tesis de mayor acogida y está en juego el principio de moralidad. La segunda posición, no aplica la regla de la exclusión. Sostienen que el abuso no transforma en legítima una conducta ilegítima, ni modifica la verdad objetiva, sin perjuicio de sancionar al que cometió el abuso o el delito en la obtención de la prueba. Un delito no justifica otro delito, y la aplicación de la regla genera un costo social tanto por liberar al delincuente cuanto por la gestión económica realizada que se considera ineficaz"; y la tercera posición, se orienta a la aplicación de una regla de exclusión atenuada. Esta es una posición intermedia, influenciada por el principio de proporcionalidad. Según esta posición, en casos graves se admite la prueba –aunque ilícita– cuando con esta se trata de conservar valores de grado superior, ya que se considera que algunos derechos, como la intimidad, no son absolutos.

En nuestro país, sobre la prueba ilícita encontramos el trabajo que Juan Monroy ante el Congreso Nacional de Derecho Procesal. La ponencia relacionada con los límites éticos de la actividad probatoria. Abordó el cuestionamiento de la libertad en –un sistema probatorio publicístico como es el CPC del 93– para obtener el objeto de prueba. Propuso la regulación del principio de moralidad probatoria a fin que el Juez evite dicha actividad cuando afecte los derechos fundamentales básicos de la persona.



## JURISPRUDENCIA

---

*La Sala no puede emitir válidamente sentencia si de autos obra que la recurrida se basa en prueba que se ha obtenido a través de la comisión de delito (Cas. Nº 602-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.30).*

## IMPROBANZA DE LA PRETENSIÓN

### ARTÍCULO 200

*Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 196.  
D.S. 017-93-JUS arts. 276, 277.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 127.  
C.P.C.M.. Iberoamérica arts. 55, 132.

---

### Comentario

---

1. Como se ha aprecia de la redacción de la norma, lo que se debe probar son “los hechos que sustentan la pretensión”. Si se cumple con esa condición, la demanda será amparada. Nótese que el artículo hace referencia al objeto de la prueba: los hechos. Regularmente el derecho no es objeto de prueba; solo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes, por tanto, resulta coherente que se proceda al juzgamiento anticipado del proceso (ver artículo 473 del CPC) cuando se trate de conflictos de puro derecho. Existe un estrecho vínculo entre esta regla “que el derecho no se prueba” con la presunción de su conocimiento. Se dice que no tendría sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual este se supone conocido. En tal sentido, léase lo regulado en el inciso 4 del artículo 190 del CPC que señala que el derecho nacional no se prueba sino que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

2. Un derecho no es nada sin la prueba del hecho material que se deriva. En sentido amplio, probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en sentido judicial, probar es someter al juez (que conoce el proceso) elementos de convicción propios para confirmar un hecho alegado por una parte y negado por la otra. Como dice Couture<sup>(1)</sup>, es un método jurídico de verificación de las proposiciones que las partes. Se asemeja, a la prueba matemática: es una operación de verificación de la exactitud o el error de otra operación anterior.

---

(1) Couture, op. cit. p. 219.

La actividad probatoria en el proceso está sujeta al principio dispositivo y al de aportación. Sobre ellas recae —señala Montero Aroca—<sup>(2)</sup> la carga de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración. Esto significa que a la hora de dictar sentencia, puede concurrir tres posibilidades: “1) el hecho alegado por alguna de las partes existió: debe extraer la consecuencia jurídica prevista en la norma (se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar); 2) el hecho alegado no existió: no habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse (se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictar sentencia absolutoria); 3) el hecho no ha llegado a ser probado, colocando al tribunal en la situación de duda: esta situación de incertidumbre no le permite dictar una sentencia de non liquen, es decir, no puede dejar de resolver”.

3. En el tema de carga probatoria, no se trata tanto de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos, dice Montero Aroca. Bajo la doctrina del *onus probandi* se debe apreciar las consecuencias de la falta de prueba, esto es, que partiendo de un determinado hecho no probado, determinar a quién perjudicará esta circunstancia y quién debió probarlo. Según Montero Aroca<sup>(3)</sup>, la carga de la prueba produce efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos. Textualmente señala: “1) con relación al tribunal sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba. En principio la sentencia será desfavorable a aquella parte que pidió un efecto jurídico establecido en la norma cuyo supuesto de hecho no se probó. Esta doctrina no sirve para que este diga a las partes cuál de ellas debe probar; a lo largo del proceso el tribunal no asume lo que podríamos llamar una función distribuidora de la carga de la prueba; si un hecho está probado al tribunal no debe importarle quién realizó la prueba, pues él cuestiona la carga solo cuando falta la prueba de un hecho y en el momento de la sentencia; 2) respecto de las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del proceso, para que sepan quién debe probar un hecho determinado si no quieren que entre en juego el efecto anterior (aunque se produce después en el tiempo). Este efecto es el que nos importa ahora y respecto de él debemos examinar las reglas existentes en nuestro Derecho, reglas que son las mismas que, aplicará el juez para el supuesto de falta de prueba”.

(2) Montero Aroca Juan, "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)" en *La Prueba*, Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 36-37.

(3) *Ibidem*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

4. Los jueces deben llegar a la convicción basándose solamente en los elementos de prueba admitidos por la Ley. La prueba directa tiende a demostrar el hecho discutido por las partes, con auxilio de medios de convicción aplicados precisamente a ese hecho, como documentos, pericias, declaraciones. La prueba indirecta solo tiende a demostrar el hecho discutido con auxilio de los sucedáneos. Cuando se trata de prueba directa, un hecho no puede, en términos generales, ser demostrado de modo completo, sino en tanto que la prueba del mismo ha sido practicada en el mismo proceso.

5. Tomando como referencia la norma en comentario diremos que la función de la prueba no se orienta al descubrimiento de la verdad (como sucede en el proceso penal) sino a demostrar los hechos que sustentan la pretensión demandada. Cuando no se cumple con ese objetivo, la pretensión demandada será declarada infundada. Ello implica para Montero Aroca<sup>(4)</sup>, que los hechos no afirmados, al menos por una de las partes no existen para el juez, quien no puede salir a la búsqueda de los mismos; y los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.

Respecto a los hechos controvertidos, debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora sino verificadora, ello supone para Montero Aroca<sup>(5)</sup> lo siguiente: 1) las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar o comprobar la exactitud de esas afirmaciones, solo en el caso que hayan sido negadas o contradichas. En tal sentido, léase el artículo 188 del CPC: “los medios probatorios tienen por finalidad (...) producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos (...)”; 2) los elementos con los que debe producirse la verificación no son los que decida discrecionalmente el juzgador, sino los que propongan las partes; 3) la actividad verificadora ha de realizarse conforme a un procedimiento legal; 4) en la verificación no puede aceptarse la prueba ilícita.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es infundada la resolución del contrato, basado en un hecho propio, ajeno a la prestación a que se contrae el contrato, porque no se ajusta al principio que señala el artículo 1148 del CC, esto es, que el obligado debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactado, o en*

(4) Montero, op. cit. p. 24.

(5) Ibidem

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso. Amparar dicha pretensión sería ir contra la Ley, y propiciar la burla de los derechos ajenos y el fraude, muchas veces deliberado, a las obligaciones contraídas, que nuestro ordenamiento jurídico no ampara (**Exp. N° 1431-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 105**).

Debe desestimarse la pretensión indemnizatoria fundada en derechos expectativos, cuyo beneficio supuestamente perdido, se hubiera podido plasmar única y exclusivamente con la renovación del contrato; sin embargo, esto no ocurrió porque concluyó el mismo día que se produjo la desposesión del bien.

Los daños cuyo resarcimiento económico se reclama no es atribuible a los demandados porque estos últimos decidieron la no continuación de la relación contractual. Fenecido el contrato, éste no genera obligación alguna (**Exp. N° 4937-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 97**).

Las testimoniales resultan insuficientes para acreditar la posesión constante de concubinos, pues, se requiere del principio de prueba escrita, conforme lo exige el artículo 326 del CC.

Las partidas de nacimiento y de defunción, solo prueban la relación de filiación, mas no acreditan la sociedad de hecho (**Exp. N° 4253-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 24**).

El matrimonio del casado es nulo, sin embargo, por excepción, el legislador conviene en otorgarle caracteres de anulable en los supuestos que señala el artículo 274 del CC.

Resulta insuficiente para declarar –de oficio– la nulidad del segundo matrimonio, la presentación de las dos partidas de matrimonio, por cuanto podría ser materia de contradicción la subsistencia del primer enlace y la oportunidad de su conocimiento por la cónyuge actora (**Exp. N° 3434-10JF-93, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 19**).

Si bien el artículo 28 del CC establece que cuando se usurpe el nombre de una persona, ésta tiene derecho de obtener la indemnización que corresponda. No es suficiente acreditar el uso del nombre del agraviado, sino que dicho uso le cause daño.

En materia de responsabilidad civil, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por la teoría del resarcimiento al agraviado y no por la sanción al infractor (**Exp. N° 64866-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 1**).

Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno sobre el cual se ha edificado cuando quien solicita el desalojo no tiene título de lo construido y los demandados sean dueños de lo edificado, pues no se puede ordenar la desocupación solo del lote prescindiendo de lo construido. La interpretación correcta de la posesión precaria es que el supuesto precario no deba tener título alguno, ni del terreno ni de la construcción, mientras que el propietario debe serlo tanto del terreno como de la construcción (**Cas. N° 1780-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4339**).

Si los medios probatorios solo certifican un proceso de transferencia de propiedad en trámite y ni ratifican la existencia de un título de propiedad idóneo ni que el ocupante en el proceso de desalojo sea precario, de ningún modo podrán dichos medios de prueba cambiar el sentido de las sentencias expedidas a favor del presunto ocupante precario (**Cas. N° 167-98-Callao, El Peruano, 21/11/98, p. 2077**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si el otorgamiento de escritura está condicionada a la cancelación del precio, no puede ampararse dicha pretensión, si de la prueba pericial se demuestra que el recibo de cancelación no ha sido suscrito por la demandada, más aún, que no aparece el concepto por el cual se emite (**Exp. N° 1356-983, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 522-525**).

Es infundada la indemnización sustentada en los daños y perjuicios ocasionados en la diligencia de lanzamiento, con motivo del proceso de desahucio, si no se establece, el nexo causal entre el hecho y el daño producido; máxime, que los demandantes han tenido la oportunidad de impedir la diligencia, con el cumplimiento de la resolución judicial que ordenaba la desocupación, así como evitar la presencia de quién se encontraba delicado de salud, procediendo de modo diligente tal que habría impedido el lamentable desenlace (**Exp. N° 4286-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 287-288**).

Si las conclusiones del Ministerio Público no determinaron la falsedad de la denuncia efectuada por el emplazado, sino que el archivamiento de la misma obedeció a situaciones que fueron esclarecidas en la investigación previa practicada a nivel policial, la propia decisión revela que el demandado procedió con arreglo al ejercicio regular de un derecho, de suerte que no procede indemnización alguna, al no haberse demostrado la arbitrariedad o intencionalidad del agente de causar daño con la denuncia penal; no existiendo, elemento de juicio, conducente a probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño alegado.

No hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho (**Exp. N° 4085-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 282-283**).

Es infundada la rescisión por lesión si no existe prueba alguna que acredite que se produjo aprovechamiento de la necesidad apremiante de la demandante por el demandado, máxime que el bien había sido puesto a la venta mucho tiempo atrás y el demandante obró voluntariamente consignado un precio en el contrato, que no se condecía con la realidad de los hechos, en el convencimiento que podía sacar provecho de esta situación creada por él mismo (**Exp. N° 4031-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 241-242**).

Es infundada la indemnización por daños y perjuicios, si de la prueba actuada, se concluye que el no lograr la operación estándar obedeció a deficiencias de equipos y/o maquinarias adquiridas por la propia demandante; y, además porque la empresa actora no siguió el procedimiento establecido en el contrato, que se requería para el logro de dicha operación. La prueba del incumplimiento de la obligación y los daños que éste ocasiona corresponden al demandante, perjudicado por la inejecución de la obligación (**Exp. N° 2490-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 226-230**).

El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió.

Si no se demanda a quien debe de restituir el bien y no se acredita además la entrega de éste, es infundada la demanda, por cuanto el documento elaborado por ella misma, contiene solo su dicho (**Exp. N° 3297-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 205-206**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado; lo que condice con la regla procesal, que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión.*

*Es infundada la demanda si el accionante no demuestra su incumplimiento con la presentación del título impago y el emplazado tampoco acredita su cancelación. No es usual que los títulos valores que se hubiesen cancelado se conserven durante cerca de seis años (Exp. Nº 59130-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 190-193).*

*Es infundada la demanda que pretende el pago por los frutos dejados de recibir, por la posesión que habrían venido detentado los demandados como ocupantes precarios del inmueble. El paga que se pretende se equipara en realidad a la renta dejada de percibir, lo que no guarda correspondencia con el concepto de frutos.*

*Frutos civiles son los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica (Exp. Nº 141-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 151-152).*

*Sí se constata del acta de nacimiento que el reconocimiento del menor lo ha practicado el propio demandante, la impugnación de la paternidad y la ineficacia de la parada es improcedente, no obstante las conclusiones de la prueba de ADN que concluyen que el actor no es el padre del menor.*

*Conforme lo señala el artículo 395 del Código Civil, el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable (Exp. Nº 1267-98-9-JF, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 126-128).*

*Debe declararse infundada la demanda, si de la carta fianza se advierte que ésta no fue extendida para garantizar cualquier obligación futura, sino para afianzar obligaciones que ella precisa, y si además, la entidad bancaria no ha cumplido con aportar medio probatorio alguno para demostrar que el crédito, representado en el pagaré, se encuentre cubierto o garantizado por la carta fianza (Exp. Nº 679-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 646-647).*

*Para disponer la propiedad o gravar un bien se requiere que el encargo conste en forma indubitante y por escritura pública.*

*Si se ha suscrito el contrato de compraventa con persona distinta a la propietaria, pero en nombre de ésta, sin tener poder suficiente para hacerlo, resulta infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública.*

*La cuestión controvertida no está dentro de los alcances del artículo 1412 del Código Civil (Exp. Nº 839-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 488).*

*Debe desestimarse la nulidad de testamento si no prueba, de modo alguno, la pretensión, máxime si la pericia grafotécnica ha concluido que la letra y firma que obran en el testamento ológrafo impugnado, provienen de un mismo puño gráfico, perteneciente al causante (Exp. Nº 4013-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 139-140).*

*No puede considerarse acreditada la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, con el solo mérito de la copia certificada de la denuncia policial, pues, ella constituye una manifestación unilateral.*

*No existiendo otros elementos de prueba que acrediten que el demandado se haya retirado del hogar conyugal por el lapso que predetermina el inc. 5 del artículo 333 del C.C. y sin*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

justificación alguna, debe desestimarse la pretensión (**Exp. N° 3232-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 97**).

“... No habiendo probado la existencia de los daños y perjuicios reclamados, ni que el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, no cabe ni siquiera estimarlos prudencialmente...” (**Exp. N° 194-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 460-461**).

“...Aquel que ejercita la acción reivindicatoria debe probar su dominio y demostrar, además que el demandado posee indebidamente el bien...” (**Exp. N° 107-96, Cuarta Sala Civil, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 468-469**).

“... Para la (acción pauliana), el actor debe acreditar necesariamente la preexistencia del crédito a la fecha de la disposición del bien, pues el daño al acreedor se produce justamente cuando el deudor dispone de éste con el fin de perjudicarlo” (**Cas. N° 775-96-Huánuco, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 537-539**).

Para que proceda la demanda de indemnización por responsabilidad civil extracontractual es necesario probar tanto la existencia de los daños y perjuicios alegados como la relación de causalidad entre el acto del demandado y el resultado dañoso producido. No puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera por la irrefutable razón que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme y contrario al derecho (**Exp. N° 2159-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 142-144**).

Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.

Si se ha probado que el actor no autorizó que se consigne en la partida de nacimiento del menor su nombre como padre del referido menor debe ampararse la demanda (**Exp. N° 1233-90-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 110-113**).

No obstante que el contrato privado de compra-venta no ha sido suscrito por la cónyuge del demandante, de la diligencia de reconocimiento fluye claramente que ella no solo conocía de la compra-venta sino también recibió el dinero como parte de pago del precio del bien, situación que lleva a desestimar la demanda sobre nulidad de compra-venta.

Si los adquirientes del predio no han abonado más del ciento por ciento del precio convenido debe ampararse la resolución del contrato de compraventa (**Exp. N° 972-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 408-409**).

La Constancia Policial por retiro voluntario del hogar conyugal de mutuo acuerdo entre los cónyuges, no constituye prueba suficiente para declarar el divorcio por dicha causal, pues no se ha demostrado que hayan cohabitado los cónyuges en domicilio diferente en fecha posterior al retiro voluntario (**Exp. N° 09-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 119**).

No habiéndose acreditado las relaciones sexuales con el demandado, durante la época de la concepción, no procede conceder una pensión alimenticia para el hijo extramatrimonial (**Exp. N° 1013-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 144**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es obligación de la parte demandante en su condición de acreedora demostrar la existencia de la obligación y la inejecución de la misma, por dolo o culpa del deudor.*

*Es infundada la demanda si la actora no ha acreditado que la emplazada haya recibido, bajo inventario, los bienes objeto de la denuncia para así poder imponerle la obligación de resarcir a la demandante, por el incumplimiento contractual (Exp. N° 26-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 191).*

*Si el demandado ha acreditado con el contrato de compra-venta y la tarjeta de propiedad, haber adquirido el vehículo de quien tenía su derecho inscrito en el registro de propiedad vehicular, no puede ser desposeído de la cosa vendida mediante la acción de rescisión de contrato (Exp. N° 1305-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 374-375).*

*Para amparar la acción rescisoria por lesión el demandado lesionado debe probar que la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes, que éste se encontraba en un estado de apremiante necesidad y que el demandado lesionado conocía de ese estado de necesidad (Exp. N° 342-95-Huancavelica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 389-390).*

*Si la demandada no ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones a su cargo pactadas en el contrato de compra-venta, debe ampararse la demanda.*

*Si la demandante reconoce haber cumplido con pagar solo la cuota inicial y que por la diferencia del precio ha procedido a efectuar la consignación, ello constituye un hecho demostrativo para la resolución del contrato, toda vez que resulta fundada la impugnación formulada según lo dispuesto en el artículo 1428 del Código Civil (Exp. N° 105-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 388-389).*

*Si el demandante ha practicado válidamente el reconocimiento de su menor hijo, conforme aparece del acta marginal de la partida de nacimiento, no cabe amparar la nulidad de dicho acto jurídico si los argumentos de haber inscrito el reconocimiento bajo intimidación y violencia, no han sido probadas de manera idónea (Exp. N° 747-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 201-202).*

*Si bien el artículo 1428 del CC., permite en los contratos con prestaciones recíprocas, solicitar una indemnización por los daños y perjuicios, cuando alguno de los contratantes falta al cumplimiento de la prestación; empero, es necesario acreditarlos, conforme lo dispone el artículo 1331 del CC.*

*Debe desestimarse la indemnización, si la actora no demuestra haberlos sufrido, pues no basta enunciarlos (Exp. N° 1712-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 218).*

*Si la accionante aduce que la demandada es su deudora, le corresponde acreditar no solo la existencia y vigencia de la obligación sino también su monto.*

*Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada (Exp. N° 1588-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 213-215).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Tratándose de una acción de desalojo por ocupante precario, el accionante debe probar fehacientemente su condición de propietario del inmueble de litis.*

*No obstante la Sala ha observado que la documentación es insuficiente para identificar debidamente la propiedad, dicha observación no ha sido subsanada por la actora, por lo que en aplicación del artículo 196 del Código Procesal Civil debe declararse improcedente la demanda (Exp. N° 220-96, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 323-325).*

*Todo aquel que alega un hecho debe probarlo según la noción del “necessitas probando”.*

*Si bien la ejecución de la sentencia se suspendió por encontrarse un tercero en el predio, para luego en la administración de la posesión apreciar la sustracción de enseres propios del inmueble, no procede amparar la demanda si no sea acredita a plenitud la responsabilidad del demandado como autor o mentor de los hechos aducidos en la demanda (Exp. N° 1078-93-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 455-458).*

*Es infundada la demanda para el pago de una indemnización como consecuencia del retiro del servicio telefónico por presunta mora en el pago, pues no basta invocar los daños y perjuicios sino hay que probarlos.*

*Si bien el demandante para abonar la deuda por el servicio telefónico giró un cheque y éste no ha sido presentado en tiempo oportuno para su pago como lo señala la Ley de Títulos Valores, ello en modo alguno extingue la obligación del abonado a satisfacer el pago por el servicio que se le presta (Exp. N° 184-94-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 472-474).*

*Si en el contrato de concesión se ha previsto la posibilidad de resolverlo unilateralmente, sin expresión de causa, pero a condición de cursar por escrito una comunicación correspondiente; y la entidad demandada no ha aportado ningún elemento que acredite haber cumplido con la referida comunicación, debe colegirse que el contrato de concesión se ha dejado de ejecutar por causa imputable a la demandada, que indudablemente ha generado daños y perjuicios al actor.*

*La indemnización debe ampararse, fijando el monto reclamado prudencialmente (Exp. N° 2188-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 201-202).*

*El juez debe valorar la prueba en forma conjunta utilizando su apreciación razonada, ciñéndose para tal efecto a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.*

*Debe desestimarse la demanda si se verifica la presencia de adulteraciones en las cantidades en cifras y letras que consigna el cheque en ejecución (Exp. N° 501-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 161-163).*

*No procede amparar la ineficacia de los anticipos de legítima porque si bien el demandado se ha constituido en fiador solidario de la empresa demandante, los bienes que han sido materia de anticipo son de la sociedad conyugal y por tanto no responden por las deudas personales de uno de los cónyuges, más aún si la cónyuge no ha suscrito la fianza.*

*La fianza es una garantía personal que afecta un patrimonio en su integridad y no determinados bienes (Exp. N° 1086-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 83-84).*

*No puede ampararse la nulidad del acto jurídico de mutuo con garantía hipotecaria bajo el argumento que en la minuta que se presentó en la Notaría para su elevación a documento público se falsificó la firma del letrado.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El resultado del proceso penal no puede afectar la validez del acto jurídico que se cuestiona, pues, la suscripción de la minuta por el abogado, constituye una formalidad de naturaleza y efectos administrativos, que no contamina la libre voluntad de las partes (Exp. N° 3060-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 88).*

*No puede ampararse el pago que reclama la actora, pues, del contrato de opción se aprecia que no tenía la calidad de exclusivo, por lo que la parte propietaria se encontraba en la posibilidad de realizar la venta de manera directa, en cuyo caso, solo se encontraba obligada a pagar el importe de la comisión en favor de la demandante si el comprador o compradores eran "clientes" de esta última, situación que no se da en autos (Exp. N° 2272-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 208-209).*

*Si la demandante, con la facultad que le confiere el artículo 1429 del CC y ante el incumplimiento del pago del precio de la accionante, da por resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa, carece de sustento la formalización de dicha transferencia así como la discusión si la venta fue de los aires o de la totalidad del bien (Exp. N° 48677-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 212).*

*Si bien la resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a la indemnización por los daños y perjuicios, la prueba de ellos y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o defectuoso. Es infundada la demanda si la accionante no aporta prueba alguna que acredite su pretensión indemnizatoria (Exp. N° 3584-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 219).*

*Si del contrato de compraventa se aprecia que la situación registral del bien era conocida por la compradora demandante, quien se obligó a regularizarla, correspondiendo a la vendedora suscribir la documentación que se le presente; al no haber actuado la demandante prueba idónea que la demandada ha incumplido la obligación que asumió, no es procedente el pago de la indemnización que se solicita (Exp. N° 3270-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 220-221).*

*Debe desestimarse la tercera de propiedad, si el embargo que afecta al inmueble materia de la tercera, se ha inscrito con fecha anterior al anticipo de legítima en favor de los demandantes.*

*Admitir una posición en contrario importaría: a) dejar de lado la finalidad esencial que persiguen las medidas cautelares, cual es, asegurar la eficacia de las decisiones judiciales; b) destruir la fe que confiere el contenido de los Registros Públicos sobre su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto (Exp. N° 1746-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 463-464).*

*Si el derecho de propiedad sobre las edificaciones efectuadas en el predio cuya restitución se solicita no ha sido probado, es infundada la demanda (Exp. N° 57279-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 472).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Constituye requisito *sine qua non* para resolver los interdictos, acreditar en forma indubitable la posesión, objeto de litigio.

Es infundada la demanda, si de la inspección judicial con la intervención de peritos, no es posible precisar si la poza de agua ha sido construida como consecuencia de los actos perturbatorios que hubieren realizado los demandados (**Exp. N° 58928-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 479-480**).

Es infundada la demanda si el contrato de arrendamiento que da origen a las letras de cambio puestas a cobro, nunca llegó a ejecutarse, al no haber existido contraprestación alguna por parte de la ejecutante. Admitir lo contrario importaría un claro abuso del derecho que la Ley reprueba. La ejecutada puede oponer a la ejecutante las excepciones que derivan de sus relaciones personales con ésta, es decir, lo proveniente del acto jurídico que origina la emisión de las cambiales, materia de ejecución (**Exp. N° 64285-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 573-574**).

“... El actor no ha acreditado de modo alguno los fundamentos de su acción, resultando insuficiente para ello el mérito de las denuncias policiales (...), por constituir únicamente denuncias de parte del actor, sin posterior investigación y conclusión de parte de la autoridad policial...” (**Exp. N° 544-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinos-troza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 244-245**).

Debe desestimarse la demanda si durante los lapsos establecidos en el artículo 339 del CC., no ha probado la demandante que desconocía que el demandado mantenía relaciones extramatrimoniales, de la cual ha procreado tres hijos (**Exp. N° 4890-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 22-23**).

Conforme lo dispone el artículo 200 del C.P.C. el demandante tiene la obligación de probar los hechos que sustentan su pretensión.

Habiendo la parte demandada probado ser propietaria del terreno objeto del interdicto así como haber el Ministerio Público amparado la denuncia penal por delito de usurpación, debe declararse infundada la acción (**Exp. N° 1881-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 112-114**).

Debe desestimarse la demanda de divorcio por no apreciarse el “*animas injuriandi*”.

La injuria no deja huella objetiva, por referirse a algo tan inaprehensible y subjetivo como es la dignidad (**Exp. N° 980-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 52-53**).

Solo pueden adquirir el dominio por prescripción quienes han poseído el inmueble a título de propietarios y no de usufructuarios o arrendatarios.

Debe desestimarse la demanda si los actuales ocupantes del inmueble sub-litis han venido detentando la posesión en calidad de inquilinos, pagando la correspondiente merced conductiva (**Exp. N° 2269-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 99-100**).

Debe desestimarse la demanda si los accionantes acreditan tener la calidad de propietarios por instrumento privado sobre el predio cuya prescripción adquisitiva solicitan (**Exp. N° 4301-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 102**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No es aplicable el saneamiento por vicios ocultos, en la compraventa de vehículos usados para invocar la reducción del precio (**Exp. N° 1601-87, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 133-135**).

Debe desestimarse la acción que bajo la invocación del artículo 1704 del CC. no prueba la existencia de un contrato de arrendamiento, para reclamar el desalojo máxime si es propietario, a quien se le atribuye maliciosamente la condición de inquilino (**Exp. N° 331-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 340-341**).

Debe desestimarse la demanda si las letras de cambio no han sido protestadas con arreglo a ley (**Exp. N° 215-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 400-401**).

Si la accionante aduce que la demandada es su deudora, le corresponde acreditar no solo la existencia y vigencia de la obligación sino también su monto.

Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada (**Exp. N° 1588-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 213-215**).

No procede amparar el pedido de interdicción si de los informes médico periciales practicados al demandado, refieren que la demencia senil no le impide expresar su voluntad libremente, de manera tal que no esté privado de discernimiento (**Exp. N° 435-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 319-320**).

No procede amparar la nulidad del Estatuto de la Universidad accionante si se llega a la evidencia que sus objetivos son lícitos, no persiguen fines lucrativos y las actividades a realizar por la Universidad son físicamente viables y jurídicamente posibles.

La simple estipulación en el estatuto de la defensa de los derechos de los docentes y la vigilancia del cumplimiento de la Ley Universitaria y del Estatuto de la Universidad no puede calificarse como actos violatorios de los derechos de la Universidad y menos de interferencia en el gobierno, gestión y desarrollo de dicho centro de estudios (**Exp. N° 938-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 149-151**).

La nulidad de matrimonio es independiente al régimen de la nulidad del acto jurídico.

Si el actor no ha aportado los medios de prueba idóneos que justifiquen la nulidad del matrimonio debe declararse infundada la demanda (**Exp. N° 45-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 161-162**).

Son elementos de la convivencia la permanencia, la notoriedad y la singularidad.

Si bien la demandante ha acreditado la permanencia y la notoriedad, su convivencia carece de singularidad porque se ha probado que el causante convivía simultáneamente no solo con la actora sino otra señora, habiendo procreado hijos con ambas, por tanto no puede ampararse la demanda de reconocimiento de sociedad convivencial, solo con una de ellas (**Exp. N° 672-95-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 180-181**).

Las testimoniales no son prueba suficiente para acreditar la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es requisito indispensable para la interposición de la acción por esta causal, establecer donde se fijó el domicilio conyugal y la fecha en que se produjo el supuesto abandono (Exp. N° 904-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 196).*

*Si el demandante interpuso con anterioridad demanda de separación de cuerpos por abandono malicioso del hogar conyugal para luego retractarse de los cargos, no puede hoy sostener en una nueva acción de divorcio que su cónyuge ha incurrido en abandono injustificado del hogar porque no se reintegró al mismo después del desistimiento (Exp. N° 857-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 196-198).*

*Es infundada la demanda de exclusión de nombre si se prueba la posesión constante del demandado como hijo extramatrimonial del demandante (Exp. N° 509-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 214-215).*

*La causal de injuria grave para dar lugar al divorcio debe importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que haga imposible la vida en común. Debe declararse infundada la demanda si no ha probado dicha causal en los términos antes citados (Exp. N° 189-89-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 199-201).*

*La contestación de la paternidad según el Código Civil de 1936 solo estaba permitido tratándose de filiación legítima. La pretensión de nulidad de partida de nacimiento no es viable por no estar tutelado por el vigente Código Civil ni por el Código de 1936 (Exp. N° 350-95-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 215-216).*

*Es infundada la caducidad del testamento si el causante tenía la libre disposición de sus bienes. Constituye las dos terceras partes de los bienes la legítima intangible divisible en partes iguales entre los herederos forzosos (Exp. N° 4127-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 247-248).*

*Para la existencia del contrato de compra-venta es indispensable la determinación de la cosa materia de la enajenación y el precio que debe pagar al comprador.*

*Es infundada la demanda sobre otorgamiento de escritura pública si por carta notarial el actor comunicó a la demandada dentro del plazo su decisión de adquirir el inmueble, y no cumplió con formalizar la transferencia del inmueble ni con pagar el precio en la forma ofertada, pese a la comunicación hecha por los asesores legales de la demandada (Exp. N° 824-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 411-412).*

*Los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Si el contrato de permanencia se ha resuelto por razones no imputables al demandado, el reembolso que hubiera hecho el demandado de sumas recibidas como ayuda económica de estudios deben calificarse como una acto voluntario, ajeno a lo estipulado en el contrato de permanencia (Exp. N° 1383-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 439-440).*

*No procede amparar la indemnización invocada bajo los alcances del artículo 1982 del Código Civil si la Sala Penal de la Corte Suprema ha declarado prescrita la acción penal materia de la denuncia, pues no existe pronunciamiento respecto de la comisión del delito*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ni a la culpabilidad de los denunciados (**Exp. N° 664-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 460-461**).

Es infundada la demanda por indemnización si resulta evidente que el demandado al denunciar al demandante ante la autoridad competente no le ha atribuido la comisión de un hecho punible a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, sino que ha actuado en ejercicio regular de un derecho (**Exp. N° 769-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 465-467**).

Es infundada la demanda para el pago de una indemnización como consecuencia del retiro del servicio telefónico por presunta mora en el pago, pues no basta invocar los daños y perjuicios sino hay que probarlos.

Si bien el demandante para abonar la deuda por el servicio telefónico giró un cheque y éste no ha sido presentado en tiempo oportuno para su pago como lo señala la Ley de Títulos Valores, ello en modo alguno extingue la obligación del abonado a satisfacer el pago por el servicio que se le presta (**Exp. N° 184-94-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 472-474**).

Es infundada la demanda sobre nulidad de acto jurídico si los demandados adquirieron el inmueble sin conocer que era de propiedad de la sociedad conyugal accionante, pues tal hecho aparecía en la inscripción del Registro Público. Debe ampararse la fe registral de conformidad con el artículo 2014 del Código Civil (**Exp. N° 461-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 495-497**).

Si el demandante como la demandada han adquirido en condominio el lote sub litis, y el derecho de los dos compradores ha sido inscrito en los registros de la propiedad inmueble, resulta infundada la demanda que pretende se retire de la escritura de compra-venta el nombre de la demandada para hacer perder el error que contiene la inscripción al considerarla como esposa de aquél, pues por ese medio se privaría de su derecho de copropiedad (**Exp. N° 51-94-Loreto, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 500-502**).

No cabe discutir en una acción de desahucio por ocupación precaria el derecho de propiedad que recíprocamente invocan las partes, menos pronunciarse acerca de quien le asiste el mejor derecho de propiedad.

Tratándose del derecho de propiedad no es admisible la coexistencia de las personas titulares del derecho real de propiedad (**Exp. N° 86-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 586-588**).

Si los demandados, quienes ocupan el inmueble de litis como propietarios, vienen exigiendo judicialmente el cumplimiento del contrato a su anterior propietario y este ha transferido dicho inmueble al demandante, sin esperar que se defina la situación jurídica que conlleva la demanda de cumplimiento de contrato, no resulta posible amparar la demanda sobre desahucio por ocupación precaria, discutiendo el derecho de propiedad entre el demandante y demandado dentro de un proceso sumario (**Exp. N° 279-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 591-592**).

Los alcances del Inc. D del artículo 15 del D. Ley 21938 no obliga al que obtenga la desocupación del predio a la construcción necesaria de casas habitación: en reemplazo del que va a demoler.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La Municipalidad es la que controla la construcción de inmuebles de acuerdo a la zonificación y densidad señaladas en los planes de desarrollo urbano (Exp. N° 731-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 593-594).*

*Es infundada la demanda sobre interdicto de retener si el accionante no tiene la condición de poseedor o tenedor del bien cuyo interdicto pretende.*

*No puede considerarse poseedor al demandante por encontrarse en relación de dependencia con la demandada, pues conserva la posesión a nombre de éste en cumplimiento de órdenes e instituciones de aquellos (Exp. N° 549-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 600-601).*

*La actora debe probar convenientemente el título de propiedad que alega sobre el inmueble de litis.*

*No es suficiente probar ser titular del terreno y no de la edificación (Exp. N° 210-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 339-340).*

*Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (Exp. N° 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 139-141).*

*La demanda sobre nulidad de compra-venta interpuesta por la cónyuge del vendedor, aduciendo que se trata de bienes sociales transferidos sin su consentimiento no puede ampararse pues la demandante tuvo conocimiento y convino en la venta, inclusive recibió parte del precio, como lo demuestran los cheques que ella endoso o para cobrarlos (Exp. N° 302-93-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 400-402).*

*“... Las sentencias inferiores han establecido que el demandante no ha probado el daño, por lo que no puede haber lugar a una indemnización por daños y perjuicios, siendo irrelevante si ha existido dolo o culpa de la presunta autora” (Cas. N° 2722-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 457-459).*

*Para el abandono injustificado de la casa conyugal es necesario que se configure el hecho material del abandono, el tiempo de duración por ley así como, que dicho abandono sea injustificado.*

*No basta indicar la ausencia y sustentarla con una denuncia policial, que recoge únicamente el dicho de la parte interesada sin ninguna investigación (Exp. N° 730-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 113).*

*La constatación policial por sí sola no constituye prueba suficiente para comprobar la configuración de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años (Exp. N° 768-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 114).*

*“... El demandante no ha probado tener la propiedad del bien sublitis, primero, al no adjuntar pruebas fehacientes que acrediten que tiene la propiedad del bien y, segundo, que no*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

posee dicho bien en forma exclusiva tal como manifiesta en su demanda, presupuestos que impiden la procedencia de la acción de Título Supletorio” (**Cas. Nº 1289-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 484-486**).

La esposa del vendedor carece de derecho para pedir la nulidad de la venta de los bienes que fueron adquiridos por su esposo, el vendedor, antes de su matrimonio con ella (**Exp. Nº 649-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 37-38**).

La demanda sobre nulidad de compraventa interpuesta por la cónyuge del vendedor, aduciendo que se trata de bienes sociales transferidos sin su consentimiento no puede ampararse, pues la demandante tuvo conocimiento y convino en la venta, inclusive recibió parte del precio, como lo demuestran los cheques que ella endosó o para cobrarlos.

La ausencia de la intervención de la actora en el documento en que consta el contrato no lo invalida por sí, pues la compraventa es un contrato consensual. No debe confundirse el contrato con el documento que sirve para probarlo (**Exp. Nº 302-93-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 400-402**).

Si se ha celebrado el contrato de mutuo, con intervención de ambos cónyuges, para cancelar el saldo del precio de la compraventa del inmueble gravado, el mismo que es un bien social, no puede producirse la resolución del contrato, en tanto, no se comunique a los representantes de la sociedad conyugal, y no solo a uno de ellos.

La comunicación de resolver el contrato, cursada solo a uno de los cónyuges, hace inexigible la obligación reclamada, pues no ha operado la resolución contractual por falta de comunicación idónea (**Exp. Nº 45514-1722-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 239-241**).

Tratándose de una demanda por enriquecimiento indebido, el reclamante de la indemnización debe probar no solo el empobrecimiento sufrido sino también el enriquecimiento producido a expensas del mismo.

El título valor por sí solo, es insuficiente para acreditar el empobrecimiento sufrido (**Exp. Nº 3839-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 255**).

Si el demandante no acredita que haya actuado sin autonomía de la voluntad al suscribir las letras de cambio cuya nulidad pretende, no resulta de amparo su pretensión (**Exp. Nº 4511-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 356**).

Si se estima que el título ejecutivo adolece de deficiencias formales, se debe concluir que no es posible despachar la ejecución, toda vez que en el título se resume todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa. Cualquier otra cosa entrará por la vía del ejecutado y, consiguientemente, a él le corresponderá probar lo que alegue (**Cas. Nº 1401-97-Callao, El Peruano, 18/10/98, p. 1973**).

Debe desestimarse la demanda de filiación si la demandante se limita a sostener que el menor es el resultado de sus relaciones extramatrimoniales con el demandado con quien mantuvo relaciones, sin aportar prueba suficiente que acredite su pretensión. La carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuran su pretensión (**Exp. Nº 2249-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 369**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Resulta insuficiente la constancia de estudios ofrecida como prueba para mantener la obligación alimentaria, luego de alcanzada la mayoría de edad, pues no permite advertir que esta curse existe estudios conducentes a una profesión u oficio (Exp. N° 435-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, p. 317).*

*Si del contrato de compraventa se aprecia que la situación registral del bien era conocida por la compradora demandante, quien se obligó a regularizarla, correspondiendo a la vendedora suscribir la documentación que se le presente; al no haber actuado la demandante prueba idónea que la demandada ha incumplido la obligación que asumió, no es procedente el pago de la indemnización que se solicita (Exp. N° 3-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 220-221).*

*Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (Exp. N° 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-  
ma, 1997, pp. 139-141).*

*La pretensión del actor condicionada a la cancelación del precio debe desestimarse, si del informe pericial no observado por las partes, se ha determinado que el recibo no tiene carácter cancelatorio por no haber sido suscrito por la emplazada ni aparece el concepto por el que se recibe el dinero (Exp. N° 1356-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 230-233).*

## DEFECTO DE FORMA

### ARTÍCULO 201

*El defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. IX, 188.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 inc. 4.

---

### Comentario

---

Los actos procesales son apreciados bajo dos principios: el de legalidad de formas o el de la libertad de ellas. Frente a ellos, la tendencia hoy en día se orienta a considerar la finalidad y el contenido de los actos, más que su exterioridad formal.

En ese sentido, también se orienta la norma en comentario, al referir que, a pesar del defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio, no invalida este, si cumple su finalidad.

Sobre el particular, Vescovi<sup>(1)</sup> señala “no importa la infracción formal si mediante una forma distinta se logra igualmente el objeto del acto y también, que salvo el caso expresamente previsto en la ley, el acto debe realizarse de la manera más adecuada para alcanzar su objetivo o por la que fije el juez, si tiene dicha facultad”. Esto significa que si bien se mantiene el principio de legalidad de las formas, asimismo se proclama el principio de libertad, permitiendo asumir la más adecuada al fin del acto.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... La pericia valorativa del inmueble fue puesta en conocimiento del Banco recurrente (...), y si bien conforme al artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal el dictamen pericial debe ser explicado en la audiencia de prueba, el defecto de forma en la actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad, tal como precisa el artículo doscientos uno del mismo Código, pues en todo caso el impugnante no observó el citado peritaje no obstante tener conocimiento de ello oportunamente...” (Cas. Nº 803-99-Piura, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 281-282).*

---

(1) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. op. cit. p. 259.

## Capítulo II

# AUDIENCIA DE PRUEBAS

### DIRECCIÓN

#### ARTÍCULO 202

*La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad. Antes de iniciarla, toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad. La fórmula del juramento o promesa es: “¿Jura (o promete) decir la verdad?”.*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	art. 50.
<b>C.P.C.</b>	arts. II, IV, V, 50 inc. 1 y últ. párr., 127, 264, 471 párr. 2, 472, 527.
<b>C. de P.P.</b>	art. 142.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 405.
<b>LEY 26636</b>	art. 68.

### Comentario

1. El artículo consagra el principio de inmediación que rige al proceso civil. Se dice que el juez debe encontrarse en relación directa con las partes y recibir personalmente la actuación de las pruebas. La oralidad de las audiencias es lo que asegura la vigencia del principio de inmediación. Ella es garantía y seguridad porque el juez tiene la percepción directa y frontal de los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos. Este artículo realiza un viejo anhelo procesal de imponer como un deber la presencia efectiva del juez en la audiencia.

La nulidad a que hace referencia el artículo es absoluta e insubsanable. No cabe que las partes puedan convalidar dicha ausencia con su silencio o su falta de alegación, pues, dicha omisión vulnera el debido proceso. El artículo V del TP al referirse a este principio dice: “las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad”.

2. La inmediación, señala Vescovi<sup>(1)</sup>, requiere que el sentenciador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman

(1) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, pp. 59-60.

el proceso. Los detractores, quienes sustentan el principio de mediación, se inspiran en el resquemor que el contacto vivencial (juez y partes) pueda afectar la imparcialidad del juzgador; de allí que sustentan la conveniencia que el juez guarde una relación impersonal e indirecta con aquellos elementos, privilegiando para ello la escritura en lugar de la oralidad.

Frente a dicha posición, la inmediación propone la participación del juez en el procedimiento convirtiéndose, también en un protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo; esto no lleva, a la imparcialidad y a prejuizar; por el contrario, resulta difícil dice Peyrano, concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Y agrega que solo cuando el proceso es “vivido” por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir el mendaz o comprobar la veracidad de los hechos.

3. Otro de los aspectos que regula la norma se refiere al comportamiento procesal que deben asumir los convocados a la audiencia de pruebas. No solo tienen la carga de comparecer sino de decir la verdad cuando se les convoque a participar en el proceso. Nótese que la norma no restringe esa particularidad a los testigos o peritos, sino que es una exigencia extensiva a todos los tengan que participar en la actividad probatoria, inclusive hasta las propias partes litigantes.

La norma señala que antes de iniciar la audiencia de pruebas, el juez toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad. En el caso de los testigos, se plantea la pregunta sobre el valor que se le debe asignar a la declaración prestada sin juramento. Sobre esta inquietud no existe una respuesta única. Así pues, desde el punto de vista penal, no hay delito, por no haberla prestado bajo juramento; desde el punto de vista civil, la declaración se prestó y por lo tanto no es inexistente, de manera que incorporada al proceso, puede ser considerada por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, con máximo rigor y en concordancia con otras pruebas del proceso. Si el testigo es único y única prueba, y no prestó juramento, debe ser desestimado, pues no existe elemento para la comparación. Otros criterios asumen al juramento como requisito inexcusable y por tanto, la declaración es nula. Consideramos que el juramento o promesa de decir verdad no es un requisito para la validez del testimonio sino una cuestión que hace a su eficacia. Se ha dicho con acierto que “la simple palabra de un hombre honesto no puede valer menos que el juramento de un canalla”.

Históricamente el juramento ha tenido una motivación religiosa que se materializaba en el hecho de tomar a Dios por testigo de la verdad de una afirmación, de un testimonio, de una promesa.

Podemos decir que la fórmula del juramento es la afirmación solemne que hacen los convocados a la audiencia, sean partes o auxilios judiciales, para obligar su

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conducta a la verdad. Es una promesa solemne que compromete la conducta futura del que lo presta.

Como ya referimos, el juramento en sus inicios estaba acompañado de un sentido religioso; de ahí la fórmula diseñada para los juramentos decía: “juro por Dios desempeñar fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido”.

Con el devenir de los años y con la consagración de la libertad de cultos, el juramento ha perdido el sentido religioso, permitiendo que se preste por el honor de la propia persona. En ese sentido se orienta la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, (véase artículo 227) la misma que guarda coherencia con lo que norma el presente artículo “¿Jura (o promete) decir la verdad?”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien la audiencia de pruebas es inaplazable, el Juez se encuentra facultado a autorizar a una parte a actuar mediante representante, en caso que un hecho grave o justificado impida su presencia, debiendo para ello solicitarse antes de la audiencia o en todo caso en el mismo acto (Exp. N° 3917-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 297).*

## CITACIÓN Y CONCURRENCIA PERSONAL DE LOS CONVOCADOS

### ARTÍCULO 203

*La fecha fijada para la audiencia es inaplazable, salvo el caso previsto en el último párrafo, y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados.*

*Salvo disposición distinta de este Código, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.*

*Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el juez dará por concluido el proceso. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 58, 89 inc. 1, 113, 214 párr. 2, 472 párr. 2.  
**LEY 26636** art. 64.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** arts. 129, 206, 208.  
**C.P.C.M.. Iberoamerica** art. 94.  
**C.P.C. Colombia** art. 110.

---

### **Comentario**

---

1. Este artículo tiene relación con el principio de inmediatez recogido en el artículo V del TP del CPC. El Código impone que la actividad probatoria se verifique ante el juez; esta inmediatez puede ser subjetiva, objetiva y de actividad. Es subjetiva por la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean las partes, terceros. La inmediatez objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materia del proceso, por citar, cuando el juez autoriza que la parte o testigo consulten apuntes, libros o papeles; y la inmediatez de actividad opera cuando se

---

(\*) Texto según artículo 1 de la Ley 26635 (23/06/95).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

prescribe el contacto del acto probatorio con otro acaecimiento distinto, que a su vez puede preceder, acompañar o seguir a la actividad de prueba.

2. Audiencias son los actos mediante los cuales el órgano judicial recibe las declaraciones de las partes o de los terceros que deban expresarse en forma verbal. Bajo ese contexto, nótese de la redacción de la norma, que hace referencia a la citación para la concurrencia personal de los convocados a la audiencia. Estas empezarán a la hora indicada. No hay tolerancia como si contemplaba el derogado Código de Procedimientos Civiles. Tampoco cabe el aplazamiento de la audiencia, salvo se trate de un hecho grave o justificado que impida su presencia. En estos casos el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante. Otro aspecto a contemplar es la intervención puntual del abogado a la audiencia. Se da la posibilidad que a la hora fijada, solo se encuentre la parte pero no el abogado, quien está en camino. En esas circunstancias, se estila iniciar y desarrollar la audiencia con la intervención de los concurrentes a la hora fijada, y es con la intervención de los concurrentes a la hora fijada. Como la audiencia es pública, el abogado puede ingresar, mas no participar en ella, pues no estuvo presente al inicio de esta, perjudicando con su ausencia técnica la defensa que pensaba ejercer en dicho acto; sin embargo, otro criterio que podría asumirse en la judicatura, sería el permitir que se incorpore a la audiencia ya iniciada para asistir a la defensa de la parte que patrocina, pero, conminándole al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal por su conducta. Hay que recordar que los abogados tienen deberes que cumplir dentro del proceso, los cuales aparecen descritos en el artículo 109 del CPC. Uno de ellos se refiere precisamente a “presentar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales” (ver inciso 6 del artículo 109 CPC); concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales (ver inciso 5 del artículo 109 del CPC).

Según Maurino<sup>(1)</sup>, la citación, es el llamamiento que se hace a una persona para que comparezca al tribunal en un determinado momento, en día y hora determinado; en cambio el emplazamiento, a que hace referencia los artículos 431 al 436 del CPC, es el “llamado que se hace a una persona para que comparezca al juicio dentro de un plazo determinado”.

El emplazamiento y la citación tienen en común la comparecencia ante el órgano judicial, pero difieren en que la citación supone la presentación en un momento, mientras que el emplazamiento lo hace en un lapso prefijado. Tratándose de la audiencia de pruebas, es propio hacer referencia a la citación y no al emplazamiento, pues, esta última está referida a las partes y no a terceros.

---

(1) Maurino Alberto Luis, Notificaciones procesales, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 12-13

3. El ámbito espacial dentro del cual deben cumplirse los actos procesales depende de los sujetos que intervienen en ellos y del tipo de acto que se trate.

Los actos procesales deben realizarse en la sede o recinto donde funciona el órgano judicial competente para conocer en el proceso, esto es, el local del juzgado como refiere la norma; sin embargo, puede darse el caso que “por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del Juzgado”. En estas circunstancias, la actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir, como refiere el artículo 205 del CPC.

Nótese que, con el traslado al domicilio del citado a intervenir en la audiencia, se privilegia el principio de inmediación que acompaña al proceso civil. No hay que olvidar que el artículo V del TP impone que la actividad probatoria se verifique en presencia del juez, sin embargo, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.

Es importante señalar que existen diversos modelos para mostrar el entorno en las audiencias. El sistema en paralelo, donde el juez se enfrenta al declarante, que generalmente da la espalda a todos los demás intervinientes o testigos de la audiencia; el sistema lateral, donde las partes se enfrentan cara a cara, a cada lado del Juez; y el sistema circular, donde todos se ven y se articula una comunicación fluida y clara, siempre bajo la supervisión y control del juez.

4. Por otro lado, la norma encierra la posibilidad de concluir el proceso sin declaración de fondo, en referencia al inciso 8 del artículo 321 del CPC, cuando dice: “si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el juez dará por concluido el proceso”.

Esto significa, que el proceso puede ser concluido sin poner fin al conflicto; implica un conflicto no diluido y la postergación de la discusión de este para otra oportunidad; pero siempre la inasistencia debe operar a la audiencia de pruebas, no con las que tengan otros fines, como por ejemplo el saneamiento procesal o la audiencia conciliatoria, por citar. Esta posibilidad de concluir el proceso por inasistencia reiterada de las partes, se complica en los casos de audiencia única, en el que se cita a las partes, para el saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos, pruebas y sentencia. Aquí, lo técnico sería desarrollar la audiencia y suspenderla para la actividad probatoria para una segunda fecha. siempre y cuando la actividad probatoria admitida requiera de actuación, situación que no operaría si toda la prueba admitida fuera de naturaleza documental. En este último supuesto, el juez podría ingresar al juzgamiento anticipado del proceso, en atención a lo regulado en el inciso 1 del artículo 473 del CPC. No cabe, por tanto,

---

(2) Publicado en El Peruano, 4 de enero de 1998, p. 36.

recurrir a la analogía, para interpretar los alcances de la norma, en el caso de la audiencia única que regula el procedimiento ejecutivo. En caso hubiera necesidad de actuar medio probatorio y se hubiera citado a las partes para una nueva fecha y tampoco ambas concurren, se dará por concluido el proceso sin mayores distinciones. La explicación de la necesaria presencia de las partes a la audiencia de pruebas se justifica en el principio dispositivo que rige el proceso civil. Las partes son las únicas, que tienen la posibilidad de aportar los hechos al proceso y de hacer realidad su materialización en el proceso, a través de su actuación probatoria. Es una actividad de exclusiva competencia de las partes, donde la actividad del juez no tiene natural cabida. Como señala la norma, la conclusión del proceso procede en el supuesto que ambas partes no concurren a la audiencia de pruebas, pero no así cuando esa inasistencia se produce en la audiencia de saneamiento. Como señala la Casación N° 592-96-Lima<sup>(2)</sup>, “la interpretación de esta norma debe ser restrictiva, por su naturaleza sancionadora. El ofrecimiento de medios probatorios para sustentar las excepciones, no convierte a la audiencia de saneamiento en una de pruebas”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es procedente el archivamiento del proceso cuando no concurren las partes a la Audiencia en reiteradas oportunidades, a pesar de haberseles notificado (Exp. N° N-332-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 374).*

*Es nula la resolución que declara concluido el proceso por incomparecencia de las partes a la audiencia de pruebas si no se ha verificado el emplazamiento al codemandado.*

*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales (Exp. N° 1155-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 344).*

*“... El fundamento de dar por concluido el proceso por la inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas no es otro que el de sancionar dicha inasistencia, dada la trascendencia de este acto procesal, ya que sin la actuación de pruebas no es posible lograr un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del conflicto de intereses o de la incertidumbre jurídica, en consecuencia carece de objeto la prosecución del proceso” (Cas. N° 592-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 328-329).*

*En un proceso contencioso, al no haber concurrido ambas partes a la audiencia conciliatoria se regulará por lo establecido para la audiencia de pruebas, contemplada en el artículo 203 del CPC (Exp. N° 1269-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 119-120).*

*De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal no existe tolerancia de tiempo para las diligencias (Exp. N° 1318-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecuto-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*rias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 182-183).*

*Tratándose de una audiencia de conciliación la sanción prevista en el artículo 203 del Código Procesal Civil se refiere única y exclusivamente a la audiencia de pruebas, dada la trascendencia de este acto procesal (Exp. Nº 1345-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 233-234).*

*“... No solo al Juez se le reconoce un papel protagónico para gestionar la prueba que conduzca a conocer la verdad de los hechos, sino también que es un derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar la razón de sus afirmaciones y bajo esta concepción el derecho constitucional a probar como expresión de un debido proceso, en el caso de autos, ha sido ignorado, con lo que evidentemente se ha configurado la causal de contravención de normas que rigen el proceso” (Cas. Nº 1426-99/Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 65-68).*

*“... Conforme lo prescribe el artículo doscientos tres del citado cuerpo legal adjetivo (C.P.C.), la fecha fijada para la audiencia de pruebas es inaplazable, siendo facultad del juez autorizar a una de las partes, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, a actuar mediante representante, mas no a suspender la misma...” (Cas. Nº 3211-99-Puno, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 326-327).*

## EL ACTA DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 204

*El Secretario respectivo redactará un acta dictada por el Juez que contendrá:*

- 1. Lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde;*
- 2. Nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes; y,*
- 3. Resumen de lo actuado.*

*Los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia.*

*Para la elaboración del acta el Secretario respectivo puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura.*

*El acta será suscrita por el Juez, el Secretario y todos los intervinientes. Si alguno se negara a firmarla, se dejará constancia del hecho. El original del acta se conservará en el archivo del Juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 207, 472.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 125, 130, 207.

**C.P.C.M.. Iberoamerica** art. 97, 98.

**C.P.C. Colombia** art. 109, 110.

**C.P.C.N. Argentina** art. 126.

---

## Comentario

En las audiencias rige el principio de oralidad, en oposición al principio de escritura que involucraba las actuaciones del derogado Código de Procedimientos Civiles. Este principio permite que los actos procesales se realicen a viva voz, en audiencias, que luego requieren ser plasmados en un documento en el que se precise el lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde; el nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes; y, el resumen de lo actuado. Además, los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia. A pesar de que el inciso 2 no lo precise, la identificación de los intervinientes no solo debe extenderse al nombre sino a consignar los datos relevantes de su documento de identidad, haciendo la salvedad de haber cumplido con sufragar en las últimas elecciones. En caso que intervengan los abogados de las partes, estos deberán identificarse con su Carné del Colegio de Abogados respectivo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Un elemento importante que debe hacer referencia el acta, es dejar constancia que la audiencia se ha realizado de manera pública, salvo las circunstancias que justifiquen que sea privada. Ello es atendible porque a través de esta publicidad, se permite el control popular sobre la jurisdicción, como cualquier otra de las funciones del Estado.

La redacción del acta puede ser a manuscrito o mediante tipeo. Clásicamente para la redacción de las actuaciones judiciales se recurría a los manuscritos, los mismos que deberían ser redactados con letra legible en un libro de actas; luego con la incorporación de la máquina de escribir mecánica a las actuaciones judiciales estas se desglosaron para insertarse al expediente; práctica que se mantiene hasta la fecha, habiéndose reemplazado en algunos despachos la máquina de escribir por el ordenador.

El acta será suscrita por el Juez, el Secretario y todos los intervinientes. Una tradición en la judicatura reserva el lado izquierdo de la página que contiene el acta para la firma del juez y la derecha para las partes.

No genera mayor incidencia la negación de alguno de los intervinientes a firmar el acta, para lo cual, es indispensable que se deje a continuación constancia del hecho.

Dice la norma que el original del acta se conservará en el archivo del Juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez; sin embargo, este último extremo es rediseñado en la práctica, porque el acta es redactada por duplicado, siendo suscrita por los intervinientes ambas, a la vez.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las cintas de audio y vídeo deben ser reconocidos por sus autores o responsables, debiendo dejar constancia el juez de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes. Actuar en contrario se equipararía a la figura de una prueba no actuada, puesto que el resultado de la misma, no consta en autos. Dicha actuación es imposible de convalidación, así como, tampoco puede disponer el colegiado su actuación porque se atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso (Exp. N° 4243-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 414-415).*

*A pesar que el juez admite como medio probatorio la cinta de vídeo, la misma que es visualizada en audiencia, pero no se transcribe en las actas su contenido ni las apreciaciones que se hubieren hecho sobre él; es nula la sentencia que se fundamenta en dicho medio probatorio bajo el argumento que no aporta mayores elementos.*

*Para que la Sala pueda valorar la cinta de vídeo ofrecida como prueba, el juez debió transcribir la visualización de éste, en el acta de audiencia; a fin que el colegiado tenga conocimiento de lo visualizado, al sentenciar (Exp. N° 647-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 380-381).*

## ACTUACIÓN FUERA DEL LOCAL DEL JUZGADO

### ARTÍCULO 205

*Si por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del Juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir.*

*Cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, la audiencia o solo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 286, 472.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 203.

C.P.C.N. Argentina art. 436.

---

### Comentario

---

La norma no puede dejar de apreciarse al margen del artículo 203 del CPC, que regula la concurrencia personal de los convocados para la audiencia, la misma que se realizará en el local del juzgado; también el referido artículo 203 considera que “solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante”. Véase que la norma (artículo 203) se aleja de la comparecencia personal para permitir la intervención por medio de representante; situación distinta a la que hace referencia el artículo 205 en comentario, pues, aquí, reafirmando la concurrencia personal de los convocados, está se mantiene con la diferencia que, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir. La permeabilidad de la norma, en cuanto al lugar para la actuación procesal es un complemento para materializar el deber de comparecer que tiene toda persona, al proceso. Nótese que la redacción del artículo no hace expresa referencia a la imposibilidad de las partes, sino a la de los intervinientes, quienes tienen el deber de comparecer a diferencia de la carga de las partes. En tal sentido, no habrá justificante que impida su intervención en el proceso a personas ajenas a las partes, cuando sean estas citadas para comparecer. La omisión de este deber puede generar respuestas de sanciones pecuniarias, como el caso de

los peritos o de índole personal, como la conducción de grado o fuerza, en caso de los testigos. Esto significa que solo las partes podrían actuar mediante apoderado; situación que no es extensiva para otras personas ajenas a esa condición, como los peritos o testigos; estos tienen el deber de comparecer personalmente al proceso, al margen que su presencia física se materialice en el local del juzgado o en otras dependencias o sedes.

No corresponde este deber solo a las personas propuestas por las partes, sino que el juez puede ordenar la citación de oficio, de las mencionadas por las partes en los escritos del proceso o cuando resultare de otras pruebas producidas, que tuvieren conocimiento de hechos que pudieren gravitar en la decisión de la causa. En tal sentido, debe apreciarse esta citación de oficio, bajo el ejercicio de las facultades que señala el inciso 2 artículo 51 del CPC.

Por otro lado, a pesar que la ley contienen una mención explícita acerca del lugar en el cual corresponde dictar las resoluciones (ver inciso 1 artículo 122), ella no necesariamente debe coincidir con la sede o recinto donde funciona el órgano competente para pronunciarlas. Decimos ello porque, excepcionalmente, cabe la posibilidad que las resoluciones se emitan fuera de dicha sede, cuando se tenga que tomar la declaración testimonial o de parte, en el domicilio de la persona que se encuentra imposibilitada de concurrir a la sede del juzgado; o cuando se realiza la inspección judicial en lugares o cosas no transportables al recinto del juzgado.

En estos tres supuestos, enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, la propia norma señala el lugar donde se actuarán las diligencias, esto es, en el domicilio del compareciente, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir.

El deber de comparecer no se exceptúa –según el artículo 205 del CPC– cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, quienes declararán en la audiencia o en la actuación procesal, que ocurrirá en sus oficinas. Dichas prerrogativas deben reconocerse cuando los funcionarios estén en el cargo y no cuando haya cesado.

## UNIDAD DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 206

*La audiencia de pruebas es única y pública. Si por el tiempo u otra razón atendible procediera la suspensión de la audiencia, esta será declarada por el Juez, quien en el mismo acto fijará la fecha de su continuación, salvo que tal previsión fuese imposible.*

*Si la naturaleza de lo controvertido así lo exigiera, el Juez puede ordenar que la audiencia se realice en privado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 472.
C.N.A.	arts. 170, 172.
D.S. 017-93-JUS	art. 10 párr. 1.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 128.
C.P.C.M.. Iberoamérica	arts. 7, 96.
C.P.C.N. Argentina	art. 125.
C.F.P.C. México	arts. 274, 275.

---

## Comentario

---

1. La publicidad de las audiencias es una expresión de la fiscalización popular sobre la actividad judicial de los magistrados. Esta publicidad se contrapone al método escrito que regía con el Código de Procedimientos derogado y tiene rango constitucional, tal como se aprecia del inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política.

La publicidad se sustenta en que los actos procesales sean conocidos incluso por quienes no sean parte en el proceso. La regla general que establece el Código es que las audiencias sean públicas a menos que los jueces atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se discute, dispusieran lo contrario, como en los casos de divorcio por causal, filiación y otros que afecte la intimidad y el honor de las personas. En ese sentido, la última parte del artículo en comentario recoge la privacidad de la audiencia de pruebas.

La publicidad también le exige al juez mantener un punto de equilibrio entre esta y la intimidad de la propia persona; esto se plantea como un caso de discusión, en el supuesto que se utilice los medios de difusión masiva, como radio o televisión, para transmitir las audiencias públicas de los procesos civiles, como garantía de la función jurisdiccional.

Otro factor importante para la publicidad en las audiencias es el anuncio anticipado, las que mayormente operan con las personas citadas para ella.

2. La publicidad, como regla general, se explica porque la actividad procesal es una función pública, en tal virtud, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien lo quisiera. El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia, para ello, que mejor ocasión que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Se dice que este conocimiento, por parte de los justiciables, de la actividad judicial les concede la seguridad que el servicio que se brinda es correcto

3. Otra de las reglas que consagra este artículo es “si por el tiempo u otra razón atendible procediera la suspensión de la audiencia, esta será declarada por el Juez, quien en el mismo acto fijará la fecha de su continuación, salvo que tal previsión fuese imposible”. En ese sentido, en caso que la declaración de parte o testigos fuere admisible el juez mandará recibirlas en la audiencia de pruebas. Cuando el número de personas ofrecidas por las partes para declarar permitiere suponer la imposibilidad que todos declaren en la misma fecha se señalaran tantas audiencias como fueren necesarias en días seguidos, determinando cuales depondrán en cada una de ellas.

En caso de suspensión de audiencia, para continuarla en los siguientes, esta nueva citación por cedula es innecesaria pues los declarantes quedarán citados en el mismo acto en que se dispone la suspensión, del día y hora en que continuará la audiencia para lo cual se les requerirá la firma del acta

4. Otra de las reglas a tener en cuenta en la audiencia de pruebas es el orden de actuación de los medios de prueba. El artículo 208 del CPC señala el siguiente orden: inspección judicial, peritos, testigos, reconocimiento y exhibición y declaración de parte.

En algunas legislaciones se contempla la posibilidad de la audiencia supletoria, que no implica una audiencia opcional para el testigo, de forma tal que este pueda elegir a su antojo entre una u otra fecha para su asistencia, sino que frente a eventualidades, el testigo tenga la posibilidad de tener una fecha cierta para declarar como una segunda opción. Esta segunda audiencia supone que el testigo habrá de acreditar la existencia de una justa causa de incomparecencia para la primera o que será traído a aquélla con fuerza pública y se le aplicará la multa.

## INCAPACIDAD CIRCUNSTANCIAL

### ARTÍCULO 207

*No participará en la audiencia, a criterio del Juez, el convocado que al momento de su realización se encuentre manifiestamente incapacitado.*

*El Juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

D.S. 017-93-JUS

arts. 194 párr. 2, 204, 222, 229 inc 1, 472.

art. 10 párr. 1.

---

### Comentario

---

La norma regula la posibilidad que los participantes en la audiencia de pruebas se encuentren imposibilitados, no de concurrir a ella, sino de participar en ella.

Nótese que la norma exige que el convocado esté presente en la audiencia de pruebas, y que al momento de su realización, suceda un hecho no previsto, que lo torne manifiestamente incapacitado para participar.

La redacción abierta de la norma, permite un amplio espectro de supuestos, que de manera inesperada, imposibiliten la actuación del medio de prueba ordenado. Según la trascendencia del evento podría solo llevar a suspender la audiencia por breve termino, para continuarla luego, o diferir para otra fecha a fijarse. Sobre el particular se ha dado casos de personas que por el impacto de lo que están viviendo o van a vivir, en la actuación de pruebas, llegan a un estado de emoción tal, que les provoca desvanecimientos u otras repercusiones a su salud, en pleno desarrollo de la audiencia de pruebas; situación que justifica su no participación, por la incapacidad circunstancial sufrida. Bajo tales circunstancias, se deja “a criterio del juez” la determinación acerca de la incapacidad del interviniente para participar en la audiencia, sin hacer distinciones, si se trata de partes o de terceras personas. Además de ello, el juez debe tomar las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión; en tal sentido, si un testigo es pasible de una incapacidad circunstancial, no solo evitará tomar su declaración sino que ordenará el traslado o atención a un centro de salud para su recuperación u observación, si fuere el caso.

## ACTUACIÓN DE LAS PRUEBAS

### ARTÍCULO 208

*En el día y hora fijados, el Juez declarará iniciada la audiencia y dispondrá la actuación de las pruebas en el siguiente orden:*

- 1. Los peritos, quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos;*
- 2. Los testigos con arreglo al pliego interrogatorio presentado, a quienes el Juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración;*
- 3. El reconocimiento y la exhibición de los documentos;*
- 4. La declaración de las partes, empezando por la del demandado.*

*Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.*

*Cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante.*

*La actuación de cualquier medio probatorio ofrecido deberá ocurrir antes de la declaración de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. V, 55, 192, 213, 222, 246, 258, 259, 260, 262, 272, 286, 471, 472, 478 inc. 11, 491 inc. 10.
<b>C.N.A.</b>	art. 171.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 400.
<b>LEY 26572</b>	arts. 34 inc. 5, 75.
<b>LEY 26636</b>	art. 68.
<b>LEY 27444</b>	art. 148.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 431
---------------------------	----------

---

## Comentario

La norma presenta diversas reglas para la actuación de los medios probatorios. La primera se refiere a la prelación en atención a la naturaleza del medio que se pretende actuar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese orden, las declaraciones de las partes serán los últimos medios que se actuarán en la etapa probatoria, ello es atendible porque luego del debate probatorio habrá mayor información recogida en el proceso, la misma que permitirá ser apreciada y esclarecida, en el interrogatorio a las partes.

La primera actuación se refiere a la inspección judicial, denominada también examen o reconocimiento judicial. Es la percepción sensorial directa efectuada por el juez sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características, todos ellos relacionados con los puntos controvertidos del proceso, a través de la percepción común del juez este recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis.

Nótese que este orden de prelación, en el reconocimiento judicial, opera siempre y cuando la inspección judicial ofrecida se realice dentro de la competencia territorial del Juzgado. En este caso, se realizará junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse ésta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente.

Este orden de prelación no se aplica por tanto a las inspecciones judiciales a practicarse fuera de la circunscripción territorial, esto es, a las que se diligencian mediante exhorto. La actividad probatoria, en aras de la celeridad procesal, puede iniciarse en este caso con la intervención de los testigos si lo hubiere; ello es atendible porque la intermediación del medio probatorio, por parte del juez natural del proceso, se ha visto trastocado por la competencia territorial, por tanto, en nada contribuye esperar la remisión del exhorto que contiene la inspección comisionada.

La segunda regla que impone el debate probatorio es: “cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante”. Caso contrario, en la declaración de las partes, se empieza por la del demandado.

La tercera regla considera –a pesar de lo regulado en la primera parte del artículo 203– que el diligenciamiento de los medios probatorios puede realizarse en el lugar de la inspección judicial, siempre y cuando el juez lo estime pertinente.

Otra de las reglas a tener en cuenta en la audiencia de pruebas es el orden de actuación de los medios de prueba. El artículo 208 del CPC señala el siguiente orden: inspección judicial, peritos, testigos, reconocimiento y exhibición y declaración de parte. El cumplimiento estricto de este orden por la judicatura, en la actuación de los medios probatorios, viene provocando respuestas como la suspensión de la audiencia de pruebas, ante la imposibilidad de actuar una de ellas, no obstante la existencia de los otros medios que si pudieran realizarse, lo cual origina un considerable aplazamiento, afectando el principio de economía y celeridad procesal; véase el caso, que ante la imposibilidad de realizar la inspección judicial, no

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

se podría recurrir a la actuación de la pericia o tomar la declaración de los testigos presentes, por afectar el orden preestablecido para la actuación de éstas. Frente a ello debemos tener en cuenta que el inciso 1 del artículo 50 del CPC señala como deber del juez, dirigir el proceso, velar por su rápida solución, para lo cual debe adoptar medidas convenientes para impedir su paralización; en tal sentido, obra el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de la República, de fecha 31 de julio de 2003 que aprueba la propuesta sobre el orden de prelación en la actuación de los medios de prueba y dispone que “a fin de evitar las reiteradas suspensiones de las audiencias de prueba y con ella el retardo en el trámite procesal, observando discrecionalmente, acorde al caso concreto, la prelación establecida en la acotada norma legal, excepto para el caso de la declaración de parte que deberá guardar siempre el último lugar de actuación”. Esto significa que, en tanto, se realiza la inspección judicial, se podría ir practicando las pericias ordenadas o recabando las testimoniales, siempre y cuando el objeto de litigio así lo permita<sup>(1)</sup>.

Por último, es de resaltar que cuando son varios los codemandados, la norma no restringe a que su declaración se tome por separado, como es en el caso de los testigos, sin embargo, se considera saludable para recabar mejor la información que puedan transmitir las partes al proceso, que éstas sean interrogadas de manera separada. Si bien los codemandados forman una sola parte (en el supuesto que sean considerados litisconsortes necesarios) esta limitación podría extenderse a la pluralidad de sujetos que actúan bajo la figura del litisconsorcio facultativo, pues, allí no hay comunidad de intereses que defender.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... El juez al haber puesto en conocimiento de las partes el informe pericia recién en el acto de la audiencia de pruebas ha atentado contra el debido proceso, desde que éstas han visto limitado su derecho a analizar dicho medio probatorio y a efectuar los cuestionamientos correspondientes...” (Exp. Nº 337-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 283).*

---

(1) El contenido de la Resolución de Acuerdo de Sala Plena citado, aparece en el anexo del trabajo.

## CONFRONTACIÓN

### ARTÍCULO 209

*El Juez puede disponer la confrontación entre testigos, entre peritos y entre estos, aquéllos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 472.  
C. de P.P. arts. 130, 131.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 254.  
C.P.C.M. Iberoamerica art. 152.  
C.P.C. Colombia arts. 202, 230.  
C.P.C.N. Argentina art. 448.

---

### Comentario

---

Cuando aparecen en el proceso declaraciones de partes o testigos que se contradicen entre sí, se hace necesario, como complemento indispensable del interrogatorio, el careo entre ellos. La base de este careo es la existencia de declaraciones contradictorias.

Se entiende por careo la confrontación que el juez hace de dos testigos que declaran hechos contradictorios, en presencia de las partes. Es el enfrentamiento cara a cara, interrogando a ambas al mismo tiempo sobre un hecho y constatar la concordancia o discordancia de sus declaraciones, ya sea por necesidad de aclararlas o determinar cuál es la verdadera, ante las contradicciones. El careo aparece como una prueba *a posteriori*, una vez vertidas las declaraciones.

La importancia de esta diligencia es enorme, porque esa confrontación permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que estos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones o las corrijan. Para Falcón<sup>(1)</sup>, “de todas las declaraciones orales, el careo es posiblemente la más apta para poder tomar cabal conocimiento de la cuestión con relación a los puntos de discrepancia y apreciar los dichos de los distintos protagonistas en función, no solo de lo que dicen, sino especialmente mediante el lenguaje corporal, que por la situación de tensión que propone el careo, aumenta su expresión”.

La confrontación es una práctica constante en el proceso penal, la misma que se ha incorporado al proceso civil recientemente. A diferencia del proceso penal, la confrontación solo es permitida entre partes y testigos, pero jamás entre testi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

gos; situación última que si se permite en el proceso civil, como se advierte del comentario a la presente norma.

El careo también puede ser bilateral, cuando se enfrentan dos personas y multilateral, cuando se enfrentan varias. En el proceso civil no se encuentra regulado el careo multilateral.

---

(1) FALCÓN, op. cit. T. 2, p. 393.

## INTERVENCIÓN DE LOS ABOGADOS

### ARTÍCULO 210

*Concluida la actuación de los medios probatorios, el Juez concederá la palabra a los abogados que la soliciten.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 472.
C.N.A.	art. 173.

---

### Comentario

---

1. La norma regula el *informe in voce*, el mismo que se materializa al finalizar el debate probatorio. Según Couture, el *informe in voce*, es la exposición oral que uno o mas abogados formulan ante el juzgado, en los casos establecidos por la ley, sustentando la tesis que defienden y patrocinan.

Es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso, para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan. Para la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituye uno de los derechos del abogado patrocinante, el informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes que se ponga fin a la instancia (ver inciso 5 artículo 289 y artículo 155 de la LOPJ).

2. Para Ángel Osorio, la justicia sustanciada por medio de la palabra cumple tres fundamentos. Uno de ellos, es la de la ley natural, porque el hombre se entiende mejor con sus semejantes mediante y a través de la palabra; de ahí que en el curso del informe de un letrado, el juez se le puede ocurrir numerosas dudas o aclaraciones que cabe plantear o esclarecer en el acto dirigiéndose al informante. Agrega, por algo, la sabiduría popular estableció el aforismo “hablando se entiende la gente”. En esa línea de pensamiento, también nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial se enmarca, pues, en el artículo 136 de ella dice: “Los abogados están obligados a absolver las preguntas y aclaraciones que deseen hacerles los magistrados en el curso de sus informes”.

Los otros fundamentos que esgrime Osorio se refieren a la economía de tiempo y a la necesidad de la publicidad que se viabiliza con el *informe in voce*.

El informe oral tiene algunas características, como: opera en el proceso, no es practicada por la parte sino por sus abogados, tiende a preparar la decisión de la controversia, aporta el material de conocimiento y la regular tramitación del proceso, se encamina a obtener una solución favorable a las pretensiones del solicitante.

te, se expresa a través de la oralidad, su forma y contenido se ajustan a las reglas de lealtad y probidad; y además, no excede “los límites del respeto y de la decencia, o si incurre en disgresiones ajenas a los hechos controvertidos, o se exceda en el tiempo señalado para el informe” ver artículo 136 de la LOPJ.

3. Para realizar un buen informe oral sería importante apreciar la opinión de Podetti<sup>(1)</sup> al respecto: “un buen alegato oral debe ser breve, conciso y concreto. Conviene empezar con una esquemática exposición de los hechos controvertidos, destacando a quien correspondía su prueba, para analizar luego y con relación a cada hecho, las pruebas aportadas. El letrado debe procurar, con su exposición convencer al juez que la prueba, en sus aspectos particulares y en su conjunto, ha sido favorable a las pretensiones del litigante a quien patrocina. Es obvio que, en razón que la persona a la cual va dirigido el alegato, el juez, es también un técnico del Derecho y el director de los procedimientos cumplidos, la discusión del derecho aplicable, cuando se haga, debe ser precisa y la merituación de la prueba, concreta. Las divagaciones, las generalidades, la exposición de doctrinas conocidas, las repeticiones y otros vicios del orador común, deben ser cuidadosamente excluidos de un alegato forense, porque perjudica a quien cae en ellos en lugar de beneficiarlo”.

---

(1) PODETTI, Ramiro. Tratado del proceso laboral. T. 1, p. 315, citado por RILLO CANALE, Oscar. “informe in voce”, en Enciclopedia Jurídica Ameba. T. XV. Bibliografía Ameba. Buenos Aires, p. 745.

## CONCLUSIÓN DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 211

*Antes de dar por concluida la audiencia, el Juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 472, 478 inc. 12, 497 inc.11.

---

### Comentario

---

1. En los sistemas procesales concurren dos modelos, la oralidad y la escritura, como principios del procedimiento civil.

Nuestro Código acoge el primero, la oralidad. Debe precisarse que este procedimiento oral, se caracteriza por la prevalencia de la palabra sobre la escritura; de ahí que Vescovi<sup>(1)</sup> acertadamente aconseja que deberíamos llamarlo “proceso por audiencias”, ya que en esta se realiza la parte sustancial del proceso.

Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen en general una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces inclusive sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación o casación, también escritos; son por lo tanto, mixtos. Nótese que la oralidad propiamente dicha se muestra en las audiencias, en la que se desarrolla el debate probatorio, concurriendo a ella, además, otros principios como la intermediación, concentración y publicidad.

2. La norma en comentario, es importante por ser una expresión de esta oralidad, porque comunica la conclusión de las audiencias, en la que se ha concentrado toda la actividad probatoria, la misma que ha llegado a su fin.

El proceso por audiencias, según Vescovi, es el que mejor se compagina con el principio de concentración, que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso. Es fundamental que dicha concentración se cumpla fundamentalmente por medio de la audiencia, realizándose la parte fundamental del procedimiento en un solo acto (aun cuando haya que prolongarla

---

(1) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, p. 59.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

si no se puede agotar en una fecha) en el que se concentran la recepción de la prueba, el debate oral y la sentencia.

3. La comunicación que hace el juez que los autos se encuentran expeditos para ser sentenciados, genera dos efectos: a) la interrupción del plazo del abandono, pues, conforme refiere el artículo 350 inciso 3 CPC no procede, en los procesos que se encuentran para sentencia, salvo que estuviera pendiente actuación cuya realización dependiera de una parte; y b) el inicio del computo del plazo para sentenciar. Este plazo varía según el proceso que se trate; por citar, en el abreviado, se aplica 25 días (ver inciso 11 artículo 491 del CPC) y en el de conocimiento, 50 días (ver inciso 12 artículo 478 del CPC).



## JURISPRUDENCIA

---

*Merece declarar la nulidad de la sentencia expedida sin haber declarado la prescindencia de una prueba admitida.*

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta (Exp. N° 317-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 210-211).*

*Debe declararse la nulidad de la sentencia si se ha pronunciado sin tener a la vista un medio probatorio, cuya prescindencia no se declaró (Exp. N° 836-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 217-218).*

---

(1) Vescovi Enrique, Teoría general del proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 59

## ALEGATOS

### ARTÍCULO 212

*Dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los Abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 472.
LEY 26636	art. 69.

---

### Comentario

---

Concluída la audiencia a que refiere el artículo 211, se comunica a las partes que los autos se encuentran expeditos para sentenciarse, a fin que sus abogados presenten sus alegatos escritos, siempre que se trate de procesos de conocimiento y abreviado; en tal sentido, también véase lo que señala el artículo 155 de la LOPJ al respecto.

Resulta coherente que los alegatos por escrito solo se extienda a dichos procesos y no a los sumarísimos o ejecutivos, pues, por su diseño procesal, las decisiones finales se emiten de manera casi inmediata, en audiencia. Así lo señala el artículo 555 del CPC.

La alegación es el acto mediante el cual, cualquiera de las partes, en apoyo de una determinada petición, afirma o niega la existencia de un hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho. Nótese que se trata siempre de actos que le corresponde solo a las partes, en atención al principio dispositivo que rige el proceso civil. Las partes son las únicas que pueden aportar el material fáctico susceptible de apoyar sus respectivas posturas procesales, quedando prohibido el juez de la posibilidad de incorporar al proceso hechos no afirmados por ninguno de los litigantes; sin embargo, ello no altera que pueda invocar el *iura novit curia*, a su decisión

Los alegatos pueden darse en dos niveles, de hecho y de derecho. Los primeros, afirman la existencia o inexistencia de un determinado hecho, encaminada a fundamentar una petición procesal para lograr una decisión judicial favorable; los alegatos de derecho consisten en la afirmación que una norma jurídica es aplicable o inaplicable al hecho o hechos invocados. Es un complemento de las alegaciones de hecho, cuya omisión o erróneo manejo por las partes se suple o rectifica con el *iura novit curia*.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los alegatos de cualquiera de las partes genera efectos importantes para el proceso, pues, este los adquiere en forma definitiva, de manera que los datos que ingresan al proceso, son de carácter común, susceptible de beneficiar o de perjudicar a ambas partes por igual. Se trata de una aplicación del principio de adquisición.

La afirmación de los hechos contenidos en la alegación impone, a quien la formula, la carga de la prueba, salvo presunción legal.

Por último, en aras de la congruencia procesal, el juez no puede invocar en sus decisiones alegaciones no formuladas por las partes. Debe pronunciarse, sobre aquellas que resulten conducentes para la solución del conflicto.

## Capítulo III

# DECLARACIÓN DE PARTE

### ADMISIBILIDAD

#### ARTÍCULO 213

*Las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado.*

*Concluida la absolución, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. II, 192 inc. 1, 208, 209, 214 a 221, 294, 300, 591, 700.
<b>C. de P.P.</b>	art. 122.
<b>LEY 26636</b>	art. 32

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 128.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 203.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 94, 95, 96, 97, 98.

---

### Comentario

---

1. Los hechos, objeto de prueba, comúnmente suceden antes del proceso. Cuando aparecen dejan huellas de su paso impresas en las cosas o en los sentidos de las personas que pudieron intervenir en ellos o presenciarlos; esto significa que ese conocimiento puede provenir por dos principales fuentes: de las propias partes y de los testigos, entendidos estos como terceros extraños a la relación procesal.

Dentro del concepto general de declaración de parte, podemos distinguir aquella especie de declaración o testimonio en el que los hechos contenidos son perjudiciales para el declarante, de aquella otra en la que el testimonio carece ya de ese efecto siquiera de una directa e inminente finalidad probatoria, pues se trata de la declaración favorable al declarante, o de una simple narración informativa o aclarativa.

Debemos apreciar la declaración de parte, bajo los alcances de la confesión, entendida esta como el testimonio que una de las partes hace contra si misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo; por tanto, para que la declaración de parte, sea considerada como prueba debe ser formulada por quien es parte en el proceso, sobre hechos de su conocimiento personal, desfavorables al declarante y favorables a la otra parte.

La norma nos exige diferenciar la declaración de la confesión. Si bien toda confesión constituye una declaración, un testimonio, no toda declaración aparece una confesión, en tanto, su contenido no sea desfavorable para el confesante o favorable para el adversario.

La declaración de hechos que resultan favorables para el propio declarante, no reviste el carácter de una confesión, pues, nadie puede ser testigo en su propia causa. El fundamento o razón de ser de esta prueba se apoya en consideraciones psicológicas y morales, pues reposa en la premisa que si bien puede suponerse que el hombre mienta para favorecerse o favorecer a un tercero, difícilmente lo hará cuando la declaración lo perjudica.

2. El artículo en comentario señala que la declaración de parte se iniciará con una absolucón de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado. Para Kielmanovich<sup>(1)</sup>, las posiciones son las proposiciones afirmativas juramentadas que dirige una parte (ponente) a su contraria (absolvente) a fin que esta se expida en forma afirmativa o negativa en cuanto a la existencia o inexistencia de los hechos desfavorables contenidos en aquélla y que se refieren a la actuación personal de la segunda o al conocimiento que ella pudiera eventualmente tener acerca de los mismos.

El efecto de la confesión que se busca con la declaración de parte puede ser provocada por el adversario o por el juez cuando conduce el interrogatorio. En este último extremo, la última parte del artículo 213 del CPC faculta a que los jueces puedan hacer a las partes las preguntas que estime convenientes. Tales preguntas han de ser formuladas de manera concreta, clara y precisa, de tal manera que el absolvente pueda contestar en forma afirmativa o negativa estas.

Nuestro Código no regula la confesión espontánea, que opera extrajudicialmente. Solo se remite a la provocada y al interior del proceso.

3. La confesión se puede obtener mediante dos mecanismos: la absolucón de posiciones y el libre interrogatorio. Para Palacio, la absolucón de posiciones es la

---

(1) Op. cit., p. 478.

declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un pliego interrogatorio contenido en sobre cerrado.

Es un medio para provocar que el adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado, previamente afirmado por el ponente de conocimiento personal de aquél y contrario al interés que sostiene en la concreta causa.

En el caso del libre interrogatorio, a diferencia de la absolución, se trata de un interrogatorio que se dirigen las partes entre sí con autorización o por intermedio del juez o ya directamente conducido por este, en el que se procura no solo provocar la confesión del adversario, sino también aclarar o esclarecer las singular posiciones sostenidas por aquéllas en la litis. En este último extremo, la segunda parte del artículo 213 en comentario considera que “concluida la absolución de posiciones, las partes a través de sus abogados y con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas”.

El libre interrogatorio es considerado bajo un campo de acción mas amplio que las posiciones, a la par que una flexibilidad que permite adaptar su forma al concreto contenido de la pregunta, pues no necesariamente podrá dar lugar o limitarse a verdaderas confesiones judiciales sino a aclaraciones respecto de los hechos que interesan a la litis y en caso de silencio, incomparecencia o contradicciones a indicios extraídos o deducidos del comportamiento procesal observado por las partes durante el curso del debate. La fuente se encuentra en el interrogatorio, pues, no existe propiamente una afirmación sino una interrogación dirigida a aclarar las dudas del proponente o a obtener una pormenorizada descripción de un estado de cosas.

Algunos autores señalan que el libre interrogatorio, a la vez que sirve para provocar la confesión de la contraria, tiende a que las partes puedan aclarar o precisar las razones o motivos en los que sustenta la pretensión, la excepción o la defensa, con el fin de llevar a la administración de justicia un soplo de realismo, de sinceridad, de buen sentido popular, en contraste con el carácter formal del proceso.

4. Como ya se ha señalado líneas arriba, la segunda parte del artículo 213 en comentario considera que “concluida la absolución de posiciones, las partes a través de sus abogados y con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas”.

Las nuevas preguntas no deben circunscribirse al contenido de las preguntas ya formuladas o al de las respuestas emitidas al solo objeto de aclarar o precisar el contenido de estas últimas, sino versar sobre cualquier hecho pertinente, aunque no se relacione con los hechos incluidos en el pliego interrogatorio, pero que versen sobre los hechos controvertidos en el proceso e incidan en la decisión final.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, nótese que la última parte del artículo 213 del CPC señala que el juez (durante ese acto) puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes. En ese sentido el interrogatorio se realizará con prescindencia del contenido de las preguntas o nuevas preguntas de las partes y de las respuestas dadas por el declarante. Véase a diferencia del interrogatorio que regula el artículo 227 del CPC, referido a la declaración de testigos, que no se refiere a la repregunta ni al contra-interrogatorio. Lo que se busca es ampliar las respuestas vertidas a través de las preguntas aclaratorias. Vemos pues, la dinámica intervención del juez, en este acopio de información, que nos lleva a coincidir con la opinión de Morello<sup>(2)</sup>, para quien “el juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga (más que en lo que deje de hacer); vigila, orienta, explota y gestiona prueba. Desde el comienzo no puede estar inerte y ajeno, ni distante. Debe conocer lo que está ocurriendo y eso que sucede, que esté bien hecho y para servir”.

Por último, es de resaltar que cuando son varios los codemandados, la norma no restringe a que su declaración se tome por separado, como es en el caso de los testigos, sin embargo, se considera saludable para recabar mejor la información que puedan transmitir las partes al proceso, que éstas sean interrogadas de manera separada. Si bien los codemandados forman una sola parte (en el supuesto que sean considerados litisconsortes necesarios) esta limitación podría extenderse a la pluralidad de sujetos que actúan bajo la figura del litisconsorcio facultativo, pues, allí no hay comunidad de intereses que defender.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede admitir la declaración de parte, de quien no es parte en el proceso, más aún, cuando dicho tercero no tiene derecho ni obligación reconocidos en el título materia de ejecución (Exp. N° 28479-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 647-648).*

*La existencia de un pliego en blanco dentro del sobre que supuestamente contenía el interrogatorio para la declaración de parte, equivale a la no presentación de pliego interrogatorio y renuncia a la actuación de ese medio probatorio.*

*Si no se evidencia temeridad o mala fe de la parte y de su abogado es innecesaria la aplicación de sanción alguna (Exp. N° 2586-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 372).*

*Debe acompañarse como anexo al escrito que ofrece la declaración de parte, el pliego cerrado de posiciones (Exp. N° 695-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 245-246).*

---

(2) MORELLO, Augusto M. La prueba: tendencias modernas. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991, p. 101.

## CONTENIDO

### ARTÍCULO 214

*La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado.*

*La parte debe declarar personalmente.*

*Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IX, 203.  
LEY 26636 art. 32.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 140, 141.  
C.P.C. Colombia art. 207.

---

## Comentario

---

La declaración de parte que puede darse en forma espontánea o provocada respecto de la verdad de los hechos pasados, conocidos de manera personal por el declarante, susceptibles de producir consecuencias jurídicas perjudiciales para el declarante y prestada con conciencia de que se proporciona una evidencia a la contraria.

No solo la declaración debe relacionarse con hechos pasados sino que deben ser personales o de conocimiento personal del declarante. En ese sentido, la norma permite de manera excepcional que tratándose de persona natural pueda recibirse la declaración por apoderado siempre que no se pierda la finalidad que se busca con la declaración de parte.

Puede declarar quien es parte en el proceso, sea como demandante, demandado o tercero excluyente principal y cuente con capacidad procesal para hacerlo en forma personal.

En tal orden de ideas, carecen de capacidad para declarar por si mismos los menores de edad, debiendo hacerlo en su lugar sus padres o tutores; los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, debiendo hacerlo sus curadores. Los sordomudos, que puedan expresar su voluntad de manera indubitable, declaran por escrito.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Como señala el artículo 213 del CPC, cada parte podrá exigir que la contraria absuelva posiciones, vale decir, que recíproca e inversamente el actor podrá poner posiciones al demandado, y este al actor –al igual que a los terceros que hubiesen asumido una intervención adhesiva simple o litisconsorcial– y los litisconsortes propiamente dichos podrán hacerlo con respecto a la parte contraria.

Además de las partes, podrán ser citados a absolver posiciones los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente; por citar, los apoderados podrán ser citados a absolver posiciones por hechos realizados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato. También deberán ser citados para absolver posiciones en nombre de las personas jurídicas, los representantes legales que tuviesen facultad para obligarlas.

## DIVISIBILIDAD

### ARTÍCULO 215

*Al valorar la declaración el Juez puede dividirla si:*

- 1. Comprende hechos diversos, independientes entre sí; o*
- 2. Se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 217.

---

### Comentario

---

1. La norma asume la clasificación de la declaración de parte, en atención al alcance de esta, en divisible e indivisible.

Una declaración es divisible si quien propuso la prueba puede hacer valer la declaración en cuanto a los hechos desfavorables a quien la emite. Para que prospere la divisibilidad es necesario que concurren dos supuestos: a) comprenda diversos hechos, pero independientes entre sí; y b) demuestre la falsedad de una parte de lo declarado.

Una declaración es indivisible si la parte interesada acepta en su integridad, tanto lo que favorece cuanto en lo que perjudica

Debe observarse que la declaración debe versar sobre hechos y no sobre el sentido jurídico de estos. A pesar que las partes califiquen jurídicamente sus hechos, la declaración solo vinculará en su contenido fáctico. Nada impide que el juez califique los hechos desde el punto de vista que estime adecuado.

2. Otro criterio que concurre en la clasificación de la declaración de parte, se ubica en función de los hechos que integran la confesión en simple, calificada y compleja. El criterio de esta distinción es el siguiente:

Es simple cuando se declara un hecho sin agregarle nada. El declarante se limita a reconocer el hecho, sin salvedad de nada. Es un hecho que lo perjudica, por ejemplo, la declaración del demandado que recibió del actor la suma demandada.

Es calificada, cuando se agregan elementos que aumentan o restringen los efectos jurídicos de lo dicho. Aquí se reconoce el hecho y se le asigna uno de naturaleza jurídica diferente o se le agrega un hecho inseparable. Véase en el caso que acepta haber recibido la suma demandada, pero no en calidad de préstamo sino de donación.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Es compleja, cuando el confesante reconoce el hecho y agrega un hecho diferente destinado a destruir sus efectos, pero que puede ser separado del hecho principal. Véase, el caso que el declarante acepta haber recibido la suma de dinero en concepto de préstamo pero haberla devuelto íntegramente.

Muchas de estas declaraciones presentan esta modalidad, agregando que las complejas pueden también ser compuestas, como sería el caso de aceptar haber recibido el dinero en préstamo, pero a su vez el demandante es deudor de este, por una suma igual o mayor emergente de otra relación jurídica entre estos. Este último punto se relaciona con la divisibilidad de la confesión. Alsina<sup>(1)</sup> al referirse a la divisibilidad de la confesión señala: “Se dice que la confesión es indivisible, ya que no contiene ningún elemento que modifique el hecho confesado ni restrinja sus efectos. La calificada es igualmente indivisible, porque está condicionada por una circunstancia vinculada a la naturaleza del hecho confesado; pero la confesión compleja, en cambio, presenta algunas dificultades que han dividido la doctrina, pues, en tanto que para algunos la fuerza probatoria de la confesión solo puede apreciarse considerando a esta en conjunto, como una unidad, para otros es divisible porque el hecho alegado por el confesante importa un elemento nuevo que no altera la naturaleza jurídica del hecho confesado y, por consiguiente, importa una excepción cuya prueba corre por su cuenta”.

3. La norma en comentario, si acoge la divisibilidad de la declaración siempre y cuando “comprenda hechos diversos, independientes entre sí”. En otras palabras, la declaración vertida es indivisible cuando no se puede separar aquello que resulte desfavorable al confesante de lo que es favorable; esto conlleva a que se aprecie la declaración en su conjunto. Contrario sensu, es divisible cuando constituye prueba en contra del confesante en lo que es desfavorable y que alega. En ese sentido, véase la redacción de la norma que dice: “opera la divisibilidad si se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado”.

Esto es así porque frente a la concordancia de dos hechos afirmativos, la suma de otro hecho separable importa que dicho hecho, si quiere tener influencia sobre lo confesado, debe probarse, mientras que el primero quedó probado. En cambio, si la confesión es indivisible, esa misma concordancia afirmativa entre el hecho propuesto y el contestado no puede engendrar uno nuevo distinto y separable, que permita limitar, restringir o anular el primero.

---

(1) ALSINA. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Ediar. Buenos Aires. T. III, 1961, p. 326.

## IRREVOCABILIDAD

### ARTÍCULO 216

*La declaración de parte es irrevocable. La rectificación del absolvente será apreciada por el Juez.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 282.

---

### Comentario

---

La norma presenta el debate acerca de la naturaleza jurídica de la declaración de parte. Frente a ella concurren dos posiciones que conciben a dicha declaración como negocio jurídico sustancial y la otra de orden procesal.

Para los primeros, es un modo de renunciar a un derecho o de reconocer una obligación, concertado de común acuerdo entre las partes o ya directamente asumido o impuesto por el declarante. Los que conciben como negocio jurídico procesal consideran que ella aparece como un acuerdo procesal por el que se elimina el hecho confesado del objeto de prueba del proceso.

Las posiciones enunciadas motivan a diferenciar confesión y reconocimiento. Este último implica la declaración de estar sometido a una obligación respecto de otra persona; esto es, que ha operado un determinado efecto jurídico, como es la exigibilidad de una prestación. En ese sentido véase el efecto que le atribuye el artículo 330 del CPC; por tanto, podemos afirmar que el reconocimiento es una especie dentro del género que es la confesión. Puede existir confesión sin reconocimiento, pero, no reconocimiento sin confesión.

Frente a ello, surge el cuestionamiento de la revocación de lo declarado por confesión. La norma en comentario considera irrevocable lo declarado. Si ésta es considerada como un negocio jurídico sustancial, el efecto normal de ese reconocimiento es la extinción de un determinado derecho subjetivo o de una determinada titularidad. Este efecto se produce por la sola voluntad del declarante, por lo que tiene que ser irrevocable. Asumir una posición en contrario, supondría una resurrección, sin causa alguna, de un derecho ya extinguido.

Como con la declaración, lo que se extingue no es el derecho sino la comprobación de los hechos en controversia, se le considera de naturaleza procesal la declaración de parte. En ese sentido, Kielmanovich asume la posición de considerar como un medio para la comprobación de los hechos sea que ella se produzca

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

en el proceso o se hubiese producido en otro, pues, siempre se estará frente a la representación de un hecho perjudicial pasado realizado ante un órgano de justicia.

Por último, debemos tener en cuenta, que si bien la declaración es irrevocable, la doctrina enseña que como todo acto jurídico debe reunir los requisitos mínimos para su validez y de allí se admite su revocabilidad cuando esté viciada por error, o afectada por dolo o violencia, supuestos que de todos modos son reputados como circunstancias excepcionales, pues se trata de un acto procesal realizado ante un órgano judicial, por lo que el declarante actúa en principio libremente.

La posibilidad de la rectificación de la declaración también está permitida; nótese que no es revocatoria, pues, no se busca negar todo lo declarado; en la rectificación, la declaración existe, pero sufre variaciones en su contenido. En este supuesto, estas últimas variaciones serán apreciadas libremente por el juez.

## FORMA DEL INTERROGATORIO

### ARTÍCULO 217

*El interrogatorio es realizado por el Juez. Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa. Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, de oficio o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable.*

*Las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente.*

*Ningún pliego interrogatorio tendrá más de veinte preguntas por cada pretensión.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 425.  
C. de P.P. art. 125.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 230.  
C.P.C.M.. Iberoamérica art. 139.  
C.P.C. Colombia art. 208.  
C.F.P.C. México art. 99.

---

## Comentario

---

Conforme lo señala el artículo 213 del CPC, “las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado”.

Posición es cada una de las proposiciones afirmativas que debe formular la parte interesada en la confesión de la contraria. Ella requiere de ciertas formalidades como que el pliego de posiciones sea por escrito, pudiendo este ser modificado y ampliado verbalmente luego de concluída la absolución. El citado artículo 213 del CPC agrega, “...con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas”.

Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa, señala la norma en comentario. Esto implica que las preguntas no deben ser insidiosas ni susceptibles de interpretarse en diversos sentidos. Pueden referirse a hechos personales, sea en forma negativa o afirmativa.

No deben contener más de un hecho, pero, si es factible admitirse una posición, con varios hechos, siempre y cuando se encuentren estrechamente vincula-

dos. En este caso, señala la norma “las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente”. A pesar que la norma no lo señale, el juez de oficio, como director del proceso puede alterar el orden y términos de las posiciones, siempre que no afecten el sentido de la pregunta.

En cuanto a la oportunidad para la presentación del pliego, este se inserta con la demanda en sobre cerrado, la misma que se conservará hasta la audiencia, conforme lo señala el artículo 213 del CPC, sin embargo, sería importante permitir que el pliego también se acompañe, aún el día de la audiencia, por la siguiente razón: al ser esta, el último medio de actuación probatoria –según la prelación que regula el artículo 208– las partes pueden agregar en su interrogatorio preguntas relacionadas con el resultado de la actuación de los medios de prueba ya agotados, de tal manera, que se puede insertar preguntas que expliquen, aclaren, precisen datos que refieren los documentos, testimoniales o pericias ya actuadas. Nótese que una situación es ofrecer el medio de prueba, como la declaración de parte, y otra el acompañar el pliego interrogatorio al medio ya ofrecido y admitido.

El hecho que el Código le haya asignado un orden a la actuación de los medios de prueba, reservando para el final a la declaración de parte, implica que la absolución de posiciones, se constituye en el enfrentamiento final de estas, con la posibilidad del recuento de todo lo debatido y caminado en esta etapa del proceso.

Felizmente, para contrarrestar esta limitación, a la oportunidad del pliego, se permite hacer nuevas preguntas, tal como se aprecia del artículo 213 del CPC, sin embargo, ella podría frustrarse cuando a la audiencia de pruebas no pueda estar presente la defensa de la parte que pretenda insertar nuevas preguntas al interrogatorio, situación que si podría operar al permitirse se acompañe el pliego el día del interrogatorio.

Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, por resolución motivada e inimpugnable.

Una posición es impertinente cuando no se refiere a un hecho controvertido, contiene más de un hecho escindible que no puede ser respondido sin reconocer o negar a los otros, o no es clara y concreta.

La formulación de cada posición importará el reconocimiento del hecho contenido en ella para el ponente, vale decir, que quien la formuló empieza por reconocer irreversiblemente ese hecho.

El juez podrá de oficio alterar los términos de las posiciones sin alterar su sentido y eliminar las que fuesen manifiestamente inútiles. Si las posiciones se refieren a hechos personales, las contestaciones deberán ser afirmativas o negativas.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Procede la designación de traductor público si el absolvente no conociese el idioma nacional, también se debe designar intérprete cuando deban absolver posiciones sordomudos que solo sepan darse a entender por lenguaje especializado.

El letrado no podrá indicar a su patrocinado o representado como contestar la posición (en sentido afirmativo o negativo).

En relación al pliego interrogatorio, conforme lo señala el artículo 213 del CPC, se acompaña en sobre cerrado, por tanto, una vez abierto el pliego, no cabe suspender la audiencia de pruebas sino hasta la culminación de toda la absolución del pliego. La audiencia podrá continuarse en otra fecha, pero luego de haber culminado de absolver las preguntas del interrogatorio que contiene el pliego.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... La existencia de un pliego en blanco dentro del sobre que supuestamente contenía el interrogatorio para la declaración de parte de los demandados, según se consigna en el acta de audiencia (...) equivale a la no presentación de pliego interrogatorio alguno y, en consecuencia la renuncia de la demandante a la actuación de este medio probatorio...”*  
**(Exp. Nº 2586-97, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 223).**

*El pliego de preguntas así como las repreguntas que se formulen en el acto de Audiencia, deben guardar estrecha relación con el objeto de litis* **(Exp. Nº N-562-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 358).**

## FORMA Y CONTENIDO DE LAS RESPUESTAS

### ARTÍCULO 218

*Las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado. El interrogado no puede usar ningún apunte o borrador de sus respuestas, pero se le permitirá consultar sus libros o documentos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 282, 296 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 231, 232.  
C.F.P.C. México arts. 100-126.

---

### Comentario

---

El presente artículo regula la forma y el contenido de las respuestas. El secretario levantará el acta haciendo una relación de lo ocurrido y de lo expresado por las partes a medida que se presten, conservando en cuanto sea posible el lenguaje de lo que hubieren declarado. Terminado el acto el juez hará leer y preguntará a las partes si tienen algo que agregar o rectificar, lo que se expresará a continuación, firmando el juez y secretario.

En cuanto al contenido de las respuestas, es necesario indicar si se refieren a hechos personales o de conocimiento del absolvente. Las respuestas deberán ser categóricas, afirmando o negando, sin perjuicio que aquel pueda luego agregar las explicaciones que estime necesarias o convenientes.

No es posible confesar una situación jurídica, pues las partes no están obligadas a conocer el derecho, pero si es posible reconocer un proceder del que derive la calificación de derechos. Lo que puede ser confesado mediante la prueba de absolución de posiciones es el hecho constitutivo del presupuesto fáctico de aplicación de las normas.

En la hipótesis que el absolvente manifestara no recordar el hecho, se negará a declarar o responda evasivamente, señala la norma que el juez lo requerirá para

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que cumpla con su deber. Nótese que no es atendible en estos casos hacer efectivo ningún apercibimiento ante la renuncia a declarar, como si se considera en la absolución de posiciones en prueba anticipada. Conforme señala el artículo 296 del CPC, “se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado”.

Las partes a diferencia de los testigos no se encuentran sujetas a un deber de comparecer, de contestar, o de decir verdad, pero si a una carga procesal, en tal sentido, su inasistencia a la audiencia señalada expresamente a estos fines, el silencio, sus respuestas o el perjurio podrán dar lugar a valorarse como conducta procesal asumida en el proceso, a través de los sucedáneos. Véase en ese extremo lo señalado en el artículo 282 del CPC “el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”.

El absolvente responderá por si mismo y de palabra sin valerse de consejos ni de borradores. A pesar de esa negativa el juez podrá permitirle la consulta de anotaciones o apuntes cuando deba referirse a nombres, cifras u operaciones contables, cuando así lo aconsejan las circunstancias especiales, de su declaración.

Por último, debe tenerse en cuenta que la declaración de parte puede ser sometida a confrontación con su contraria, peritos o testigos, tal como refiere el artículo 209 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*A diferencia del Código de Procedimientos Civiles derogados, el Código Procesal Civil no da por confeso a quien, estando obligado a concurrir al interrogatorio ordenado, no lo hace. En aplicación del artículo 218 del C.P.C. tal situación debe apreciarse al momento de sentenciar (Exp. Nº 1983-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 226-227).*

## DECLARACIÓN FUERA DEL LUGAR DEL PROCESO

### ARTÍCULO 219

*Cuando se trate de parte que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del Juzgado, el interrogatorio debe efectuarse por medio de exhorto.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14, 151 párr. 2, 162, 217

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 142

---

### Comentario

Uno de los criterios que se invoca para fijar la competencia del juez es el territorio. Esto implica diferenciar jurisdicción y competencia en la intervención de cada magistrado. Todos tienen jurisdicción pero todos se diferencian por la competencia.

En ese orden de ideas puede darse el supuesto que la parte domicilie fuera de la competencia territorial del juzgado. Aquí nos encontramos ante un juez con jurisdicción pero sin competencia, situación que no puede impedir la realización del proceso porque se tiene que recurrir a pedir la asistencia del juez competente —que no es el juez del proceso— para que intervenga en la actuación de los medios de prueba que se ubiquen dentro de su circunscripción territorial.

En ese sentido, resulta acertado lo que señala la norma en comentario cuando recurre al diligenciamiento del medio probatorio mediante exhorto. Ello es coherente, con lo que dice el artículo 151 del CPC “cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto”.

Nótese que el exhorto opera para toda actuación fuera del lugar del proceso, sea que la parte domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado. En el primer caso, el exhorto puede ser dirigido a los Cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios.

Las partes o sus abogados pueden intervenir en las actuaciones materia de exhorto, señalando para el efecto el domicilio correspondiente. El pliego interrogatorio se presentará en sobre cerrado, correspondiendo su apertura en presencia de la contraria. Esta parte podrá incluir preguntas y hacer lo mismo el juez, sin

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

embargo, se cuestiona que este tenga la prerrogativa de eliminar la que considere superfluas, por no conocer el proceso originario.

La declaración de parte por comisión rompe el principio de inmediación porque el juez originario no tendrá contacto con el medio de prueba, pues, hay razones de competencia que imposibilitan la intervención del juez natural. Esta situación no es extensiva para la parte que tiene que declarar pero que por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el juez considere atendible este impedido de comparecer al local del juzgado. Mientras el domicilio de la declarante se ubique dentro de la competencia territorial del juzgado, el juez de la causa, puede concurrir al domicilio de la declarante, para que en presencia de las partes y de sus abogados, si desean concurrir, emita su declaración. Nótese que en un caso se refiere a la actuación fuera del lugar del proceso y en el otro, a la actuación fuera del local del juzgado. En este último caso no opera la comisión por exhorto.

## EXENCIÓN DE RESPUESTAS

### ARTÍCULO 220

*Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.*

*Tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 inc. 18.
C.P.	art. 165.
LEY 26702	arts. 140, 143.

---

### Comentario

---

1. La norma recoge los supuestos en los que se relativiza el deber de declarar, para lo cual, es importante señalar si la declaración proviene de la parte o de terceros.

En el primer caso, podría asumirse el supuesto de la comparecencia de la parte a la audiencia de pruebas, pero al momento de prestar su declaración guarda silencio frente a las preguntas del interrogatorio; en tales circunstancias, hay que apreciar ese silencio bajo dos perspectivas: a) si este es justificado bajo las excusas que recoge este artículo y b) el silencio es asumido sin ninguna motivación ni justificación. Frente a ello diremos que resulta procedente amparar la omisión a declarar por las causales que detalla el artículo 220 del CPC, situación que difiere del segundo caso, en el que se tendrá en cuenta la conducta asumida por la parte en el proceso al momento de sentenciar, en aplicación del artículo 282 del CPC.

La declaración de parte está sujeta a la carga de la prueba, conforme lo señala el artículo 194 del CPC; en cambio, en la declaración de terceros, no existe carga sino el deber de declarar. Este deber se relativiza si el declarante se encuentra bajo los supuestos que contiene el artículo 220 del CPC, caso contrario, debería aplicarse las sanciones pecuniarias por dicha omisión al deber de declarar, como parte de la expresión coercitiva del juez, a que refiere el artículo 53 del CPC.

Nótese que el artículo 230 del CPC señala que son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte, sin embargo, consideramos que los efectos frente a la omisión a

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

declarar no puede ser igual para la parte como para el testigo porque en uno opera la carga probatoria y en otro, el deber a declarar.

2. La exención a declarar no se sustenta en los hechos que pueden conservarse en secreto, sino en la eximente del deber de declarar por razones justificadas, como la posibilidad de incurrir en culpabilidad penal que involucre “al declarante, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”; la revelación de un hecho conocido a través del secreto profesional, la necesidad de amparar derechos de la parte o de terceros, la custodia de los intereses supremos de la Nación entre otros.

La reserva del secreto constituye una cuestión de conciencia, no librada a la apreciación del declarante, pues, es facultad del juez atendiendo a las circunstancias del caso, dispensar o no del deber de declarar; sin embargo, hay otros criterios que consideran que basta la invocación del reparo para que el magistrado admita la exención a declarar por reserva del secreto. Existe opiniones en contrario, que interpreta que la existencia de secreto profesional no queda librada exclusivamente a la opinión de quien declara sino que incumbe al juez establecer si concurre o no en el caso, posición que consideramos deba asumirse en esta exención.

## DECLARACIÓN ASIMILADA

### ARTÍCULO 221

*Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 192 inc. 1.

---

### Comentario

---

El presente artículo recoge uno de los supuestos de la “prueba trasladada”. Recibe este calificativo aquella prueba que se admite y practica en otro proceso y que es presentada en copia auténtica al nuevo proceso. Si bien el artículo 198 del CPC permite que las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tengan eficacia en otro, la cuestión del presente artículo es saber qué valor tiene las declaraciones obtenidas en un proceso declarado nulo.

Al respecto señalamos que la subsistencia del valor de la prueba, a pesar de la nulidad del proceso, depende únicamente de la naturaleza del vicio que la produjo. Como señala Lessona, si a pesar de la nulidad, resulta de la prueba estuvo decretada y practicada con sus formalidades propias, es decir, que el vicio se refiere a otros actos del proceso, y se cumplió además el requisito de contradicción, debe reconocerse valor a la prueba.

Cuando la nulidad ha sido por incompetencia del juez debe reconocérsele validez para el mismo proceso o para otro posterior, entre las mismas partes; en cambio si la nulidad se decretó por falta de citación, de la parte contra quien se opone la prueba o la violencia sobre el declarante, las pruebas quedan inevitablemente afectadas por la nulidad y son inválidas para cualquier proceso.

En el primer supuesto bastará pedir al juez del mismo proceso que tenga en cuenta las pruebas que obran en el expediente; o solicitar al juez del nuevo proceso pida copia legalizada de las pruebas del anterior, junto con las otras piezas donde aparezcan la demanda, su admisión, la notificación y las providencias que decretaron la nulidad; también se puede presentar las copias de una vez con la nueva demanda o su contestación.

En caso que las pruebas sean inválidas es indispensable repetir éstas en el nuevo proceso.

## Capítulo IV

# DECLARACIÓN DE TESTIGOS

### APTITUD

#### ARTÍCULO 222

*Toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley.*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. 42.
<b>C.P.C.</b>	arts. 192, 194 párr. 2, 195, 207 a 209, 223 a 232, 273, 274, 300, 303, 582.
<b>C. de P.P.</b>	arts. 138 y ss., 214, 228, 232, 236 a 239, 242, 248 a 257, 270.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 404.
<b>LEY 26636</b>	art. 33.
<b>LEY 26702</b>	art. 349 inc. 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 144.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 213.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 426, 456.

### Comentario

1. Podemos definir a la prueba testimonial como la declaración proveniente de terceros, pero ajenos a la relación procesal, esto es, de sujetos que no asumen ni revisten la calidad de parte principal o accesoria en el proceso, sin perjuicio, que en virtud de normas del derecho sustancial hubiesen estado legitimados para adquirir tal carácter, o lo que es lo mismo, que pudieran estar involucrados en la relación material que constituye el objeto del mismo.

El testimonio es la narración que una persona hace de los hechos a ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y hacerlo presente a la mente de quien escucha. La persona, con sus sentidos, su memoria y su lenguaje, cuenta acerca de la existencia del hecho, de la forma en que el mismo sucedió, y de los peculiares matices que lo rodearon. Debemos señalar que una particularidad de los testigos, son los llama-

dos testigos de referencia, de segundo grado, de oídas o testigos indirectos. Son personas físicas, distintas de los sujetos legitimados en un proceso, que transmiten un conocimiento relativo a un hecho al cual han accedido mediante la percepción sensorial de un tercero, verdadero testigo de lo acaecido. Los testigos de referencia no están previstos en el Código Procesal. Sus declaraciones no pueden llevar a la incriminación, porque en el fondo no constituyen una prueba.

El testimonio es apreciado como una prueba indirecta, porque no media identificación entre el hecho a probar, que es el objeto de la prueba, y el hecho percibido por el juez.

Es considerado prueba histórica porque a través de ella se reconstruyen hechos pasados o pretéritos, que pueden o no subsistir al momento de la declaración, pero que en todo caso comenzaron a existir con anterioridad a ella.

Es una declaración personal porque proviene de la manifestación de una persona física por lo que es un acto procesal y no un simple hecho jurídico.

La declaración prestada antes o fuera del proceso no puede reputarse prueba testimonial, aunque pueda ser considerada como indiciaria; así cuando los testigos declararon ante un Notario Público o ante la Policía con relación a hechos anteriores que dicen haber percibido, se produciría una suerte de conversión de la prueba testimonial en indiciaria.

2. Toda persona propuesta como testigo no solo tiene el deber de acudir personalmente al juez, sino también el deber de declarar. Esto último es materia de regulación en el presente artículo. Nótese que el deber de comparecer esta regulado en el artículo 232 del CPC, el deber de declarar en el artículo 222 y el deber de decir la verdad en el artículo 202 del CPC.

El presupuesto para que toda persona pueda declarar como testigo es que tenga capacidad para hacerlo. El inciso 1 del artículo 229 CPC señala que el absolutamente incapaz está prohibido de declarar, sin embargo, conforme refiere la última parte del artículo 222, los menores de 18 años pueden declarar solo en los casos permitidos por Ley. En ese sentido, se permite de manera excepcional, que el juez pueda ordenar de oficio, la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas. (ver artículo 194 del CPC). Su declaración será tomada como referencia, pues, técnicamente no tiene la condición de testigo.

Este deber de prestar declaración, cualquiera sea la forma, permite algunas excepciones como la excusa y la prohibición. En el primer caso, podemos considerar como excusa cuando la respuesta podría someter al declarante en un proceso penal, comprometer su honor, revelar un secreto profesional, militar, artístico o industrial. Estos supuestos de exención están recogidos en el artículo 220 del CPC, referido a la declaración de parte, pero, que puede ser aplicada de manera

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

supletoria a la testimonial (ver artículo 230 del CPC). Lo cierto es que, ninguna hipótesis exige el deber de comparecer, solo cuando se formula las preguntas al declarante puede abstenerse de contestar argumentando situaciones de exención; sin embargo, cuando se trata de un secreto, el testigo accede a revelarlo, no incurre en infracción penal si las partes interesadas le han relevado del deber de guardarlo. Otro de los cuestionamientos que surgen es, dilucidar si la reserva del secreto constituye una cuestión de conciencia librada a la apreciación del testigo o es facultad de los jueces, atendiendo a las circunstancias, dispensar o no del deber de declarar. En ese sentido, no podría ampararse en el secreto profesional, el abogado que es preguntado sobre hechos ocurridos en una reunión en que estuvieron presentes ambas partes, hoy en litigio.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las testimoniales resultan insuficientes para acreditar la posesión constante de concubinos, pues, se requiere del principio de prueba escrita, conforme lo exige el artículo 326 del CC.*

*Las partidas de nacimiento y de defunción, solo prueban la relación de filiación, mas no acreditan la sociedad de hecho (Exp. Nº 4253-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 24).*

*Es necesario evaluar las declaraciones vertidas por los menores, para determinar la tenencia (Exp. Nº 625-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 161).*

*Los menores tienen derecho a gozar de todos los atributos de la persona humana, relacionados con el desarrollo de su personalidad, debiendo tenerse en cuenta su opinión en todo lo que le afecte, para determinar la tenencia; por lo que deberá respetarse sus decisiones (Exp. Nº 141-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 162).*

## REQUISITOS

### ARTÍCULO 223

*El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. El desconocimiento de la ocupación será expresado por el proponente, quedando a criterio del Juez eximir este requisito.*

*Asimismo se debe especificar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el proponente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192 inc. 2, 230.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 149.

C.P.C. Colombia art. 219.

C.P.C.N. Argentina art. 429.

---

## Comentario

La prueba testimonial es ofrecida por las partes en los escritos de demanda, reconvencción y sus contestaciones, y en caso de alegar hechos nuevos. También puede ser ofrecida por terceros como el caso de la intervención excluyente principal que regula el artículo 99 del CPC.

El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de las personas que se señalan como testigos. De todas estas exigencias, el Código exime señalar la ocupación en caso la parte no le fuera posible suministrar ese dato. Lo importante es que indique los necesarios que permitan individualizar al testigo sin dilaciones, de tal manera, que sea posible su citación.

Estos datos mínimos de individualización del testigo se han establecido no solo para permitir la identificación regular del mismo, sino para autorizar el control de estos por la parte contraria a quien los ofreció.

Posiblemente se pueda incurrir en pequeñas diferencias de nombres u omisiones de apellido de soltera o de la profesión, en tanto ello, no sea susceptible de afectar sobre la verdadera identidad del testigo no impedirá que esta se produzca, máxime si aquellas observaciones no se deducen antes de consentirse la declaración.

La ocupación del testigo es importante porque nos permitiría saber si estamos frente a un testigo técnico. Este es un tercero que en rigor asume o reúne la

calidad de testigo y de perito aunque incidentalmente se refiere a él como persona especializada.

Según Kielmanovich, se trata del tercero que llamado a declarar, relata hechos que ha percibido y de los cuales extrae conclusiones técnicas en virtud de sus conocimientos especializados, cuestión que no debe confundirse con las deducciones meramente subjetivas que, como tales, solo tendrían valor como opiniones personales del testigo.

Lo que separa al testigo técnico del perito señala Kielmanovich, es la forma en que uno y otro entran en contacto con el hecho y la deducción técnica que del mismo se extrae, el primero libremente y sin connotaciones procesales; el segundo a raíz de un requerimiento judicial.

Por otra parte, el testigo depone sobre hechos concretos que él antes percibió mientras que el perito debe extraer sus conclusiones a partir de una hipótesis que se estructura en base a hechos que se asumen como sucedidos.

Sobre el testigo técnico, Alsina, enseña que si este por razón de su profesión tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones técnicas deben ser tenidas en cuenta para la apreciación de los hechos.

El testigo técnico es quien aporta deducciones de esa naturaleza que extrae en base a sus conocimientos especializados de los hechos por él percibidos o conocidos en forma directa y personal.

Otro requisito a tener en cuenta para la declaración de testigos es precisar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el testigo propuesto.

Nótese que la norma en ningún extremo regula el grado del testimonio. Esa circunstancia podría permitir la intervención de los testigos de segundo grado, de referencia o de oídas. Se trata de testigos que conocen hechos pero no de forma directa sino con motivo de haberlo oído relatar a otras personas. A pesar que esas intervenciones, no están prohibidas, se desechan como valor probatorio. Al respecto señala Kielmanovich, "el tercero que escuchó el insulto proferido podría ser testigo mientras que el testigo a quien se le contó dicho hecho no podría serlo, a pesar que el insulto es también conocido por ese sujeto en virtud de su sentido de la audición, aunque sin que medie a su respecto la relación inmediata que se verifica en el 1º caso. En el testimonio de oídas el objeto es el hecho percibido en la narración que se oyó a otra persona y no el hecho narrado por este".

El testimonio de oídas se confunde con la fama pública, que viene a ser la noticia, opinión o voz difundida en un grupo social de cierta amplitud. Esta a la vez se diferencia del rumor, que es vago y de origen incierto.

Un aspecto que debe contemplarse en el ofrecimiento del testigo es el compromiso de la persona que lo ofrece a asumir los gastos que importa su presencia

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

en la audiencia, situación que debe ser cubierta con antelación ante el juzgado; sin embargo, puede darse el caso que la declaración se tome mediante comisión, cuando este se encuentre fuera de la competencia territorial del juzgado.

Ello afectaría el principio de la inmediación pues el juez del proceso, no tendría contacto directo con el testigo, lo que no impediría que este insista en su presencia ante el juzgado, asumiendo los gastos de traslado la parte que lo haya ofrecido.

La declaración por comisión, se invoca en atención al artículo 230 del CPC, que señala “son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte”. En tal sentido, véase lo que dice el artículo 219 del CPC “cuando se trate de parte que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado, el interrogatorio debe efectuarse por medio de exhorto”.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Las pruebas que se ofrezcan en el acto postulatorio del proceso deben estar referidas a los puntos controvertidos que se originen de la evaluación de la demanda y de su contestación, de manera que solo se actúen aquellos vinculados a esos puntos y que, naturalmente, no se deriven de hechos aceptados por ambos...” (Exp. N° 932-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 88-89).*

*Para admitirse la declaración testimonial, el que propone ésta debe especificar el hecho controvertido sobre el cual declarará el testigo.*

*Si ha existido omisión en la presentación del pliego interrogatorio del testigo ofrecido, el juez no puede sustituir a la parte a fin de acreditar los hechos expuestos por ésta (Exp. N° 3502-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 223-224).*

## ACTUACIÓN

### ARTÍCULO 224

*La declaración de los testigos se realizará individual y separadamente. Previa identificación y lectura de los artículos 371 y 409 del Código Penal, el Juez preguntará al testigo:*

- 1. Su nombre, edad, ocupación y domicilio;*
- 2. Si es pariente, cónyuge o concubino de alguna de las partes, o tiene amistad o enemistad con ellas, o interés en el resultado del proceso; y,*
- 3. Si tiene vínculo laboral o es acreedor o deudor de alguna de las partes.*

*Si el testigo es propuesto por ambas partes, se le interrogará empezando por las preguntas del demandante.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P. arts. 156, 371, 409.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 245, 251, 252.

C.P.C.M. Iberoamérica art. 151.

C.P.C. Colombia arts. 220, 224, 226, 227, 228.

C.P.C.N. Argentina art. 440.

C.F.P.C. México arts. 172-187.

---

## Comentario

---

1. La declaración de los testigos se realiza de manera individual y por separado, para evitar que sean oídos por los restantes. El propósito que se busca es evitar que la contraparte instruya a sus testigos luego de haber tomado conocimiento de la declaración de los propuestos por la parte, obstaculizando con ello, la comprobación de los hechos controvertidos.

La norma señala que el juez debe preguntar sobre su nombre, edad, ocupación y domicilio; si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes y en que grado; y si es dependiente laboral, acreedor o deudor de alguno de los litigantes.

Con esto se trata de determinar si la persona que comparece a prestar su declaración testimonial es la misma que fue ofrecida en su oportunidad como testigo por la parte.

La determinación de la ocupación del testigo habilitará a las partes a incluir en el interrogatorio referencias de carácter técnico y al juez a valorar con amplitud su declaración de tal contexto.

En cuanto al grado de parentesco, si se advierte que el vínculo no parecería comprendido dentro de los que contempla la regla de exclusión, (ver artículo 229 del CPC) como sería el caso del noviazgo o del amante, el testigo declararía con la prevención que su testimonio podría estar dirigido a favorecer al novio o en el mejor de los casos a suministrar una visión deformada de los hechos. También la norma considera a la amistad o enemistad, como causal de indagación para la actuación del testigo. La amistad constituye el más puro y desinteresado de los afectos, indudablemente quita libertad frente a la necesidad de decir la verdad, e incluso sin llegar a mentir, el testigo puede verse llevado por ese afecto a ver a su amigo de un modo mejor, agregando hechos no sucedidos y evitando otros sucedidos. Inversa a la anterior es la enemistad, que se manifiesta por el sentimiento adverso que puede desviar el sentido del testigo hacia el perjuicio de alguien. Por otro lado, la amistad íntima hace poco creíble al testigo cuando sus dichos no se encuentran corroborados, no por ello debe excluirse su testimonio, y menos cuando el testigo es necesario.

Por último, si el testigo es dependiente, puede llevar a sospechar algún grado de interés en favorecer o perjudicar a una u otra parte. La relación del dependiente, está considerada como un elemento que obliga a que la sentencia juzgue con debido rigor sus dichos, sobre todo si este puede tener responsabilidad en el hecho de litis u obtener alguna ventaja de su resultado. No debe olvidarse que el testimonio del dependiente puede mejorar su situación laboral o exponerlo a perder su trabajo.

2. Estas preguntas que recogen los tres incisos de la norma no representan un *numerus clausus* porque pueden integrarse con otras tendientes a demostrar la idoneidad del testigo, tanto en los aspectos relacionados con las partes, cuando en aspectos objetivos relacionados con la capacidad de sus sentidos para poder percibir el hecho.

Se trata de las llamadas generales de ley, tendientes a identificar al testigo y a determinar las relaciones que pudieren entrelazarlo con alguna de las partes y con el resultado del proceso, para así excluirlo en atención a las prohibiciones que regula el artículo 229 del CPC o para apreciar con suma prudencia su declaración.

Kielmanovich atribuye como efecto de la ausencia de las generales de ley, la anulabilidad de dicha declaración; sin embargo, se considera que ella es nula, si se hubiere prestado la declaración violando alguna regla de exclusión del orden público, como el haber omitido el interrogatorio a un pariente consanguíneo en línea directa de las partes. Aquí se propone un supuesto de nulidad absoluta, salvo en asuntos de derecho de familia.

También es nula la declaración señala Kielmanovich<sup>(1)</sup>, si como resultado de falta de interrogatorio se hubiese violentado el derecho de defensa de la parte contraria a la que ofreció el testigo, al inducirla a error en cuanto a la persona del testigo y su relación con alguna de las partes, aunque en este caso se trataría de una nulidad relativa, subsanable. Por citar, si el testigo pudo ser identificado en lo sustancial permitiendo a su vez, realizar la actividad contralora, de la contraria, no cabe la nulidad.

3. Para la actuación de este medio de prueba se privilegia el principio de inmediatez y oralidad. Como señala Gorphe "la gran ventaja del procedimiento oral es hacer inmediata la prueba, permitiendo que el caso sea debatido ante la vista de los jueces: estos pueden observar e interrogar a los testigos. Cuando la boca no habla hablan sus gestos. El acento de la expresión, la actitud, la manera de responder del testigo aclarar su declaración, de ello se pueden extraer indicios de sinceridad o de falsedad o por lo menos de la tendencia a expresar la verdad o por lo contrario a desnaturalizarla u ocultarla".

Otro aspecto que concurre a la actuación de la testimonial es la posibilidad del desistimiento del testigo. Un sector de la doctrina considera que la parte que ofreció al testigo puede desistirse del mismo siempre que los demás litigantes se adhieren al pedido y lo admita el juez. Ello en aplicación del principio de adquisición procesal por el que se afirma que el testigo no es de la parte, sino del proceso; sin embargo, concurre otra posición, que recoge nuestro Código, cual es, aceptar el desistimiento del testigo sin conformidad de la contraria ni la del juez, en tanto no hubiese comenzado la declaración, en aplicación del artículo 372 CPC.

4. Como ya hemos señalado al comentar el artículo 232 del CPC, es una carga para todo testigo comparecer cuando es citado para que declare, sin embargo, antes de declarar los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas. En atención a ello, resulta coherente la lectura de los artículos 371 y 409 del Código Penal, en aplicación del artículo 342 del CPC.

Se llama juramento a la afirmación o negación de algo, poniendo solemnemente a alguien por testigo y especialmente a Dios.

El Código atribuye al juramento matices ético-religiosos aunque autoriza la "promesa de decir verdad" como formula equivalente.

La negativa a prestar uno u otro importaría negativa a declarar con las consecuencias penales que ello apareja. Es vital el juramento para ser imputable al testigo las consecuencias penales.

---

(1) Op. cit., p. 290.

La efectividad del juramento se basa en la sanción penal en 1º orden y luego en la fuerza moral del acto y en las creencias religiosas del testigo

La omisión del juramento no anula la prueba, sin perjuicio que ello impone su estricta valoración por el juez, con arreglo a las reglas de la sana crítica. No por jurar o prometer decir la verdad el testigo miente, ni por jurar o prometer decir la verdad el testigo dice la verdad. Por debajo de las formas importa el valor en sí del acto procesal y su contenido. En la medida que las declaraciones de los testigos son idóneas al proceso con prescindencia del juramento, igualmente van a ser evaluadas en la sentencia con arreglo a las reglas de libre valoración.

El artículo 224 en comentario no exige la lectura de las disposiciones penales aplicables sino que requiere que los testigos sean informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas, por lo que tampoco cabría en este sentido, la nulidad de la declaración por tal causa.

Otro aspecto a señalar es que el juramento comprende el contenido o la sustancia de las respuestas a dar y también la exactitud o veracidad de los datos personales que el testigo informa al responder, al ser interrogado por sus generales de ley.

5. Por otro lado, el testigo no solo tiene el deber de comparecer como carga pública, sino el deber de declarar acerca de lo que sepa de los hechos que interesan a la litis; sin embargo, podrá rehusarse a contestar preguntas frente a dos supuestos que el Código contempla en el artículo 220 CPC y que la doctrina se refiere a ellos cuando la respuesta lo expusiera a un proceso penal o comprometera su honor; y si no pudiese responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico o industrial

Se busca, por sobre todas las cosas, privilegiar esos dos supuestos sobre el sacrificio de la justicia. Esto permite hablar de la verdad material.

La facultad de rehusarse a responder debe ser invocada por el testigo. Si del contexto de la pregunta no se desprendiera esa situación, el testigo dará explicaciones necesarias en forma reservada (fuera del acta y sin la presencia de las partes) en la que funde su negativa.

Para Kielmanovich<sup>(2)</sup> "lo que la ley tutela es el honor del testigo frente al dilema de tener que declarar y exponerse a un descrédito, valor que en absoluto se ve interesado o afectado cuando con la misma reserva que la mencionada *ut supra* se le reclama la explicación de la relación que se sostiene entre aquel valor y la pregunta propuesta. No debe perderse de vista que el testigo podría rehusarse a

---

(2) Op. cit., p. 240.

responder si es que a pesar de las explicaciones dadas al juez insiste en que se formulen las preguntas, con las consecuencias que correspondan”.

Por otro lado, para el citado autor procede la apreciación judicial a fin de establecer la relación que existía entre el hecho preguntado y el hecho amparado por el secreto profesional, siempre que ella no resulte del propio contenido de la pregunta, sin extender empero tal facultad al punto de autorizar al juez a disponer el levantamiento del mismo.

El secreto profesional incluye la obligación de no declarar y la sanción consiguiente en caso de hacerlo. En otras palabras, el testigo no puede ser obligado a declarar aun si el juez lo libera del deber de guardar el secreto, aunque aquél puede revelarlo con justa causa, cuando la ley autoriza.

6. Los testigos pueden declarar en su domicilio, cuando se encuentren imposibilitados de concurrir a la sede del juzgado, por razones de salud, ancianidad u otro motivo que el juez estime atendible, siempre y cuando se comunique con la debida antelación. En ese sentido véase lo regulado en el artículo 205 del CPC, la misma que es extensiva cuando tengan que declarar el Presidente de la República, los Presidentes de las Cámaras legislativas y el Presidente de la Corte Suprema. En estos casos, la audiencia o solo su actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

Ante la concurrencia de varios testigos, ofrecidos por una parte, la norma no regula el orden que deben declarar estos, sin embargo, si precisa, si el testigo es propuesto por ambas partes, se le interrogará empezando por las preguntas del demandante.

En la actuación de la testimonial puede darse la presunción de la intervención de un testigo que no se apegue a la realidad, esto es, lo que en la literatura se conoce como el testigo sospechoso. Nuestro Código no ha regulado este supuesto, sin embargo, se considera que cuando —en concepto del juez— se aprecie circunstancias que afecten la credibilidad o imparcialidad del testigo, puede este ordenar su detención a fin de poner en conocimiento del Ministerio Público esta circunstancia, por presumir la comisión del ilícito contenido en el artículos 371 y 409 del Código Penal.

Una limitación a la declaración de testigo, es la que por extensión del artículo 218 del CPC, prohíbe usar algún apunte o borrador de sus respuestas, sin embargo, en ese extremo podría permitirse leer notas donde contengan cifras u fechas, como ayuda a su declaración; en el mismo sentido, la norma citada también le permite consultar libros o documentos.

7. Las declaraciones son extendidas por el secretario a medida que se presenten, conservando, en cuando sea posible, el lenguaje de lo que hubieren declarado. Terminando el acto, el juez hará leer y preguntará a los testigos si tienen algo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que agregar o rectificar; lo que agregaren o rectificaren se expresará a continuación firmando el juez y el secretario.

Si el testigo no conociere el idioma nacional, el mismo será examinado mediante traductor público, y a través de intérprete cuando deba interrogarse a sordos, mudos o sordomudos, quienes solo puedan darse a entender por lenguaje especializado.



## JURISPRUDENCIA

---

*Una obligación dineraria no se prueba con solo el dicho de testigos, cuando más si son dependientes de la demandante y que en su mayoría aceptan no conocer al demandado (Exp. N° 263-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 540-542).*

## LÍMITES DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL

### ARTÍCULO 225

*El testigo será interrogado solo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 223 últ. párr.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art.244.

---

### Comentario

---

Como ya refiere el artículo 222 del CPC, testigo es la persona con capacidad relativa de ejercicio, quien puede ser llamado judicialmente a declarar acerca de conocimientos que tuviera sobre los hechos en controversia.

Póngase énfasis en este último extremo, porque la norma en comentario, por razones de seguridad ha establecido límites sobre la procedencia de la prueba testimonial, como son “los hechos controvertidos especificados por el proponente”.

El objeto de la declaración del testigo son los hechos conocidos por este, por sus sentidos o por los que este ha deducido de sus percepciones, y los que ha realizado, dejando de lado la mayor o menor eficacia que pueda asignar el juez a dicha declaración.

Por otro lado, el testigo declara sobre acontecimientos pasados, lo que no implica que dichos acontecimientos sean previos al proceso, sino a la declaración que se rinde, por ejemplo, cuando el testimonio es ofrecido para la comprobación de las mejoras o los deterioros que la cosa ha sufrido luego de la notificación de la demanda.

Otro aspecto a tener en cuenta en la declaración del testigo es que el objeto del testimonio no solo constituye los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos del testigo sino que puede comprender a los hechos realizados por el propio testigo. Por ejemplo en una agresión física donde el testigo interviene para separar a los contrincantes; o el testigo que se acerca a pagar la renta al arrendador. Esto nos lleva a decir que no es necesario que el testigo sea extraño al evento.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Otra situación a contemplar es la posibilidad del testimonio de terceros o lo que se conoce como los testigos de segundo grado o de referencia. Se trata de testigos que conocen hechos pero no de forma directa sino con motivo de haberlo oído relatar a otras personas. En esos casos, dichas intervenciones, se desechan como valor probatorio.

## NÚMERO DE TESTIGOS

### ARTÍCULO 226

*Los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 505 inc. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 430.

---

### Comentario

---

Frente al número de testigos concurren dos posiciones. Una que considera ilimitado su número y otra que la restringe.

Nuestro Código establece hasta tres testigos, no por cada parte, sino en atención del número de hechos controvertidos. El ofrecimiento de los testigos en el número que se considere debe realizarse en la oportunidad y forma que corresponda. Como señala la norma, en ningún caso, el número de testigos de cada parte será más de seis.

Otro cuestionamiento que concurre al número de testigos es la existencia de testigo único y del valor probatorio que esta declaración pueda generar. En la doctrina no se acepta que los jueces tengan por probados hechos con el apoyo en la declaración de un testigo “voz de uno, voz de nadie”. Se dice por ello que. “Un hombre honesto no pudiese hacer condenar a un pillo, mientras que dos pillos podrían hacer condenar a un hombre honesto.

Este cuestionamiento se encuentra superado en nuestro sistema procesal porque gracias a la libre valoración de la prueba, dicha restricción carece de justificación porque no se tarifa el valor de la prueba testimonial por la cantidad de testigos, sino que deja a la libre apreciación del juez. El valor está dado por la calidad, porque “vale más un buen testigo que varios mediocres”.

Un aspecto que no considera el Código es el referente al reemplazo de testigos, por situaciones excepcionales, como muerte, incapacidad o ausencia. Si bien los testigos son personas privilegiadas en el conocimiento de los hechos que han conocido, por ello, son insustituibles, podría darse el caso que existan varias personas que puedan estar en esa condición pero que la limitación al número de testigos, haga que la parte solo ofrezca alguno de ellos y luego este se vea

imposibilitado de declarar, por causas no previstas como la muerte o la incapacidad absoluta. Aquí podría darse la posibilidad –de manera excepcional– de reemplazar al testigo ofrecido inicialmente.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... Haciendo una interpretación hermenéutica, este requisito (del ofrecimiento de tres testigos en el proceso de formación de título supletorio) se ha cumplido, pues el actor en el acto postulatorio ofrece como medio probatorio la declaración de tres testigos, que el no haberse actuado en su integridad dicho medio probatorio no puede acarrear la nulidad de actuados, pues el acto procesal ha alcanzado la finalidad a la que estaba destinado, por lo que no puede alegarse este de efecto (sic –entiéndase defecto–) para anular los autos, mas aun si no se ha acreditado agravio conforme señala el artículo ciento setenticuatro del Código Procesal Civil...” (Cas. N° 488-98/Ica, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 487-489).*

## REPREGUNTAS Y CONTRAPREGUNTAS

### ARTÍCULO 227

*La parte que pida la declaración del testigo puede hacerle repreguntas, por sí o por su Abogado. La otra parte puede hacer al testigo contrapreguntas, por sí o por su Abogado.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 228.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 253

C.P.C.N. Argentina arts. 442, 443, 445, 446

---

### Comentario

---

La comunicación fundamental con el testigo es la pregunta. Ella tiende a aclarar una duda o a determinar el conocimiento sobre algo. Las preguntas deben ser claras y concretas, vinculadas con los hechos controvertidos. No deben contener más de un hecho, esto es, más que una sola interrogación y no deben dar lugar a una contestación afirmativa o negativa por parte del que declara sino una descripción, un relato, porque de operar contrario *sensu* podría disminuir la eficacia probatoria de la misma.

No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas, como el caso, del testigo técnico, que relata hechos que ha percibido y de los cuales extrae conclusiones, en virtud de sus conocimientos especializados. Alsina enseña que si el testigo por razón de su profesión tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones técnicas deben ser tenidas en cuenta para la apreciación de los hechos.

Las repreguntas, tiene sus raíces en el interrogatorio cruzado del derecho anglosajón. La norma en comentario, no precisa en que momento opera la repregunta, si es al finalizar la respuesta o al finalizar el interrogatorio, sin embargo, señalamos que en aplicación supletoria de la declaración de parte, que recoge el artículo 213 del CPC está opera al finalizar el interrogatorio.

Estas nuevas preguntas serán para aclarar o ampliar el contenido de las respuestas dadas por el mismo, sea para obtener su declaración respecto de cualquier otro hecho que hubiese sido alegado y pudiese advertirse como conducente así como de los que atañan a la determinación de su idoneidad.

La contra pregunta tiene un fin eminentemente crítico. Con él se persigue no solo la adquisición de nuevas noticias, sino además, y de modo primordial, investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio anteriormente rendido. El contrainterrogatorio tiene por principal objetivo anular o modificar la evidencia suministrada por el testigo. Como señala Muñoz Sabaté, también tiene como objetivos secundarios medir el grado de exactitud del testimonio y dar al testigo una oportunidad de ampliar su deposición en pro de la otra parte.

Otro de los aspectos que no está regulado para la declaración de testigos se refiere a la forma del interrogatorio, sin embargo, resulta aplicable lo normado en el artículo 217 del CPC sobre este particular. En tal sentido, cada una de las partes podrá formular oposición a las preguntas formuladas por su contraria, si se refieren a hechos no controvertidos, sugieran o insinúen respuestas, se refieran a más de un hecho, no sean claras y concretas, o contengan referencias de carácter técnico en relación a un testigo que carezca de esos conocimientos, etc.

A pesar que el artículo 217 citado no regula expresamente el mecanismo de la oposición al interrogatorio, sin embargo, podemos apreciarla cuando la norma dice: “las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas de oficio o a pedido de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnabile”. En ese sentido se podrá prescindir de continuar interrogando al testigo cuando las preguntas que se propongan o las respuestas dadas demuestren que son ineficaces para proseguir con la declaración. También el juez puede incluir preguntas no contenidas en el pliego, pero, que se encuentren dentro del marco de los hechos controvertidos.

Hay algunos autores que recomiendan iniciar el interrogatorio dejando al testigo que libremente narre lo que sepa acerca de determinado hecho (técnica del relato) o bien provocando las respuestas sobre la base de continuas preguntas (técnica responsiva o del interrogatorio), señala Falcón<sup>(1)</sup>. Acerca de las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas se aprecia que en el relato abunda mayor exactitud pero menor concreción, al revés del interrogatorio, donde a una dosis superior de concreción corresponde un nivel más bajo de certeza. Falcón considera que lo mejor es dejar que el deponente narre espontáneamente los hechos por los que es requerido y solo después formularle las preguntas concretas que sirvan de complemento; particularmente en el contrainterrogatorio solo es posible alcanzar resultados sobre la base de la técnica responsiva.

La facultad que asiste a la contraria a la que ofreció el testigo a formular nuevas preguntas acerca de las aclaraciones introducidas por el testigo antes que se firme el acta, también debe hacerse extensiva a la parte que la propuso, en resguardo del derecho de defensa que debe acompañar en todo el proceso.

---

(1) Op. cit. p. 272.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los testigos después que prestarán sus declaraciones permanecerán en el juzgado hasta que concluya la audiencia a no ser que el juez dispusiere lo contrario, medida que apunta a permitir su careo o re-examen para aclarar sus declaraciones, sin perjuicio de poder disponer ello en cualquier momento conforme lo señala el inciso 2 artículo 208 del CPC que dice: “los testigos, con arreglo al pliego interrogatorio presentado, podrá el juez, hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración”.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... El Juez no puede aceptar unas respuestas y desechar otras, sino que debe apreciarlas en su conjunto, por lo que en este caso es evidente que se ha afectado el derecho al debido proceso al ignorar el Juzgado de Instancia las respuestas de los testigos a las repreguntas” (Cas. N° 1916-99-Chincha, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 226-228).*

## IMPROCEDENCIA DE LAS PREGUNTAS

### ARTÍCULO 228

*Las preguntas del interrogatorio que sean lesivas al honor y buena reputación del testigo, serán declaradas improcedentes por el Juez. La misma disposición es aplicable a las repreguntas y contrapreguntas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 190, 225, 227.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 454.

---

### Comentario

---

Como señala el artículo 222 del CPC, toda persona capaz tiene el deber de declarar. Esto significa que el testigo no solo se encuentra sometido al deber de comparecer sino al de declarar acerca de lo que sepa de los hechos que interesan al proceso; sin embargo, el testigo podrá rehusarse a contestar cuando: 1) su respuesta lo expusiera a un proceso penal o comprometiera su honor; y 2) cuando deba guardar un secreto profesional, militar, científico o industrial, etc. Exención regulada de manera supletoria para las testimoniales en atención al artículo 220 del CPC. Esto significa que el testigo no se encuentra eximido de su deber de comparecer sino de declarar y por otro lado, la guarda del secreto profesional no es una facultad del testigo sino un deber del mismo.

Aquí se advierte que el legislador privilegia por sobre todas las cosas, los valores a que refieren los dos supuestos citados, por encima del sacrificio de la justicia. Esto permite hablar de la verdad material. Uno de los cuestionamientos que se presenta a esta excepción recae en determinar si opera libremente a solo criterio del testigo o depende del arbitrio de la autoridad judicial.

La facultad de rehusarse a responder debe ser invocada por el testigo. Si del contexto de la pregunta no se desprendiera esa situación, el testigo dará explicaciones necesarias en forma reservada (fuera del acta y sin la presencia de las partes) en la que sustente su negativa. Como señala Kielmanovich<sup>(1)</sup>, "lo que la

(1) Op. cit., p. 240.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ley tutela es el honor del testigo frente al dilema de tener que declarar y exponerse a un descrédito, valor que en absoluto se ve interesado o afectado cuando con la misma reserva que la mencionada *ut supra* se le reclama la explicación de la relación que se sostiene entre aquel valor y la pregunta propuesta”.

No debe perderse de vista, señala Kielmanovich, que el testigo podría rehusarse a responder si es que a pesar de las explicaciones dadas al juez insiste en que se formulen las preguntas, con las consecuencias que correspondan. La norma autoriza al juez a saber cuál es el hecho que podría incriminar al testigo o comprometer su honor, sin que pueda empero forzarlo aquél a declarar, aun cuando las razones dadas no justifiquen la excepción y así se lo decida en definitiva.

## PROHIBICIONES

### ARTÍCULO 229

*Se prohíbe que declare como testigo:*

- 1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222;*
- 2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad;*
- 3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria;*
- 4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y*
- 5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. 43.
<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 54, 194 párr. 2, 207, 222, 300, 303.
<b>C. de P.P.</b>	art. 141.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 145, 146, 147.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 214, 215, 216, 217.

---

## Comentario

---

La norma, prohíbe la declaración de testigos, por razones de moral, consanguinidad, capacidad o de otro orden. Excluye las testimoniales del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia controvertida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción.

La admisibilidad se relaciona con la posibilidad jurídica de la prueba y de las personas ofrecidas a declarar en tal calidad. Por citar, no sería admisible la declaración del hijo en un proceso en el que una o ambas partes fueran ascendientes. En tal caso algunos autores sostienen que si bien la prueba sería inadmisibile, podría ser no obstante eficaz si a pesar de tal prohibición la misma se produjo; sin embargo, esa limitación puede ser aceptada cuando se trate de asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria.

El inciso 3 precisamente regula la prohibición de presentar testigos consanguíneos o afines. Está fundada en razones de orden público tendientes a mantener la cohesión y solidaridad de la familia, ya que no es admisible que los padres o hijos, bajo el juramento o la amenaza de la sanción penal por falso testimonio, se vean constreñidos a revelar secretos de familia. Por otro lado, nótese de la redacción

del inciso 3 que la prohibición se extiende al cónyuge. Esa limitación debe contemplarse aunque estuviere separado legalmente, pues, el vínculo conyugal todavía no se ha disuelto. En el caso del concubino, el impedimento se torna difícil de acreditar cuando no existe una declaración judicial en ese sentido. La situación se torna más difícil frente al caso del “testigo sospechoso”, que recoge la legislación colombiana, cuando están involucrados sentimientos o afectos pero que no se ubican dentro del concepto legal de cónyuge o concubino, como sería el caso de los amantes y los concubinos que no sobrepasen los dos años de convivencia. Especial situación aparece cuando la demandante es una empresa cuyo gerente general tiene un vínculo de consanguinidad, dentro de los supuestos de prohibición que señala el inciso 3 del artículo 229 del CPC. En este caso, no resultaría aplicable porque la prohibición debe entenderse, cuando las partes son personas naturales y no cuando se refieran a personas jurídicas, en cuyo caso, sería de aplicación lo referido en el inciso 4, en cuanto al interés directo o indirecto, en el resultado del proceso.

La idea del interés en el resultado del proceso, a que refiere el inciso 4º, funda la idoneidad del testigo en función de su imparcialidad y el carácter de tercero en sentido propio. El interés directo está en función de la responsabilidad compartida en el objeto de discusión, por ejemplo, los socios de un endosante, responsable igualmente del importe adeudado. El interés indirecto proviene de las consecuencias que la sentencia adversa a una de las partes puede tener por vía de acción de regreso. Esta institución está ligada también a los terceros, cuando da lugar a la intervención de estos en el proceso.

Por otro lado, el inciso 5 señala que el juez en tanto se desempeñe como tal, no es ni puede ser parte o testigo en el proceso en el que está llamado a intervenir en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, aunque ello no lo priva de desempeñarse en este último carácter en juicios en los que no cumpla tal función.

Algunos autores entre los cuales destacan Fenochietto y Arazi, enseñan que si bien la prueba sería en tal caso inadmisibile, podría ser no obstante eficaz, si a pesar de tal prohibición la misma se produjo. Afirman que “a pesar que la ley protege la armonía familiar, el derecho del testigo a no sufrir la violencia de declarar en un proceso en que sea parte un pariente tan cercano, la declaración se hubiera tomado, ella podría ser apreciada por el juez ya que esos valores fueron vulnerados y nada se repara con prescindir del testimonio rendido e incorporado al proceso. Puede ser que con esa declaración se esclarezca debidamente el hecho y el juez no puede ignorarla”.

En tal sentido, cuando ha declarado el pariente consanguíneo vinculado en línea directa con algunas de las partes se indica que, como la finalidad perseguida mediante la prohibición ya se habría frustrado, la prueba podría ser considerada por el juez con la misma amplitud de criterio con que se examinaría y ponderaría cualquier otra declaración testimonial.

Esta tesis no comparte Kielmanovich<sup>(1)</sup> porque la declaración así rendida es nula e ineficaz por afectar una norma de orden público como las que regulan la admisibilidad de un medio de prueba, cuestión que se encuentra fuera de la esfera de la disponibilidad privada de las partes, tanto si la declaración se produjo o no.

El inciso 1 de la norma prohíbe la declaración del incapaz absoluto, salvo lo dispuesto en el artículo 222 del CPC. Sobre el particular, algunas legislaciones permiten superar la prohibición de la prueba al no reunir la edad mínima requerida, mediante una suerte de conversión de la testimonial en prueba indiciaria. Sobre el particular señala Kielmanovich<sup>(2)</sup> “pensamos que las prohibiciones establecidas por la ley no pueden dejarse de lado mediante la transformación de una prueba en otra, por mas desactualizadas que se encuentren las razones que condujeron a su establecimiento, cuestión que en todo caso no habilitaría a corregirlas mediante la realización de actos reñidos con el orden jurídico, haciendo derivar así de ella efectos probatorios a favor de quien ofreció la prueba ilegítimamente ordenada.

La prueba inadmisibile es a la par ineficaz, en toda su extensión. Las facultades y atribuciones de los magistrados no los habilitan a derogar las leyes, directa o indirectamente mediante el sencillo expediente de acordarle otro *nomen iuris* a aquella, diverso del que naturalmente le corresponde y por el que se la conoce y prohíbe en el ordenamiento.

---

(1) Op. cit. p. 222.

(2) KIELMANOVICH, ... Op. cit., p. 223.

## APLICACIÓN SUPLETORIA

### ARTÍCULO 230

*Son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 213 al 221.

---

### Comentario

---

1. Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1º disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas de la declaración de parte (artículos 213 al 221 del CPC) para suplir el vacío en la regulación de la declaración de testigos.

2. La norma regula la aplicación supletoria de las disposiciones relativas a la declaración de parte.

En ese sentido, aplicando lo normado en el artículo 218 del CPC –última parte– señalamos que el testigo debe contestar las preguntas sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta se le autorizará.

Por otro lado, se debe dejar constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura. El testigo debe siempre dar razón de su dicho, si no lo hiciera el juez la exigirá.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Como señala la primera parte del artículo 218 del CPC, las respuestas deben ser categóricas y concretas, sin perjuicio que el testigo se extienda sobre aspectos vinculados directamente con el hecho objeto de la interrogación.

En aplicación del artículo 220 del CPC, los testigos están prohibidos de declarar contra si mismos en cuanto ello pudiera exponerlo a culpabilidad penal o la respuesta pudiera comprometer su honor. También podemos hacer extensiva esa limitación al grado de parentesco que señala el citado 220 del CPC, su cónyuge o concubino, parientes dentro del 4º grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

En cuanto a la eficacia del testimonio, podemos hacer extensivo lo normado en el artículo 218 del CPC, para lo cual es indispensable que aparezcan en forma clara, exacta y completa tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho narrado, como las mismas circunstancias del conocimiento que de este tuvo el testigo.

Otro aspecto a apreciar se refiere a la excusa a declarar como testigo. Tomando como referencia lo regulado en el artículo 220 del CPC se puede justificar la exención cuando el testigo conoció hechos bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

Por último, en el caso de testigos que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado, a que refiere el artículo 219 del CPC y se alegare su imposibilidad de concurrir, aquel declarará por medio de exhorto. Aquí el interrogatorio quedará a disposición de la parte contraria, la cual podrá proponer la inclusión de preguntas en el mismo, facultad que también podrá ejercer el juez comisionado, quien podrá además eliminar las que considere superfluas. Con estas exigencias se pretende asegurar el contradictorio sobre la prueba y su derecho a preguntar con amplitud.

## GASTOS

### ARTÍCULO 231

*Los gastos que ocasione la comparecencia del testigo son de cargo de la parte que lo propone.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 410, 417, 419.

---

### Comentario

---

La norma regula la indemnización al testigo. Si bien el testigo se encuentra sujeto al deber jurídico de testimoniar, se autoriza al juez a fijar con carácter excepcional una remuneración o indemnización a su favor cuando del cumplimiento de dicha carga pública se deriven gastos excesivos o extraordinarios para aquel en función de su peculiar situación patrimonial. Por citar, gastos de traslado de un testigo que carece de trabajo actual o medios económicos para comparecer.

Bajo dicha perspectiva se considera que bajo el concepto de indemnizar se debe cubrir los gastos derivados de la pérdida del día de trabajo. En ese sentido, la norma señala que “los gastos que ocasione la comparecencia del testigo son de cargo de la parte que lo propone” por tanto, el juez acertadamente podría fijar una remuneración, cuando sea del todo imprescindible para la presencia del testigo. En caso que su presencia se refiera a una prueba de oficio, la norma no señala como se repartirían los gastos; a diferencia de la pericia de oficio, a que se refiere el artículo 271 del CPC, que dice: los gastos serán asumidos por igual por ambas partes. Frente a esas circunstancias consideramos de aplicación extensiva que los gastos también sean asumidos por ambas partes por igual, en la declaración de testigos.

## EFFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA

### ARTÍCULO 232

*El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, solo si lo considera necesario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53, 254.  
D.S. 017-93-JUS art. 282.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 250, 255.  
C.P.C.M. Iberoamérica art. 150.  
C.P.C. Colombia art. 225.

---

### Comentario

1. El deber de testimoniar se descompone en tres aspectos: de comparecer, de declarar y de decir la verdad. El presente artículo se refiere precisamente al primer aspecto, al deber de comparecer.

El incumplimiento de este deber, produce en el testigo sanciones de índole pecuniario y personal. Como señala la norma, en caso de incomparecencia del testigo se lo hará traer por la fuerza pública y se le impondrá multa. Reafirma este artículo la exigibilidad y coercibilidad del deber de comparecer ante un tribunal sin perjuicio de sanciones penales.

No corresponde este deber a las personas propuestas por las partes, sino que el juez puede ordenar la citación de oficio de las mencionadas por las partes en los escritos del proceso o cuando resultare de otras pruebas producidas, que tuvieren conocimiento de hechos que pudieren gravitar en la decisión de la causa.

El deber de comparecer no se exceptúa –según el artículo 205 del CPC– cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, quienes declararán en la audiencia o en la actuación procesal, que ocurrirá en sus oficinas. Dichas prerrogativas deben reconocerse cuando los funcionarios estén en el cargo y no cuando haya cesado.

2. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

## Capítulo V

---

# DOCUMENTOS

### DOCUMENTO

#### ARTÍCULO 233

*Es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 188, 191, 192 inc. 3, 461, 582, 591, 700.
<b>C.T.</b>	art. 125.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 402.
<b>LEY 26636</b>	arts. 34, 35.
<b>D. LEG. 823</b>	art. 251.
<b>LEY 26887</b>	art. 246.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 387.
---------------------------	-----------

---

### *Comentario*

---

1. Documento es un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Los documentos contienen un mensaje. Ese mensaje, señala Falcón<sup>(1)</sup>, puede ser útil a los efectos jurídicos cuando contengan un dato que haga al proceso. El mensaje es diverso, pues puede responder a un acto voluntario (como una carta, un contrato, una confesión, etc.) como involuntario (restos, impresiones digitales, rastros de ADN, papeles sueltos, daños naturales de los que derive responsabilidad objetiva, etc.).

Para Chiovenda, documento es toda representación material destinada a reproducir una cierta manifestación del pensamiento; mientras que para Liebman documento es una cosa que representa o configura un hecho, para dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él. Encajan dentro de este concepto las fotografías, las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas y video-

---

(1) FALCÓN. Op. cit. T.1, p. 836.

grabaciones, las contraseñas, radiografías, dibujos, planos, cuadros, esculturas, murales, discos, etc.

Devis Echeandía<sup>(2)</sup> considera al documento como objeto de percepción. Señala “el juez necesita percibir el documento, para asumirlo como medio de prueba. Esas percepciones sensoriales pueden ser diversas: visuales, para verificar la clase de materia que lo forma, como papel o tela o plástico o cuero, etc., la clase de escritura o de dibujo empleado y el material que se utilizó para escribir o dibujar (tinta, pintura, lápiz, máquina de escribir o de imprimir, etc.); olfativas, para conocer si contiene o no perfumes u olores nauseabundos, si está impregnado o no de cierto olor propio del lugar, del recipiente, caja o cartera en donde se presume que estuvo guardado y el olor propio de la clase de papel empleado; auditivas, cuando interesa precisar el ruido que puede percibir al ser rasgado el documento o estrujado en una mano o dejado caer al piso”

2. Por otro lado es necesario precisar que si bien el documento es un “medio de prueba” de hechos que en él se narren o representen por dibujo, pintura o impresión de otra clase; también puede ser “objeto de prueba”, cuando se trate de establecer su existencia anterior (por ejemplo, mediante el testimonio de terceros) o actual (mediante confesión, testimonios de terceros, inspección judicial o exhibición). También es objeto de prueba el documento cuando se discute su autenticidad o su falsedad formal o material.

Desde el punto de vista del medio de prueba, es importante distinguir entre documento e instrumento. Documento es todo objeto que represente una manifestación del pensamiento mediante signos exteriores corrientes o convenidos; en cambio, los documentos que requieren la intervención de otros medios para ser entendidos o probados, como los peritajes, traducción, estos documentos se denominan instrumentos.

La prueba documental se puede adquirir de varios modos: del que está en poder de las partes y del que no está, para lo cual concurren tres situaciones: individualizarlos indicando su contenido, indicar la persona que los tenga en su poder, que puede ser la contraria o un tercero, de indicar el lugar, el archivo o la oficina pública donde se encuentre.

3. La prueba documental es un medio autónomo que no se confunde con la eventual confesión o testimonio que pueda recoger, pues, el documento no es la declaración de voluntad, sino la representación de la declaración de voluntad. La declaración es un acto; el documento es un objeto.

---

(2) Op. cit., p. 416.

Según Carnelutti, quién describe por escrito un hecho que percibió en otra ocasión, forma un testimonio, porque quiere representar actualmente un hecho pasado mediante el acto de escribir. El documento operaría como prueba del conocimiento que el declarante tiene acerca de los hechos testimoniados, pero no como prueba representativa de esos mismos hechos. La diferencias fundamentales entre estos medios de prueba, testimonio y documentos, consiste en que mientras el documento constituye un objeto cuya creación puede ser contemporánea con el acaecimiento del hecho en él representado (representación inmediata), el testimonio es un acto que en todo caso se verifica con posterioridad al hecho que representa (representación mediata). Para Carnelutti el documento se diferenciaba del testimonio, por la representación permanente que este encierra frente a lo transeúnte del testimonio, diferencia que abona las ventajas de la prueba documental sobre la testimonial, pues, aparte de la disponibilidad de la primera entraña, la fidelidad de la segunda se halla expuesta no solo a los efectos que la acción del tiempo produce en la memoria humana, sino también “las influencias corruptoras que pueden suscitarse a raíz de los intereses en conflicto”.

4. El documento es importante por el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene. El documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad.

Para Kielmanovich<sup>(3)</sup> después de la confesión, la prueba documental es una de las más eficaces, no solo porque consigna con exactitud el pensamiento de las partes al celebrar un negocio jurídico evitando que con el tiempo se borren de la memoria las circunstancias y pormenores que se tuvieron en cuenta en ese momento sino por la seguridad que importa para la estabilidad de los derechos, la exigencia por parte de la ley de formalidades determinadas respecto de ciertos actos y la regulación de su fuerza probatoria, no solo entre las partes sino también con relación a terceros.

5. Los documentos pueden ejercer doble función documental, la de fuentes y la de medios de prueba. Como fuentes, son documentos aquellos objetos en los que se ha dejado un registro material; como medios, son los elementos que se utiliza para requerir los conocimientos de la fuente. La fuente documental puede requerir un medio documental para traer el conocimiento al proceso, pero también puede requerir un medio de informes, un medio pericial, un medio declarativo, o un conjunto de ellos, bajo las presunciones.

Por otro lado, el documento a cuyo conocimiento podemos acceder directamente respecto de la información que nos brinda, por ejemplo, una carta de amor, un contrato escrito, son fuentes de prueba, pero también es un medio de prueba.

---

(3) Op. cit. p. 366.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para que exista jurídicamente un documento, como medio de prueba, debe satisfacer –según Carnelutti<sup>(4)</sup>– los siguientes requisitos: a) debe referirse a una cosa o un objeto formado mediante un acto humano y que tenga aptitud representativa. Generalmente son cosas muebles, pero, un cuadro, un mural o un escrito estampado en una pared, son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y en ocasiones con auxilio de peritos; b) que represente un hecho cualquiera y c) que tenga una significación probatoria.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se consigna que el saldo del precio figura en una letra aceptada por el comprador, la cancelación del precio deberá demostrarse con la presentación de la letra cancelada o probar la falta de la misma (Exp. sin referencia, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 205).*

*La letra de cambio para tener validez como tal, debe ser girada a fecha fija, a días vista, a días fecha o a la vista; si se gira con indicación distinta no tiene validez el título como tal, sin embargo, constituye un medio de prueba de la obligación contenida en ella (Exp. N° 283-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 584-585).*

*Si bien por el artículo 1233 del C.C. se entiende que al estar perjudicadas las letras de cambio por el transcurso del tiempo, la obligación que representan estaría extinguida; empero, la disposición invocada es pertinente cuando los títulos valores sirven de medio de pago y cuando se intente con ellas la acción cambiaria, pero no cuando se use como medios probatorios (Exp. N° 1208-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 184).*

*El vendedor está obligado a entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto (Exp. N° 1163-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 210-211).*

*El documento que represente o contenga derechos patrimoniales tendrá la calidad y efectos de título-valor solo cuando esté destinado a la circulación y reúna los requisitos formales esenciales que por imperio de la Ley le correspondan según su naturaleza.*

*No tiene el carácter de letra de cambio si ésta no consigna el nombre del girador, pero queda a salvo los efectos del acto jurídico que hubiere dado origen a su emisión (Exp. N° 1315-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 556-557).*

*“... El documento (...) no ha sido ofrecido como medio probatorio ni ha sido admitido como tal; en consecuencia, la impugnada contraviene el debido proceso al fundar su decisión en*

---

(4) Citado por Devid Echandia, op. cit., p. 422.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

aquél" (Cas. Nº 1861-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 172-173*).

*Si una letra de cambio pierde su carácter de tal, esto es, deja de ser un título cambiario, se convierte en un simple documento común y ordinario.*

*La pérdida de los efectos cambiarios de un título no anula el acto jurídico que precedió y dio origen a lo que se quiso fuera un título valor, acto que persiste mientras no prescriba conforme a las normas civiles (Exp. Nº 1733-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 410-412).*

*El contrato de obra por su naturaleza y fines debe constar en forma escrita. Si entre los litigantes existió un convenio verbal referido a la construcción de una vivienda de dos plantas, no habiendo instrumental donde conste que se trata de un contrato de obra, debe concluirse conforme lo sostiene el demandado que se trata de una obra de administración, toda vez que el emplazado periódicamente ha recibido ciertas cantidades de dinero y que está llano a la devolución de las piezas que tiene en su poder (Exp. Nº 627-91-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 438-439).*

*El reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación ilegítima que permitía el Código Civil de 1936. Carecen de vocación hereditaria los demandantes que no prueban su filiación (Exp. Nº 389-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 236-237).*

*Las partidas de bautismos realizados con anterioridad al 14 de noviembre de 1936 conservan la eficacia que le otorgan las leyes anteriores.*

*Las partidas bautismales merecen fe respecto a los actos religiosos realizados, conservando la eficacia jurídica respectiva (Exp. Nº 57-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 73).*

## CLASES DE DOCUMENTOS

### ARTÍCULO 234

*Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 252 párr. 1.
LEY 26887	arts. 46, 64, 169, 246.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia	art. 251
C.F.P.C. México	arts. 188, 189

---

## Comentario

Como refiere el comentario al artículo 233, documento es todo objeto susceptible de representar una manifestación de la actividad humana con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza.

Se contemplan dentro del género de documentos, no solo a los públicos y privados escritos, sino que se aprehenden otros objetos representativos no escritos ni firmados, como dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, etc.

El artículo en comentario asume la siguiente clasificación de los documentos:

En atención a los sujetos que los originan, pueden los documentos clasificarse en públicos y privados. Los primeros son aquellos que han sido autorizados por el funcionario público en ejercicio de sus atribuciones –como señala el artículo 235 del CPC– o se trata de documentos que expresamente se reputan como tales por razones de seguridad o celeridad del tráfico jurídico. Los documentos privados son los que provienen de particulares, sean estos partes o terceros, en el proceso en el que se los presenta.

En atención a la función de los documentos cabe distinguir entre documentos constitutivos y documentos meramente probatorios de actos jurídicos. Los prime-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ros son aquellos que por sí dan lugar a la existencia y validez del acto, de manera que la inexistencia o nulidad del documento importa la nulidad o inexistencia de aquel; por citar, la donación de bienes inmuebles que debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad. El documento juega aquí una doble función, pues, por un lado constituye un requisito esencial de la validez del acto (*ad solemnitatem*) y por el otro, el único medio admisible para acreditar su existencia con virtualidad jurídica.

Los documentos probatorios comprueban la existencia de un acto sin que dicha forma venga impuesta por la ley y sin que su presencia excluya su existencia ni la admisibilidad de otros medios de prueba.

Los documentos constitutivos son siempre escritos y mientras que los documentos probatorios pueden ser: informativos, como el recorte del diario; no escritos como la fotografía; y representativos como una radiografía.

Otro criterio para clasificar los documentos toma como referencia el contenido de estos y los presenta en documentos declarativos y representativos.

En el primer caso, el contenido de estos documentos puede ser al mismo tiempo informativo de un cierto estado de cosas, como el recorte de un diario, la historia clínica; y también puede ser dispositivo, en tanto importe la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, por citar, el contrato de compra-venta.

Los documentos son representativos, si no contienen ninguna declaración informativa ni dispositiva, sino una simple reproducción mecánica de un hecho o una serie de hechos sin otro añadido, así, una fotografía, un plano, un dibujo.



## JURISPRUDENCIA

---

*El mérito de la ficha única de matrícula escolar donde firma como padre el menor y la argumentación del demandado que firmó esos documentos escolares en cumplimiento de su obligación de padre, es suficiente para amparar la demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial (Exp. N° 124-93-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 208-209).*

## DOCUMENTO PÚBLICO

### ARTÍCULO 235

*Es documento público:*

1. *El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y*
2. *La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.*

*La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 54

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 156.

C.P.C. Colombia arts. 252, 262.

C.F.P.C. México arts. 129, 130, 131, 132.

---

## Comentario

Una de las modalidades de clasificar los documentos, en atención a los sujetos de quienes provienen, permiten la existencia de los llamados documentos públicos y documentos privados. El artículo en comentario hace referencia al primero y el último, al artículo 236 del CPC.

Documento público es el otorgado por un funcionario autorizado a darle fe pública. Esto nos lleva a decir que el carácter público del documento aparece por la calidad del autor –en tanto lo realice dentro del ámbito de su competencia material y territorial– y con las formalidades que la ley dispone. También constituyen documentos públicos los otorgados según la Ley de la materia. Véase el caso por la cual, la Ley asigna carácter público a documentos ajenos, como las acciones de la sociedad anónima o la liquidación de aportaciones provisionales en el caso de la AFP.

Los documentos públicos gozan de autenticidad, prueban su contenido por sí mismos. Por necesidad social es imprescindible contar en las relaciones jurídicas con algo que merezca fe por sí misma sin necesidad de demostración; algo que asegure que cuando precise esgrimirlo en defensa de su derecho le será útil de inmediato.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para Palacio, el valor probatorio del documento público –en su aspecto extrínseco– se presume auténtico hasta tanto no se acredite lo contrario, a través de una declaración judicial, salvo que el mismo documento presente irregularidades materiales notorias que permitan dudar acerca de su autenticidad, como raspaduras, enmendaduras no salvadas, irregularidades en la firma o en el sello, etc.

El documento público cuya apariencia es regular tiene a su favor una presunción de autenticidad que transfiere en ese aspecto la carga de la prueba. Corresponde a quien niega su autenticidad la prueba de la falsedad del acto.

La autenticidad del documento se presume por el solo hecho de su presentación. Gozan de pleno valor frente a las partes y terceros como resultado de la fe pública que el legislador les reconoce y que se mantiene en tanto no se haya anulado. La nulidad debe obtenerse por acción autónoma de naturaleza declarativa.

En relación al documento público se dice que el cargo judicial (puesto al pie de los escritos presentados por las partes) les otorga a estos el carácter de documentos públicos. En ese mismo sentido, la cedula de notificación tiene carácter de documento público porque es realizada por el notificador, en ejercicio de sus funciones. Lleva implícita la verdad de lo que en ellas se afirma, pues actúa como servidor público, en tanto la diligencia no se impugne de falsa y existan elementos suficientes de dicha falsedad, en relación a la existencia material de los hechos que el notificador hubiese enunciado como cumplidos o que han pasado en su presencia.

Los documentos privados agregados por las partes a los expedientes judiciales no adquieren, por ese solo hecho, el carácter de documentos públicos, ni tampoco los convierte en auténticos la expedición de un testimonio de esa pieza por el actuario.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien es cierto, las constataciones policiales son instrumentos expedidos por un funcionario público, también lo es que éstas constituyen declaraciones unilaterales, las mismas que no ofrecen mayor convencimiento si no se encuentran corroboradas con pruebas que sustenten la afirmación.*

*Debe desestimarse la demanda si el actor no presenta prueba idónea que demuestre haber sido objeto de daño que merezca resarcimiento (Exp. Nº 7519-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 415-416).*

*Si el notario diere fe de la identidad de alguno de los comparecientes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad (Exp. Nº 1242-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 234).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si el demandante ha practicado válidamente el reconocimiento de su menor hijo, conforme aparece del acta marginal de la partida de nacimiento, no cabe amparar la nulidad de dicho acto jurídico si los argumentos de haber inscrito el reconocimiento bajo intimidación y violencia, no han sido probadas de manera idónea (Exp. Nº 747-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 201-202).*

*Debe desestimarse la demanda sobre nulidad de acto jurídico si se ampara en forma genérica en lo dispuesto en el artículo 219 del Código Civil, sin especificar en forma concreta en cual de los tres incisos se apoya y sin exponer la fundamentación correspondiente.*

*Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (Exp. Nº 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 139-141).*

*Las partidas de bautismos realizados con anterioridad al 14 de noviembre de 1936 conservan la eficacia que le otorgan las leyes anteriores.*

*Las partidas bautismales merecen fe respecto a los actos religiosos realizados, conservando la eficacia jurídica respectiva (Exp. Nº 57-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 73).*

*“... El actor no ha acreditado de modo alguno los fundamentos de su acción, resultando insuficiente para ello el mérito de las denuncias policiales (...), por constituir únicamente denuncias de parte del actor, sin posterior investigación y conclusión de parte de la autoridad policial...” (Exp. Nº 544-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 244-245).*

*“... No puede oponerse probanza alguna que pretenda enervar el hecho incontrovertible constituido por el derecho de propiedad inscrito en los Registros Públicos...” (Exp. Nº 22-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 430-431).*

*“... Cada tipo de partida del Registro Civil tiene por finalidad acreditar el estado a que corresponde y no todos los demás, por lo que una partida de defunción establece el fallecimiento de una persona, pero aunque contenga datos sobre otros estados no sirve para determinar, por ejemplo, la soltería de la persona de cuyo óbito se trata...” (Exp. Nº 2073-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 237).*

*“... La copia legalizada notarialmente del certificado de la partida matrimonial, tiene el mismo mérito probatorio que éste, por haberlo establecido así el artículo doscientos treinta y cinco, in fine del Código Procesal Civil, con carácter específico para trámites del proceso judicial” (Cas. Nº 1984-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 238-240).*

*“... Conforme al último párrafo del artículo doscientos treinta y cinco del Código Procesal (Civil), la copia del documento público tiene el mismo valor que el original si está certificada (...), de modo que bajo este aspecto la Ley no exige que necesariamente tenga que anexarse a la demanda (de ejecución de garantías) el documento original (que contiene la garantía)...” (Exp. Nº 2946-99-Huaura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justi-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**cia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 569-570).**

*Las partidas de inscripción prueban el hecho a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad, conforme lo prevé el artículo 73 CC (Exp. Nº 1853-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 15-17).*

*Las formalidades y limitaciones que condicionan una declaración testamentaria sirven para garantizar la expresión directa de la voluntad del testador y para proteger el derecho de las personas con vocación a suceder.*

*El instrumento público que no modifica la institución de herederos sino que adiciona una disposición de última voluntad, ampliando el testamento otorgado ante el mismo Notario Público, es inobjetable pues se encuentra debidamente motivada por el propio testador (Exp. Nº 766-89-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 241).*

*Es imprescindible observar las exigencias del artículo 696 del Código Civil para la solemnidad del testamento en escritura pública.*

*Contiene un defecto esencial el testamento que no menciona la presencia de los testigos en la introducción, sino en la parte final de dicho instrumento. Esta oportuna referencia es necesaria para conocer sus domicilios y demás calidades antes de la realización del acto.*

*Si además se aprecia que los números de serie del legajo de testamentos no guardan relación en su integridad con el testamento sino que además se ha omitido consignar la fecha en que se otorgó el mismo; no obstante no haberse probado la suplantación de la firma del testador, las observancias expresadas anulan el testamento materia de controversia (Exp. Nº 236-94-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 250-252).*

*Si en la partición de un inmueble, el derecho que asiste al demandante está representado por sus dos hijos menores de edad, mediante la escritura pública de partición, esta escritura prueba la existencia del acto y tiene mérito para los efectos de la partición troncal que se ha accionado, mientras no se declare su nulidad (Exp. Nº 391-94-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 253-255).*

*El contenido de la inscripción se presume cierto y produce sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.*

*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos (Exp. Nº 250/1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 241-242).*

*“... En el caso de los automotores cuyo derecho de propiedad debe inscribirse en la Dirección General de Circulación Vial, el dominio se acredita con el certificado o tarjeta de propiedad otorgada por la autoridad competente después de observadas las formalidades legales y el pago de los tributos que gravan dichas transferencias...” (Cas. Nº 1927-T-96-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 432-433).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La inscripción registral no sanea o perfecciona el título porque simple y llanamente no es un acto constitutivo de los negocios o contratos de la transferencia de la propiedad Inmueble, por tanto el hecho de que el recurrente ostente título inscrito no puede ser categóricamente excluyente del derecho de propiedad que haya sido invocado por la otra parte (Cas. Nº 856-96-Chimbote, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.28-A.30).*

*El testimonio de escritura pública surte todos sus efectos legales en tanto no sea declarada su nulidad o falsedad (Exp. Nº 104-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 244-245).*

*Si bien la inclusión del nombre del padre o de la madre que no ha reconocido al hijo extramatrimonial en su partida de nacimiento se tiene por no puesta, sin embargo debe entenderse que la exclusión del nombre del actor no importa la privación del apellido con que se le conoce al menor, pues el nombre es atributo de la personalidad del que no puede ser despojado sin causarle grave daño, ya que la institución civil del nombre pertenece al orden público y con el que se identifica a la persona en todos los actos públicos y privados (Exp. Nº 168-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 109-110).*

*Si la escritura pública no contiene la firma del Notario, los interesados pueden invocar la Ley 1510 y pedir al juez autorice al Notario que le ha sucedido en el oficio subsane la omisión. Dicha omisión no genera la nulidad de la escritura pública (Exp. Nº 1054-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 117).*

*Según el Código Civil de 1936 para que el padre reconozca al hijo natural se precisa que, en escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como hijo propio, aún cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente.*

*El acta de nacimiento importa escrito indubitado en el que el demandado exterioriza su voluntad de tener como hijo al habido en sus relaciones extramatrimoniales con la demandante (Exp. Nº 129-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 211-212)*

*La fotocopia simple de la sentencia por la que se instituye como heredera a la ahora demandada carece de toda validez jurídica puesto que no consta que se haya emitido dentro de un procedimiento regular, por lo que en modo alguno puede surtir efecto legal máxime si perjudica al interés expectante de los otros posibles herederos.*

*Si se argumenta que la sentencia original se ha desglosado del expediente debe verificarse el rehacimiento de la sentencia que en fotocopia obra siguiendo el procedimiento de la Resolución Administrativa 032-94-CEPJ (Exp. Nº 515-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 543-544).*

*El accionante que prueba su derecho con la copia literal de dominio de los registros públicos tiene mejor derecho de propiedad frente al contrato privado de transferencia que ofrece el demandado (Exp. Nº 779-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 303-304).*

## DOCUMENTO PRIVADO

### ARTÍCULO 236

*Es el que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	<i>art. 2 inc. 10 párr. 3.</i>
<b>C.P.C.</b>	<i>art. 245.</i>
<b>C.P. Const.</b>	<i>art. 37 inc. 6.</i>
<b>LEY 26887</b>	<i>arts. 46, 246.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA.

<b>C.P.C. Colombia</b>	<i>art. 268.</i>
<b>C.F.P.C. México</b>	<i>arts. 133, 134, 135, 136, 137.</i>

---

### Comentario

---

1. El presente artículo responde al resultado de la clasificación de documentos, en atención a los sujetos de quienes provienen, en públicos y privados. Conforme señala la redacción del artículo en comentario, por exclusión, son documentos privados aquellos que provienen de personas privadas, sean partes o terceros con relación al proceso en el cual se hacen valer y que no se encuadran bajo los supuestos de documento público. (ver artículo 235 del CPC).

Los documentos privados pueden presentarse cuando se trata de escritos firmados como la declaración jurada de renta y escritos no firmados como los libros de contabilidad o los tiquetes de pasajes aéreos o terrestre. El artículo 249 del CPC regula el procedimiento para el reconocimiento a este tipo de documentos.

Los documentos privados también pueden ser declarativos como un contrato, una letra de cambio, informaciones periodísticas, apreciaciones contenidas en las historias clínicas y representativos, como los mapas, cuadros, radiografías, fotografías y películas que no contengan reproducción de voz humana (si la contienen son privados pero declarativos y representativos a la vez). El artículo 252 regula el reconocimiento de estos últimos.

Hay documentos privados manuscritos o escritos en máquina o impresos. En este último caso, el reconocimiento se regula en el artículo 251 del CPC.

2. A diferencia de los documentos públicos que tienen valor por sí mismos hasta tanto no sean declarados nulos, los documentos privados no tienen valor *per se* hasta tanto no sean declarados auténticos, por el reconocimiento expreso

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

o tácito de la parte a quien perjudica. También existe la posibilidad de documentos privados que gozan de presunción de autenticidad, por lo cual no es menester su reconocimiento ni la intervención de un funcionario público, como es el caso de los títulos valores, cheques, letras, pagarés, bonos, etc.

La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público, sin embargo, debe tenerse presente el efecto que genera la fecha cierta – según el artículo 245 CPC– la presentación del documento privado ante el Notario Público, para que certifique la fecha o legalice las firmas.

En ese sentido, los instrumentos privados agregados por las partes a los expedientes judiciales no adquieren, por ese solo hecho, el carácter de documentos públicos, ni tampoco los convierte en auténticos la expedición de una copia certificada de estos por el actuario.

La declaración jurada de renta es un documento privado porque si bien se presenta ante un funcionario público, este no interviene en su elaboración ni los autoriza.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las certificaciones de las cartas notariales producen convicción sobre la recepción de las comunicaciones, toda vez que el notario es el profesional del Derecho que está autorizado a dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran (Exp. Nº 11-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 87).*

*Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (Exp. Nº 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 139-141).*

*“... Si bien es cierto que, no existe disposición legal que establezca la exigencia procesal de ofrecer como pruebas que acompañan a la demanda, documentos certificados y no simples fotocopias de los mismos; también lo es que, dada la naturaleza de lo pretendido, el Juez tiene la atribución legal de solicitar una mayor certeza respecto a los documentos que sustentan las pretensiones de los actores, sin que ello signifique una contravención al derecho a un debido proceso o a (sic) un sobre costo procesal...” (Cas. Nº 3341-99/Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 232-233).*

*Si una letra de cambio pierde su carácter de tal, esto es, deja de ser un título cambiario, se convierte en un simple documento común y ordinario.*

*La pérdida de los efectos cambiarios de un título no anula el acto jurídico que precedió y dio origen a lo que se quiso fuera un título valor, acto que persiste mientras no prescriba conforme a las normas civiles (Exp. Nº 1733-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 410-412).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Las cartas amorosas presentadas por las partes colitigantes que se dirigieron mutuamente, constituyen escritos indubitables, de la que se infiere inequívocamente la admisión de la paternidad por parte del emplazado (Exp. N° 1396-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 40-41).*

*El notario público es el profesional del Derecho encargado de dar fe de los actos que le constan en el ejercicio de sus funciones. Carece de facultad de coerción que le permita, ante la resistencia del interviniente, exigirle su identificación, por lo que la sola mención de las circunstancias del acto de entrega cumple con las formalidades que dan fe de la entrega del documento (Exp. N° 1794-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 588-589).*

*“... Los documentos presentados por la ejecutada al formular su contradicción carecen de virtualidad jurídica, en razón de consistir en simples copias fotostáticas sin la debida legalización o autenticación...” (Exp. N° 261-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 234).*

*El contrato de compra-venta queda perfeccionado con el simple consentimiento de las partes respecto a la cosa y al precio, aún antes de la entrega del inmueble y del pago del precio.*

*Constituye la prueba del consentimiento la minuta suscrita por los otorgantes (Exp. N° 1499-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 90-91).*

## DOCUMENTO Y ACTO

### ARTÍCULO 237

*Son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir este aunque el primero sea declarado nulo.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.	art. 233.
C.C.	art. 225.

---

### Comentario

---

1. El artículo regula la nulidad del documento que contiene el acto jurídico. “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo” señala el artículo 225 del CC.

Este precepto no es aplicable cuando el documento es exigido como forma esencial del acto, sino cuando ha sido utilizado como medio de prueba para testificar el acto.

Si se tratase de un acto *ad solemnitatem*, la nulidad del documento significaría la del acto pero si se trata de una formalidad *ad probationem*, el acto no podría ser exigible, salvo por otros medios se pudiera considerar como constatado.

Vidal Ramirez<sup>(1)</sup> al respecto señala “la nulidad del documento sin acarrear la nulidad del acto resulta de concebir el documento y el acto como entidades jurídicas independientes; pero cuando ambos están indisolublemente vinculados, la nulidad del documento arrastra la nulidad del acto. Esto último constituye la llamada nulidad refleja”.

2. Como señala la norma son distintos el documento y su contenido; en ese sentido apreciése el caso de la compra venta de un inmueble que ha operado por el mero consentimiento, pero que por un asunto de prueba, los intervinientes redactan los términos de su acuerdo y este es luego elevado a escritura pública, la misma que no es suscrita por el Notario Público. En este caso el documento es nulo porque carece de una formalidad esencial, cual es, la intervención del Notario en el acto que da fe, sin embargo, el acto jurídico celebrado por los contratantes es perfectamente válido; situación diversa es cuando el acto es nulo y a la vez

---

(1) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Teoría General del Acto Jurídico, Cuzco editores, Lima, 1985, p. 545.

el medio de prueba utilizado para demostrar la existencia del acto. Véase el caso de la compra venta celebrada por un incapaz absoluto, sin intervención de su representante legal.

Especial comentario se aprecia de la copia certificada de la partida de matrimonio en el que se aprecia que el Registrador no ha suscrito el acta de matrimonio o no aparecen identificados los testigos, frente a quienes los contrayentes hubieren manifestado la decisión de contraer matrimonio. Lo que se cuestionaría aquí no es el documento en sí sino el contenido del acto que refiere el documento, el que requiere de cierta formalidad para su existencia. Al respecto, frente a la pretensión de nulidad de matrimonio interpuesta, se ha señalado que "la evidencia de la falta de formalidad en el documento que contiene la celebración del matrimonio carece de consistencia, si está acreditado que ambos cónyuges demandaron la separación convencional, de la cual se desistieron. La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados"<sup>(2)</sup>.



## JURISPRUDENCIA

---

*La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta. La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su pre-existencia si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados (Exp. N° 1103-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 29-31).*

*La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública porque un acto nulo es jurídicamente inexistente, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido. La inscripción registral no es obstáculo para que judicialmente se discuta la validez del acto jurídico cuestionado, siendo actos completamente independientes el uno del otro (Exp. N° 4530-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 89-91)*

*No se puede confundir la nulidad de un acto jurídico con su inexistencia ni con su validez. Si bien la nulidad y la invalidez se hallan relacionadas en tanto implican la existencia de causas originarias y consustanciales con la formación del acto jurídico, su inexistencia implicaría considerar que dicho acto careció de tal etapa formularia, teoría que no es recogida en nuestro sistema jurídico (Exp. N° 1610-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 92-96).*

---

(2) Ver ejecutoria recaída en el exp: 830-97, de fecha 13 de setiembre de 1999, Sala de Familia publicada en Ledesma, op. cit. t.5, p. 106.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... El pronunciamiento judicial que ordena que un documento se haga constar en escritura pública, se pronuncia sobre su forma y no sobre su contenido” (Cas. Nº 2186-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 235-236).*

*No debe confundirse el acto jurídico con el documento que sirve para probarlo.*

*Quando la Ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente (Exp. Nº 295-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 22-23).*

*El contrato de compraventa no requiere de formalidad puesto que se perfecciona con el simple consentimiento.*

*No hay que confundir la existencia del contrato con el documento que sirva para probar su existencia (Exp. Nº 314-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 103-106).*

*No debe confundirse el acto jurídico con el documento que sirve para probarlo.*

*Quando la Ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente (Exp. Nº 295-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 22-23).*

*El Juez no puede exigir la presentación de la minuta de transferencia de particiones, bajo el argumento que constituye requisito esencial para demandar el otorgamiento de escritura. La compra-venta es un acto típicamente consensual, no solemne que no necesita estar documentado. Debe disgregarse el concepto "acto" del concepto "documento" (Exp. Nº 218-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 110-111).*

*No cabe confundir el acto con el documento que lo contiene, pues puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo (Exp. Nº 625-93-Ayacucho, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 114-115).*

*La demanda sobre nulidad de compraventa interpuesta por la cónyuge del vendedor, aduciendo que se trata de bienes sociales transferidos sin su consentimiento no puede ampararse, pues la demandante tuvo conocimiento y convino en la venta, inclusive recibió parte del precio, como lo demuestran los cheques que ella endosó o para cobrarlos.*

*La ausencia de la intervención de la actora en el documento en que consta el contrato no lo invalida por sí, pues la compraventa es un contrato consensual. No debe confundirse el contrato con el documento que sirve para probarlo (Exp. Nº 302-93-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 400-402).*

## PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA

### ARTÍCULO 238

*Cuando un escrito no produce en el Juez convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, siempre que reúna los siguientes requisitos:*

1. *Que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y,*
2. *Que el hecho alegado sea verosímil.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 194.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 396, 397, 398, 399, 400, 403.

---

### Comentario

---

1. El documento es importante por el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene, sea con el fin de dar nacimiento a una relación jurídica o de servir de prueba acerca de su existencia en un momento ulterior, por ello, se dice que es prueba segura, en caso tener que iniciar o afrontar un proceso, porque el documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad. El artículo en comentario regula –contrario sensu a lo señalado– el supuesto de la existencia de un documento escrito pero que no produce en el juez convicción por sí mismo y que por ello necesita ser complementado con otros medios de prueba.

2. Principio de prueba escrita es calificada como un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Según el artículo en comentario debe reunir dos requisitos: que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado y que el hecho alegado sea verosímil, sin embargo, Devis Echeandía<sup>(1)</sup> considera además que el escrito goce de autenticidad o esta se pruebe.

En relación al primer requisito, Devis Echeandía señala: “debe tenerse en cuenta que el documento pueda provenir de un apoderado o representante legal (de los

---

(1) Op. cit., p. 317.

padres mientras tienen la patria potestad) o contractual (como el gerente de una sociedad en litigio con esta) de la parte a quien se opone el escrito; o del causante en proceso contra el heredero<sup>(2)</sup>.

También señala que la confesión judicial incompleta hace las veces de principio de prueba por escrito, y de ahí que pueda complementarse con testimonios, cuando aquellos por sí solos no bastan. Cuando una parte está formada por varias personas, es suficiente la confesión incompleta o que emane de una de ellas, en razón que la verosimilitud que aquella da al hecho es indivisible. Es interesante el caso que cita Devis Echeandía cuando una persona escribe el dictado de otra, si se prueba con testigos esa circunstancia, debe ser admitido como principio de prueba escrita contra esta y no contra la primera. En los casos expuestos hay que tener en cuenta que la declaración expresa o la actuación procesal del apoderado solo puede tener valor de confesión, y de principio de prueba escrita, cuando estaba facultado para confesar o cuando lo hace en la demanda o en sus articulaciones.

En relación al segundo requisito, esto es, que el escrito haga verosímil o probable el hecho alegado, según Devis Echeandía, no puede exigirse que el escrito contenga el contrato, ni que convenza por sí solo, porque entonces existiría prueba documental y no un simple principio o comienzo de prueba escrita. Basta que se refiera al contrato o la mencione, o que sea una consecuencia de este o un antecedente, o que de otra manera lo haga suponer lógicamente porque entre ellos exista un nexo de causalidad. Los testimonios completarán la certeza. El principio de prueba puede consistir en un solo escrito o en la reunión de diversos escritos distintos, cuando uno solo de estos, no sea suficiente por sí mismo.

En cuanto a la autenticidad se argumenta que puede probarse con testigos, peritos o confesión judicial. Si el documento es manuscrito, no hace falta que esté firmado, siempre que se presuma o se pruebe su autenticidad.

3. La norma al consagrar que el escrito pueda ser complementado por otros medios probatorios, deja en libertad al juez para apreciar el valor probatorio de estos medios. Nótese que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, conforme lo señala el artículo 197 del CPC.

4. Por otro lado, en la doctrina se acepta la testimonial, en el caso de pérdida o destrucción del documento, aun cuando no exista una norma legal que la consagre. Sobre el particular, Devis Echeandía<sup>(3)</sup> considera que se trata de probar dos hechos no convencionales: la existencia previa del documento o principio de prueba

---

(2) Op. cit., p. 317.

(3) Op. cit., p. 321.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

escrita y su pérdida o destrucción; por lo tanto, conforme a los principios generales de la ciencia de la prueba, pueden demostrarse con testigos inclusive cuando estos estén excluidos por la ley para probar el acto documentado. Se trata de una imposibilidad material de aducir la prueba o la solemnidad que oportunamente se produjo y por eso se aplica también a los actos solemnes, por citar, la escritura pública se otorgó, pero fue destruida y no existen copias.

La parte interesada señala el citado autor debe probar los siguientes hechos: la preexistencia del documento cuya pérdida se alegue y su formalidad legal; las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la pérdida o extravío del documento; la involuntariedad de la pérdida debe presumirse; la imposibilidad de obtener otra copia, si se trata de escrituras públicas o documentos protocolizados, o que constan en archivos oficiales; y lo sustancial del contenido del documento. Se trata de una prueba inductiva e incompleta porque es difícil que los testigos recuerden todo el contenido del documento, ni den fe del mismo, a menos que tengan una copia informal o hayan intervenido en su elaboración e identifiquen la copia que se presenta al proceso. No hace falta probar la autenticidad del documento privado.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Si bien es cierto que, no existe disposición legal que establezca la exigencia procesal de ofrecer como pruebas que acompañan a la demanda, documentos certificados y no simples fotocopias de los mismos; también lo es que, dada la naturaleza de lo pretendido, el Juez tiene la atribución legal de solicitar una mayor certeza respecto a los documentos que sustentan las pretensiones de los actores, sin que ello signifique una contravención al derecho a un debido proceso o a (sic) un sobre costo procesal...” (Cas. Nº 3341-99-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 232-233).*

*“... Para establecer la prioridad de los documentos cuando concurren determinadas circunstancias, no siempre es suficiente que el negocio jurídico conste en instrumento público sino que requiere de otros factores para demostrar su existencia real y con él su preferencia...” (Cas. Nº 217-95-Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 241-242).*

*“... Son (las facturas) documentos ciertos respecto de los gastos efectuados por éste (demandante) (...), a los mismos que no se puede oponer con carácter probatorio las proformas presentadas por la parte demandada, ya que las primeras tienen la contundencia de la realidad que no puede ser enervada por un documento que contiene una cantidad probable y que puede ser objeto de variación...” (Exp. Nº 1525-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 243).*

*“... No habiéndose previsto en la ley la formalidad ‘ad solemnitatem’ (por la cual el documento se confunde con el contrato) para la celebración de la prenda, sino la formalidad ‘ad probatinem’ (sic) ya que el instrumento o documento que contiene la prenda es un medio destinado a establecer la existencia del contrato, pero no es condicionante de su realidad,*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de modo que sí se puede demostrar a través de otros medios que la prenda ha sido celebrada, esta probanza tiene validez y, en suma, la relación obligacional existirá” (Cas. N° 2021-97-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 438-442*).

“... La Unión de hecho necesita la posesión constante de estado, la cual debe probarse a través de cualquier medio admitido por la Ley Procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

(...) Ello significa que la prueba tiene que actuarse dentro en (sic) un proceso judicial, pero no necesariamente distinto a aquél en el que deba sustentarse el derecho, es decir que no siempre debe seguirse un trámite exclusivo para obtener la declaración judicial de existencia de la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, sino que en un proceso como éste (desalojo por ocupación precaria) puede probarse dicha existencia, utilizando principalmente prueba escrita” (Cas. N° 2279-98-Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 427-429*).

## INFORMES

### ARTÍCULO 239

*Se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos. Los informes se presumen auténticos. En los casos previstos por la ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos. Los informes tendrán la calidad de declaración jurada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	arts. 2 incs. 5 y 6, 200 inc. 3.
<b>C.P.C.</b>	arts. 233 a 235.
<b>C.P.</b>	art. 412.
<b>C.T.</b>	art. 85.
<b>LEY 26702</b>	arts. 138 inc. 3, 179.
<b>LEY 27809</b>	art. 10.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 213.
<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 178, 179, 180, 181.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 278.

---

## Comentario

---

1. El informe es un medio de prueba para aportar al proceso datos concretos acerca de hechos o actos que obran de la documentación o archivo del informante sea este parte o tercero. Los datos no deben provenir del conocimiento personal de aquellos sino como ya se ha señalado de los registros o archivos.

Como principio general se establece la obligación de toda entidad privada y pública de cooperar con la justicia por lo que existe el deber jurídico de informar y de remitir la documentación que se requiera, sin embargo, excepcionalmente la entidad podrá rehusarse en los casos en que la información pudiera importar la violación de un secreto o pudiera comprometer penalmente al informante.

La norma no señala el plazo dentro del cual las entidades deberán emitir sus informes, sin embargo, este podrá ser fijada por el juez al momento de ordenar su emisión. Cuando se hubiere vencido el plazo fijado para contestar el informe y el informante no lo hubiere remitido, se tendrá por prescindida de esa prueba a la parte que lo pidió si no solicitare al juez la reiteración del oficio. Por otro lado, si bien la emisión del informe configura un deber asimilable al testimonio, la norma no regula nada sobre la remuneración del informante en el caso que se trate de entidades privadas que no sean parte en el proceso, sin embargo, sería atendible que conjuntamente con la presentación del informe y si los trabajos que han debi-

do efectuar para su elaboración ha implicado gastos extraordinarios, podrían solicitar una compensación que sería fijada por el juez. Ese pedido debe ser comunicada a ambas partes, porque si bien la obligada al pago inmediato es la que ofreció la prueba, la otra tiene un interés potencial en el sentido que si es condenada al pago de las costas, deberá reembolsar el monto fijado para el informante

Como elemento subjetivo de la prueba de informes señalaremos a órgano judicial en su rol de destinatario, las partes como proponentes y el informante. En cuanto al elemento objetivo nos remitimos a los hechos concretos, individualizados y controvertidos en el proceso.

También concurre como elemento objetivo la posibilidad jurídica de la prueba. En ese sentido, no es admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por Ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos, por ejemplo, si el informe tuviese por objeto la incorporación de prueba documental que debió acompañarse con la demanda o contestación.

La prueba de informes debe versar sobre información de origen no personal pues, en caso contrario, el poseedor de dichos informes debería prestar declaración como testigo.

También es inadmisibles la prueba de informes si versa sobre cuestiones susceptibles de apreciación personal, por citar, el archivo de un médico con contiene sus anotaciones o puntos de vista del facultativo, no es asimilable a la documentación. Tampoco es admisible el informe que no indique la fuente de las conclusiones que enuncia

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al referirse a los informes dice: “en caso que se solicite informes a los funcionarios de la administración pública, estos están obligados a presentar su colaboración bajo responsabilidad, salvo que se afecten las labores a su cargo, a juicio de su superior jerárquico, en cuyo caso deben excusarse”.

2. Este medio de prueba no se confunde con la documental, pues no se trata de obtener la exhibición de documentos sino información extraída de estos que como tales preexisten al proceso. En rigor no configura una especie de prueba documental porque no se aporta directamente el documento, sea por la parte que intenta valerse de él o de una orden de exhibición; en cambio el informante no realiza tal actividad sino que se limita a transmitir al órgano judicial, el conocimiento que deparan los registros documentales que obran en su poder; lo que no le libera de exhibir tales registros en el supuesto que se impugne la falsedad de su informe (siempre y cuando pudieren ser llevados al juzgado) o por el mecanismo de inspección judicial, esto es concurriendo a la entidad donde se ubica el archivo o registro.

3. Tampoco implica una testimonial pues el informante no declara sobre hechos por el conocidos, sino que informa acerca de los que resultan de soportes materiales y objetivos de su archivo o documentación. El informante puede ser una persona jurídica en cambio el testigo debe ser necesariamente una persona física.

La prueba de informes cuenta con mayor eficacia probatoria que las testimoniales, ya que mientras el testigo declara sobre percepciones o deducciones de carácter personal, el informante debe atenerse a las constancias de la documentación que se encuentra en su poder.

A diferencia del informe pericial la prueba de informes no requiere la posesión de conocimientos técnicos especiales.

4. En cuanto a la impugnación por falsedad de los informes estos pueden fundarse en la falta de adecuación entre la respuesta emitida por el informante y las constancias documentales citadas por este último; sin embargo, si no se impugnó la legitimidad de dichas constancias en su oportunidad, el informe que lo da por existente tiene plena eficacia probatoria y hace innecesario el requerimiento de la exhibición de los asientos contables o de los documentos justificativos del informe. La ley no determina el plazo dentro del cual corresponde formular la impugnación, sin embargo nos atrevemos a atribuirle el plazo de tres días para dar consentido la resolución que pone a conocimiento de las partes el informe emitido.

Todo lo señalado nos lleva a decir que el informe, no constituye una prueba autónoma sino un medio de aportación de prueba documental, asimilable, en lo pertinente, a la exhibición de documentos en poder de terceros.

5. Los instrumentos registran hechos, y esos hechos se vuelcan en ellos y se perpetúan en el medio escrito o por el registro del soporte.

En el caso de los instrumentos públicos sucede un fenómeno particular. Algunos instrumentos que registran los hechos, son los originales: asientos de partidas del Registro Civil, escrituras públicas, actos administrativos, etc. Son instrumentos de primer grado. De ellos pueden emitirse constancias, también instrumentos públicos, pero estos no referencian el hecho en sí, sino por transposición. Así por ejemplo, si se solicita informe al Registro de Nacimientos de determinada Municipalidad para que señale la fecha de nacimiento de determinada persona, sin embargo, cuando se emite el informe se consigna una fecha diferente al Registro original, el cuestionamiento sería al informe y no al Registro en sí. Es importante señalar que cuando se atacan instrumentos de primer grado, la falsedad está dirigida al hecho que pretende acreditar el documento, al contenido de este; pero cuando se atacan instrumentos de segundo grado, como los informes, hay dos eventuales impugnaciones: primero la concordancia con el instrumento de primer grado y segundo, la concordancia con los hechos.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Generalmente, los instrumentos de segundo grado se otorgan mediante testimonios, certificados y constancias, emitidos por el funcionario originario o por otro respecto de las partidas del Registro Civil. Si bien no pierden su naturaleza, al ser representativos del documento de primer grado se encuentran, en la faz valorativa, en un doble campo: el documento mismo y su relación con el original.

6. Como ya hemos señalado, la ley no hace referencia a la posibilidad de la impugnación al resultado del informe, sin embargo, en atención al principio de contradicción que rige todo medio de prueba, ello es factible realizarlo luego de emitido este, invocando el artículo 302 del CPC. El cuestionamiento sobre la eficacia probatoria será apreciada en la sentencia. Lo fundamental es que la prueba de informes sea impugnada en el primer momento que sea agregada al proceso.

Adviértase que el citado artículo no le asigna ningún plazo, sin embargo, podemos imputarle el plazo de tres días, luego de notificado el conocimiento de esta, siempre y cuando se manifieste que el informe y la fuente no concuerdan, pero en cambio, si se pretendiese impugnar la legitimidad de los documentos o registros que sustentan el informe, corresponde proceder al cuestionamiento (según se trate de documento público o privado) por la falsedad que recoge el artículo 242 del CPC.

Nótese que diferente es impugnar el informe y el registro, pues, se tratan de dos actividades distintas. En el primer caso, la impugnación se funda en la falta de adecuación entre la respuesta emitida por el informante y las constancias documentales mencionadas como fuentes, de ahí, que lo que se ataca es el informe, el documento de segundo grado; pero si se ataca el registro, la impugnación debe fundarse en las reglas de la impugnación documental que recoge el artículo 242 del CPC. Especial situación es el caso del informe proveniente de archivos o registros privados; en ellos, la prueba en contrario no pudo ofrecerse en su momento, porque se trata de un hecho que se desconocía y que recién sale a la luz, como resultado de la averiguación de la prueba de informes.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si la juez ha solicitado información respecto a los balances y estados financieros que trimestralmente alcanza la cooperativa demandada a la Superintendencia de Banca y Seguros, es decir, sobre lo que dicha entidad tiene en su poder, ello no debe entenderse como la realización de nuevos balances, para cuyo efecto se ha ofrecido la pericia correspondiente.*

*Es nula la resolución que requiere las facilidades, pues, desnaturaliza la prueba ordenada (Exp. N° 726-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 228).*

## EXPEDIENTES

### ARTÍCULO 240

*Es improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite. En este caso la parte interesada puede presentar copias certificadas de este.*

*Si se ofrece como medio probatorio un expediente fenecido, debe acreditarse su existencia con documento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 139.  
D.S. 017-93-JUS art. 185 inc. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 128, 129, 130, 131, 132.

---

## Comentario

Se entiende por expedientes al conjunto de papeles, documentos y otras pruebas, que pertenecen a un asunto relacionado con el proceso judicial. Este contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con la que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Cuando el expediente se encuentra concluido, su remisión podría ser requerido como prueba documental. Conforme señala la última parte del artículo, “para que el expediente pueda ser ofrecido como prueba se debe acreditar su existencia, con documento” esto es, indicar el juzgado, número de expediente y secretario donde se ha tramitado, sin perjuicio de acompañarse copia de algún actuado del mismo que corrobore su existencia.

Los expedientes administrativos o judiciales en trámite no podrán ser ofrecidos, sin embargo, se puede incorporar al proceso las copias certificadas de los actuados en los procesos en trámite.

Cuando se refiera a expedientes concluidos, su remisión podría ser requerida como prueba documental, a diferencia de los expedientes, testimonios y actuaciones administrativas que podrían ser incorporados también a través de la prueba de informes que regula el artículo 239 del CPC, la cual autoriza a solicitar la copia de determinadas piezas administrativas que pudiesen existir en las oficinas públicas. La redacción de la primera parte del artículo así lo establece: “la parte interesada puede presentar copias certificadas de este”.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por último tenemos que precisar, en cuanto a la eficacia de la prueba producida en un expediente judicial tramitado entre las mismas partes, ella es eficaz en tanto ambas partes hayan tenido la oportunidad de ejercer su poder contralor con las garantías del debido proceso legal.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. N° 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203).*

*Si se persigue la declaración de ineficacia del acto jurídico de compraventa celebrado por los demandados para burlar el crédito que ha sido declarado mediante sentencia judicial; el juez debió tener en cuenta dicho proceso para verificar si el demandado tenía conocimiento del mismo y así determinar si la misma se efectuó con la situación de perjudicar a la demandante (Exp. N° 1495-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 412-413).*

*La fotocopia simple de la sentencia por la que se instituye como heredera a la ahora demandada carece de toda validez jurídica puesto que no consta que se haya emitido dentro de un procedimiento regular, por lo que en modo alguno puede surtir efecto legal máxime si perjudica al interés expectante de los otros posibles herederos.*

*Si se argumenta que la sentencia original se ha desglosado del expediente debe verificarse el rehacimiento de la sentencia que en fotocopia obra siguiendo el procedimiento de la Resolución Administrativa 032-94-CEPJ (Exp. N° 515-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 543-544).*

*“... El Colegiado absuelve el grado y confirma la apelada que declara infundada la demanda, sin embargo ninguno de los fundamentos que la sustentan hace referencia al expediente solicitado, no obstante que fue incorporado al caudal probatorio con el objeto de mejor resolver.*

*(...) Que, por consiguiente se ha infringido el principio de unidad del material probatorio, por el que se entiende que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios ofrecidos, sean de parte o de oficio, criterio jurídico previsto en el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, y que no ha sido tomado en cuenta por la recurrida” (Cas. N° 1671-98-Ayacucho, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 72-73).*

*“... El recurrente ofreció en su demanda el mérito del expediente (...), el mismo que fue admitido como medio probatorio en la audiencia de saneamiento y conciliación (...).*

*(...) Que, a pesar de lo anterior, dicho expediente no ha sido actuado, puesto que no fue solicitado y tampoco se prescindió de su actuación, consecuentemente, se ha contraveni-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

do el debido proceso al haberse expedido las sentencias inferiores con autos diminutos” (Cas. Nº 09-99-Ucayali, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 248-249*).

“... No solo se ha infringido el artículo ciento veintidós, inciso cuarto, del Código Procesal Civil, sino también que (sic) se han violado las garantías constitucionales del derecho a un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, si el fallo ha sido emitido sin tener a la vista ni haberse prescindido del expediente glosado (expediente fenecido ofrecido y admitido como prueba) (Cas. Nº 3092-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 250-252*).

“... Sí el Colegiado solicitó el expediente (...) ofrecido como prueba, únicamente para tenerlo a la vista, no constituye una irregularidad...” (Cas. Nº 485-99-Piura, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 253-254*).

Si el ofrecimiento de los actuados judiciales guardan relación con la materia controvertida, el juez debe admitir la remisión de los mismos. Es nula la sentencia que se emite con autos diminutos (Exp. Nº 32044-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 391-392*).

## DOCUMENTOS EN OTRO IDIOMA

### ARTÍCULO 241

*Los documentos en idioma distinto del castellano serán acompañados de su traducción oficial o de perito comprendido en el artículo 268, sin cuyo requisito no serán admitidos.*

*Si la traducción es impugnada, el impugnante debe indicar expresamente en qué consiste el presunto defecto de traducción. En tal caso el Juez debe designar otro traductor, cuyos honorarios los pagará el impugnante. Si la observación resultara maliciosa, se impondrá una multa. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 478 inc. 1, 491 inc. 1, 553.  
C.P. arts. 395, 398, 409.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 260.

---

## Comentario

La referencia a la intervención de intérpretes al proceso lo encontramos regulado en los supuestos de la declaración de parte y de testigos que no entiendan o no se expresen en castellano. (ver artículo 195) sin embargo, la intervención del intérprete puede ser extensiva a los documentos redactados en idioma distinto también al Castellano.

Por intérprete se puede entender a la persona versada en dos o mas idiomas y que sirve de intermediaria entre otras personas, quienes por hablar y conocer solo lenguas distintas, no pueden entenderse.

Aunque repita, en distinto lenguaje, lo que las partes o testigos manifiesten, no cabe considerarlo ni como representante de aquellas ni como testigo de oídas. La índole procesal del intérprete ha de asimilarse a la de los peritos, ya que actúa por razón de la necesidad de sus conocimientos y como elemento auxiliar de justicia. La redacción del presente artículo también así lo involucra, al hacerle extensiva su designación bajo los alcances del artículo 268 del Código.

---

(\*) Texto según artículo único de la Ley 26807 (14/06/97).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Cuando el interprete interviene en actos procesales presta juramento o promesa y firma en las actuaciones donde desempeña oficialmente su función. Esta función permite también hacerle extensiva la responsabilidad penal que pudiere derivar en caso que emita traducción o interpretación falsa. (ver artículo 409 del Código Penal).

El artículo en comentario no hace referencia si la traducción debe comprender la totalidad del documento o solo a una parte de este; sin embargo, sería saludable para una mejor percepción del contenido de este, que la traducción no se limite a una parte del mismo.

La dimensión formal de los actos procesales encierra a los modos de expresión de estos, de la que no se puede sustraer el idioma y el lenguaje. La Ley Orgánica del Poder Judicial al referirse a esta dimensión del acto señala que estos se efectúen en Castellano (ver artículo 15).

## INEFICACIA POR FALSEDAD DE DOCUMENTO

### ARTÍCULO 242

*Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria.*

*Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 240, 300, 301.  
C.P. art. 427 y ss

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 261, 289, 291.

---

### Comentario

---

1. Existen dos modos de cuestionar la falsedad a documentos públicos o privados: la pretensión autónoma y el incidente.

En el primer supuesto, la pretensión civil tiene el carácter declarativo y busca obtener el pronunciamiento jurisdiccional que destruya el valor probatorio del contenido del documento.

Con el incidente, el cuestionamiento se hace mediante la tacha y para que ella proceda debe darse los siguientes supuestos:

Debe existir un proceso principal, debe orientarse a destruir la eficacia de un documento agregado al proceso como medio probatorio, debe interponer la parte a quien se opone, dentro del plazo de ley.

La falta de impugnación –mediante tacha– precluye la posibilidad de interponerla con posterioridad, sin embargo, puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda. (ver artículo 302 del CPC).

2. Un documento es falso cuando no es conforme con la realidad. Esta falta de conformidad se presenta con la apariencia o con el contenido del documento.

Este documento puede ser apreciado desde el aspecto extrínseco, por el objeto material, y desde el aspecto intrínseco, por las afirmaciones que contiene.

Esto nos lleva a decir que existe dos tipos de falsedad: material e ideológica. Esta última se orienta a cuestionar el aspecto intrínseco del documento.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El artículo en comentario hace referencia a la falsedad material, esto es, al documento y no al contenido de este; pues, en dicho caso le corresponde su cuestionamiento a través de la pretensión autónoma.

La impugnación debe limitarse a la afirmación de la falsedad de los documentos presentados. Si se opta por el incidente o tacha, solo puede fundarse en la falsedad material del documento (público o privado) y no en su falsedad ideológica.

En el documento público, la tacha se funda en la falsedad material: no ha sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo, por haberse alterado en la copia por vía de supresiones, modificaciones o agregados uno o más de los enunciados que contenía; por citar, una partida de nacimiento, que consigna por error una fecha de nacimiento que no corresponde al del registro originario.

La pretensión autónoma se basa en la falsedad ideológica: inexactitud de los hechos que el funcionario público hubiere anunciado cumplidos por el mismo o que han pasado en su presencia; por citar la constatación policial, en la que el funcionario que suscribe certifica que se ha apersonado al inmueble y ha verificado in situ, que este se encuentra abandonado, situación que es falsa, tanto su apersonamiento como la información que refiere haber personalmente constatado.

En el documento privado, solo se funda en su adulteración material. No es admisible acreditar la falsedad ideológica de los hechos relatados por las partes en el documento privado; ya que en tales supuestos es suficiente la prueba en contrario.

3. La fuerza probatoria del documento público radica en: el documento en sí y en el contenido del documento.

En el primer caso, se parte de la presunción de autenticidad, por tanto, corresponde a la otra parte, si estimará la falsedad del documento alegar y acreditar esa circunstancia. En este caso la presunción desaparece, el juez está facultado de oficio a rechazar el documento al confrontar con el original, presentar vicio o materiales notorios (borrones, irregularidades, firma, borraduras no salvadas).

En el segundo caso, cuando se cuestiona la fuerza en su contenido, tenemos que apreciar que:

El documento público hace plena fe hasta que sea declarado falso por acción civil o penal, de la existencia material de los hechos que el funcionario público hubiere anunciado como cumplido por el mismo o que han pasado en su presencia, como fecha y lugar de otorgamiento, comparecencia de las partes, autenticidad de sus firmas, observancia de las formas. Esto es, hechos que el funcionario público ha debido comprobar. El no haber adquirido conocimiento personal compromete la fe en él depositada. Para desvirtuar la verdad solo es admisible su impugnación por falsedad en sede civil o penal.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En el caso del documento privado, este carece de valor hasta que se pruebe su autenticidad por medio del reconocimiento expreso o tácito de la parte o a quien se perjudique.

Ambos documentos, público y privado reconocido, pueden ser cuestionados de falsos, a través de una pretensión civil declarativa que tenga como fin obtener un pronunciamiento jurisdiccional que destruya el valor probatorio del documento; en cambio el cuestionamiento penal busca aplicar la pena a los autores de la falsedad, a la vez que este gravitará sobre el proceso civil en el cual se haya presentado el documento impugnado. En ese sentido léase lo regulado en la última parte del artículo “si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil”.

4. En conclusión, cuando el documento público o privado que se afirma, por venir de la otra parte o de su causante, es presentado con la demanda, si el demandado pretende negar su autenticidad –como documento– debe formular tacha de falsedad material, dentro del término para contestar aquella o dentro del plazo que señala el Código según la vía procedimental.

La circunstancia de proponer la tacha por falsedad material en la oportunidad exigida por la ley procesal es importante porque, en caso negativo, se tiene por reconocido el documento si era privado no auténtico o por indiscutida su autenticidad si era público o privado auténtico, sin que posteriormente pueda desconocerse, ni impugnar la autenticidad.

Si se trata de un documento público o privado auténtico o cuyas firmas gocen de presunción de autenticidad, formulada la tacha, la carga de la prueba de falsedad corresponde a quien alega esta; en cambio, si es un documento privado no auténtico, le corresponde la carga de probar su autenticidad a la parte que lo presentó para aducir a su favor efectos jurídicos sustanciales o simplemente probatorios.

En caso de prosperar la tacha, la sentencia declara la ineficacia probatoria de los documentos impugnados, sin perjuicio, de disponer la remisión de los antecedentes ante el juez penal a fin que se investigue acerca de la comisión y autoría de un posible delito, pero no suspende el proceso.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si la recurrente alega la utilización de documentación fraguados por parte de la demandante para la subdivisión y posterior venta de lotes de terreno y tiendas, ello es una argumentación dirigida a cuestionar la validez misma del contrato de compraventa y que debe hacerse valer en vía de acción (Cas. Nº 896-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.25-A.26).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La Sala no puede emitir válidamente sentencia si de autos obra que la recurrida se basa en prueba que se ha obtenido a través de la comisión de delito (Cas. Nº 602-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.30).*

*“... La tacha de un documento está referida a la falsedad de éste como tal, mas no al contenido del mismo, por no ser aquélla la vía para atacar su contenido...” (Exp. Nº 556-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 352-353).*

*A que no obstante que no es necesario el reconocimiento de un documento privado, si no hay tacha del mismo, se hace necesaria su actuación a fin de que el juez emita resolución con mayores elementos de juicio (Exp. Nº 1135-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 155-157).*

*Si la partida de nacimiento tiene las formalidades legales así como el acto jurídico que contiene, no puede declararse su nulidad.*

*Se evidencia comisión de delito al asentar en los registros civiles al menor adulterando la fecha de su nacimiento y sus verdaderos nombres (Exp. Nº 4800-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 26-28).*

## INEFICACIA POR NULIDAD DE DOCUMENTO

### ARTÍCULO 243

*Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 300, 301.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 inc. 4.

---

### Comentario

---

1. La impugnación de la eficacia probatoria de los documentos, se dan en el aspecto formal de estos, mas no en su contenido; ello, porque documento y su contenido son distintos. Como dice el artículo 237 del CPC, puede subsistir este aunque el primero sea declarado nulo; en igual sentido, véase lo regulado en el artículo 225 Código Civil.

A diferencia del artículo anterior, que regula la tacha al documento, ante la falsedad como documento, el presente artículo recoge la tacha al documento, pero sustentada en la ausencia de una formalidad esencial, que la Ley prescribe bajo sanción de nulidad. Aquí lo que se cuestiona, es la forma del documento, más no la falsedad de este.

2. El documento público para su validez debe otorgarse con las formalidades prescritas por la ley bajo pena de nulidad. Es nulo si el funcionario público ha perdido su capacidad, si actúa sin competencia o si no se han llenado las formas legales exigidas, de manera que la inobservancia del requisito surja del mismo instrumento. En estos casos, se debe buscar la declaración de la ineficacia del documento, no del acto. Véase por citar, el caso de la copia de una partida de nacimiento otorgada por un funcionario público, que al momento de suscribir el documento había sido cesado. Nótese que lo que se cuestiona aquí no es la falsedad del documento en sí, sino la formalidad de este, como es, haber sido suscrito por un funcionario no competente para ello. Sobre esta particular impugnación, Devis Echeandía<sup>(1)</sup> señala: “no son pruebas, ni siquiera de indicios, la

---

(1) DEVIS, Echeandia. Op. cit., p. 464.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

falsedad de una escritura pública, tomada aisladamente, las circunstancias que el Notario haya firmado con retraso y no inmediatamente después de firmar las partes, ni que se haya utilizado tintas distintas al manuscibirla, ni los servicios de varios amanuenses, ni distintas máquinas de escribir; sin embargo, consideramos que si existen copias de la escritura con diferente contenido que el de la matriz y esta presenta las peculiaridades mencionadas en el párrafo anterior (distintas caligrafías o tintas o tipos de máquinas de escribir) si se tendrán indicios graves de la posible adulteración de aquélla”.

3. En relación al cuestionamiento a la formalidad esencial del documento, véase el caso de la separación convencional, en la que los cónyuges para demostrar la existencia del vínculo conyugal y el plazo legal transcurrido para exigir su separación, acompañaron la partida de matrimonio, la misma que no se hallaba suscrita por el Alcalde o funcionario municipal correspondiente. El Ministerio Público, que asumía el rol de parte emplazada en dicho proceso, cuestionó la eficacia probatoria de la partida de matrimonio, por la omisión del funcionario municipal<sup>(2)</sup>. Nótese que ese cuestionamiento se orienta no al aspecto formal de la partida de matrimonio en sí misma, sino al acto jurídico que la contiene y que evidencia la carencia de un elemento formal del acto jurídico en sí, esto es, el cuestionamiento va al contenido del documento. Los cónyuges actores se desistieron del proceso de separación convencional, para luego, uno de ellos, demandar la nulidad del acto jurídico contenido en el citado documento (partida de matrimonio). Dicha pretensión se desestimó bajo el argumento que “ante la duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados” (ver artículo 273 Código Civil) situación que se había demostrado con lo actuado en el proceso de separación convencional y la propuesta de convenio redactada para dicho fin.



## JURISPRUDENCIA

---

*La sala Civil de la Corte Suprema tiene resuelto en forma reiterada que la tacha de documentos debe estar referida á los defectos formales de los instrumentos presentados, y no o la nulidad o falsedad de los actos mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en vía de acción (Cas. Nº 1357-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 265, Junio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.5-A.7).*

*Si la escritura pública no contiene la firma del Notario, los interesados pueden invocar la Ley 1510 y pedir al juez autorice al Notario que le ha sucedido en el oficio subsane la omisión. Dicha omisión no genera la nulidad de la escritura pública (Exp. Nº 1054-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 117).*

(2) Los antecedentes del caso aparecen descritos en la ejecutoria recaída en el expediente Nº 830-97- Sala de Familia, de fecha 13 de setiembre de 1999, publicada en Ledesma. T.5, op. cit. p. 106.

## FALSEDAD O INEXISTENCIA DE LA MATRIZ

### ARTÍCULO 244

*La copia de un documento público declarado o comprobadamente falso o inexistente, no tiene eficacia probatoria. La misma regla se aplica a las copias certificadas de expedientes falsos o inexistentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 139, 240, 242.  
C.P. art. 427 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 162.  
C.P.C.N.. Argentina art. 395.

---

### Comentario

---

La falsedad material afecta al documento público a través de adulteraciones, supresiones o modificaciones en su texto. La falsedad intelectual concierne a la realidad de los hechos o actos que el funcionario público declara acontecidos en su presencia, en tanto que la falsedad ideológica se refiere a las circunstancias que se invocan o producen frente al funcionario público cuya autenticidad este no puede avalar.

Señala el artículo 235 del CP, el documento público que se presenta en copia merece la misma fe que el original. Puede impugnar la contraria su autenticidad para confrontarlo o cotejarlo la copia con el original. Este cotejo no solo opera para las escrituras públicas sino para la copia de cualquier documento público, sin embargo, puede darse el caso que el documento público carezca de protocolo o matriz, aquí no cabe confrontar sino practicar una pericia para verificar su autenticidad.

Si como consecuencia de esa pericia se logra acreditar que la copia del documento público es falsa o inexistente entonces no se asigna ninguna eficacia probatoria. Este mismo efecto es extensivo a las copias certificadas de expedientes falsos.

Debe procurarse cotejar la escritura o firma objeto de la prueba, con otras, que gocen de autenticidad de esa persona y que correspondan a la misma época, por ejemplo al mismo año, porque son frecuentes ciertos cambios de detalle; pero los

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

rasgos fundamentales son más estables, salvo impedimentos físicos por enfermedad o accidentes que puedan alterarlos.

Como toda peritación judicial, la grafológica tiene mayor o menor eficacia probatoria, de acuerdo con los conocimientos técnicos y demás condiciones subjetivas de los peritos (honorabilidad, reputación, antecedentes) y con las intrínsecas del dictamen (fundamentación, claridad y seguridad en las conclusiones, relación lógica entre aquéllas y estas, etc.).

Por último, los instrumentos privados agregados por las partes a los expedientes judiciales no adquieren por ese solo hecho el carácter de documentos públicos, ni tampoco los convierte en auténticos la expedición de un testimonio de esa pieza por el actuario.

## FECHA CIERTA

### ARTÍCULO 245

*Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:*

- 1. La muerte del otorgante;*
- 2. La presentación del documento ante funcionario público;*
- 3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;*
- 4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y,*
- 5. Otros casos análogos.*

*Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 191 párr. 2, 236.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 280.

---

## Comentario

1. Documento privado es el que otorgan las partes sin necesidad de autorización de un funcionario público. A este tipo de documento se le denomina “autógrafo” porque es obra de las partes en su privada relación y no como acontece con el documento público, denominado “heterógrafo” porque recoge la actividad de un funcionario público.

La parte que presenta un documento privado tiene la carga de probar su autenticidad porque asume la hipótesis de su desconocimiento por la parte a quien se los opone. No se atribuye ninguna presunción de autenticidad, ni en cuanto a su apariencia externa, ni en cuanto a la veracidad de su contenido. En cambio, un documento privado al quedar judicialmente reconocido tiene el mismo valor que un instrumento público, para quien o quienes lo suscribieron y también para sus sucesores.

2. Los documentos privados extienden su valor probatorio a terceros a partir del momento que adquieren fecha cierta, pues, con anterioridad no son oponibles a ellos. Lo que se extienden a terceros es la existencia de la fecha cierta, pero no su contenido y efectos.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para que el documento privado tenga fuerza probatoria es necesario contar con la fecha cierta. El artículo 245 del CPC regula diversos supuestos sobre la fecha cierta en el documento privado.

Bajo el supuesto del inciso 1, nos lleva a asumir que el documento privado produce eficacia jurídica, en lo relacionado a la fecha cierta desde la muerte del otorgante, pues, con ella cesa la capacidad civil. El inciso 2 exige la presentación del documento ante funcionario público, por citar, los escritos que presentan las partes al proceso, son documentos privados, pero al ser presentados y recepcionados por el juzgado, adquieren fecha cierta. Ella les da el cargo de recepción, que consiste en la constancia de la oficina del día de su presentación. Este escrito debe sellarse, al interesado la copia que queda en su poder, como prueba de su presentación y de la fecha.

En el caso del inciso 3 contempla la presentación del documento ante Notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas. La legalización no afecta la esencia del documento o acto que consta en éste, sino que confiere calidad incontestable a la firma de quien lo suscribe, o sea, auténtica la forma. La legalización es la declaración escrita, mediante la cual el Notario certifica la autenticidad de la firma aplicada al pie de un documento, y en casos especiales, la calidad personal del firmante, su identidad y otros datos, para que el documento haga fe plena donde se presente. Bajo ese contexto, véase la denuncia penal N° 211-2004-Lima<sup>(1)</sup>, que al amparo de la pericia grafotécnica N° 3067/04, colige que la funcionaria del Banco X, a efectos de hacer valer el documento denominado “transacción extrajudicial” ante el órgano jurisdiccional, presuntamente falsificó la firma de la agraviada, contando para ello con la complicidad del Notario Público, toda vez que ante dicho Notario se legalizaron las firmas de la agraviada. Por su parte, el Notario aduce que para la legalización de firmas no es necesaria la presencia de la recurrente (fe de conocimiento), menos tratándose de documentos que provienen de una entidad bancaria firmado por sus representantes legales, por cuanto existe vínculo contractual entre la entidad y el Notario; y que no tiene porque dudar de la fiabilidad del firmante. La funcionaria refiere que no concurrió a la Notaria Pública, por el acuerdo que existe entre la Notaria con el Banco; inclusive cuando se trata de instrumentos públicos protocolares, como las Escrituras Públicas, la firma suelen tomar en la Oficina del Banco. Frente a los hechos descritos, el Fiscal sostiene que el Notario está en la obligación de dar fe de conocimiento e identidad en forma personal y no a través de terceros, como presuntamente ha sido en el presente caso, por lo que debió de modo certero, contar con la presencia de las personas que firmaron dicho documento en su Despacho No-

(1) Véase la denuncia penal N° 211-2004, interpuesta por la 16 Fiscalía Provincial de Lima, contra Fernando Medina Raggio por delito contra la Administración Pública (incumplimiento de actos funcionales) en agravio del Estado.

tarial o ante su presencia y asimismo dar fe de su identidad, omitiendo por ello un acto funcional que acarrea responsabilidad penal conforme al artículo 145 de la Ley Notariado vigente, en razón de las características del documento a legalizar, hechos que deberán ser materia de exhaustiva investigación judicial”.

3. Los documentos privados de fecha cierta, adquieren una real dimensión cuando son contrastados en los procesos de tercería excluyente de propiedad.

Esta pretensión opera cuando se vulnera uno de los atributos de la propiedad, como consecuencia de la medida cautelar dictada sobre un bien de propiedad de un tercero ajeno a la relación procesal. Para la admisión a trámite de la tercería es fundamental que el demandante pruebe su derecho con documento público o privado de fecha cierta, señala el artículo 535 del CPC. Véase el caso de la compra venta de un bien inmueble materializada mediante minuta de compra venta con anterioridad al embargo. Dicha minuta, al reunir el supuesto del inciso 3 del artículo 245 del CPC, es un documento de fecha cierta, anterior a la medida de embargo, y por tal, prevalece aunque la inscripción en Registros Públicos, se haya efectuado con posterioridad a la inscripción del embargo. En tal sentido léase el siguiente caso<sup>(2)</sup>: “la propiedad del precitado bien se ha acreditado con el anticipo de legítima del 21 de setiembre de 1994 elevado a escritura pública el 3 de octubre del referido año y que fue inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima el 2 de febrero de 1996, sin embargo la medida cautelar fue inscrita el 12 de diciembre de 1995 (...) que en consecuencia debe dirimirse la controversia frente a dos derechos de distinta naturaleza, uno de índole personal (crediticio) y el otro un derecho real (de propiedad), dentro de ese orden de ideas prevalece el derecho de propiedad materializado en el anticipo de legítima por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar”.

4. Especial comentario merece la facultad notarial de los jueces de paz, para lo cual resulta interesante apreciar la Casación N° 1382-Huaura, mediante la cual, la Sala Suprema desestima una tercería excluyente de propiedad, señalando que el contrato de compraventa presentado por el recurrente no tiene fecha cierta, no obstante que las firmas de los intervinientes fueron legalizadas por un juez de paz. La Sala Suprema considera que un juez de paz no se encuentra facultado para ejercer funciones notariales, de modo que está imposibilitado de legalizar las firmas de quienes suscribieron un contrato.

Frente a dicha aseveración, hay que recordar que el artículo 68 de la LOPJ señala que los jueces de paz si tienen las mismas funciones notariales que los jueces de paz letrados, pero dentro del ámbito de su competencia. Podemos ade-

---

(2) Caso citado en LEDESMA, Marianella. Jurisprudencia Actual. Gaceta Jurídica. Lima. T.5, p. 477.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

más agregar que los juzgados de paz, cuya sede se encuentre a más de 10 kilómetros de distancia del lugar de residencia de un Notario Público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del Notario por más de 15 días continuos, tienen además respecto de las personas bienes y asuntos de su competencia, funciones notariales descritas en el artículo 58 de la LOPJ. Diremos entonces que mientras no concurren los supuestos señalados la facultad notarial del juez de paz no se activará. El ejercicio de ella está suspendida a la realización de la condición: el territorio y la ausencia. Se debe esperar su verificación para que la actividad notarial produzca sus efectos.

Para nuestro ordenamiento jurídico, en un mismo espacio no subsisten dos alternativas para el ejercicio de la actividad notarial. Una excluye a la otra. No pueden concurrir ambas a la vez, sino, que la facultad notarial del juez está condicionada en su ejercicio al presupuesto del territorio y la ausencia de notario en dicho espacio; sin embargo, la condición suspensiva para la eficacia de la actividad notarial presenta un vacío cuando la ausencia del notario no supere los 15 días continuos, a que refiere el artículo 58 de la LOPJ.

Otro aspecto a destacar en el juez de paz es que éste ejerce una función jurisdiccional dentro de los límites de su competencia. Si un juez ejerce dicha función sin haber sido nombrado en la forma prevista por Ley, nos encontramos ante un juez sin jurisdicción y por tanto sus actos son ineficaces; situación diferente a la actividad realizada por un juez incompetente. Este tiene jurisdicción pero no competencia para intervenir en determinadas materias.

La actividad jurisdiccional frente a jueces incompetentes no siempre es fatal, pues, hay situaciones como la que regula el inciso 2 artículo 1996 del CC, que produce la interrupción de la prescripción con la citación con la demanda, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.

Bajo dicha premisa diremos que todo juez de paz tiene jurisdicción administrativa para la actividad notarial, pero que el ejercicio de éste se encuentra suspendido por factores de territorio y ausencia. En tanto dichos presupuestos no operen, su competencia estará suspendida.



## JURISPRUDENCIA

---

*No producen eficacia jurídica los recibos que no contienen fecha cierta (Exp. N° 353-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 242-243)*

*El documento que no puede ser considerado como de fecha cierta, no tiene eficacia jurídica como tal, conforme lo dispone el artículo 245 de 1 CPC (Exp. N° 350-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 243-244).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, por tanto, corresponde probar con documentos de fecha cierta haber comunicado su deseo al comprador.*

*No tienen la calidad de documentos de fechas ciertas, si la fe notarial colocada al reverso de la primera, aparece que no fue entregada por ser inexistente la dirección a donde se remitía, y en la segunda es insuficiente la anotación efectuada en la misma, de que se entregó (Exp. N° 3474-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 104).*

## RECONOCIMIENTO

### ARTÍCULO 246

*El documento privado reconocido tiene para las partes y en relación a tercero, si este es el otorgante, el valor que el Juez le asigne.*

*No es necesario el reconocimiento, si no hay tacha.*

*Si compareciendo la parte se niega a reconocer, el documento será apreciado por el Juez al momento de resolver, atendiendo a la conducta del obligado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. IV, 236, 242, 248, 282, 292, 296 inc. 1, 442 inc. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamerica** arts. 160, 163.  
**C.P.C. Colombia** art. 272.

---

### Comentario

Documentos privados son aquellos que provienen de personas privadas (sean partes o terceros, con relación al proceso) y que no encuadran dentro del concepto de documento público. A diferencia de estos (que tienen valor por sí mismos hasta tanto no sean declarados nulos) los documentos privados no tienen valor *per se* hasta tanto no sean declarados auténticos, por el reconocimiento expreso o tácito de la parte a quien perjudican; esto implica, que la parte que lo presenta tiene la carga de demostrar su autenticidad.

Por otro lado, toda persona contra quien se presenta en un proceso judicial un documento privado, que se le atribuye, tiene la carga procesal de declarar si es o no suya la firma (ver artículo 249 del CPC). Dicha carga se cumple, confiriéndole traslado del ofrecimiento del documento que se agrega al expediente. El silencio o respuesta evasiva configura un reconocimiento tácito del documento, por ello, el artículo en comentario acertadamente señala: “no es necesario el reconocimiento, si no hay tacha”.

Otra posibilidad que regula el artículo en comentario, es que el otorgante comparezca pero se niegue a reconocer el documento. Nótese que se trata de un supuesto distinto al que regula el artículo 247 del CPC, donde el obligado comparece y expresa desconocer el documento o su contenido. Frente al primer supuesto, de negarse a reconocer el documento, señala la norma, que el documento será apreciado por el juez al momento de resolver, aplicando los sucedáneos,

como el que regula el artículo 282 del CPC que dice: “El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción”.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el documento privado reconocido judicialmente por la parte contra quien se opone o declarado judicialmente reconocido, tiene el mismo valor que el documento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores. El documento público no difiere en su esencia del privado, sino solamente en el valor que la Ley le asigna y para asignarle dicho valor requiere la presencia de un funcionario público que garantiza ante la sociedad la actuación que él certifica; de ahí que podemos afirmar que en el documento privado se presume cierto el contenido del documento firmado en blanco o con espacios sin llenar, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad.

2. Los documentos privados constitutivos se hallan sujetos al requisito general de validez de la firma de quienes los otorgaron, la cual no puede ser en líneas generales reemplazada por signos o por las iniciales de los nombres y apellidos de aquellos, ni por su impresión digital.

Por otro lado, cuando el documento se hubiese hecho en varios ejemplares, no es necesario que las firmas de todas las partes se encuentren en cada uno de los originales, pues basta que cada uno de estos, que esté en poder de una de las partes, lleve la firma de la otra.

Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación no serán admitidas para su reconocimiento porque es un medio de comunicación escrita entre personas que no se hallan en presencia una de otra.

En lo referente a los documentos que no pueden ser transportados al local del juzgado, como sería el caso de un mural, bastará se individualice e indique el lugar donde se encuentra para que proceda el reconocimiento judicial o el pericial.

3. Es importante precisar que el curador procesal no tiene la carga de tachar un documento privado de falso, pues, ignora si proviene o no de su representado. Su silencio no puede producir el reconocimiento tácito.

Se debe tener en cuenta que el reconocimiento de un documento privado se debe oponer a quién aparece suscribiendo dicho documento, sea parte o tercero. Si es parte, tiene la carga de la tacha; si es un tercero tiene el deber de pronunciarse en relación a su autenticidad; lo que no implica que como documento en sí, no como contenido, pueda ser perfectamente tachado por la parte a pesar de no haber sido suscrito por esta sino por un tercero. Véase el caso en un proceso sobre desalojo por ocupante precario, en el que el demandado para demostrar su condición de inquilino, incorpora un contrato de arrendamiento suscrito por este

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

con el anterior propietario del inmueble. Como es un documento privado, el demandado pide el reconocimiento del tercero, anterior propietario, en su forma y contenido, esto es, como documento y como contenido de este. Dicha prueba documental, en ejercicio del contradictorio, perfectamente puede ser tachada por el demandante como documento, para destruir la eficacia probatoria, como tal, cuando advierte –por citar– que el documento de identidad que se consigna en el documento no es el correcto o el número de dígitos que refiere el RUC (registro unificado del contribuyente) no corresponde al que usaba a la fecha de la celebración del documento. Nótese que el cuestionamiento va al documento no al contenido de este. La autenticidad del acto que contiene el documento, puede ser apreciado solamente por quien aparece celebrándolo.



## JURISPRUDENCIA

---

*A que no obstante que no es necesario el reconocimiento de un documento privado, si no hay tacha del mismo, se hace necesaria su actuación a fin de que el juez emita resolución con mayores elementos de juicio (Exp. Nº 1135-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 155-157).*

## DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTO

### ARTÍCULO 247

*Si el obligado desconoce el documento o su contenido, se puede proceder a establecer su autenticidad a través del cotejo. Acreditada la autenticidad del documento, el Juez apreciará la conducta del falsario al momento de resolver, sin perjuicio de aplicarle una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 256, 257, 258, 282.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 214

C.P.C. Colombia art.275

---

### Comentario

La parte que presenta un documento privado tiene la carga de probar su autenticidad porque asume la hipótesis de su desconocimiento por la parte a quien se los opone. No se atribuye ninguna presunción de autenticidad, ni en cuanto a su apariencia externa, ni en cuanto a la veracidad de su contenido. Kielmanovich señala que “el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido, sin embargo, la presunción legal de autenticidad del texto del instrumento privado, surgida del reconocimiento de la firma, es *iuris tantum*, ya que el firmante puede manifestar que niega el contenido teniendo a su cargo la prueba de la impugnación”.

Cuando la parte contra quien se opone un documento privado para reconocerla, manifiesta que no lo acepta, está negando de hecho la autenticidad y por lo tanto se le impone la carga de demostrar su veracidad a través del cotejo.

Este es un acto por el cual se procede a través de peritos a comparar la firma de un documento impugnado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona. Por la naturaleza de esta actividad, se recurre a peritos calígrafos o grafológicos. No es indispensable ofrecer la pericia para el supuesto de desconocimiento de un documento en el momento de ofrecer la prueba. Puede hacerse al negar el requerido la autenticidad de la firma que se le atribuye o desconocer la atribuida a un tercero. La parte no tiene la carga de cubrir con las eventualidades derivadas del ofrecimiento pro-

batorio, ni la mala fe de su contraria, solo debe concretarse a ofrecer el reconocimiento en cuestión.

La autenticidad del documento se verifica a través de la prueba grafológica que consiste en el dictamen técnico comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona. El artículo 257 del CPC señala los documentos atribuidos al otorgante que servirán para el cotejo, según el orden de prelación que detalla la citada norma. Si bien la prueba pericial de cotejo es la ideal, no pueden excluirse otros medios de prueba como los testigos (que señalen si vieron firmar el documento). En tal sentido, la última parte del artículo 257 pone énfasis cuando no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento y este sea parte en el proceso o un tercero, a quien puede citarse, el juez ordenará que en su presencia escriba y firma un dictado; y si el documento es manuscrito, es mejor que este corresponda a parte de su texto.

En el caso del documento público, cuya apariencia es regular, tiene a su favor una presunción de autenticidad. Corresponde a quien niega su autenticidad probar la falsedad del acto. Opera aquí la transferencia de la carga de la prueba, a quien niega esa autenticidad. En el documento privado, la carga de probar su autenticidad se mantiene en quien ofrece dicho medio de prueba.

Por otro lado, la norma señala “acreditada la autenticidad del documento, el Juez apreciará la conducta del falsario al momento de resolver” para lo cual recurrirá a los sucedáneos para que a partir de la conducta procesal de las partes, el juez pueda extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, como señala el artículo 282 del CPC. La norma faculta al juez aplicar una sanción pecuniaria en caso que se demuestre la autenticidad del documento.

La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

## **JURISDICCIÓN Y ACCIÓN**

---

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez .

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

## FIRMA A RUEGO Y RECONOCIMIENTO

### ARTÍCULO 248

*Si el documento está firmado por un tercero a ruego del otorgante, se practicará el reconocimiento por ambos; debiendo el otorgante manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto, y si nota alteraciones, las señalará.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 246.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 273.

C.P.C.N. Argentina art. 119.

---

### Comentario

1. La primera idea a desarrollar en este comentario es definir que se entiende por firma. Según Devid Echeandia, “es la signatura autógrafa del documento, es decir, el escribir una persona su nombre, sea o no inteligente, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él, o para dar fe de su otorgamiento como testigo actuario, o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público”. Como se aprecia de la definición citada, el autor pone énfasis en atribuir la necesaria existencia de un autor jurídico, para distinguir de quien elabora o escribe un documento (autor material) por encargo de otra persona, en cuyo caso esta tiene aquella calidad.

2. La norma regula el caso de la firma que pone un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente o ser analfabeto. Cuando el documento fue firmado por otra persona a ruego, la prueba de su autenticidad debe incluir, la del ruego o mandato y la de su firma del rogado. En ese sentido la norma señala que “el reconocimiento se practicará por ambos”.

Ahora bien, ese reconocimiento debe orientarse a indagar del otorgante si la persona que firmó es la misma a quien rogó para tal fin. En ese sentido, no podemos calificar de firma a ruego la impresión digital, pues ella, no resulta apta como expresión de la voluntad y no supe la falta de firma, pese a que pueda haber sido estampada en presencia de testigos. En relación a la huella digital, Salvat y Lopez Olaciregui<sup>(1)</sup> expresan “admitida la libertad de dibujo y perfilado en la composición de la firma, debe señalarse que el grafismo estampado con ese carácter es firma.

(1) Citado por FALCÓN, Enrique. Op. cit. T.1, p. 841.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Hay libertad de composición. No hay en cambio, libertad de sustitución, es decir de reemplazar un grafismo por otra forma de expresión, de la conformidad: la impresión digital no es un grafismo sino otra forma de volcarse, el sujeto sobre el documento, no vale tanto como la firma”.

Los instrumentos privados constitutivos se hallan sujetos al requisito general de validez de la firma de quienes los otorgaron (sin perjuicio de su eficacia probatoria residual) la cual no puede ser en líneas generales reemplazada por signos o por las iniciales de los nombres y apellidos de aquellos ni por su impresión digital.

3. Cuando el otorgante señale que aprecia alteraciones en la firma a ruego es preciso someterla a una pericia grafológica que consiste en el dictamen técnico-comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona. Este dictamen técnico se utiliza como prueba de adulteración del documento por raspaduras, supresiones, enmendaduras, etc.

Cuando no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento y este sea parte en el proceso o un tercero a quien puede citarse: el juez ordena que en su presencia escriba y firme un dictado.

La norma señala que en la práctica del reconocimiento, “el otorgante debe manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto, y si nota alteraciones, las señalará. En ese sentido, aparece la Ejecutoria Suprema del 7 de octubre de 1975, recaída en el Exp: 967/75, que señala: “los escritos firmados a ruego deben expresar esa circunstancia, así como el impedimento para firmar y ser presentados por el interesado. En caso de no poderlo hacer, el secretario de juzgado, dejará constancia de este hecho, previa la comprobación respectiva”.

En relación a la firma de documentos, apreciése el caso que recoge el artículo 7 de la Ley N° 16587. Se dispone que las acciones provenientes de un título valor no pueden ser ejercidas contra quien no haya firmado dicho documento por sí o mediante mandatario; en ese sentido, resulta interesante el contenido de la casación N° 2928-00-Lima, de fecha 9 de febrero de 2001<sup>(2)</sup> que dice: “respecto a la firma en los títulos valores, la doctrina considera que las iniciales, una cruz, la impresión digital por no saber firmarla y ni siquiera la firma a ruego con intervención de fedatario público, pueden suplirla (...) de allí que, quien no sabe o no puede firmar, solo puede crear títulos valores mediante apoderado facultado para hacerlo, resultando en virtud de ello el requisito de la firma, un elemento necesario en el título valor”. Posteriormente la Ley N° 27287 considera que en los títulos valores, además de de la firma autógrafa, pueden usarse medios gráficos, mecánicos o electrónicos de seguridad para su emisión, aceptación, garantía o transferencia, los que tendrán los mismos efectos y validez que la firma autógrafa para todos los fines de Ley.

---

(2) Véase el caso seguido por Ricardo Alberto Medina Cáceres con Máximo Huanaco Caccha sobre obligación de dar suma de dinero, expediente originario del 40 Juzgado Civil de Lima, exp: 3820-00.

## FORMA DEL RECONOCIMIENTO

### ARTÍCULO 249

*El citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en qué consisten estas.*

*Si el documento carece de firma, se interrogará al otorgante sobre la autenticidad de su contenido y, si hay alteraciones indicará en qué consisten estas.*

*Por muerte o incapacidad del otorgante, serán llamados a realizar el reconocimiento su heredero o su representante legal, quienes declararán sobre la autenticidad de la firma.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 660, 1218.  
C.P.C. arts. 2, 58, 253.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 215.  
C.P.C.M. Iberoamerica art. 161.  
C.P.C. Colombia art.269.

---

## Comentario

---

1. Los documentos, en atención a la función que van a asumir, pueden ser calificados de constitutivos o meramente probatorios de los actos jurídicos que recogen. Cuando se orienta a una función constitutiva, la Ley exige un requisito formal, indispensable para la validez de ciertos actos jurídicos, de modo tal, que su falta de otorgamiento determina la nulidad de tales actos; por citar, en la donación de bienes muebles, cuyo valor excede al fijado en el artículo 1623 del CC, se debe hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad señala el artículo 1624 del CC. Aquí la función del documento es doble, pues no solamente configura un requisito de validez del acto, sino que además constituye el único medio de prueba admisible para acreditar su existencia. En cambio, los documentos pueden asumir una función meramente probatoria, orientados a constatar la existencia de un acto jurídico respecto del cual la Ley no exige una forma determinada y sirve exclusivamente como un medio de prueba de ese tipo de actos, sin excluir su admisibilidad de otros medios, véase en este caso, el contrato privado de arrendamiento, que se redacta y suscribe como un medio de prueba del acto celebrado. Como ya se ha señalado, los documentos constitutivos se hallan sujetos —en cuanto a su validez— y sin perjuicio de la función probatoria, a un requisito de carácter general consistente en la firma de quienes lo han otorgado, la cual “no

puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres y apellidos” Como señala el artículo 249 del CPC, “el citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó” Frente a ello, emerge la discusión si la impresión de la huella digital puesta al pie de un documento privado puede sustituir a la firma. La tendencia es a su negación porque la huella digital no acredita fehacientemente el pensamiento y la voluntad de quien otorga el acto, situación que perfectamente podría ser suplida por la firma a ruego (ver artículo 248 del CPC). Como señala la literatura en este extremo, nada impediría que se tome la huella a un muerto y luego se muestre ella como señal de asentimiento.

2. El artículo regula el reconocimiento de documentos escritos con o sin firma. Se entiende por firma la signatura autógrafa del documento, es decir, el escribir una persona su nombre, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él, o para dar fe de su otorgamiento como secretario o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público.

La firma puede, aparecer o no, tanto en documentos públicos como privados.

En el caso de los funcionarios públicos, la firma es indispensable para que existan los documentos públicos, pues, sin ella no se considera autorizado por él; sin embargo, puede existir documentos públicos que no requieren firma de nadie para producir sus efectos probatorios, como los periódicos y demás publicaciones oficiales, elaborados por funcionarios públicos.

A diferencia del documento público, la firma del autor de un documento privado puede ser suplida por la de otra persona a quien aquél ruego que firme por él. (ver artículo 248 del CPC)

La norma en comentario –sin hacer distinción entre documentos públicos o privados– señala que el citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en que consisten estas.

El otro supuesto se refiere cuando el documento privado es manuscrito, pero no firmado. En este caso, señala “se interrogará al otorgante sobre la autenticidad de su contenido y, si hay alteraciones, indicará en que consisten estas” esto nos lleva a decir que se puede suplir la falta de firma de su autor recurriendo a la confesión; a los testigos que hayan presenciado cuando aquél lo manuscrió o por una prueba grafológica, sumada a indicios o testimonios, siempre que en estos casos no quede duda acerca que se perfeccionó el acto en el documento.

Frente al caso que el otorgante del documento hubiere fallecido o sufriera incapacidad, los llamados a realizar el reconocimiento serán sus herederos o representante legal. Según el Código ellos declararán sobre la “autenticidad de la firma”, sin embargo, consideramos de mucha exigencia tal pronunciamiento máxi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

me que no se sustenta en pericia alguna; en todo caso, debe centrarse en indagar si han visto firmar de la misma manera al presunto autor en diversas ocasiones. Nótese que la exigencia en este artículo se orienta a buscar la declaración sobre “la autenticidad de la firma”; sin embargo la redacción del artículo 253 del CPC permite la citación orientada al pronunciamiento sobre “la autenticidad del documento”.

3. Por último, el reconocimiento debe operar sobre un documento jurídicamente existente, por tanto, para calificarlo como tal, debe satisfacer –según Carnelutti<sup>(1)</sup>– los siguientes requisitos: a) debe referirse a una cosa o un objeto formado mediante un acto humano y que tenga aptitud representativa. Generalmente son cosas muebles, un cuadro o un escrito estampado en una pared, son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y en ocasiones con auxilio de peritos; b) que represente un hecho cualquiera y c) que tenga una significación probatoria.

---

(1) Citado por Devid Echandia, op. cit. p. 422

## RECONOCIMIENTO POR REPRESENTANTES

### ARTÍCULO 250

*Los documentos otorgados, extendidos o suscritos por quienes al tiempo de hacerlo tenían representante legal, serán reconocidos por estos o por sus actuales representantes.  
La misma regla se aplica para el reconocimiento de documentos otorgados por personas jurídicas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 2, 58

---

### Comentario

---

La norma en comentario regula el supuesto del reconocimiento de documentos realizados por representación legal, sea de personas naturales o jurídicas. El reconocimiento es el acto expreso o implícito, mediante el cual, el autor del documento privado le otorga autenticidad.

Este reconocimiento puede recaer sobre documentos privados suscritos por la misma persona que los reconoce y también sobre documentos que no llevan firma ni sean manuscritos.

La representación –de manera general– podemos calificarla como un hecho jurídico por el cual un sujeto realiza un acto jurídico en lugar de otra persona y en él encuadran tanto la representación directa como la indirecta.

En relación a los documentos a reconocer, debemos asumir que se trata de documentos privados, otorgados, extendidos o suscritos por quienes al tiempo de hacerlo ejercían la representación legal. Decimos que se trata de documentos privados porque al carecer de valor probatorio por sí mismo, la parte que lo presenta le incumbe demostrar su autenticidad, situación que no es aplicable a los documentos públicos, porque la autenticidad se presume.

La norma exige que los documentos sean reconocidos por los representantes legales que les otorgaron o por sus actuales representantes porque lo que se busca con este reconocimiento es darle valor probatorio de auténtico a los documentos suscritos por representantes.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Devis Echeandia<sup>(1)</sup> considera que puede ocurrir que una persona confiese o admita que solicitó de otra la elaboración de un documento que no lleva su firma ni ha sido manuscrito por ella, ni firmado por otro a ruego; pero entonces no existe propiamente reconocimiento del documento, sino confesión o admisión del encargo o mandato para su elaboración, lo cual no significa que el acto documentado se haya perfeccionado.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Si bien es cierto, del poder por escritura pública (...) no se encuentra expresado dentro de las facultades, para reconocer documentos; también lo es, que aparece de la citada escritura de poder, que el apoderado de la demandada se encuentra facultado expresamente y en forma amplia para que intervenga en las acciones judiciales en el que la emplazada sea demandante o demandada; asimismo, se encuentra premunido de las facultades especiales, entre otros (sic) para demandar y contestar demanda; lo que implica la facultad implícita para reconocer documentos...” (Exp. N° 358-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 605-606).*

---

(1) Op. cit., p.449.

## RECONOCIMIENTO DE IMPRESOS

### ARTÍCULO 251

*Las publicaciones en diarios, revistas, libros y demás impresos, cualquiera sea el medio técnico utilizado, serán reconocidos por sus autores o responsables.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 249.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo responde a la clasificación del documento, en atención a su contenido, en declarativo o representativo. En el primer caso, éste se puede subdividir en dispositivo e informativo según constituyan, modifiquen o extingan relaciones jurídicas (un contrato, una letra de cambio, etc.) o se limiten a dejar constancia de una determinada situación de hecho (los hechos que registra el libro de actas de una asociación, las informaciones periodísticas, las apreciaciones contenidas en las historias clínicas, etc.). En cambio, los documentos representativos son aquellos que no contienen declaración alguna, como planos, mapas, hitos, fotografías, esculturas, etc.

2. Bajo la clasificación asumida líneas arriba, la norma en comentario hace referencia al documento declarativo, recogido en impresos, cualquiera sea el medio técnico utilizado, como diarios, revistas, libros entre otros. Como lo señala Devis Echeandia, documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas.

Aunque la norma no lo distinga expresamente, dichos impresos deben responder a publicaciones de índole privada, por el reconocimiento que se exige a sus autores o responsables. Véase el caso que en la revista X aparece publicado un artículo de autoría de Rocky, en el que se agravia la imagen profesional de foster. Esta interpone contra Rocky demanda de indemnización, para lo cual, Ofrece como prueba la citada revista que acoge la publicación del artículo. Como es un documento privado, para su eficacia probatoria, se debe pedir el reconocimiento del documento al autor de este, mas no al director de la Revista.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por la modalidad de la impresión, no cabría una pericia sobre el manuscrito de éstos, porque se recurre a medios mecánicos para la transcripción de éstos. Su valor dependerá en definitiva de su contenido y lo que ellos demuestren, aunque en principio no sirvan más que como principio de prueba escrita.

Contraria situación opera en el caso de impresos insertos en un periódico oficial. Aquí no es necesario el reconocimiento por referirse a una publicación oficial. Como señala Devis Echeandia<sup>(1)</sup> “hay documentos públicos que no requieren la firma de nadie para producir sus efectos probatorios, como los periódicos y demás publicaciones oficiales, los mapas, planos, cuadros, que obran en archivos oficiales, elaborados por funcionarios públicos; pero en este caso, es indispensable autenticar la copia que se aduzca al proceso”.

---

(1) Op. cit., p. 442.

## RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS NO ESCRITOS

### ARTÍCULO 252

*Los documentos no escritos a que se refiere el artículo 234, serán reconocidos por sus autores o responsables.*

*La parte que ofrece el medio probatorio tiene la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su actuación.*

*El Juez dejará constancia de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 234.

---

### Comentario

---

1. Los documentos –en atención a su contenido– pueden ser declarativos o representativos. En el primer caso, opera cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; en cambio son representativos cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre con los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías, las películas (que no contengan reproducción de voz humana) porque si la contiene son documentos privados declarativos y representativos a la vez.

Frente a los documentos descritos, la norma en comentario recoge el reconocimiento de los documentos no escritos, al margen que su contenido sea declarativo o representativo, lo importante es que sean reconocidos por sus autores o responsables; sin embargo como dice Devis Echeandía<sup>(1)</sup> “la prueba de la autenticidad de la fotocopia o fotografía de un documento, no significa siempre la autenticidad de éste; porque puede fotografiarse o fotocoparse un documento falso y a quienes declaren sobre aquélla puede no constarles si el original era o no auténtico. Por tanto, si el original no era un documento auténtico o que gozara de presunción de serlo (como un título valor negociable) es indispensable establecer tanto la autenticidad del original, como la de la copia, sea por el reconocimiento

---

(1) Op. cit., p. 478.

expreso o tácito de la parte contra quien se opone, o sea por confesión o mediante testigos y cotejo grafológico”.

2. Desde otra perspectiva se considera a los documentos en soporte de papel como los literales. La grafía de un documento equivale simbólicamente al modo o forma con que se representa o exterioriza materialmente un hecho determinado. Existen documentos no literales, cuando la representación está dada por signos diversos del alfanumérico usual, o por formas, diagramas u otros signos especiales.

Esta representación puede realizarse –según Carnelutti– en forma directa, es decir, sin intermediarios, mediante la estampa fidedigna de la imagen y del sonido (fotografía, cinematografía, fonografía) o indirecta mediante la escritura.

Devis Echeandía califica a las fotografías, películas y grabaciones como documentos representativos. “las fotografías de personas, cosas, predios, etc, sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el Juez; pero como es posible preparar dolosamente un conjunto fotográfico, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo, o mediante el dictamen de peritos, o por un conjunto fehaciente de indicios”.

Por otro lado, las películas tienen el valor que le corresponde a la fotografía; sino es posible agregarlas al expediente, pueden exhibirse ante el juez, en inspección judicial, dejándose en el acta constancia de lo pertinente. En igual forma, si la película fuera factible de incorporarla al proceso, la parte que ofrece el medio probatorio “tiene la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su actuación”, esto es, en la audiencia de Ley proporcionará los medios de reproducción de la película. Es importante señalar que no es suficiente el reconocimiento de dicha reproducción sino que además, el juez debe dejar constancia de lo que aprecia en el documento fílmico. En ese sentido, resulta coherente lo que señala la última parte del artículo en comentario: “el Juez dejará constancia de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes”. Sobre el particular, resulta interesante apreciar lo resuelto por la Sala Civil de Lima<sup>(2)</sup>, en el sentido que la actuación en contrario a lo señalado, se equiparía a la figura de la prueba no actuada, puesto que el resultado de la misma, no consta en autos. Dicha actuación es imposible de convalidación, así como, tampoco puede disponer el Colegiado su actuación porque se atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso.

---

(2) Ver exp: 4243-98 Sala de procesos abreviados y conocimientos, publicado en Ledesma. Op. Cit. T. 4, p. 414.

## MUERTE DEL OTORGANTE O AUTOR

### ARTÍCULO 253

*Por muerte del otorgante o autor serán citados a reconocer el heredero o en su defecto la persona que, a pedido de parte, pueda pronunciarse sobre la autenticidad del documento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 660, 1218.
C.P.C.	art. 249 párr. 3.

---

### Comentario

---

El reconocimiento es el acto en virtud del cual el autor del documento o sus causahabientes, le otorgan autenticidad, sea espontáneamente o por citación judicial a solicitud de parte interesada, o por no tacharlo de falso en el término señalado por la ley. La redacción de este artículo nos lleva a sostener que el reconocimiento de documentos privados no solo puede recaer en los suscritos por la misma persona que los reconoce, sino por su causante.

El reconocimiento opera sobre documentos manuscritos por las mismas personas, aun cuando no estén firmados por ellas, e inclusive sobre documentos que ni lleven firma ni sean manuscritos.

En caso que el reconocimiento se refiera a un documento que contenga la firma del otorgante y este hubiere fallecido, señala el artículo 249 del CPC que los llamados a realizar el reconocimiento serán sus herederos o su representante legal, quienes declararán sobre la autenticidad de la firma, sin embargo, consideramos de mucha exigencia tal pronunciamiento máxime que no se sustenta en pericia alguna; en todo caso, debe centrarse en indagar si han visto firmar de la misma manera al presunto autor en diversas ocasiones.

Nótese de la redacción de la norma, que no solo el heredero es el único que puede pronunciarse sobre la autenticidad del documento. Es posible que la parte —que solicita el reconocimiento— señale a la persona, ajena al heredero, quien se pronuncie acerca de la autenticidad del documento.

## FALTA DE RECONOCIMIENTO POR TERCEROS

### ARTÍCULO 254

*La ausencia o incumplimiento al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. IV, 232.

---

### Comentario

---

1. El reconocimiento de un documento privado -por la parte- implica una carga a diferencia del reconocimiento por terceros, que implica un deber; de tal manera, que el incumplimiento de ese deber es sancionado bajo las reglas aplicables para los testigos. Véase el caso del reconocimiento de una fotografía, que recoge en la escena, no solo la presencia de la parte contra quien se opone sino la de un tercero. Este tiene el deber, cuando sea citado, no solo de comparecer sino de declarar sobre el contenido de la fotografía que se le muestra, esto es, acerca de su presencia en la escena conjuntamente con la parte contra quien se opone dicho medio de prueba. Vemos que el rol que asume en los hechos que recoge la fotografía, es la de un testigo presencial.

La norma regula dos supuestos para el reconocimiento: la ausencia o el incumplimiento al reconocimiento, esto supone, la no comparecencia del tercero al reconocimiento solicitado o la comparecencia pero con resistencia a declarar sobre el documento privado que se le pide reconozca.

Como el procedimiento para la sanción se rige por las reglas de los testigos, es aplicable el artículo 232 del CPC, por tanto, resulta procedente imponer la multa no mayor de 5 unidades de referencia procesal, sin perjuicio, de ser conducido al juzgado con el auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el juez para el reconocimiento, solo si se considera necesario.

El otro supuesto es el incumplimiento al reconocimiento, el mismo que implica la comparecencia del tercero pero con renuencia a pronunciarse acerca de reconocer o no el documento (nótese que es renuencia, no desconocimiento de este). En atención a ello invocamos el artículo 218 del CPC (por aplicación supletoria según artículo 230 del CPC) que señala: "si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

persistir en su conducta el juez apreciará el momento de resolver la conducta del obligado”.

2. A la inversa, cuando el reconocimiento ya no proviene de un tercero sino de la propia parte, respecto de documentos de terceros, le bastará a la parte negarlos o decir que no le consta que la firma sea de ese tercero. En este caso también procederá el cotejo y la citación del tercero. Si el documento se demuestra que fue firmado por el tercero, no tendrá mas efectos en el proceso que esa declaración, ya que entre las partes no crea fecha cierta, ni tampoco demuestra la autenticidad de su contenido. Este documento de tercero podrá valer eventualmente como una prueba indiciaria o testimonial.

## COTEJO DE DOCUMENTO PÚBLICO

### ARTÍCULO 255

*Se puede ofrecer el cotejo de la copia de un documento público con su original.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 235.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México art. 138.

---

### Comentario

---

El documento público que se presente en copia merece la misma fe que el original, sin embargo, se permite que la autenticidad de la copia pueda ser impugnada por la contraria. En este supuesto procede la confrontación o el cotejo de la copia con el original; por ejemplo, cuando se cuestiona la falsedad de un documento público, en el extremo de la fecha de nacimiento que consigna la partida de nacimiento. Aquí opera el cotejo de la copia del documento público impugnado con su matriz.

El cotejo es el acto en cuya virtud se procede, por peritos, a comparar la copia del documento impugnado con el original, a fin de establecer si ella pertenece al mismo que obra en el protocolo o registro. El problema se presenta cuando el documento público carece de matriz, aquí no cabría la confrontación o cotejo sino una prueba pericial para verificar la autenticidad de la copia.

Hay que precisar que cuando la norma se refiere a documento público no solo debe circunscribirse a la escritura pública sino a la copia de cualquier documento público en general.



### JURISPRUDENCIA

---

*Nuestro ordenamiento procesal privilegia el principio de preclusión, en cuya virtud, los actos procesales deben ser realizados en determinada fase del proceso y cerrada esa etapa no corresponde emitir un pronunciamiento practicado en un acto anterior.*

*Si el juez admitió el medio probatorio de cotejo en la audiencia respectiva, no corresponde que luego rechace la probanza con argumentos que antes no tuvo en cuenta, toda vez que tal rechazo importaría la denegación de un medio probatorio sin que exista un pronunciamiento válido (Exp. N° 4213-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 408-409).*

## COTEJO DE COPIAS Y DOCUMENTO PRIVADO

### ARTÍCULO 256

*Si se tacha o no se reconoce una copia o un documento privado original, puede procederse al cotejo de la copia con el original o la del documento privado, en la forma prevista para la actuación de la prueba pericial en lo que corresponda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 236, 247, 265, 300.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia al cotejo de copias y documentos privados, a diferencia del artículo 255 del CPC que regula el cotejo de la copia de un documento público.

Los documentos privados carecen de certeza hasta tanto no se pruebe su autenticidad, sea mediante el reconocimiento expreso o tácito de la parte a quien perjudique; sin embargo, la parte a quien se opone el documento puede tachar este, por falso o por carecer de alguna formalidad prevista en la Ley, bajo sanción de nulidad. (ver artículos 242 y 243 del CPC).

El artículo en comentario se orienta al supuesto de dilucidar la falsedad del documento, para lo cual, se parte del hecho que “el obligado desconoce el documento o su contenido”, hecho diferente a que comparezca y se niegue a reconocer el documento, situación que será apreciada por el juez al momento de sentenciar, atendiendo a la conducta del obligado.

El hecho que los documentos privados carecen de valor probatorio, mientras no hayan sido reconocidos, no significa que deba descartarse en absoluto como elementos de prueba, ya que pueden valer como indicios, de los cuales se induzcan presunciones, a las que el Código les asigna eficacia

2. Como el obligado desconoce el documento o su contenido, para establecer su autenticidad se recurre al cotejo, tal como señala el artículo 247 del CPC. El cotejo es el acto, en cuya virtud se procede, con la intervención de peritos, a comparar la firma de un documento tachado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

También opera el cotejo, cuando no se reconoce una copia proveniente de un documento privado. En estos casos, procede el cotejo de la copia con el documento original, en la forma prevista para la actuación de la prueba pericial, en lo que corresponda.

Cuando la parte a quien se opone el documento privado desconoce categóricamente la firma, o sus herederos manifiestan ignorar la que se atribuye al supuesto firmante, debe observarse un procedimiento destinado a verificar la autenticidad de aquella. El cotejo constituye el acto en cuya virtud se procede, por peritos, a comparar la firma de un documento impugnado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentíséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta (sic) al Juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normatividad prevista para la actuación de la prueba pericial” (Cas. Nº 908-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 257-259).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98-Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

## COTEJO DE DOCUMENTOS ESCRITOS

### ARTÍCULO 257

*Cuando se trate de documentos escritos, el cotejo de la firma o letra se efectúa con los siguientes documentos atribuidos al otorgante:*

- 1. Documentos de identidad;*
- 2. Escrituras públicas;*
- 3. Documentos privados reconocidos judicialmente;*
- 4. Actuaciones judiciales;*
- 5. Partidas de los Registros del Estado Civil;*
- 6. Testamentos protocolizados;*
- 7. Títulos valores no observados; y,*
- 8. Otros documentos idóneos.*

*El cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden antes indicado.*

*El Juez puede disponer además que, en su presencia, la persona a quien se atribuye un documento tachado escriba y firme lo que le dicte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. V, 200.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamerica* art. 164.

*C.P.C. Colombia* arts. 255, 293.

*C.P.C.N.. Argentina* arts. 393, 394.

*C.F.P.C. México* arts. 140, 141, 142.

---

## Comentario

1. El citado artículo indica los documentos que pueden servir para el cotejo: el documento de identidad, escrituras públicas, documentos privados reconocidos o declarados auténticos, actuaciones judiciales, títulos valores y otros que ambas partes reconozcan.

Este cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden que señala la norma, sin embargo, consideramos saludable para el proceso, que se permita la posibilidad a que las partes se pongan de acuerdo sobre la elección de documentos para la pericia. Solo cuando no ocurre avenencia se debe permitir recurrir al juez para que los fije según las reglas que señala el presente artículo.

En ese orden de ideas, nótese que los documentos públicos como el documento de identidad y las escrituras públicas tienen mayor preferencia para el cotejo que los documentos privados reconocidos judicialmente.

La idea central que consagra este artículo es que la pericia a realizarse en el cotejo recaiga sobre ciertos documentos de carácter “indubitable” para lo cual concurren los siguientes supuestos para calificarlos como tales:

Documentos en los cuales las firmas de las partes hayan sido puestas en presencia de un funcionario público o depositario de la fe pública, como las escrituras públicas, actas judiciales levantadas ante los secretarios o en presencia del juez, declaraciones prestadas en sede administrativa en presencia de funcionarios. En ese sentido, podemos considerar que no son documentos indubitables las firmas consignadas en documentos privados que las partes hayan agregado al expediente. (véase en ese sentido los incisos 1, 2, 4, 5, 6).

Otro criterio que se tiene en cuenta para seleccionar los documentos para el cotejo es, que sean documentos privados reconocidos judicialmente. Aunque la norma no lo precise, debemos entender que ese reconocimiento debe ser de manera expresa, pues, no es suficiente el reconocimiento basado en el silencio o la respuesta evasiva. En este sentido podemos considerar como referente para el cotejo, el documento tachado, en la parte, que haya sido reconocido como cierto por el litigante a quien perjudique. No se requiere que el reconocimiento haya tenido lugar en el proceso en el cual se practicará la pericia, ni que aquel acto se haya limitado al contenido del documento. (véase el inciso 3 en este extremo).

Las firmas registradas en establecimientos bancarios u otras similares que ofrezcan suficiente garantía de autenticidad, también son consideradas como referentes para el cotejo. (véase el inciso 7 en este extremo).

2. Si hay documentos auténticos de la misma persona y se encuentran en una oficina o un archivo público, se podría pedir los originales, si es posible su remisión, y, en caso contrario, se efectúa sobre ellos una inspección judicial con la asistencia de peritos, ante el juez de la causa o comisionado y se obtienen fotocopias.

Cuando se trate de un documento público o privado que se encuentra en poder de un particular que no es parte en el proceso, está obligado a exhibirlo en los casos y con las formalidades legales; puede pedirse también la exhibición cuando el documento esté en poder de otra de las partes del proceso.

La norma se pone en el supuesto que no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento, y este sea parte en el proceso o un tercero. Aquí, el juez debe ordenar que en su presencia escriba y firme un dictado, y si el documento es manuscrito es mejor que corresponda a parte de su texto. Puede darse el caso que se rehúse a escribir o no comparezca, en estos casos, conside-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ramos que el juez debe tener en cuenta la conducta procesal asumida por la parte. En otras legislaciones, esta resistencia motiva a que se tenga por reconocido el documento que cuestiona su autenticidad por la firma o por el contenido.

Un aspecto que no precisa la norma es la persona que hará el cotejo. Pensemos que por el conocimiento especializado que se requiere para determinar la firma o letra de quién suscribe el documento, es necesario que este se realice a través de una pericia grafológica, sin embargo, consideramos que podría también realizarlo el secretario del proceso, cuando el cuestionamiento del documento sea evidente con una simple apreciación visual.

## NORMAS ADICIONALES AL COTEJO

### ARTÍCULO 258

*El cotejo de documentos se rige, además, por las normas de la prueba pericial, en cuanto sean pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 208, 262, 265.

---

### Comentario

---

1. El cotejo es el acto en cuya virtud se procede, con la intervención de peritos, a comparar la firma de un documento tachado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona.

Se verifica a través de la prueba pericial la autenticidad de la firma. El Código no tiene una regulación expresa acerca del procedimiento a seguir en el cotejo, por ello, la norma en comentario considera que es de aplicación, en cuanto sean pertinentes, las reglas de la prueba pericial descritas en el capítulo VI de la presente sección.

2. Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza" En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver 1º disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas de la prueba pericial (artículo 262 al 271 del CPC) para suplir el vacío en la regulación del cotejo.



**JURISPRUDENCIA**

---

*“... Se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentiséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta (sic) al Juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normatividad prevista para la actuación de la prueba pericial” (Cas. Nº 908-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 257-259).*

## EXHIBICION POR TERCEROS

### ARTÍCULO 259

*Los terceros solo están obligados a exhibir los documentos que pertenezcan o manifiestamente incumban o se refieran a alguna de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 208 inc. 3, 293, 300.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Italia* art. 210

*C.P.C.M. Iberoamerica* art. 157

*C.P.C. Colombia* art. 277

*C.P.C.N.. Argentina* art. 389

---

### Comentario

---

1. La exhibición parte del principio, que todo documento está a disposición de las partes y del juez, como medio de prueba, en virtud del derecho abstracto de probar que tienen los litigantes. Como la exhibición está ligada a la idea de “disponibilidad del documento”, se permite la posibilidad jurídica de aducirlo como prueba en los procesos de cualquier clase, bien sea presentándolo en original o en copia, o verificando su existencia y contenido mediante la exhibición o la inspección judicial.

Con la inspección se busca asegurar al juez la posibilidad que tome contacto directo con la fuente de prueba, mientras que con la exhibición se tiende a adquirir materialmente para el proceso un documento.

En la inspección el juez toma contacto directo con la prueba, desplazándose físicamente y teniendo así una percepción directa de la prueba misma; en la exhibición, son las partes o el tercero quienes desplazan la cosa o el documento por orden del juez para que sea adquirida para el proceso.

2. La exhibición no solo opera cuando la prueba documental se encuentra en poder de la otra parte, sino también cuando está en poder de un tercero, esto implica, que no es necesario el documento, sea propiedad o no, de una u otra o de ambas partes.

Si el documento se encuentra en poder de alguna de ellas, da origen a la carga, pero, si está en poder de un tercero, implica un verdadero deber procesal del que solo podrá eximirse si alegase que el documento es de su exclusiva propiedad y que su exhibición podría ocasionarle perjuicio o esté sujeto a alguna

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

reserva legal; caso contrario su incumplimiento generará medidas compulsivas referidas en el artículo 261 del CP, no encontrándose regulada la conducción de grado o fuerza, como si aparece en el caso de los testigos y el reconocimiento de terceros. Nótese que la exhibición de los documentos por los terceros, está restringida al supuesto de la pertenencia o la incidencia del documento sobre alguna de las partes, esto es, que fuera de ellos no cabe la obligación de la exhibición por los terceros.

Por otro lado, cuando la parte ofrece la exhibición debe asumir la carga procesal de individualizarlo, al momento de interponer la demanda o su contestación, indicando su contenido, el lugar, archivo, personas en cuyo poder se encuentren. Cabe precisar que la admisibilidad del pedido de exhibición no se halla necesariamente subordinada al carácter común del documento. Basta que este sea representativo de un hecho propio de quien solicita la medida o que “manifiestamente le incumban” –como señala literalmente la norma– y que se encuentre en poder del adversario o tercero para petitionar la exhibición. Si el requerido para la exhibición lo acompañare podrá solicitar su oportuna devolución dejando copia en el expediente.



## JURISPRUDENCIA

---

*El juez que deniega la exhibición por considerar que la parte que alega un hecho debe acreditarlo debe tener en cuenta que el artículo 260 del Código Procesal Civil, refiere que la exhibición tiene por objeto la obtención de la presentación de documentos que no se encuentran en su poder y a los cuales la parte oferente no tiene acceso directo (Exp. N° 4873-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 426-427).*

*Si no se ha acreditado el cambio del sexo con la exhibición de la historia clínica no es posible autorizar un nombre femenino a quien está inscrito como varón.*

*El cambio de nombre importa también la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto al sexo (Exp. N° 870-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 108-109).*

## EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS DE PERSONAS JURÍDICAS Y COMERCIANTES

### ARTÍCULO 260

*Puede ordenarse la exhibición de los documentos de una persona jurídica o de un comerciante, dando el solicitante la idea más exacta que sea posible de su interés y del contenido. La actuación se limitará a los documentos que tengan relación necesaria con el proceso.*

*La exhibición se tiene por cumplida si se acompañan copias completas debidamente certificadas de los documentos ordenados.*

*Si la exhibición está referida a documentos públicos se cumple con ella dando razón de la dependencia en que está el original. A pedido de parte y en atención al volumen del material ofrecido, el Juez puede ordenar que la exhibición se actúe fuera del local del Juzgado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2. inc. 10.
C.P.C.	art. 293.
C. de C.	arts. 45, 47, 48.
C.T.	art. 78 inc. 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 212.
C.P.C.M. Iberoamerica	art. 159.
C.P.C. Colombia	arts. 283, 284, 285, 286, 287, 288.

---

### Comentario

1. La exhibición de documentos puede ser realizado por personas naturales o jurídicas; comerciantes o no comerciantes. El artículo en comentario hace referencia a la exhibición de documentos de personas cuya actividad u oficio sea el comercio; a diferencia del artículo 259 del CPC que regula la exhibición de documentos por terceros, sin particularizar su oficio.

En ese sentido nuestro primer referente es definir a quién se considera comerciante. Según el artículo 1 del Código de Comercio, son comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente;

las compañías mercantiles o industriales que constituyeren con arreglo al Código de Comercio.

Los comerciantes llevarán necesariamente libros obligatorios y potestativos. El libro de inventarios y balances, el libro diario, el libro mayor, el copiador o copiadores de cartas y telegramas; los demás libros que ordenen las leyes especiales, se consideran como libros obligatorios. En mismo sentido, las sociedades o compañías llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán todos los acuerdos, que se refieran a la marcha y operaciones sociales tomados por las juntas generales.

La definición y contenido de cada libro se encuentran regulados en los artículos 37 al 41 del Código de Comercio.

Los comerciantes y sus herederos conservarán los libros, telegramas y correspondencia de su giro, por todo el tiempo que este dure y hasta cinco años después de la liquidación de todos sus negocios y dependencias mercantiles.

2. Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio están obligados a exhibirlos acompañando copias certificadas de los documentos ordenados, o designando el protocolo o archivo en que se hallan los originales, esto es, "dando razón de la dependencia en que está el original" cuando se refiera a documentos públicos. En ambos casos, la actuación de la exhibición debe limitarse a documentos que tengan relación necesaria con el proceso.

Para el Código de Comercio solo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición (ver artículo 47 C. de Comercio)

En esta diligencia debe examinarse primero los libros para ver si cumplen las prescripciones legales, como su certificación, foliación, etc y luego, se procede a practicar la exhibición. Las formalidades en los libros de contabilidad están detalladas en el artículo 36 del CC.

En el caso de la exhibición de una carta debemos tener en cuenta que el propietario de la carta, es como regla el destinatario, conservando el remitente el derecho de propiedad intelectual sobre la misma, sin perjuicio del derecho de su autor de solicitar su exhibición judicialmente.

En relación a la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes, el artículo 48 Código de Comercio, contiene cuatro reglas para graduar la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes.



### JURISPRUDENCIA

---

*El monto de la obligación proveniente del saldo deudor de la cuenta corriente, sobre el que se descargaban los débitos de la tarjeta de crédito, corresponde dilucidarse mediante la exhibición de los vouchers de consumo y de todas las operaciones de servicios que mantiene el ejecutante con el ejecutado. Resulta necesario además la exhibición de los contratos de cuenta corriente y de tarjeta de crédito citados (Exp. N° 98-34162-1817, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 223).*

*Debe ampararse la exhibición de los libros contables de la empresa ejecutante, pues, el deudor puede oponer al tenedor del título las excepciones que deriven de sus relaciones personales con éste.*

*Si en la contradicción se alega la inexistencia de la relación causal, corresponde a la parte contraria acreditarla, tanto más, si la actora por su actividad empresarial, le es factible, aportar documentos que acrediten la operación que diera lugar a la emisión y aceptación del título valor (Exp. N° 25784-1719-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 419-420).*

*Si la contradicción se sustenta en la nulidad y falsedad el contenida literal del pagaré por haber sido completado con pactos jamás concertados; y, el banco ejecutante al momento de absolver la contradicción sostiene que ha aplicado al pagaré en cobranza una suma producto del remate del warrant y el resto a cancelar un sobregiro, se hace necesario, la exhibición de los documentos que acrediten el desembolsa de la suma consignada en el pagaré y del acuerdo que lo sustenta (Exp. N° 1999-2916-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 420-421).*

*El juez que deniega la exhibición por considerar que la parte que alega un hecho debe acreditarlo debe tener en cuenta que el artículo 260 del Código Procesal Civil, refiere que la exhibición tiene por objeto la obtención de la presentación de documentos que no se encuentran en su poder y a los cuales la parte oferente no tiene acceso directo (Exp. N° 4873-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 426-427).*

## INCUMPLIMIENTO DE EXHIBICIÓN

### ARTÍCULO 261

*El incumplimiento de la parte obligada a la exhibición, será apreciado por el Juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.*

*Si el que incumple es un tercero, se le aplicará una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el Juez.*

*En ambos casos, la multa se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 53, 282, 293, 296.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 158.

---

### Comentario

---

1. Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio están obligados a exhibirlos o designar el archivo en que se halla el original. Nótese que la exhibición, no solo puede ser atribuida a la parte sino a un tercero, sin embargo, genera efectos distintos según la persona que incumpla la exhibición. Cuando el documento pertenece a la parte contraria o el sindicado pueda perjudicarse con él, se presenta el problema de saber si puede ser constreñido para exhibirlo. Según Devid Echeandía<sup>(1)</sup> para sostener la conclusión negativa se invoca la máxima latina, nadie puede ser obligado a suministrar pruebas contra si mismo; pero esta solución desconoce el carácter de interés público que el derecho moderno le reconoce a la jurisdicción y a toda clase de procesos judiciales, pues contempla solo el interés privado de esa parte. La tendencia, señala el autor citado, se orienta a considerarla como una carga procesal, con la imposición de consecuencias probatorias adversas a quien no la cumpla.

2. El tercero requerido podrá negarse a su presentación si el documento fuere de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiese ocasionarle perjuicio. Ante la

---

(1) Op. cit. T. 2, pp. 428-429.

oposición formal del tenedor del documento consideramos que no debe insistirse en el requerimiento. Si lo acompañare podrá solicitar su oportuna devolución dejando copia de él, en el expediente. También puede acogerse a la exhibición fuera del local del juzgado, en atención a la última parte del artículo 260 del CPC.

3. La exhibición para la parte en el proceso es una carga y no un deber procesal. Cuando la prueba que se ofrece exhibir obra en poder de la contraria se le requerirá a esta para su presentación, en la audiencia que el juez señale. En caso de incumplimiento, señala la norma “será apreciada por el juez al momento de resolver”, esto implica que podría interpretarse su negativa, en conjunción con otros elementos de prueba, de los que resulte verosímilmente la existencia y contenido de aquella, como una presunción en su contra. Véase en ese sentido la redacción del artículo 282 del CPC referente a la presunción y conducta procesal de las partes.

La norma tampoco autoriza medios compulsivos para la apropiación física del documento; solo se aplica una sanción pecuniaria a quien se resiste a exhibir. El Código tampoco prevé justificaciones o excepciones para resistirse a la exhibición, sin embargo, consideramos que la parte puede negarse alegando perjuicios penales que le irrogaría o la violación de un secreto.

4. Cuando el documento que deba reconocerse se encontrará en poder de terceros, se les requerirá para que lo presenten. En este caso, nos ubicamos frente a un deber procesal, cuyo incumplimiento genera medios compulsivos y sanciones pecuniarias y penales, pero de ninguna manera presunciones a partir del incumplimiento, como la citada en el artículo 282 del CPC.

Las sanciones pecuniarias se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... Pese a los reiterados pedidos del Colegiado para la exhibición, dicho acto no se ha cumplido y la Sala de mérito emite sentencia sin que se cumpla dicha exhibición, omitiendo dejarla sin efecto o haciendo referencia a esa falta en el texto de la sentencia; constituyendo ese proceder la afectación al debido proceso” (Cas. Nº 1671-96-Cajamarca, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 260-261).*

*“... En cuanto a la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso por recorte del derecho de prueba, afirma el recurrente que el ofrecimiento de la exhibición de documentos resulta procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil, contrario sensu; sin embargo, esta denuncia resulta manifiestamente improcedente pues por mandato expreso del artículo setecientos del Código Adjetivo, en el proceso ejecutivo solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia...” (Cas. Nº 2496-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 551-553).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98-Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

## Capítulo VI

---

# PERICIA

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 262

*La pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 188, 192 inc. 4, 258, 290, 300, 307 inc. 4, 417, 591, 525.
<b>C. de P.P.</b>	arts. 65, 160, 164, 214, 228, 232, 236 a 239, 242, 259, 302.
<b>C. de C.</b>	arts. 401, 402, 405, 410, 619, 706, 837, 866, 867.
<b>C.T.</b>	arts. 62 inc. 13, 125.
<b>LEY 26572</b>	art. 115.
<b>LEY 26636</b>	art. 36.
<b>LEY 26702</b>	art. 344.
<b>LEY 26887</b>	arts. 228, 240.
<b>R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ</b>	art. 1.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamérica</b>	art. 165.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 233.
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	art. 457.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 143-153.

---

### Comentario

1. La pericia, es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos. En ese sentido podemos decir que no es procedente la pericia sobre puntos de derecho, tampoco cuando se trate de acreditar hechos simples. La pericia de parte es conocida en otros ámbitos como consultor técnico propio.

2. El perito se diferencia del testigo, porque entra en contacto con los hechos en forma deliberada y a raíz de un requerimiento judicial y puede expedirse no solo con relación a hechos pasados o presentes, sino también futuros. El testigo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

da noticias sobre los hechos pasados, declara sobre sus percepciones; en cambio el perito formula juicios de valor o deducciones extraídas de los hechos percibidos, recién en el proceso. El testigo es insustituible, a diferencia del perito, pues, su aptitud para comprobar y enjuiciar hechos es común a todas aquellas personas de su especialidad. El testigo declara sobre hechos realizados fuera del proceso, sin encargo del juez, en cambio, el perito se pone en contacto con ellos a raíz del encargo que el juez le encomienda.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede amparar el otorgamiento de escritura si las pericias grafotécnicas actuadas en el proceso informan que la firma puesta en el contrato que se pretende elevar a escritura no corresponde al puño escribiente de su otorgante, es decir, que procede de una falsificación por imitación.*

*La prueba pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimiento especializado en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad contribuir al esclarecimiento de un hecho controvertido y brinda al juez los elementos necesarios que contribuyan a crear convicción (Exp. Nº 64317-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 534-535).*

*El juez está facultado a ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, cuando los ofrecidos por las partes sean insuficientes para forma convicción.*

*Tratándose de una obligación de pago proveniente de cuotas de mantenimiento, cuando la moneda de la República era el inti, el juez debe ordenar una pericia contable destinada a determinar el monto al cambio de la moneda circulante en el país (Exp. Nº 59302-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 416-418).*

*Debe desestimarse la nulidad de testamento si no prueba, de modo alguno, la pretensión, máxime si la pericia grafotécnica ha concluido que la letra y firma que obran en el testamento ológrafo impugnado, provienen de un mismo puño gráfico, perteneciente al causante (Exp. Nº 4013-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 139-140).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98-Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

*“... El peritaje es apreciado por el Juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica” (Cas. Nº 2194-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 289-290)*

*El peritaje de los grupos sanguíneos no es un examen determinante, como sí lo sería el examen de ácido desoxiribonucleico (ADN) para declarar la filiación extramatrimonial. El cuestionamiento del demandado para no someterse a la prueba del ADN por no ofrecerle*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

garantías el laboratorio, es un argumento deleznable pues la extracción de muestras, el envío al exterior y posterior recepción están sometidos a normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan el resultado de dicho peritaje (**Exp. Nº 542-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 363-364**).

Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, la misma que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99.86%.

El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadra perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones (**Exp. Nº 3114-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 365-367**).

Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica (**Exp. Nº 3446-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 368**).

La prueba pericial es procedente cuando para apreciación de los hechos controvertidos se requiere de conocimientos especiales.

El informe pericial tiene únicamente valor ilustrativo (**Exp. Nº N-261-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 360**).

“... Constituye una facultad del juzgador designar los peritos necesarios cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales...” (**Cas. Nº 1109-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 264-265**).

“... La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las pericias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los Colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas” (**Cas. Nº 649-95-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 271-273**).

Resulta intrascendente la pericia grafotécnica presentada para probar que la letra fue aceptada en blanco, porque es lícito aceptar un título valor incompleto. Todo lo contrario, los medio probatorios del demandado deben estar destinados a acreditar que el título valor fue completado en forma diferente a la originalmente pactada.

El hecho de no haber consignado en la sentencia apelada, el término “Vistos” no genera la nulidad de esta, si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (**Exp. Nº 11211-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 561-562**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica (Exp. N° 3446-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 368).*

*“... El peritaje es apreciado por el Juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica” (Cas. N° 2194-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 289-290).*

## REQUISITOS

### ARTÍCULO 263

*Al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el Juez en el número que considere necesario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 55, 258, 264, párr. 1, 425 inc. 5.  
*R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ* art. 22.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamérica* arts. 166, 168.  
*C.P.C. Colombia* arts. 234, 236.  
*C.P.C.N. Argentina* art. 458.

---

## Comentario

---

1. El perito es un tercero ajeno a las partes y al juez. A diferencia del testigo, el perito puede ser una persona jurídica.

Como señala la norma, las partes al ofrecer la prueba pericial indicarán “los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”. Bajo ese contexto, no cabría admitir la actuación de la prueba pericial, si está busca determinar de manera general “el estado de salud de la demandante, frente a la pretensión indemnizatoria por mala praxis médica.” Hace falta en esas circunstancias, que precise el hecho controvertido a analizar, el tipo examen a practicar y la especialidad del perito en medicina que lo realizará.

También es importante señalar que tratándose de pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando de ser necesario los apremios de Ley.

2. Podemos señalar como requisitos objetivos para la pericia que se refieran a hechos controvertidos, susceptibles de percepción directa por parte de los peritos y se adecuen a la especialidad de quienes son designados en esa calidad. Por tanto, no procede someter a dictamen pericial hechos que no pueden sujetarse a la observación directa de los expertos, quienes deberán valerse de informes recibidos sin el control de las partes.

También cabe excluir de la pericia cuando se trate de acreditar hechos simples. Las cuestiones de hecho y derecho cuya apreciación y calificación incumbe al juez no pueden ser sometidos al dictamen pericial; sin embargo, se aprecia en la experiencia judicial de otros países, como Estados Unidos, que el Juez puede obtener el asesoramiento de un experto imparcial sobre la Ley aplicable a un procedimiento legal ante el juez, si el juez notifica a las partes de la persona consultada y la sustancia del asesoramiento, y les permite a las partes una oportunidad razonable para que respondan<sup>(1)</sup>.

3. Las partes no pueden valerse de la prueba de peritos para introducir en el proceso pruebas que deben ofrecerse y producirse en la forma que la ley establece, por tanto, es objetable la pericia que se sustenta en documentación extraña al proceso, ya que ella no puede ser vehículo para introducir extemporáneamente prueba documental.

En este sentido, si el actor que no presentó la prueba documental al interponer la demanda no puede, valerse de la pericia contable, para agregar al proceso documentos que no presentó en la oportunidad legalmente prevista.

También es improcedente la pericia relativa a que el experto ingeniero explique si es cierto que el daño se produjo por culpa del depositario, pues, el perito solo debe centrarse a establecer las causas externas e internas que produjeron el daño, sin determinar la responsabilidad, la misma que es exclusiva del juez.

Cuando la pericia tenga por objeto la comprobación de la autenticidad de un documento, se deberán indicar también al ofrecer la prueba los documentos que han de servir para la realización de ella.

El ofrecimiento de la pericia puede ser cuestionada a través de la oposición, cuya tramitación está regulada en el artículo 300 del CPC.

4. Por otro lado, nótese que no existen limitaciones legales al número de peritos. Ellos son designados por el juez en el número que considere necesario, sin embargo, existen casos en se fija un número legal de peritos, como sucede en las tasaciones en ejecución de garantías, a que refiere el artículo 720 del CPC.

Es importante el número de peritos designados para la emisión del dictamen, pues, en caso de pluralidad de peritos y estando en desacuerdo, ellos emiten dictámenes separados.

Los peritos están sujetos a recusación bajo las causales contenidas en el artículos 305 y 307 del CPC que le sean aplicables. Asimismo, tienen el deber de

---

(1) Ver Regla 3.4 del Código de Conducta de los Jueces en Estados Unidos, publicado en Revista Peruana de Jurisprudencia, año 5, No 31/setiembre 2003, Lima, p.232

abstenerse si se encuentran afectados por alguna de las causales de impedimento. La tramitación de la recusación está regulada en el artículo 315 del CPC.

Uno de los vacíos que presenta el CPC es el referido a la oportunidad del pago que tiene la parte que ha ofrecido la pericia. Usualmente los jueces admiten y ordenan ejecutar la pericia, sin otorgar un plazo previo al oferente para que empiece el honorario del perito, generando con ello la dilación del proceso hasta cuando la parte requerida para el honorario tenga la buena voluntad de cumplir con ello.

En algunos procesos inclusive se ha procedido a fraccionar el pago del honorario, en varias cuotas, retrazando con ello el inicio de la pericia de parte, hasta que cumpla con abonar el íntegro del monto fijado como honorario. Esta situación nos permite sugerir que los jueces deben fijar un plazo a la parte que ha ofrecido la pericia para el abono del honorario, bajo apercibimiento de prescindir de ella. Sobre la necesidad de mantener o prescindir de una prueba pericial, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la acción de amparo N° 613-2003-AA/TC promovida por Pedro Miranda Vásquez de la siguiente manera: “existiendo una tacha dirigida a cuestionar la minuta de compraventa y la escritura pública que exhibieron los demandados en un proceso de reivindicación, era indudable que la prueba de cotejo de documentos asumía un carácter esencial y determinante para dilucidar los puntos controvertidos, criterio que fue plenamente compartido por la jueza del 37 Juzgado Civil de Lima, al disponer, motu proprio, la realización de la citada prueba; sin embargo, resulta inexplicable que, a pesar de haber optado por el cotejo, la misma Jueza haya decidido prescindir de ella, so pretexto de que otros medios probatorios permitirían dilucidar lo controvertido. Si esto último hubiese sido cierto, simplemente no habría tenido ningún sentido ordenar la actuación de la mencionada prueba de cotejo, ni mucho menos nombrar a los peritos correspondientes. Aunque la razón principal por la cual se ha prescindido de la prueba de cotejo radica, en el tiempo y la naturaleza del proceso, no se termina de entender por qué, pese a haberse presentado el dictamen pericial con fecha 31 de julio de 1998, justificándose la demora en el período de gravidez en el que se encontraba uno de los peritos, la Jueza emplazada no le otorga ninguna meritua-ción, a pesar de que su sentencia fue expedida con fecha 5 de noviembre de 1998. En el contexto descrito, señala el Tribunal Constitucional, que no se ha tomado en cuenta el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que dispone “el juez debe atender a que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica”, tampoco el artículo 201 del CPC, que establece “el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad. Con este razonamiento, no es que se esté invitando al juez ordinario a quebrar el orden formal que caracteriza a los procesos de los que conoce, sino a orientarlos en provecho de la finalidad elemental o concreta para la que estos existen. De no ser así el proceso se tornaría en un instrumento meramente formal, sin ningún referente de contenido justo o propiamente razonable”.

5. Por otra parte consideramos importante que se permita la presencia de las partes o apoderados o abogados en la realización de la operación pericial, siempre y cuando lo solicite con antelación la parte interesada en ella y la naturaleza de la pericia se pueda prestar para ello. Especial comentario merece el caso de la toma de muestras para la práctica de la pericia del ADN. Hay criterios que sostienen que sea el propio perito y no sus asistentes, quien deban tomar las muestras, pues ellas deben ser manipuladas con la debida seguridad y diligencia para su futura evaluación, sin embargo, posiciones contrarias sostienen que las muestras perfectamente pueden ser tomadas por asistentes del perito, pues la intervención de este, por sus conocimientos técnicos y científicos, no requiere que todo el procedimiento sea manipulado por este, lo que no le exime que pueda este supervisar la toma de las muestras y todo el mecanismo para su conservación. El conocimientopreciado del perito no radica en la toma de muestras, sino en ilustrar a partir de esas evidencias recogidas, los hechos controvertidos que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia.

Uno de los requisitos que se exige para proponer la pericia de parte, es indicar la profesión u oficio de quién debe practicarla. No es necesario que el perito cuente con un título profesional para su actuación, porque conforme lo señala el artículo 268 del CPC, puede darse el caso, que cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los juzgados donde no hayan peritos con título universitario.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para la admisión y actuación de una prueba pericial es necesario que se cumpla con las exigencias de los artículos 262 y 263 del CPC.*

*Si solo se ha ofrecido la pericia de parte, realizada por los peritos particulares, mas no la sustentación de la misma por los autores de dicho peritaje, resulta válido que el juez proceda a admitir el peritaje, pero no la fundamentación del mismo. El ofrecimiento de la pericia implica una explicación que deberá efectuar el perito al juzgador, con claridad y precisión, sobre los puntos que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretenden establecer con el resultado de la misma (Exp. Nº 27650-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 234).*

*Son requisitos de admisibilidad de la pericia, la indicación clara y precisa de los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarla y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia (Exp. Nº 2970-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 372).*

*“... La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos doscientos sesentitrés, doscientos sesenticinco y doscientos sesentiocho del Código Procesal Civil relativos a la designación de peritos y a la forma en que debe actuarse la prueba pericial constituye contra-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

vención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso...” (Cas. Nº 449-96-Ica, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 279-280*).

“...Aun cuando, efectivamente, la parte actora solicitó oportunamente la prueba pericial, la misma que le fue admitida por el Juzgado, (...) solicitó dicha prueba con omisión de los requisitos a que se contrae el artículo doscientos sesentitrés del Código Procesal Civil, por lo que no es viable su actuación...” (Exp. Nº 1283-94, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 278*).

Al ofrecer la pericia como medio probatorio se deben indicar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretende esclarecer con el resultado de la misma (Exp. Nº 164-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 247-248*).

Si el juez de la causa admite como medio probatorio la realización de una pericia grafotécnica, ésta debe ser realizada por peritos designados por éste, con indicación expresa de sus nombres y de acuerdo a la relación oficial emitida de la Corte Superior y no encargar a la Oficina de Criminalística, la emisión sin designación de los peritos, que esta reservada solo para procesos penales (Exp. Nº 761-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 159-161*).

## PERITO DE PARTE

### ARTÍCULO 264

*Las partes pueden, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el Juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el artículo 263, siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida.*

*Este perito podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el Juez ordene.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 202, 258, 263, 525.  
**R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ** art. 22 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C.M. Iberoamerica** art. 166.  
**C.P.C. Colombia** arts. 242, 462.  
**C.P.C.N. Argentina** arts. 459, 460.

---

## Comentario

---

La prueba pericial tiene como objeto comprobar o verificar un hecho controvertido para determinar sus causas o efectos. Requiere de conocimientos técnicos ajenos al juez, constituyéndose en un auxilio de este, por contar con la intervención de personas especializadas en arte, industria, técnica, etc.

Esta prueba se limita a aportar elementos de juicio a fin que ella sea libremente valorada por el juez. Estos peritos se comportan como intermediarios en el reconocimiento judicial de los hechos controvertidos, supliendo el conocimiento del que carece el juez.

La pericia puede operar como un medio probatorio de parte. En este caso, el ofrecimiento de la pericia debe cumplir con los requisitos que señala el artículo 263 del CPC y ofrecerse con la demanda o en la contestación. Luego de su admisión y como parte de su actuación, las partes pueden, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el Juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el artículo 263, siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida.

La pericia es un verdadero medio de prueba, ya que aún cuando el dictamen sustituya la percepción directa del hecho por parte del juez, incorpora al proceso un dato susceptible de provocar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos.

El perito de parte podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el Juez ordene. Los artículos 265 y 266 del CPC regulan dicha actuación.



### JURISPRUDENCIA

---

*Para la admisión y actuación de una prueba pericial es necesario que se cumpla con las exigencias de los artículos 262 y 263 del CPC.*

*Si solo se ha ofrecido la pericia de parte, realizada por los peritos particulares, mas no la sustentación de la misma por los autores de dicho peritaje, resulta válido que el juez proceda a admitir el peritaje, pero no la fundamentación del mismo. El ofrecimiento de la pericia implica una explicación que deberá efectuar el perito al juzgador, con claridad y precisión, sobre los puntos que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretenden establecer con el resultado de la misma (Exp. N° 27650-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 234)*

*No obstante que la entidad bancaria demandada ha anexado a su contradicción el informe interno pericial que concluye que las firmas de la demandante y los manuscritos trazados en los espacios gráficos de las boletas de retiro pertenecen al puño gráfico de la titular, así como su endoso; sin embargo, dicho informe pericial no constituye medio probatorio idóneo para eximir de responsabilidad a la entidad financiera, en razón de tratarse de un examen unilateral, al haberse llevado a cabo sin citación de la demandante, menos aún, ha sido materia de debate sus conclusiones en el proceso actual (Exp. N° 642-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 427-428)*

*Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrida ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el Juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial.*

*Además, en materia de prueba el Código Adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (Cas. N° 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11).*

*Si del tenor de la contradicción se advierte que uno de los puntos en controversia es la validez o invalidez de los títulos en ejecución, no resulta irrelevante admitir la pericia grafo-técnica ofrecida por el ejecutado.*

*Contraviene la obligación que le impone el artículo 326 del CPC. el Juez que se reserva el derecho a formular la propuesta conciliatoria (Exp. N° 531-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 230-232).*

## ACTUACIÓN

### ARTÍCULO 265

*Si los peritos están de acuerdo, emiten un solo dictamen. Si hay desacuerdo, emiten dictámenes separados. Los dictámenes serán motivados y acompañados de los anexos que sean pertinentes. Los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas.*

*El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas. Por excepción, cuando la complejidad del caso lo justifique, será fundamentado en audiencia especial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 202, 208 inc. 1, 209, 256, 258, 270 párr. 2, 478 inc. 11, 491 inc. 10.
<b>LEY 26636</b>	art. 37.
<b>R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ</b>	art. 25.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 169, 172.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 237.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160.

---

## Comentario

El dictamen pericial no es prueba sino un medio de prueba desde que solo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba dice Alsina está constituida por el hecho mismo, y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto.

La pericia esta a cargo del perito designado por el juez, pudiendo las partes y sus letrados presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones pertinentes. En este sentido, frente a la omisión del experto de informar día y hora en que se llevaría a cabo la pericia, no pueden considerarse lesionadas las garantías constitucionales de defensa en juicio y del debido proceso, si el interesado no manifestó concretamente su intención de participar en la producción de la prueba impugnada, máxime que ha tenido oportunidad de hacer valer sus derechos al contestar el traslado de las conclusiones del perito.

El perito presenta su dictamen. Este es el acto mediante el cual, respondiendo a cada uno de los puntos propuestos por las partes o por el juez, da cuenta de las operaciones realizadas y expone su opinión fundada acerca de las conclusiones que a su juicio cabe extraer de aquellas.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La pericia responde a la formalidad de la escritura, a través del dictamen, y a la oralidad, a través del debate y explicación. Hay una preponderancia del principio de publicidad e inmediación en esta actuación.

El dictamen deberá contener la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y principios científicos invocados, presentando por separados sus respectivos informes cuando no hay acuerdo entre los peritos. En este sentido aparece una interesante resolución judicial que apreciando la pericia de grupos sanguíneos practicado al demandado señaló<sup>(1)</sup> "...no produce una absoluta convicción los resultados por carecer ella de motivación razonada, limitándose la prueba a dar indicaciones aritméticas que son por si mismas insuficientes, pues, los grupos sanguíneos únicamente permiten excluir, pero no afirmar la paternidad o maternidad".

La norma señala que el dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas, sin embargo, consideramos que luego de correr traslado a las partes del contenido del dictamen, ellas consideran –innecesario o no– que cada perito concurra a dar explicaciones o aclaraciones.

Al respecto cabe distinguir entre la observación de la pericia y la explicación de este por el perito, ya que mientras la primera es posible hacerla en la audiencia de pruebas, conforme lo señala el artículo 266 del CPC, el pedido de explicaciones se encuentra sujeto al procedimiento establecido en el artículo 265 del CPC, razón por la cual al no haber hecho uso de la observación en tiempo oportuno, no procede luego utilizar esos cuestionamientos como argumento para la apelación.

Como señala la norma, los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas. La presentación extemporánea del dictamen no autoriza su desglose ni perjudica su eficacia, en tanto el perito no hubiere sido removido o no se encontrará firme el auto que así lo dispuso. En estos casos procede una audiencia especial, a que refiere el artículo 270 del CPC.

No basta que el perito adquiera convicción sobre la materia de su dictamen sino que debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, por ello, el informe pericial que no da explicación pormenorizada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda su opinión, carece de fuerza probatoria.

Por otro lado, es interesante facultar a los peritos, como consultores técnicos, a instar a las partes a conciliar. Esto, que es una figura que regula la legislación procesal chilena, se justifica en la información especializada que maneja el perito

---

(1) Ver caso Lucrecia Orozco Zapata con Alejandro Toledo Manrique sobre Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Exp: 13092-99, Res. N° 7 del 2 de diciembre de 1999-Juzgados Civiles de Lima.

que puede contribuir a despejar dudas o aclarar ideas de las partes, que luego de la pericia puedan resultar convincentes para llegar a un acuerdo.



### JURISPRUDENCIA

---

*El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas y excepcionalmente, cuando la complejidad del caso lo justifique, será fundamentado en una audiencia de pruebas.*

*El juez debe adecuar la labor pericial tal como fue ofrecida y no como fue admitida (Exp. N° 983-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 233).*

*Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando de ser necesario los apremios de ley (Cas. N° 867-98-Cusco, El Peruano, 21/01/99, p. 2518).*

*Los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas, en la que serán éstos explicados, estableciéndose así una formalidad específica para el debate pericial.*

*Si el Juez pone en conocimiento de las partes el informe pericial recién en la audiencia de pruebas, atenta contra el debido proceso, porque se limita el derecho a analizar dicho medio probatorio y a efectuar los cuestionamientos correspondientes (Exp. N° 337-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 378).*

*El juez debe apreciar el dictamen de los peritos según las reglas de la crítica.*

*Aunque un dictamen haya sido formulado en determinado sentido el juzgador no puede adelantar opinión, asumiendo el criterio de los peritos, porque el pronunciamiento jurisdiccional le corresponde al Juez y no a los auxiliares de justicia (Exp. N° 2172-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 116-117).*

*“... La pericia valorativa del inmueble fue puesta en conocimiento del Banco recurrente (...), y si bien conforme al artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal el dictamen pericial debe ser explicado en la audiencia de prueba, el defecto de forma en la actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad, tal como precisa el artículo doscientos uno del mismo Código, pues en todo caso el impugnante no observó el citado peritaje no obstante tener conocimiento de ello oportunamente...” (Cas. N° 803-99-Piura, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 281-282).*

*Cuando se ofrece como medio de prueba la pericia, debe ser actuada en audiencia; por ello, se hace de conocimiento de las partes el informe pericial con la debida anticipación, a fin que las mismas puedan hacer las observaciones que consideren pertinentes, siendo necesaria la concurrencia obligatoria del perito a fin que se lleve a cabo el debate pericial, conforme lo dispone el artículo 266 del C.P.C (Exp. N° 1735-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 370-371).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... Se ha infringido la exigencia legal del debido proceso al dejarse de actuar la pericia ofrecida por la parte demandada y admitida por el Juez, infringiéndose lo dispuesto en el artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 1172-99-Sullana, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 276-277).*

*“... La Corte Superior omitió citar a audiencia especial para la actuación de la prueba pericial, pese a que la recurrente había formulado observaciones al informe pericial (...) (...) Que al obrar de esa forma se ha vulnerado el derecho a la defensa de la recurrente contenida en el inciso catorce del artículo ciento treintinueve de la Constitución” (Cas. Nº 563-99-Ica, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 284-286).*

*“Como el Juzgado no dispuso la continuación de la Audiencia de Pruebas, para la explicación del dictamen pericial, resulta indudable que se le restó al recurrente la posibilidad de observar el dictamen en la Audiencia, afectando su derecho al debido proceso en consecuencia se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiu-no del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 310-99-Huaura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 342-344).*

*El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas conforme lo señala el artículo 265 del Código Procesal Civil. Es nulo el acto que soslaya las normas procesales (Exp. Nº 319-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 428-429).*

## OBSERVACIONES

### ARTÍCULO 266

*Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta.*

*Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones, mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia. Excepcionalmente el Juez puede conceder un plazo complementario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 202, 204, 209, 274.  
LEY 26636 art. 37.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 171.  
C.P.C.N.. Argentina art. 473.

---

## Comentario

El perito presenta su dictamen, respondiendo a cada uno de los puntos propuestos por las partes o incluidos por el juez. Da cuenta de las operaciones realizadas y expone su opinión fundada acerca de las conclusiones que a su juicio cabe extraer de aquellas.

Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta respectiva. El dictamen deberá contener la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y principios científicos invocados.

Las observaciones y correspondientes opiniones de los peritos consagran el principio de inmediación y publicidad en el debate probatorio.

La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez, teniendo en cuenta la competencia del perito, la uniformidad o disconformidad de opiniones y los principios científicos en que se sustentan.

Cuando la opinión del perito no hubiese sido impugnada en la etapa procesal oportuna, el juez puede apartarse de la pericia sobre la base de otros elementos probatorios incorporados a la causa, ya que la pérdida de la facultad de cuestionarla no le confiere por sí autoridad científica, ni lo exime a aquél de valorarla adecuadamente.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La audiencia de pruebas es importante porque la parte que ofreció la prueba, observa la procedencia de los nuevos puntos de la pericia propuestos por la otra parte al contestar la observación.

La práctica de la prueba pericial requiere de la actuación conjunta de peritos y de la posibilidad que las partes concurren a la diligencia y formulen observaciones que estimen pertinentes. En el primer caso, los expertos ejercen un recíproco control sobre el procedimiento y métodos utilizados y existe la necesidad y conveniencia que el dictamen sea el resultado de la discusión razonada acerca de hechos sobre los que versa la diligencia.

El dictamen pericial es el acto mediante el cual los peritos responden a cada uno de los puntos propuestos por las partes o por el juez. Dan cuenta de las operaciones realizadas y exponen su opinión fundada acerca de las conclusiones que a su juicio cabe extraer de aquéllos.

Tiene una forma escrita, contiene explicaciones detalladas de operaciones técnicas y principios científicos.



## JURISPRUDENCIA

---

*La pericia es un medio probatorio que requiere, previo conocimiento de las partes, su actuación en audiencia, conforme señala el artículo 265 del CPC; en la que además puede ser materia de observaciones, debiendo los peritos absolver las mismas, según fluye del artículo 266 del acotado (Exp. N° 510-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 384).*

*Cuando se ofrece como medio de prueba la pericia, debe ser actuada en audiencia; por ello, se hace de conocimiento de las partes el informe pericial con la debida anticipación, a fin que las mismas puedan hacer las observaciones que consideren pertinentes, siendo necesaria la concurrencia obligatoria del perito a fin que se lleve a cabo el debate pericial, conforme lo dispone el artículo 266 del CPC (Exp. N° 1735-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 370-371).*

*“... Los dictámenes periciales fueron en efecto observados por la impugnante en la audiencia complementaria (...), apareciendo en el acta mencionada las absoluciones de las observaciones planteadas por los peritos, y en relación a la ampliación de las observaciones presentadas por la demandada en su escrito de fojas (...), el mismo fue proveído por resolución (...) que dispone tener presente en lo que fuere de ley; cumpliéndose con las previsiones contenidas en el artículo doscientos sesentisés del Código Procesal Civil, no estando establecido mandato alguno de pronunciamiento a cargo del Juez...” (Cas. N° 2459-99-Cono Norte, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 274-275).*

*“... Carece igualmente de relevancia las observaciones efectuadas a dicho peritaje o al peritaje de parte ofrecido (...), por cuanto la emplazada ha reconocido el contenido del documento dubitado...” (Cas. N° 1841-99-Junín, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 255-256).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El artículo 266 del C.P.C. establece que las partes pueden fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones mediante*

*escrito en un plazo no mayor de tres días de realizada la audiencia, pero no exige que se corra traslado a la otra parte de dichas observaciones, pues la Ley deja al criterio del juzgador definir dichas observaciones (Exp. N° 1404-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 157-159).*

*El juez debe apreciar el dictamen de los peritos según las reglas de la crítica.*

*Aunque un dictamen haya sido formulado en determinado sentido el juzgador no puede adelantar opinión, asumiendo el criterio de los peritos, porque el pronunciamiento jurisdiccional le corresponde al Juez y no a los auxiliares de justicia (Exp. N° 2172-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 116-117).*

*“... Las pericias ordenadas por el Aquo, si bien llegan ambas a las mismas conclusiones, no aportan una conclusión razonable al juzgador para emitir su fallo, al fundarse en supuestos distintos en cuanto al llenado del documento cuestionado, pues una pericia dice que el documento original contenía una cantidad diferente a la que afirma la otra pericia, por lo que estando al objeto mismo de la pericia y la trascendencia que puede darse de sus conclusiones, se hace necesario que se cuente con una nueva prueba elaborada por la División de Criminalística de la Policía Nacional, incidiendo necesariamente en el hecho de determinar si hubo suplantación de texto, en el recibo cuestionado...” (Exp. N° 864-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 291).*

## CONCURRENCIA

### ARTÍCULO 267

*Los peritos concurrirán a la inspección judicial cuando haya relación entre uno y otro medio probatorio, según disponga el Juez, de oficio o a petición de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 273, 274.

---

### Comentario

---

En la inspección judicial el juez debe apreciar personalmente los hechos. A través de su percepción este recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis; sin embargo, el juez puede disponer que a la inspección judicial acudan peritos (ver artículo 273 del CPC). Esto se explica porque el reconocimiento judicial permite la concurrencia simultánea de diversos medios de prueba, para su actuación. En tal sentido, léase el artículo 273 del CPC “a la inspección judicial acudirán los peritos y los testigos cuando el juez lo ordene, con arreglo a las disposiciones referidas a dichos medios probatorios”.

Estos son sujetos eventuales en el reconocimiento judicial. Los peritos son personas elegidas en razón de sus conocimientos técnicos por el juez. En ese sentido, el juez de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la intervención de peritos, para la ejecución de planos, levantamiento, reproducciones fotográficas, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos.

## NOMBRAMIENTO DE PERITOS

### ARTÍCULO 268

*El Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos antes señalados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 273, 274, 277, 278, 606.  
R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ art. 22.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 243.

---

### Comentario

1. La norma asigna a los órganos de gobierno de la institución judicial, llámese Consejo Ejecutivo del Poder Judicial o el Consejo Ejecutivo Distrital, la facultad de proponer anualmente especialistas para ser nombrados peritos en un proceso judicial.

En ese sentido, por Resolución Administrativa N° 609-CME-PJ del 14/04/98, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial crea el Registro de Peritos Judiciales – REPEJ– con el objeto de crear en los Distritos judiciales de la República, el Registro de Peritos Judiciales a cargo del Administrador de cada Corte Superior de Justicia, en donde se inscribirán a los profesionales o especialistas que podrán ser nombrados peritos en los procesos judiciales.

2. Para la propuesta de los peritos, se toma como referencia de primer orden, la información alcanzada por cada colegio profesional. Estos son ingresados al sistema informático judicial mediante un Registro de Peritos (REPEJ) cuyo procedimiento administrativo está regulado por la Res. Administrativa N° 351-98-SE-T-CME-PJ y Res. Administrativa N° 011-SE-TP-CME-PJ del 8 de enero de 2000; sin embargo, hay situaciones que no requieren de profesionales universitarios o requiriéndose no existen en las sedes de juzgados personas con un título que les habilite participar. En esos casos, cuando no hay peritos podrán ser nombrados

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

las personas entendidas, experimentadas en el tema a absolver, aún cuando carezcan de título profesional.

3. Si bien el sistema de designación de peritos a través del REPEJ es aleatorio, se advierte algunas anomalías en su operatividad, como centralizar las notificaciones a los peritos a través de dicha dependencia, REPEJ, generando con ello dilaciones en el proceso, situación que se complica cuando el perito designado no tiene domicilio procesal dentro del radio del Distrito Judicial en el que va a operar. Además, se advierte la tendencia de los peritos a no aceptar el cargo, cuando las pericias refieran poco valor patrimonial, pues, a futuro van a influenciar en la cuantía del honorario a percibir. Esta discriminación, por el valor patrimonial del objeto de la pericia, es una anomalía que afecta el costo y tiempo del proceso en el que se le ha designado.

4. La norma en comentario hace referencia a la elaboración anual de una lista de especialistas para ser nombrados peritos en el proceso. Parecería que nos inclinamos por la participación de personas naturales para tal actividad, sin embargo, debemos señalar que pueden realizar la actividad pericial personas jurídicas o colectivas, por citar, véase el caso en la prueba del ADN que es practicada por laboratorios privados y no por personas naturales.

Esto nos lleva a afirmar que el perito no es una persona física sino una persona colectiva, a diferencia del testigo que es una persona natural. El juez puede solicitar la participación de Academias o entidades de carácter científico o técnico cuando se requiera operaciones de alta especialización o complejidad.

No se trata de prueba informativa, (ver artículo 239 del CPC) ya que no se solicita informes sobre hechos que resulten de asientos, registros o documentos, sino que en la prueba pericial se efectúa una consulta, una opinión o apreciación a entidades de conocido prestigio intelectual y por su versado conocimiento científico o técnico de la entidad consultada.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos doscientos sesentitrés, doscientos sesenticinco y doscientos sesentiocho del Código Procesal Civil relativos a la designación de peritos y a la forma en que debe actuarse la prueba pericial) constituye contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso...” (Cas. N° 449-96-Ica, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostraza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 279-280).*

*“... La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las peri-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*cias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los Colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas" (Cas. Nº 649-95-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 271-273).*

## ACEPTACIÓN DEL CARGO

### ARTÍCULO 269

*Dentro de tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad. Si no lo hace, se tendrá por rehusado el nombramiento y se procederá a nombrar otro perito.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 525.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N.. Argentina art. 469.

---

### Comentario

La condición de perito no es una carga pues este puede rehusar aceptar la designación, sin mayor justificación, solo dejando transcurrir el plazo sin manifestar, de manera expresa, la aceptación del cargo. Opera aquí una renuncia tácita por el transcurso del tiempo, sin embargo, no se podría invocar la aceptación tácita, por más que transcurra el plazo y no se nombre otro perito para ello.

La aceptación del cargo, está condicionado a realizarse dentro del plazo asignado, por escrito y bajo juramento o promesa de actuar con veracidad.

Si el perito acepta, tiene responsabilidad civil y penal en su actuación, pero, tiene derecho a percibir honorarios que constituye carga de la parte que ha ofrecido como prueba. El juez tiene el deber, en caso hubiere transcurrido los tres días y el perito designado no hubiere aceptado el cargo, de proceder a designar otro en su reemplazo, pues, se presume ante su silencio que ha rehusado aceptar el cargo. No debe esperar que las partes le soliciten la nueva designación porque la dirección del proceso está a su cargo y por tanto, tiene el deber -no la facultad- de impulsarlo por sí mismo, a tal punto, que será responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, tal como lo enfatiza el artículo II del Título Preliminar del CPC.

A pesar que la norma procesal no lo señale, la aceptación del cargo del perito lleva a que este adicionalmente señale su domicilio, para comunicarle las incidencias del proceso relacionado con su participación. Nótese que el artículo 268 establece el mecanismo de su designación y el artículo 270 las sanciones que generarían si retardaren la presentación del dictamen. Se extiende la carga de constituir domicilio a quienes, sin revestir la calidad de partes, intervenga en el proceso con motivo de una designación efectuada para cumplir uno o mas actos procesales.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las pericias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los Colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas” (Cas. Nº 649-95-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 271-273).*

## DAÑOS Y PERJUICIOS

### ARTÍCULO 270

*Los peritos que, sin justificación, retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas, serán subrogados y sancionados con multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar. En este caso, el dictamen pericial será materia de una audiencia especial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 53, 264, 265 últ. par, 478 inc. 11, 491 inc. 10.
C.P.	arts. 371, 395, 398, 409.
C. de P.P.	arts. 162, 163.
D.S. 017-93-JUS	art. 278.
R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ	art. 27 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 170.
-----------------------	-----------

---

## Comentario

---

1. El perito que aceptó el cargo será removido si rehúsa presentar su dictamen o no lo presenta oportunamente. El perito, a partir de la aceptación del cargo, como auxiliar de justicia se encuentra sujeto a sanciones civiles y penales, en el caso que no comparezca o que incurriera en falso testimonio. Por citar, el artículo 409 del Código Penal señala: “el testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

En cuanto al retraso en la presentación del dictamen, el artículo 371 del Código Penal regula lo siguiente: “el testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas...”.

La norma fija además como sanción administrativa el pago de multas, a favor del Estado.

El artículo 271 regula los honorarios de los peritos, sin embargo, el juez debe fijar al perito con anticipo el monto de sus honorarios. Este importe deberá ser asumido de manera directa ante el juzgado, mediante depósito judicial, la parte

que ofreció la prueba, salvo que se trate de prueba de oficio. El incumplimiento de esta carga dentro de un plazo que asigna el juez, debe aparejar la caducidad automática de la prueba pericial.

2. Por otro lado, apreciése que la norma hace referencia a la subrogación de peritos, que es diferente al supuesto de la variación de peritos cuando se presume que el silencio de estos frente a la designación realizada implica que han rehusado el cargo.

La norma parte asumiendo la aceptación del cargo por parte del perito designado. Dicha aceptación conlleva a que el perito asuma derechos y deberes que cumplir. En tal sentido, la práctica de la pericia en los plazos señalados, la presentación del dictamen, la sustentación oral de este en la audiencia de Ley, son deberes propios del perito que cuando son incumplidos va a provocar dos situaciones, según el deber incumplido: que sea subrogado de su condición de perito o que sea pasible de una sanción pecuniaria, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar.

Apreciése que en el caso de la subrogación, este opera cuando el perito sin justificación retarda la presentación del dictamen. Aquí el juez no solo debe proceder a subrogar sino a designar en su reemplazo al nuevo perito, quien podrá aceptar el cargo, caso contrario, continuará bajo los alcances del artículo 269 del CPC.

El otro supuesto que recoge la norma es la práctica de la pericia, la presentación del dictamen pero la resistencia a concurrir a la audiencia de pruebas para la explicación de este conforme lo exige el artículo 265 del CPC. Aquí ya no cabe la subrogación, sino la sanción pecuniaria (multa), como expresión de las facultades coercitivas del juez (que regula el artículo 53 del CPC) frente a la resistencia del perito a cumplir los mandatos judiciales. La norma, frente a dicha resistencia, considera que el dictamen pericial sea materia de una audiencia especial.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Se acusa como vicio que afecta el derecho de defensa que se ha ordenado traer los autos para sentencias (sic) después de haberse expedido el informe pericial (...) sin convocara una audiencia especial en aplicación extensiva del artículo doscientos setenta del Código Adjetivo; (...) según el precepto antes mencionado el dictamen pericia) es materia de una audiencia especial cuando los peritos retarden sin justificación la presentación de su dictamen o no concurran a la Audiencia de Pruebas; (...) el precitado dispositivo es impertinente para el caso, pues la fundamentación del medio impugnatorio no se sustenta en el retardo en la presentación del informe pericia) o la incomparecencia de los peritos a la Audiencia de Pruebas y –además– la sentencia impugnada no se apoya en dicho dictamen, todo lo cual determina que no hay nexo causal entre el vicio acusado y el fallo...”*  
**(Cas. Nº 1060-99-Ica, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 287-288).**

*Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrido ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el Juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial.*

*Además, en materia de prueba el Código Adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (Cas. Nº 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11).*

## HONORARIO

### ARTÍCULO 271

*El Juez fijará el honorario de los peritos. Está obligada al pago la parte que ofrece la prueba. Cuando es ordenada de oficio, el honorario será pagado proporcionalmente por las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 527 párr. 3.
C. de P.P.	art. 161.
D.S. 017-93-JUS	art. 279.
R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ	art. 24.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 173.
C.P.C. Colombia	art. 239.
C.P.C.N.. Argentina	art. 461.

---

## Comentario

---

La norma regula el honorario del perito a su labor realizada. Debe existir una relación razonable entre la retribución que se fija y la tarea efectivamente cumplida por el perito.

Los jueces deben regular, de manera antelada, los honorarios de los peritos, de tal manera, que ellos no convengan con las partes el monto de estos. Esa conducta comprometería su imparcialidad o permitiría una razonable sospecha.

La producción y pago de la prueba pericial es asumida por cuenta de cada parte que ofreció la prueba y para cada perito.

En caso de designación de oficio, será abonada por las partes en forma proporcional, sin perjuicio que ulteriormente se reembolse el gasto con las costas del proceso. Esto significa que los honorarios derivados de la actuación de perito serán abonados por la parte vencida y condenada en costas. (ver artículo 412 del CPC).

Uno de los vacíos que presenta el CPC es el referido a la oportunidad del pago que tiene la parte que ha ofrecido la pericia. Usualmente los jueces admiten y ordenan ejecutar la pericia, sin otorgar un plazo previo al oferente para que empiece el honorario del perito, generando con ello la dilación del proceso hasta cuando la parte requerida para el pago del honorario tenga la buena voluntad de cumplir con ella.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En algunos procesos inclusive se ha procedido a fraccionar el pago del honorario, en varias cuotas, retrazando con ello el inicio de la pericia de parte, hasta que cumpla con abonar el íntegro del monto fijado. Esta situación nos permite sugerir que los jueces deben fijar un plazo a la parte que ha ofrecido la pericia para el abono del honorario, bajo apercibimiento de prescindir de ella. Apreciése que la actividad probatoria es una carga de las partes, de tal manera, que si la parte no viabiliza la pericia ofrecida y admitida dentro del plazo asignado, debe el juez –de oficio– prescindir de dicho medio de prueba, toda vez, que es un derecho de todo litigante a tener un proceso justo sin dilaciones indebidas.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las facultades coercitivas del Juez están orientadas a que las partes conserven una conducta procesal de respeto a la actividad judicial, pero no para exigir el pago de obligaciones. Los honorarios fijados a los peritos, no es otra cosa que la contraprestación al servicio de emitir un peritaje. Ante el supuesto del no pago, importa una deuda dineraria que no puede dar lugar a una sanción (Exp. N° 97-56804-2044-A, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 158).*

*Corresponde asumir el pago de honorarios de los peritos -nombrados por el Juzgado- a la parte que ofrece la pericia; siendo irrelevante para tal efecto, que una entidad bancaria se haya adjudicado el bien (Exp. N° 1415-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 385).*

*El juez fija el honorario de los peritos, correspondiendo su pago a la parte que ofreció la prueba.*

*Los honorarios constituyen costas judiciales que serán necesariamente reembolsadas por la parte vencida (Exp. N° 515-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 361).*

*El hecho que la parte emplazada formule oposición a la subrogación del perito por haber contactado y sufragado parte de sus honorarios profesionales no es óbice para que el Juez imponga a ésta y al letrado que patrocina una multa por haber transgredido los principios del artículo IV del Título Preliminar del C.P.C.*

*Si bien el Juez fija el honorario del perito, también es cierto que la parte que ofrece dicha prueba está obligada al pago de éste (Exp. N° 12924-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 407-408).*

## Capítulo VII

# INSPECCIÓN JUDICIAL

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 272

*La inspección judicial procede cuando el Juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 188, 192 inc. 5, 208 párr. 6, 300, 505 inc. 5, 606.</i>
<i>C. de P.P.</i>	<i>art. 170.</i>
<i>C.T.</i>	<i>art. 125.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 38.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>arts. 258, 259, 260, 261, 262.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>art. 174.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 244, 245, 246, 247.</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>arts. 161-171.</i>

---

### Comentario

La inspección judicial denominada también examen judicial es la percepción sensorial directa efectuada por el juez o colegiados sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características. Los objetos de verificación deben estar relacionados con los puntos controvertidos del proceso.

Se critica que se denomine a este medio probatorio “inspección ocular” porque son expresiones que restringen la actividad del juez a una mera percepción visual de las materias que constituyen el objeto de la diligencia, sin embargo, en ellas también puede utilizarse el oído, el gusto, el olfato y el tacto, cuando se trata de comprobar la existencia de ruidos molestos y la existencia de malos olores.

En inspección judicial el juez debe apreciar personalmente los hechos. Ello constituye un ejemplo típico de prueba directa. A través de la percepción común del juez este recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis. La percepción común del juez recae sobre un instrumento que suministra un dato inmediatamente revela-

dor del hecho mismo que se intenta probar y no sobre instrumentos que, en razón de suministrar datos representativos de ese hecho, proporcionan prueba en forma mediata

En cuanto a la naturaleza jurídica del reconocimiento judicial se dice que no configura, técnicamente, un verdadero medio de prueba porque mediante aquel no se incorpora “un antecedente que no conste ya en el proceso mismo”

Se trata de la apreciación de una prueba, pues ella estará constituida o resultará de la cosa sobre la cual recaiga la inspección; la diligencia solo servirá para ilustrar al juez, permitiéndole aclarar circunstancias que de otra manera no habrían podido ser valoradas con precisión”.

Dicha tesis no es compartida por Palacio<sup>(1)</sup> quien la considera errónea, por cuanto la cosa sobre la cual recae el reconocimiento no configura en sí misma una prueba, sino un instrumento probatorio del cual cabe extraer un dato (fuente de prueba) que cotejado con los hechos controvertidos (objeto de prueba) permitirá al juez convencerse de la existencia o inexistencias de estos.

Según Palacios, la circunstancia que el lugar, la cosa o la persona reconocidas suministren un dato (fuente) coincidente con el hecho a probar no altera el carácter de medio probatorio que reviste el reconocimiento judicial, pues dicho carácter está dado por la actividad desplegada por el juez a fin de verificar, mediante su percepción sensorial, las cualidades o características del lugar, cosa o persona sometidas a examen.

Nuestra legislación procesal no regula la reconstrucción de los hechos. Optar por este medio de prueba, implicaría voltear la mirada al pasado, a diferencia de la inspección judicial, que verifica el presente los hechos que se le muestra.

Otra de las limitaciones que apreciamos en la práctica de este medio de prueba se refiere a la vulneración del principio de inmediación, cuando un juez ajeno al proceso, realiza este reconocimiento por exhorto. Como señala el artículo 151 del CPC “cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto”. En ese sentido léase el artículo 156 de la LOPJ “los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”, por tanto, bajo la influencia de la LOPJ perfectamente podría ordenar el juez de primera instancia que la inspección judicial la realice el juez de paz letrado –vía exhorto– dentro de un mismo ámbito territorial. Frente a ello, véase lo regulado por el artículo V del TP del CPC “las audiencias y la actuación de los medios probatorios se realizarán ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad” sin embargo se exceptúan de este

---

(1) Op. cit. T. IV, p. 480.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

principio las actuaciones procesales por comisión, pero, cuando opere fuera del ámbito de competencia territorial del juez del proceso. Algunos invocan, para contrarrestar las limitaciones de la competencia territorial, a la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin embargo, ese referente normativo no resulta aplicable al proceso civil porque conforme lo señala la 10ª Disposición Complementaria del CPC “las normas del Código Procesal Civil se aplican preferentemente respecto de las de aquella” En ese mismo sentido la 25 Disposición Final de la Ley Orgánica también hace referencia a la supremacía del Código Procesal en relación a ella.

Por último, debemos precisar que al implicar la inspección judicial un reconocimiento que hace el juez de manera directa sobre los hechos, técnicamente su denominación en el Código podría ser asumida como reconocimiento judicial.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. Nº 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203).*

*El juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos. Dada la naturaleza del medio probatorio, como es la inspección judicial, no cabe legalmente que el Juez de la causa encargue el cumplimiento de ella, al Juez de Paz (Exp. Nº 1657-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 239-240).*

*Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba.*

*En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el Juzgador se forme convicción (Exp. Nº 1297-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 351-352).*

*Si en el curso del proceso no aparece determinada con claridad el área del predio cuyo desalojo se persigue, y si no se ha aportado ningún elemento de juicio que permita evidenciarlo, resulta necesaria la práctica de una inspección judicial a efectos de precisar la ubicación y extensión del bien sub-júdice (Exp. Nº 1109-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 373-375).*

*Es pertinente ofrecer como medio probatorio la inspección judicial sobre el inmueble de litis y la visión de un videocasete, para acreditar las condiciones en que se encontraba el terreno antes del contrato de compraventa, cuya resolución e indemnización se demanda (Exp. Nº 3941-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 222).*

## ASISTENCIA DE PERITOS Y TESTIGOS

### ARTÍCULO 273

*A la inspección judicial acudirán los peritos y los testigos cuando el Juez lo ordene, con arreglo a las disposiciones referidas a dichos medios probatorios.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 222, 267.

---

### Comentario

---

1. Son sujetos necesarios de la prueba: el órgano judicial y las partes que deben ser citadas a concurrir a la ejecución de aquel; sin embargo existen sujetos eventuales en el reconocimiento judicial, como los testigos y peritos

Se entiende por testigo a la persona en cuya presencia se cumple un hecho que cae bajo sus sentidos. Los peritos son personas elegidas en razón de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, por el juez.

Como señala la norma, se permite acudir a la inspección judicial a los peritos y testigos. Ello se explica, en este último caso, porque tiende a activar o reavivar la memoria del testigo, o en su caso permitirle una referencia más concreta sobre los hechos que expone. En la inspección judicial es el juez quien toma información directamente y la completa con las declaraciones de los testigos en el lugar, a fin que aclaren su entendimiento.

2. El perito se diferencia del testigo, porque entra en contacto con los hechos en forma deliberada y a raíz de un requerimiento judicial y puede expedirse no solo con relación a hechos pasados o presentes, sino también futuros. El testigo da noticias sobre los hechos pasados, declara sobre sus percepciones; en cambio el perito formula juicios de valor o deducciones extraídas de los hechos percibidos, recién en el proceso. El testigo es insustituible, a diferencia del perito que es fungible o sustituible, pues, su aptitud para comprobar y enjuiciar hechos es común a todas aquellas personas de su especialidad. El testigo declara sobre hechos realizados fuera del proceso, sin encargo del juez, en cambio, el perito se pone en contacto con el hecho a raíz del encargo que el juez le encomienda.

## CONTENIDO DEL ACTA

### ARTÍCULO 274

*En el acta el Juez describirá el lugar en que se practica la inspección judicial, los hechos, objetos o circunstancias que observe directamente, según sea el caso, y un resumen pertinente de las observaciones de los peritos, los testigos, las partes y sus Abogados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 222, 266, 272.

---

### Comentario

---

1. La resolución que ordene la inspección judicial debe individualizar lo que deba constituir su objeto y se determinará el lugar, fecha y hora en que se realizará para posibilitar a las partes y sus abogados la concurrencia al acto.

La inspección judicial puede ser resultado de una carga de las partes o de una facultad de oficio del juez, en ambos casos, es necesario la individualización del objeto de la inspección a fin que las partes adopten por anticipado las medidas tendientes a controlar el debido cumplimiento de la diligencia y puedan estar en condiciones de requerir las medidas complementarias que aseguren su eficacia o de valerse del asesoramiento necesario para formular sus observaciones.

Si la orden se dispone a pedido de parte, pesa sobre está la carga de precisar el objeto y finalidad de la diligencia

2. Las partes podrán concurrir con sus representantes legales y abogados. La eficacia probatoria de la inspección judicial requiere el levantamiento del acta en el la que se deje constancia de las percepciones y observaciones recogidas durante la inspección. Las constancias registradas en el acta, deben ser valoradas el sentenciar.

La concurrencia de las partes es voluntaria porque para ellas representa una carga, no así para los testigos y peritos, para quienes constituye un deber. A pesar de la concurrencia de los diversos sujetos citados, debemos tener presente que el protagonista único de la inspección judicial es el juez. Las partes, sus representantes, abogados, tienen la posibilidad de intervenir, pero limitadamente, al solo efecto de señalar algunos aspectos que se consideren de interés, o formular observaciones o indicaciones para la eficacia de la medida, de lo cual se debe dejar constancia en el acta.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La redacción del acta se debe hacerla circunstanciada, pormenorizada, teniendo en cuenta que ella servirá para cuando el superior jerárquico tenga que conocer el caso en revisión o cuando la diligencia ha sido practicada por un juez que no será el de la sentencia.

Las constancias del acta de inspección judicial son elementos que solo sirven para mejor enfocar el estudio de las pruebas acumuladas. Compartimos la recomendación que el juez que quiera dejar constancia en el acta, debe limitarse a registrar comprobaciones objetivas, sin consignar apreciaciones que pudieren considerarse como opiniones sobre puntos en discusión.

3. El juez para brindar una mejor información de lo que ha verificado en la inspección podría asistirse del video, fotografías o planos; esto es importante porque la deficiente redacción de las actas (por caligrafías que no son legibles o por problemas de redacción de estas) así como la memoria frágil del magistrado y la posibilidad que no pueda este permanecer en la dirección del proceso, genera dificultad para valorar esta prueba tanto por el mismo juez como por sus sucesores y la instancia revisora; por ello, sugerimos que el juez –si considera pertinente– disponga auxiliarse de estos medios al convocar a la inspección judicial. Estos auxilios en la reproducción de lo que el juez ha verificado deben ser considerados como parte del reconocimiento judicial y obrarán insertos al acta, como anexos de esta, en el caso que se utilice la fotografía o se levante empíricamente un plano; las cintas de audio y de video también son anexadas como muestra de lo que el juez ha constatado in situ, cuya descripción aparece reproducida en el acta respectiva.

Otra situación que se advierte en el acta es la ilegibilidad de los manuscritos de quien lo redacta. Existe valiosa información consignada en el acta, pero una mala caligrafía hace que no pueda apreciarse con comodidad el contenido de ella, por ello, sería recomendable que luego de la inspección judicial, se proceda a la transcripción mecanográfica del manuscrito del acta, para una mejor apreciación de su contenido.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Al haberse realizado la inspección judicial (...) sin la notificación de la parte demandada, máxime que ésta se ha realizado dentro del proceso, se ha incurrido en causal de nulidad, por haberse privado del derecho de defensa...” (Cas. Nº 2704-97-Apurímac, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 292-294).*

## Capítulo VIII

---

# SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

### FINALIDAD DE LOS SUCEDÁNEOS

#### ARTÍCULO 275

*Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 188, 191.

---

### Comentario

---

Los sucedáneos son mecanismos auxiliares para lograr la finalidad de los medios probatorios. Opera cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directa que los constate por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos) sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de estos y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio.

Aquí el objeto de la prueba no es conocido de manera directa por la percepción del juez o de un tercero, sino mediante su deducción, a partir de un hecho previamente probado. Ese hecho que sirve para la comprobación de aquél, es el indicio. Este es un hecho base, a partir del cual, puede inferirse la presunción.

Nuestro Código, teniendo en cuenta el objetivo de la prueba, asume la clasificación de esta en directa o inmediata y la indirecta o mediata. La primera tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones, es decir, sirve para comprobar directamente dichas afirmaciones. La segunda sirve para extraer nuevas afirmaciones, que permitirán fijar por deducción los hechos controvertidos. Por eso, en este caso, se habla de la prueba indiciaria, por presunciones o crítica. En ese sentido, Carnelutti considera prueba, al testimonio, al documento y al indicio. Prueba judi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cial incluye tanto la fuente, el medio a través del cual se incorpora al proceso, como las razones por las cuales, el juez saca la conclusión.

Devis Echeandía<sup>(1)</sup> al distinguir entre medio y sucedáneo de prueba considera que el concepto de sucedáneo de prueba es útil para aplicarlo a los casos en que el juez puede recurrir a otro expediente para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver el fondo de la cuestión debatida. Desde este punto de vista existen dos sucedáneos de prueba, según el autor, las presunciones legales *iuris tantum* y *iuris et de iuris*, pues hacen innecesaria la prueba del hecho presumido, y la certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho que interese al proceso, por ausencia o deficiencia de la prueba, y no le es posible producirla de oficio o está precluida la etapa procesal para hacerlo.



## JURISPRUDENCIA

---

*La probanza para los fines de la filiación debe ser contundente, lo que no debe ocurrir tratándose de los alimentos para un hijo alimentista.*

*La propia naturaleza de los hechos, hace difícil acreditar objetivamente las relaciones íntimas que hubiera mantenido la madre con la persona contra quien se reclama los alimentos, razón por la cual se tiene que recurrir a indicios y a presunciones para llegar a la conclusión determinante sobre las relaciones imputadas (Exp. N° 606-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 32).*

*La evidencia de falta de formalidad en el documento que contiene la celebración del matrimonio carece de consistencia, si está acreditado que ambos cónyuges demandaron la separación convencional, de la cual se desistieron.*

*La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados (Exp. N° 830-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 16).*

*“... Recurrir a los sucedáneos de prueba constituye una facultad del juzgador, con la finalidad de corroborar o complementar el valor de los medios probatorios, no siendo exigible acudir a ellos cuando se llega a la convicción sobre un hecho con los medios que se tiene...” (Cas. N° 2783-99-Lambayeque, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 297-298)*

*“... El artículo doscientos setentecincos del Código Adjetivo faculta a los Jueces para valerse de auxilios sucedáneos para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de éstos; sin embargo, el recurrente pretende que el juzgador solo puede basarse en dichos medios sucedáneos cuando han sido actuados u ofrecidos por una parte, posición errada que desconoce una potestad del juzgador...” (Cas. N° 2546-99-Piura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 299-300)*

---

(1) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. T. II, op. cit., p. 193.

## INDICIO

### ARTÍCULO 276

*El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.D.I.P. art. 407.  
LEY 26636 art. 41.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 248.

---

## Comentario

---

1. Indicio es el rastro, vestigio, huella, circunstancia debidamente acreditado, susceptible de llevar por la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.

El indicio constituye una prueba indirecta de la cual el juez puede sacar conclusiones útiles para la demostración de los hechos. Es punto de partida para establecer una presunción. Es una prueba crítica o lógica o indirecta.

Para Fenech<sup>(1)</sup>, los indicios pueden concebirse “como hechos que, por sí solos, no pueden constituir un hecho base del que pueda establecerse como cierto el hecho presunto; la relación se establece entre una serie o conjunto de hechos, de una parte, que son los indicios, y un solo hecho de la otra parte, y únicamente cuando todos los indicios convergen sobre este otro hecho, puede éste admitirse como cierto”.

2. Una de las disquisiciones que se plantea en la doctrina acerca de los indicios, es reconocer el carácter de medio de prueba. Un sector considera que los indicios no son prueba, sino objeto y argumento de prueba. Su error, para quienes sostienen ello, radica en contemplar el hecho en sí mismo, separado de la inferencia que de él obtiene el juez y que constituye su fuerza probatoria. Felizmente, nuestro Código si lo reconoce y pone énfasis en este extremo al señalar en el presente artículo que “los medios probatorios, adquieren significación en su con-

---

(1) Fenech. El proceso penal. Barcelona, 1956, p. 136, citado por DE PINA Rafael. Tratado de las pruebas civiles, 3º ed. Porrúa S.A. Mexico, 1981, pp. 244-245.

junto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”.

3. Nuestro Código separa las presunciones de los indicios. Haciendo una distinción de estos señalamos que el indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados, que le permite al juez darle valor probatorio a aquel, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata.

La presunción judicial sirve para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios.

El indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, la presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado y el indiciario han ocurrido.

4. Para que exista indicios con fines probatorios es indispensable que se reúna los siguientes requisitos:

a. el hecho indicador debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no hay plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inferir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura.

b. el hecho probado debe tener alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga, por existir alguna conexión lógica entre ellos. La mayor o menor fuerza probatoria del indicio, depende del mayor o menor nexo lógico que exista entre aquél y el hecho desconocido que se pretende demostrar.

Los indicios para que constituyan prueba válida es necesario según Devis Echeandia<sup>(2)</sup> que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido practicadas y admitidas en forma legal; que no hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley para demostrar el indicio; que no exista una nulidad del proceso, que vicie las pruebas del indicio; y que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o el indicado.

5. La prueba de indicios es importante para suplir la falta de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez. Su importancia señala Devis Echeandia<sup>(3)</sup>, creció en el derecho moderno

(2) Op. cit., pp. 517-518.

(3) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales. T. II, 10 ed. Dike. Medellín, 1994, p. 508.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cuando gracias a la libertad que se dio al juez para valorarla, de acuerdo con las reglas de la sociología, de la lógica y de la experiencia, se reconoció que puede llegar a ser plena o completa, suficientemente para formar por sí sola la convicción o certeza necesaria para proferir la decisión sobre los hechos investigados.



## JURISPRUDENCIA

---

*No obstante no haberse acreditado debidamente los ingresos del demandado, sus frecuentes viajes al extranjero revelan que tiene capacidad económica suficiente para que acuda con alimentos en la proporción debida y en forma prudencial (Exp. N° 3356-95, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 138).*

*Para un hijo alimentista no cabe discutir la paternidad sino la obligación alimentaria del que debe prestar los alimentos, razón por la que tampoco se requiere de prueba tan completa como para establecer la paternidad extramatrimonial sino de elementos probatorios que al ser evaluados, persuadan al Juzgador sobre las relaciones habidas del demandado con la demandante durante la época de la concepción (Exp. N° 713-94-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 226-228).*

## PRESUNCIÓN

### ARTÍCULO 277

*Es el razonamiento lógico crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 188, 524.  
C.D.I.P. art. 406.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 176.  
C.F.P.C. México art. 190.

---

### Comentario

---

El Código distingue los indicios de las presunciones. Los primeros operan como base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y que estas concurren en la valoración de aquellos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que guían el criterio del juzgador al apreciar el mérito probatorio de aquellos.

Las presunciones se basan en lo que hay de ordinario y constante en los fenómenos físicos, síquicos, sociales y morales (reglas de la experiencia) para inferir lo ocurrido en el caso particular. A esa regla se llega por un proceso inductivo, que se apoya en la observación de casos particulares análogos; pero en la presunción de origen legal, el juez prescinde de este proceso inductivo, que está implícito en la norma.

Las características fundamentales que distinguen a una verdadera norma de presunción son:

La norma debe hallarse contenida en una ley positiva, de carácter procesal y con repercusión probatoria.

Es preciso asimismo el enlace entre dos afirmaciones y que estas sean cualitativamente distintas entre sí. Pero, sobre todo, la afirmación base debe ser distinta de todas las restantes afirmaciones que concurren con la afirmación presumida para integrar el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida

La prueba de presunciones ofrece la particularidad, de no precisar procedimiento para su ejecución, pues, la demostración del hecho base, ha de hacerse por otro medio de prueba (documentos, testigos, etc.) y la deducción del hecho

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

consecuencia es una operación puramente lógica o de interpretación legal, que no exige formalidades procesales.

La presunción legal y judicial, es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el juez deducen de su propia experiencia.

Las presunciones judiciales constituyen la regla general; las legales, la excepción. Las presunciones legales son más arriesgadas que las judiciales, porque reposan sobre un simple cálculo de probabilidades, muy expuesto a error.

Las presunciones judiciales se diferencian de las legales porque la ley las autoriza, pero no las establece especialmente. La presunción legal no existe *sine lege*; la presunción judicial, cuando es admisible por ley, puede existir siempre que la obtenga el criterio del juez.

Las presunciones legales son deducciones de carácter general que la ley hace y a las que atribuye una determinada eficacia, por ejemplo, el hijo nacido dentro del matrimonio, se presume como padre al marido. Las judiciales no están sometidas a reglas inflexibles y presentan la variedad infinita de los hechos humanos.

Por otro lado, el juez puede apreciar la presunción de la prueba aun cuando la misma no sea ofrecida por las partes, pues esa especie de prueba no la requiere, ya que es el resultado del ejercicio de la función judicial, por cuanto la ley define las presunciones, como la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.

La presunción judicial es la consecuencia que el juez, según su prudente arbitrio, deduce de un hecho conocido para obtener otro desconocido.

En la presunción legal el ordenamiento jurídico, establece que probados ciertos presupuestos, el juez debe tener por cierto los hechos. Importa la prueba indiciaria impuesta por legislador ante la evidencia judicial de determinados hechos desconocidos.

La presunción judicial, deja al juzgador para que haga la inferencia, de modo que de determinados hechos por deducción llega al conocimiento de otros. Aquí el juez establece medios de examen de indicios acreditados, recurriendo a sus conocimientos, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica, etc.

Rafael De Pina<sup>(1)</sup> señala que la prueba de presunciones se aprecia más segura que la directa. Raramente hay que esperar de los indicios el perjuicio, la falsificación, ni la parcialidad o de la venalidad en el testigo; sin embargo, el único peligro de esta prueba, está en que la consecuencia que el juez obtenga pueda ser falsa,

---

(1) Tratado de las pruebas civiles, 3º ed. Porrúa. Mexico, 1942, p. 236.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

pues, si los hechos no mienten, pueden en cambio ser mal interpretados; la consecuencia deducida puede ser errónea; el vicio reside, no en el indicio mismo, sino en el razonamiento del juez.

La presunción invierte la carga de la prueba. Quien invoca la presunción, debe acreditar los antecedentes, los indicios alegados para que la presunción opere y al que pretende destruir sus efectos corresponde prueba en contrario. En ese sentido, resulta coherente aceptar que la declaración del codemandado debe ser valorada como una presunción o indicio oponible al otro codemandado, si no ha sido desvirtuada por prueba en contrario. La absolución de posiciones de los codeemandados debe valorarse como presunciones e indicios oponibles a otro litisconsorte.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si existen elementos probatorios que conducen a concluir que no solo ha existido una relación amorosa sino que el demandado ha mantenido relaciones íntimas con la actora, ello hace presumir fácticamente que el menor es hijo del demandado, máxime que éste no lo ha desvirtuado (Exp. Nº 338-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 124-126).*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. Nº 107-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 102-103).*

*“... No puede denegarse el derecho de un propietario con derecho protegido por el Estado y la ley de ejercer la posesión inmediata del bien, bajo el argumento de existir conflicto de propiedad sobre él, porque las presunciones de conocimiento de las inscripciones y de certidumbre de su contenido, previstas en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Civil, hacen que aquél no tenga sino que probar en el proceso como el que se tiene a la vista (Desalojo) la propiedad del inmueble y que el emplazado lo haga respecto al título que respalda su posesión o en todo caso a un derecho de igual o similar categoría que el opuesto...” (Exp. Nº 99-96, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 504-505).*

*Si bien dichas normas legales forman parte del sistema positivo, esto es, del código civil, lo es también que su contenido es de carácter estrictamente procesal y no de derecho material, así la primera está referida a la presunción de la culpa leve en la inejecución de una obligación y ésta se relaciona con el artículo doscientos setentisiete del código procesal civil que señala el concepto de presunción, la segunda se relaciona con la prueba y valoración, que, en consecuencia, no resulta procedente denunciar estas normas a través de la causal de inaplicación de una norma de derecho material, normas que tienen un contenido social (Cas. Nº 1226-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.19-A.20).*

*“... El artículo ciento noventicinco del Código Civil establece que `el acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminu-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro (**Exp. N° 15676-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 107-108**).

“... Tanto las presunciones legales así como las reglas que regulan la carga de la prueba, son sucedáneos que sirven para lograr la finalidad de los medios probatorios; por ende, son reglas que ayudan a la valoración de las pruebas...” (**Cas. N° 3351-99-Ucayali, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 302-303**).

“... Es deber del juzgador exponer las razones por las cuales no le es suficiente una presunción legal de relativa verdad, y en su caso deberá precisar cuáles fueron las pruebas utilizadas como medio para acreditar los hechos que reputa como probados, con el fin de dar a conocer sus razones, poniendo así de manifiesto que no actúa arbitrariamente” (**Cas. N° 2516-99-Cono Norte-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 306-308**).

## PRESUNCIÓN LEGAL ABSOLUTA

### ARTÍCULO 278

*Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción solo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 190 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México art. 191.

---

### Comentario

La presunción legal, implica que por mandato legal se ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso.

Las presunciones legales *juris et de jure* tienen tal consistencia que más que pruebas parecen declaraciones o reglas positivas de derecho. La ley no se dirige, en este caso, a producir en el juez un grado más o menos elevado de convencimiento. La disposición legal no vale en este caso como prueba, sino como mandato, que el juez ha de acatar, teniendo por verdad lo que la ley presupone. En ese sentido, la presunción legal absoluta no es realmente una presunción, sino una ficción legal, dado que pese a tener una forma semejante a la primera, posee la esencia de esta última, al no admitir prueba en contrario.

El razonamiento del juez que aplica una presunción legal parte de la regla general (implícita en la norma legal) que indica lo ordinario en esa especie de fenómenos materiales o morales y que constituye la premisa mayor (por ejemplo, el hijo de mujer casada suele tener por padre al marido de ésta, por lo que se presume que así es en los casos concretos); la premisa menor es el razonamiento del juez, que le permite considerar el hecho probado como idéntico o análogo al que sirve de presupuesto a esa norma (éste es un hijo de mujer casada); la conclusión es la consecuencia deductiva de aplicar aquella regla general a este caso concreto análogo o idéntico (luego este hijo es del marido de la madre). Es, pues, un razonamiento lógico basado en el principio de identidad o analogía.

En relación a las presunciones legales, Bonnier<sup>(1)</sup> considera que no siempre es posible al hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso par-

---

(1) Citado por DE PINA, Rafael. Op. cit. 240.

ticular, y, no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenerse finalmente; la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de intereses preciosos, obligan al legislador a tener por verdaderos gran número de puntos, que no están demostrados, pero cuya existencia se halla probada por una inducción más o menos poderosa. El orden público, lo mismo que el orden social, sólo se funda en presunciones legales. La aptitud para ejercer ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, sólo se reconoce por medio de ciertas condiciones, determinadas a priori, siendo, evidentemente, impracticable una comprobación respecto de cada individuo. Cuando más se complican las relaciones sociales, mas necesario llega a ser multiplicar estas presunciones

En ese sentido Devis Echeandía<sup>(2)</sup> considera “las presunciones legales tienen también una función sustancial y extraprocesal, muy importantes, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio, a la posesión de la tierra, al ejercicio de los derechos políticos (presunción de capacidad para su ejercicio por mayores de edad) etc. Desde este punto de vista reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente (...) las judiciales cumplen exclusivamente la función procesal mencionada. Es una diferencia muy importante entre los dos tipos de presunciones, que determina la verdadera naturaleza de las primeras”.

Planiol y Ripert no consideran a la presunción legal como medio de prueba. Dicen, la ley invierte el orden material de la prueba, y, tomando en consideración circunstancias determinadas, dispensa de toda prueba al que reclama un derecho u opone un medio de defensa; en tal caso, el litigante no tiene nada que probar, si no es que se encuentra en el caso previsto por la ley y, ordinariamente, esta circunstancia resulta de hechos evidentes que no son negados. Se dice entonces que tienen una presunción legal en su favor. Por consiguiente, la presunción legal no es medio de prueba, sino la inversión legal de la carga de la prueba. El que tiene a su favor una presunción legal, solo esta obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

La presunción legal y la prueba son, cosas distintas. La generalidad de la primera, es contraria al carácter singular del verdadero medio de prueba; por su objeto, la prueba busca formar la convicción del juez y la presunción legal dispone imperativamente tomar como cierta una deducción general fundada en un mero cálculo de probabilidades, y porque las prohibiciones o limitaciones que las presunciones establecen con relación a las deducciones de la ley, exteriorizan, su carácter extraprocesal y su pugna con los principios fundamentales del derecho probatorio.

---

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. T. II, op. cit., p. 538.

En relación a este artículo, en los últimos años, han aparecido algunas corrientes de pensamiento que afirman la necesidad de su derogación, entre otras razones, porque la regulación de la presunción legal absoluta es contradictoria con la noción de presunción que establece el artículo 277 del CPC. Es anti-técnico no solo su ubicación sino la existencia y designación de esta mal llamada presunción, siendo en puridad una ficción legal, la misma que ya viene regulada con propiedad en el artículo 283 del CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. Dicha posibilidad se presenta cuando se toma conocimiento del acto correspondiente, como sería el caso de la inscripción de la adjudicación en los Registros Públicos, pues, se presume sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (Exp. N° 29956-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 290-291).*

*Si el demandado adquirió el bien a título oneroso y de buena fe de quien tenía su título inscrito en el registro de la Propiedad Inmueble, dicha adjudicación es perfectamente válida. La buena fe se presume, la mala fe debe ser objeto de probanza. El hecho que la demanda de cumplimiento de obligación iniciada por el hoy accionante sea de fecha anterior a la adjudicación efectuada al demandado, no implica necesariamente mala fe por parte del emplazado pues éste adquirió el inmueble de quien aparecía en los Registros Públicos como propietario (Exp. N° 743-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 432-435).*

*“... El artículo doscientos veintisiete citado (de la Ley Nro. 26702) establece de manera expresa que en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento de la cónyuge del titular de la cuenta; que, en el (sic) tal sentido, el consentimiento presunto que la ley le imputa al cónyuge del titular de una cuenta corriente, lo hace por parte del referido contrato, de las operaciones efectuadas, y por ende, del saldo deudor originado, por lo que debe responder también por la obligación generada; lo que no importa el ejercicio abusivo del derecho sino, por el contrario el sometimiento al orden legal establecido...” (Cas. N° 928-98-Lambayeque, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 320-322).*

## PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA

### ARTÍCULO 279

*Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 196, 461, 838.  
LEY 26636 art. 40.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México arts. 192, 193, 194, 195, 196.

---

### Comentario

---

En la presunción *iuris tantum*, o relativa, el juez acepta por cierto el hecho presumido, acreditado que sea el antecedente. La ley admite prueba en contrario. En ese sentido, hay diversos supuestos en el derecho sustantivo que recogen este tipo de presunciones, por citar, “el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario” (ver artículo 912 del CC) o el caso que regula el artículo 914 del CC “se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario”.

Cuando el enlace entre una afirmación base y una afirmación presumida está predeterminada y fijado por la ley nos encontramos ante una presunción legal, señala Ramos Mendez<sup>(1)</sup>. En ocasiones, la propia ley extrae una determinada consecuencia jurídica, seleccionándola previamente, en presencia de un determinado dato de hecho, con el fin de facilitar la prueba.

Por ejemplo, la existencia de una pared divisoria de dos edificios contiguos no prejuzga su carácter privativo de uno de los predios, sin embargo, en este caso, la ley a la vista de los dos elementos de hecho (pared divisoria + edificios contiguos) selecciona una de las consecuencias posibles en torno a su naturaleza y la establece previamente: se considera medianera. Al estar establecida por la ley, la aplicación de la norma de presunción es obligatoria para el juez, que no puede poner en duda el criterio de oportunidad escogido por el legislador.

---

(1) RAMOS MENDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil, 5º ed. T. II. Bosch. Barcelona, 1992, p. 639.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La carga de la prueba se invierte a favor del beneficiario de la presunción, correspondiéndole a este, acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto. Señala Ramos Mendez que teniendo en cuenta la estructura de la presunción de la actividad de la parte puede ir encaminada a destruir la realidad de la afirmación base o bien a demostrar una consecuencia distinta de la afirmación normalmente presumida.

En el primer caso se habla de contraprueba; en el segundo, de prueba de lo contrario. Si la contraprueba tiene éxito, no podrá formarse la afirmación presumida por carecer de los presupuestos en que se habría de apoyar. En cambio si prospera la prueba de lo contrario, se habrá excluido asimismo la afirmación presumida por demostrar su irrealidad, es decir, por justificarse que positivamente ha ocurrido otra cosa distinta.

La parte favorecida por la presunción siempre tendrá que probar la realidad de la afirmación base, pero en este contenido no se diferencia del régimen de las presunciones legales y judiciales. En ambos casos es precisa la prueba del presupuesto en que se apoya la pretensión. Acreditado este, se sigue la afirmación presumida.

La parte favorecida por una presunción legal tiene seguro dicho extremo, por que la Ley lo señala previamente; en cambio, en las presunciones judiciales, solo el convencimiento del juez impone la conclusión presumida.



## JURISPRUDENCIA

---

*En la pretensión de reivindicación de bienes hereditarios, la ausencia de pruebas que desvirtúe la buena fe del adquirente conlleva a la no aplicación del artículo 665 del Código Civil La buena fe se presume, en tanto que la mala fe debe probarse.*

*Si solo se ha adjuntado un recibo por la tasa judicial, es inadmisibile por diminuta, toda vez, que ha debido acompañarse tantos recibos como impugnantes se refiera la apelación (Exp. N° 4231-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 142-144).*

*Aunque el demandado reconozca la deuda, no se puede exigir al acreedor otorgue facilidades de pago a éste; pues, se presume que la inexecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor y en tal virtud, no está facultado para exigir facilidades de pago no pactadas (Exp. N° 28-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 187).*

*En la ineficacia, se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro. Esta presunción relativa produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo la parte demandada demostrar que mantiene solvencia suficiente que desvirtúe tal presunción (Exp. N° 15676-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 78-79).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (**Exp. N° 107-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 102-103**).

Los contratos obligan a las partes suscribientes respecto de lo convenido en los mismos. Lo expresado en ellos goza de la presunción legal que en caso de ser negada debe ser probada en virtud del artículo 1361 del Código Civil (**Exp. N° 371-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 188**).

Debe desestimarse la pretensión del pago de mejoras si se pactó que éstas quedarán a beneficio de la arrendadora, sin obligación por parte de ésta de reembolsar su importe.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (**Exp. N° 38857-98, Sala de Procesos Abreviados y de Cognocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 166**).

El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario. La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él (**Exp. N° 143-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 171**).

“... La presunción (que el endoso efectuado en favor de una entidad bancaria es hecho en garantía) contenida en el artículo ciento setentidós del derogado Decreto Legislativo número setecientos setenta y recogido (sic) en el artículo ciento sesentinueve de la actual Ley General del Sistema financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley número veintiséis mil setecientos dos, es una presunción iuris tantum, es decir admite prueba en contrario” (**Cas. N° 2295-98-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 318-319**).

“... No se infringe la regla de la carga de la prueba por cuanto por imperio de la ley la buena fe se presume y a (sic) quien pretenda negar tal presunción corresponde probarla...” (**Cas. N° 1689-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 104-106**).

“... Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo mil doscientos treintiuno del citado Código Sustantivo.

(...) estando a la norma acotada, el deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas, sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume iuris tantum, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas” (**Cas. N° 1697-96-Lambayeque, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 314-315**).

La acción impugnatoria de paternidad legítima confiere la hombre casado respecto del hijo que hubiere alumbrado su mujer y del cual no se crea padre. La carga de la prueba recae sobre el marido.

Si los hechos y pruebas aportadas al proceso llevan al convencimiento del Juzgador que el actor ha cohabitado con la demandada en los primeros 121 días de los 300 anteriores al

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*nacimiento de la menor, resulta inadmisibile para demostrar lo contrario la prueba a que se refiere el artículo 413 del Código Civil por estar referida a la filiación extramatrimonial (Exp. N° 1205-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 217-218).*

*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. N° 1473-7-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 187).*

*Presumiéndose la identificación entre la declaración expresada en el contrato y la voluntad común de las partes, quien alega haber sido inducido a error en forma maliciosa por la otra parte debe probarlo (Exp. N° 106-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 341-342).*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. N° 107-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 102-103).*

*“... El artículo 1374 del Código Civil establece una presunción iuris tantum de que la oferta es conocida en el momento en que ésta es recepcionada, y que la prueba de que su destinatario no se encontraba en condiciones de conocer dicha aceptación, sin culpa suya, por que en ese entonces se encontraba en otro lugar, corresponde a quien alega esta afirmación...” (Cas. N° 491-99/Lambayeque, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 316-317).*

## DUDA SOBRE EL CARÁCTER DE UNA PRESUNCIÓN LEGAL

### ARTÍCULO 280

*En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 277, 278, 279.

---

### Comentario

---

Cuando el legislador ordena que en determinadas condiciones o ante determinados hechos se debe concluir en una calificación fáctico-legal determinada, nos encontramos ante las presunciones legales, por citar, al hijo nacido dentro del matrimonio se reputa como padre al marido.

Las presunciones legales son de dos tipos: la absoluta y la relativa. Si la conclusión del legislador es inevitable y no puede ser modificada en ningún caso, se dice que la presunción legal absoluta o *iuris et de iure*; en cambio, cuando la conclusión colocada por el legislador puede ser enervada por prueba en contrario, entonces nos encontramos ante una presunción legal relativa o *iuris tantum*.

Frente a estas presunciones, la norma en comentario señala que “en caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa”.

La mayoría de las presunciones son *iuris tantum*; sin embargo, se puede conservar en los procesos dispositivos preclusivos la presunción *iure et iure* cuando frente al traslado de los documentos privados acompañados por la contraria, la parte que tiene la carga de tachar no lo hace, teniéndose por verdaderos ***iuris et de iure***.

Hay algunos autores que consideran que todas las presunciones procesales como *iuris tantum*. No pueden ser *iuris et de iure*, pues, ellas son simples ficciones del legislador, no sustentados en ninguna regla de la experiencia, ni en los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en el sentido común, sino en la voluntad del legislador, que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento que la realidad es distinta. En tal sentido, el artículo en comentario marca la prevalencia de la presunción *iuris tantum* sobre la *iuris et de iure*, pues, esta última se construye sobre ficciones y no sobre realidades contrastables y verificables. La dinámica

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de las presunciones legales en la prueba, es esbozada por Falcón<sup>(1)</sup> quien señala “las presunciones legales, tributarias del sistema de prueba legal, han ido cediendo en el tiempo y desapareciendo de la legislación al punto que resulta difícil encontrarlas en toda su pureza, porque incluso en aquellos supuestos en que se conservan, la jurisprudencia les va imponiendo diversas excepciones”.

---

(1) FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. T. 2. Astrea. Buenos Aires, 2003, p. 453.

## PRESUNCIÓN JUDICIAL

### ARTÍCULO 281

*El razonamiento lógicocrítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 277.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 131.  
C.P.C. Colombia art. 250.

---

### Comentario

---

1. Cuando el enlace entre la afirmación base y la presumida lo efectúa directamente el juez, nos encontramos ante una presunción judicial.

En este caso, el nexo no está fijado previamente por la ley, sino que se efectúa a base de máximas de experiencia comunes por el propio juez, por ello se exige que el enlace sea preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Dadas las características de esta presunción, no puede señalarse un número preestablecido de ellas, sino que son fundamentalmente una actividad judicial con repercusiones probatorias evidentes

La presunción judicial según Devis Echeandía<sup>(1)</sup> es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez la inferencia lógica que le permite presumir el hecho indicado; pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda. Es decir, los indicios son los hechos y la presunción judicial o inferencia lógica es la conclusión del razonamiento que a aquéllos se aplica. También puede el juez obtener igual inferencia de la valoración de otras clases de pruebas, sin que aquella presunción se confunda con ellas. El juez las utiliza simplemente como principios basados en máximas de la experiencia, para la valoración de las pruebas. En ambas hipótesis estas presunciones son ajenas al problema de la carga de la prueba, porque no determinan quién estaba sujeto a ello o quién debía probar.

---

(1) Op. cit, t.II, p. 540

El razonamiento del juez que aplica la presunción judicial para valorar una prueba por indicios, según Devis Echeandia<sup>(2)</sup>, parte del hecho particular probado o hecho indicador, que constituye la premisa menor (por ejemplo, está probada la fuga del sindicado); se procede luego a aplicar la regla general de la experiencia que constituye la premisa mayor, en virtud de la cual se deduce cuál es la causa o efecto ordinario de ese hecho (ordinariamente la fuga es efecto de la responsabilidad del delito) y por último se utiliza la presunción judicial que esa regla general suministra para obtener la conclusión, en la que se declara inductivamente o por inferencia la probabilidad que exista el hecho investigado (luego es probable que el sindicado sea el responsable de ese ilícito). Cuando la conclusión definitiva se saca de un conjunto de presunciones judiciales, se procede de la misma manera; la conclusión es el resultado de la convergencia de las diversas inferencias que de cada uno de esos hechos obtiene el juez. Es un razonamiento lógico basado en el principio de causalidad.

2. La apreciación de la prueba se halla sujeto a dos sistemas, el de libre apreciación y el de apreciación tasada.

Se diferencia una de otra en que el primero reserva al arbitrio judicial la determinación de la eficiencia de la prueba, se sujeta a normas flexibles o elásticas; y el segundo a la aplicación de reglas legales y rígidas que, en términos generales y abstractos, fijan por anticipado el valor que corresponde asignar a ciertos medios de prueba

Frente a ellos se reconoce la existencia de un tercer sistema, la de la sana crítica, como una categoría intermedia entre los dos sistemas antes citados. Las reglas de la sana crítica suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y por otro lado, de las "máximas de la experiencia" es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de la posibilidad y de realidad. Falcón<sup>(3)</sup> al referirse a las reglas de la experiencia, señala que no obstante aparecen en un sentido más restringido, como conocimiento de leyes y tendencias genéricas de un grupo social, establecidas por la concordancia más o menos reiterada de los hechos y sus consecuencias. Se hallan registradas en libros, publicaciones, o en el conocimiento popular. Algunos devienen de circunstancias evidentes o de la aplicación de una lógica natural elemental, muy inferior a los conocimientos técnicos".

---

(2) Op. cit. p. 542

(3) FALCÓN, Enrique. Op. cit. T. 1, p. 12.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las reglas de la sana crítica ingresan como limitaciones impuestas al arbitrio judicial. No solo tienen carácter objetivo en la ley sino que el valor jurídico de la prueba depende del grado de verdad proporcionado, desde el doble punto de vista de su posibilidad y de su existencia, que debe mediar entre la fuente y el objeto probatorio

Las máximas de la experiencia son principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y como tales sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas.

Palacios<sup>(4)</sup> señala que no debe confundirse con los hechos notorios porque en estos la liberación probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica, en cambio, con las máximas de experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico.



## JURISPRUDENCIA

---

*La pensión alimenticia para el hijo extramatrimonial, no está sujeta a una demostración inequívoca de la relación paterno-filial, resultando suficiente la existencia de actos que hagan presumir las relaciones sexuales habidas con el emplazado y que hayan dado origen al nacimiento del alimentista (Exp. N° 349-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 141)*

*Si de las relaciones convivenciales se ha procreado una menor que ha sido reconocida por su progenitor, el demandado; que estas relaciones continuaron con diversas manifestaciones de querer legalizar sus relaciones de hecho, habiendo procreado otra menor, es de colegir que el demandado es el legítimo padre de ésta por haber vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción, tal conforme lo dispone el Inc. 3 del artículo 402 del Código Civil (Exp. N° 484-95-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 205-206).*

*El mérito de la ficha única de matrícula escolar donde firma como padre del menor y la argumentación del demandado que firmó esos documentos escolares en cumplimiento de su obligación de padre, es suficiente para amparar la demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial (Exp. N° 124-93-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 208-209).*

*Si la demandante al momento de cruzar la vía de tránsito vehicular no tomó las medidas de seguridad para aminorar en algo sus lesiones, resulta evidente que la responsabilidad del hecho dañoso recae en forma conjunta con los demandados, por lo que el monto indemnizatorio debe fijarse en forma prudencial (Exp. N° 1937-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 139-140).*

---

(4) PALACIOS. Op. cit. T. IV, p. 355.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*No obstante no haberse acreditado debidamente los ingresos del demandado, sus frecuentes viajes al extranjero revelan que tiene capacidad económica suficiente para que acuda con alimentos en la proporción debida y en forma prudencial (Exp. N° 3356-95, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 138).*

*El juez debe valorar la prueba en forma conjunta utilizando su apreciación razonada, ciñéndose para tal efecto a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.*

*Debe desestimarse la demanda si se verifica la presencia de adulteraciones en las cantidades en cifras y letras que consigna el cheque en ejecución (Exp. N° 501-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 161-163).*

*Si la demandada para probar que el accionante es padre de su menor hijo ofrece las pruebas científicas del examen cromosómico (ADN) y la confrontación psicossomática entre el actor y el menor, y no concurre el demandante para la toma de muestras, y se opone a la actuación de éstas, ello lleva a la evidencia que el demandante es el padre del menor (Exp. N° 16-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 213-214)*

## PRESUNCIÓN Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

### ARTÍCULO 282

*El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 188, 216, 246, 247, 261, 442 inc. 2.  
D. LEG. 822 art. 186.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 249

---

### Comentario

La conducta de las partes en juicio es una fuente de convicción, equiparable a un indicio, que puede ser recabado por el juez de acuerdo con las circunstancias específicas del caso y genera una presunción en contra de quien viola el deber de cooperación y, con ello, frustra el aporte de elementos idóneos para dilucidar el caso.

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. En atención a esas máximas de experiencia se permite que el juez valore la conducta que estas asumen en el proceso. Esta valoración se justifica por la influencia del principio dispositivo en el proceso civil, que convierte a las partes en los principales protagonistas del escenario procesal. De allí que este se sirva de ciertas presunciones para evaluar las actitudes asumidas por los justiciables que sean demostrativas de su desinterés o despreocupación para con la marcha del proceso, colocándolos, en esos casos, en una posición desventajosa frente al adversario.

Cuando se aprecia la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, u otras actitudes de obstrucción, nos hace presumir que dicha parte procesal no tiene el derecho que reclama o resiste. El tenerlo nos conllevaría a actuar con la celeridad y cooperación procesal necesaria y urgente para restablecer el derecho conculcado.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese sentido, cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación; o, cuando por cualquier medio entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; o cuando obstruya la actuación de los medios probatorios una manifiesta falta de cooperación para los fines del proceso, permitiría ello que el juez construya, a través de la presunción, conclusiones adversas a los intereses de estas partes, atendiendo a la conducta asumida en el proceso.

El sentido común nos dice, que quien alega un derecho, sea como pretendiente o como resistente, intentará no solo demostrarlo sino protegerlo y exigir que se respete; en aras de ello, se presentará a todo acto en el que tenga que defenderlo y sobre todo brindará toda su colaboración para reivindicar su vulneración; todo lo contrario, quien asume conductas dilatorias, renuentes a colaborar, generando tropiezos procesales, son indicios para presumir la inexistencia del derecho que alegan.

La tesis de la conducta equiparada a la presunción no siempre es admitida. Se dice que la conducta procesal general de una parte no es fuente de “presunción” alguna, sino “elemento de convicción corroborante de las pruebas”. Para Muñoz Sabaté, la conducta que siguen las partes dentro del proceso puede convertirse también en un dato indiciario sobre el cual basa la inferencia heurística. Señala Kielmanovich, el comportamiento procesal de las partes, en tanto aparezca razonablemente vinculado con los hechos llamados a constituirse en objeto de la litis y la prueba, puede encajar naturalmente dentro del concepto de indicio, esto es, de un hecho a partir del cual lógicamente puede presumirse la existencia de otro u otros indicados por aquel”. En relación a los diversos tipos de conducta en el proceso, Muñoz Sabaté<sup>(1)</sup> refiere “en el proceso civil la conducta puede ser omisiva (negativa genérica, falta de contestación, pasividad, ocultación de hechos por el actor) Oclusiva (destrucción de pruebas, negativa a la exhibición de las mismas) hesitativa (o de inconsistencia por contradicciones incompatibles entre afirmaciones) aunque en este aspecto debemos hacer notar que ello no puede considerarse cuando se presentan enroladas en el sistema de eventualidad o acumulación eventual y mendaz (mentirosa). Naturalmente que la consideración de la conducta incriminante debe considerarse con rigor y relacionada expresa y directamente con otras pruebas como apoyo”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Debe ampararse la demanda, si se han dado por verdaderos los documentos presentados y contestado en sentido afirmativo las preguntas del pliego interrogatorio de la prueba*

(1) Citado por Falcón, op. cit. p.469

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*anticipada que señalan la deuda impaga que es materia de ejecución; al no haberse desvirtuado tales presunciones producidas por la propia conducta procesal de la ejecutada, pues no ha presentado ninguna prueba que contradiga el mandato ejecutivo (Exp. N° 98-39187-1048, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 78).*

*Si la demandada para probar que el accionante es padre de su menor hijo ofrece las pruebas científicas del examen cromosomático (ADN) y la confrontación psicosomática entre el actor y el menor, y no concurre el demandante para la toma de muestras, y se opone a la actuación de éstas, ello lleva a la evidencia que el demandante es el padre del menor (Exp. N° 16-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 213-214).*

*Si el demandado ha demostrado falta de cooperación para la realización de la prueba científica del ADN, el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen dentro del proceso. Debe valorarse además la fecha de la concepción y nacimiento del menor, pues, el alumbramiento de éste se ha producido al término del plazo estimado (Exp. N° 2170-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 123-124).*

*Si se argumenta que la demanda ha sido notificada en la sucursal de su centro de trabajo y posteriormente señala que la demanda fue notificada en su ex-centro de trabajo, incurre en contradicción. Ello causa convicción en el ánimo del juzgador que la demanda fue debidamente notificada.*

*El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso (Exp. N° 33168-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 335).*

## FICCIÓN LEGAL

### ARTÍCULO 283

*La conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 190 inc. 3.

---

### Comentario

---

La ficción legal es un hecho conscientemente inexistente. Responde a exigencias del sistema jurídico, de formular mentiras técnicas consagradas por la necesidad. Véase el caso que regula el artículo 885 inciso 4 Código Civil que considera como bienes inmuebles a las naves. No se permite medios probatorios para acreditar que no son inmuebles.

Otro supuesto de ficción lo encontramos en el caso que “toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones existentes en Registros Públicos”. Esta presunción absoluta contenida en el artículo 2012 del CC, parte de asumir *erga omnes* la publicidad del contenido de las inscripciones. Se parte de un antecedente falso e irreal. No es posible que toda la colectividad tome conocimiento de los registros Públicos, sin embargo, se recurre a la ficción para establecer la presunción legal *iure et iure*.

La ficción, a diferencia de las presunciones, señala Devis Echeandia<sup>(1)</sup>, “solo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosa a otra diferente, como si fueren iguales. Hay de común entre la ficción y las presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario; pero la ficción es un mandato legal que no se base en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento que la realidad es distinta.

---

(1) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas judiciales. T. II, 10 ed. Dike. Medellín, 1994, p. 551.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Estas ficciones se fundamentan en razones de conveniencia social y de técnica legislativa, como por ejemplo, la que existe en la norma según la cual la ley es conocida de todo el mundo, a sabiendas que esto es imposible; o la que le otorga personalidad jurídica al ser humano concebido, como si tuviera vida propia, a sabiendas que esto es falso; o la que considera que hay identidad entre la persona del causante y la del heredero, siendo diferentes”.

## Capítulo IX

# PRUEBA ANTICIPADA

### DISPOSICIÓN GENERAL

#### ARTÍCULO 284

*Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.*

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 2.
C.P.C.	arts. 296, inc. 5, 298, 3 DF.
LEY 26636	art. 39.

### Comentario

1. El poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela, no se va a materializar a través de la demanda, sino que sin necesidad de ella, se puede ejercer el derecho de acción. Cuando estamos en este supuesto nos referimos a la prueba anticipada. Técnicamente no es una demanda, pero se busca acudir al órgano judicial en busca de tutela, materializando de esta manera el derecho de acción.

La demanda no es el único instrumento que permite hacer uso del derecho de acción. También se puede hacer a través de una solicitud de prueba anticipada. Esta da inicio a una instancia, mas no al proceso, porque, se acude al órgano judicial sin demanda, sin pretender iniciar un proceso inmediato.

2. La prueba anticipada se relaciona con la medida cautelar. La prueba anticipada es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista porque busca evitar que determinados medios probatorios, al no actuarse oportunamente, sean afectados y se frustre la posibilidad de ser utilizado en un proceso posterior.

Esta finalidad de asegurar y conservar medios de prueba lleva a confundir a la medida anticipada como una expresión de la medida cautelar; sin embargo, hay dos grandes argumentos para excluirla de la medida cautelar.

a) La prueba anticipada no participa de las características de la medida cautelar, como lo provisional y mutable de la medida. Lo provisional implica que la medida subsiste mientras duren las circunstancias que la determinaron; y es mutable porque el juez para evitar perjuicios innecesarios puede disponer de medida cautelar diferente a la solicitada. Estas características no son aplicables a la prueba anticipada porque producida en cualquier etapa se incorpora al proceso en definitiva y el juez no puede dejar de valorarla aunque perjudique a la parte que la produjo. Esa valoración opera al momento de dictar sentencia definitiva.

b) La medida cautelar se decreta *inaudita pars*; en cambio la prueba anticipada se practica con citación de la parte contraria, salvo que resulte imposible por razón de urgencia. (ver artículo 287 del CPC)

En conclusión, las pruebas producidas con anterioridad a la interposición de la demanda poseen aptitud para incorporarse al proceso con carácter definitivo y ser valoradas en un pie de igualdad con aquellas cuyo cumplimiento se verifique durante dicho período, razón por la cual carecen de los atributos de provisionalidad y modificabilidad que son propios de las medidas cautelares.

3. Cuando se recurre a la jurisdicción para dilucidar un conflicto, el proceso está integrado por tres etapas: postulatoria, probatoria y decisoria; sin embargo, cabe la posibilidad de recurrir a la jurisdicción –con anterioridad a la interposición de la demanda– para asegurar la eficacia probatoria en el futuro proceso a promover, mediante la prueba anticipada.

Si bien la norma permite la práctica de la prueba anticipada hasta antes del inicio de un proceso; consideramos que ella podría invocarse con posterioridad a la demanda, hasta antes de la actuación de los medios probatorios en él. Ello se justifica, frente a situaciones que adolezcan de celeridad procesal, sobrevenga el temor que la producción de las pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa practicarla en el período de prueba del proceso.

Otro aspecto que destacar se relaciona con la legitimidad de la persona a solicitar la prueba anticipada. Si nos remitimos a la interpretación literal de la norma encontramos que la única persona legitimada para solicitar la actuación de medio probatorio es la parte actora o futura demandante. Decimos ello por la oportunidad en la que se puede pedir la actuación de la prueba, esto es, antes del inicio de un proceso; y además por la pretensión genérica que va a reclamar, por tanto, le corresponderá esa posibilidad a la demandante de la futura pretensión a interponerse.

Consideramos que la producción anticipada de prueba puede requerirse no solo por el futuro actor sino por quien prevea ser futuro demandado. Esta posición se sustenta en el principio de igualdad de las partes que rige el proceso; además porque negar al futuro demandado la posibilidad de preparar su eventual medio probatorio para oponer a la futura pretensión puede traducirse en una frustración

de la garantía de la defensa. Ambos también son en un proceso regularmente iniciado, para que la urgencia en la actuación de los medios de prueba, se realice “antes de la apertura del período de pruebas” en el proceso.

4. Los medios probatorios que el Código Procesal acoge bajo la denominación de pruebas anticipadas, no se configuran como tal. En el concurren tres figuras, la conservativa, la preliminar y la preparatoria. Para Palacio<sup>(1)</sup> las diligencias preparatorias son aquellas que tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y precisión de sus alegaciones, permitiéndoles el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. En cambio, la diligencia conservatoria de prueba, tiene por objeto la producción anticipada de ciertas medidas probatorias frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el período procesal correspondiente.

Bajo dicha óptica, solo la inspección judicial, los testigos y la pericia pueden ser consideradas pruebas anticipadas propiamente dicha, situación que no es extensiva para el reconocimiento y la absolución de posiciones, que son diligencias preparatorias, por responder a procesos especiales que procuran crear títulos para un proceso principal ulterior, como es el caso de los títulos ejecutivos provenientes de la absolución de posiciones y el reconocimiento. Como señala el inciso 3) y 4) del artículo 693 del CPC “se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos: “prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido” (ver inciso 3); “prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta” (ver inciso 4).

Estas diligencias preparatorias son entendidas como un proceso de creación de títulos sumarios. Ella se limita a exigir un pronunciamiento judicial y la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante.

Este proceso, más que de creación es de reconocimiento; porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva. El documento privado solo tiene fuerza ejecutiva si ha sido reconocido, por consiguiente hace falta una diligencia preparatoria, con el objeto de lograr la fuerza ejecutiva de tal documento privado. Frente a lo expuesto, debemos aceptar que en el reconocimiento de documentos podría concurrir los dos efectos: ser medio de prueba y ser diligencia preparatoria. Véase el caso del reconocimiento de una deuda a través de un documento privado, en el que no se establece el plazo para la devolución del mutuo. A pesar que existe el reconocimiento del deudor, este no tiene la condición de

---

(1) PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. T. p. 11.

título ejecutivo porque adolece de exigibilidad: el plazo pactado para la devolución no se encuentra establecido. Esto significa que si el documento reconocido no reúne las condiciones que señala el artículo 689 del CPC, esto es, que la obligación contenida en el título sea cierta, expresa y exigible, no estaríamos ante la constitución de un título ejecutivo. En este caso, el reconocimiento operaría como medio de prueba, mas no como título, por carecer de las cualidades a que refiere el citado artículo 689 del CPC.

Por otro lado, el proceso de creación en la absolución de posiciones como título sumario, comienza cuando para preparar la ejecución, se pide que el deudor confiese bajo juramento la certeza de la deuda. Esto podría llevar quizá a afirmar —como señala Guasp<sup>(2)</sup>— que “las diligencias preparatorias no son un proceso especial, sino simples medidas accesorias del proceso principal al que han de servir, sin embargo, esta conclusión, contradiría el mecanismo real, y no meramente aparente, de las diligencias preparatorias, las cuales en realidad, tienen una existencia independiente del proceso ulterior, puesto que no solo lo preceden, sino que incluso pueden terminar sin que el juicio ejecutivo, mas tarde, venga a ser promovido”.

Tampoco **la exhibición** puede ser catalogada de prueba anticipada, pues lo que busca es facilitar el desarrollo del proceso mediante aclaraciones previas. El proceso principal se facilita removiendo los obstáculos que se oponen a su desenvolvimiento, especialmente dirimiendo las cuestiones que aún independientemente del proceso, pueden constituir impedimentos para su expedita y simple tramitación.

Encontramos aquí la obra de las “**diligencias preliminares**” que son precisamente un conjunto de actuaciones judiciales que se dirigen a aclarar las cuestiones que pueden surgir antes del nacimiento del proceso principal. Tienen una finalidad esencial y específica, que es la de obtener la necesaria y adecuada información sobre determinadas cuestiones al objeto del correcto y planteamiento de un proceso ulterior. Como señala García<sup>(3)</sup> “son aquellas actividades que previas al proceso se solicitan al órgano jurisdiccional con la finalidad de preparar el mismo”.

Estas diligencias preliminares operan bajo la exhibición, solo para aquellas taxativamente señaladas en el artículo 293 del CPC, sin embargo, es preciso establecer que todo proceso puede prepararse cuando se persigue finalidades que afectan a los sujetos, al objeto o al título, que pueden jugar en el proceso ulterior, no solo recurriendo exclusivamente a la exhibición sino también a la absolución de posiciones.

---

(2) GUASP GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos, 3º ed. T. II, parte especial. Madrid, 1968, p. 660.

(3) GARCIA VILA, Mónica. “Diligencias preliminares y la negativa a su práctica” en Revista Peruana de Derecho Procesal. T. VI. Lima, 2003, p. 149.

De todo lo expuesto podemos colegir que la llamada prueba anticipada, a pesar de no tener un régimen idéntico a las diligencias preliminares, ambas son actuaciones judiciales preliminares al proceso principal, con la finalidad de facilitar, para evitar quede perjudicada la aclaración de algún extremo que interese a alguna de las partes. Por otro lado, las diligencias preliminares como la prueba anticipada, constituyen una excepción en el trámite normal del proceso. Debe proceder cuando el peticionante demuestre la necesidad impostergable de su procedencia, cuando medien razones que justifiquen la urgencia.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si las partes han acordado someter a la jurisdicción arbitral las controversias que pudieran surgir; se encuentra reservada única y exclusivamente a la competencia y decisión de los árbitros.*

*No procede amparar la actuación de medios probatorios en prueba anticipada, bajo la pretensión genérica que se va a interponer proceso ejecutivo. El acudir a la vía jurisdiccional resulta improcedente por la competencia pactada por las partes (Exp. N° 36249-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 387).*

*La prueba anticipada puede considerarse como un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, en cuya medida es posible, a su interior, cuestionar irregularidades en su trámite (Cas. N° 1080-98-Callao, El Peruano, 16/11/99, p. 3972).*

*El procedimiento de prueba anticipada, por su naturaleza, busca que en sede judicial se prepare la prueba pertinente a efecto de que en el proceso principal, en donde se discutirá el fondo del conflicto de intereses derivados de la pretensión ejercitada, el medio probatorio cumpla con su finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (Cas. N° 627-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 20/11/99, p. 4031).*

*Procede admitir la prueba anticipada, si el solicitante señala como pretensión genérica a reclamar, la nulidad e ineficacia del título valor; y justifica su actuación anticipada, porque es afectado por una denuncia penal (Exp. N° 1018-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 429-430).*

*“... Habiéndose especificado expresamente los requisitos señalados en el dispositivo legal mencionado (artículo 284 del CPC), este Colegiado considera que la presente demanda (solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada) merece admitirse, pues de no ser así se atenta contra lo estipulado por el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Exp. N° 11639-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 620-621).*

*Debe ampararse el pedido de la copropietaria de realizar una inspección ocular, vía prueba anticipada, a fin de determinar la privación del ejercicio de sus derechos de uso y disfrute*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

del bien común (Exp. N° 698-97, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 172).

Procede la actuación de una pericia valorativa, antes de iniciado un proceso, para determinar el valor de los bienes dañados o faltantes, tanto más si éstos por el transcurso del tiempo pueden deteriorarse (Exp. N° N-697-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 362).

“... La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí (sic) misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la causa petendi de la futura pretensión a interponerse en el proceso correspondiente, por lo que en dicha actuación anticipada no se resolverá en (sic) el conflicto de intereses, sino en aquel proceso en el que se discuta el fondo de la litis, mediante sentencia o auto que en revisión ponga fin al proceso, que por ende, no es el caso de la recurrida, la que por su naturaleza, no resuelve un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica...” (Cas. N° 1261-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 581-582).

“... La motivación para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, tiene que estar referida a situaciones de urgencia, de modificación, u otras análogas, que exigen una intervención pronta del órgano jurisdiccional a efecto que la prueba no pierda su utilidad y eficacia...” (Exp. N° 699-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 588).

“... Si bien el Código Procesal Civil en su artículo doscientos ochenticuatro dispone que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso y que para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada; la frase ‘deberá expresar’, para el caso de autos, no debe entenderse en lo concerniente a la ‘razón justificante’ de la prueba anticipada de manera restrictiva como declaración expresa y menos aún en el sentido de declaración escrita, por lo que debe incluir también aquella razón o motivo que pueda inferirse razonablemente del contenido de la solicitud presentada...” (Exp. N° 43162-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 589-590).

“... Siendo que excepcionalmente la ley prevé la posibilidad de actuar los medios probatorios antes del proceso a instaurarse, se exige que la parte explicita la justificación de dicha actuación anticipada, significando que ello podría ser que los hechos a constatare en una inspección judicial estén en la situación inminente de desaparecer y no sería razonable esperar su actuación dentro del proceso a instaurar...” (Exp. N° 46796-99, Sala Civil para Proceso Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 591).

“... La prueba anticipada tiene por finalidad actuar el medio probatorio solicitado antes del inicio del proceso cuando existan razones que así lo justifiquen...” (Exp. N° 768-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 583).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... Habiéndose especificado expresamente los requisitos señalados en el dispositivo legal mencionado (artículo 284 del CPC), este Colegiado considera que la presente demanda (solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada) merece admitirse, pues de no ser así se atenta contra lo estipulado por el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 11639-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 620-621).*

*La prueba anticipada tiene por objeto hacer esclarecimiento previos a la demanda, preparando la acción futura que se va a emprender (Exp. Nº 1466-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 164-166).*

## ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

### ARTÍCULO 285

*El Juez solo admitirá la solicitud si se cumple con los requisitos previstos en el artículo 284.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 284.

---

### Comentario

---

La prueba anticipada para su admisibilidad y procedencia requiere satisfacer ciertos requisitos como:

1. Debe interponerse ante el juez a quien corresponda conocer el futuro proceso. Esa competencia está fijada en atención al grado como lo señala el artículo 33 del CPC, a diferencia de la redacción del derogado CPC de 1912 que consideraba solo a los jueces de primera instancia. Frente a ello, el artículo 297 del CPC ha hecho extensiva la competencia, además a criterios de cuantía y territorio del futuro proceso a conocer.

Por otro lado es importante destacar que la producción de pruebas anticipadas no fija **definitivamente** la competencia del juez interviniente. Decimos ello porque de su actuación puede resultar que sea otro juez a quien le compete conocer de la futura pretensión.

Cuando se trate de una medida conservatoria de prueba requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, la competencia está pre-establecida con el juez del proceso.

2. La prueba anticipada solo podrá ser admitida si cumple con expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.

Corresponde al solicitante la carga de suministrar los hechos relativos al tipo de pretensión que será objeto del futuro proceso.

Al margen de enunciar la clase de pretensión que ha de configurar el objeto del proceso, el peticionario debe expresar los motivos en que aquella se funda. Su ausencia impediría al órgano judicial efectuar una adecuada valoración acerca de la necesidad de practicar dicha prueba.

3. Acerca de la legitimidad para solicitar el aseguramiento de pruebas, nuestro Código aparentemente contempla la legitimidad activa del futuro demandante, al

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

exigir de quién solicita la prueba anticipada “expresé la pretensión genérica que va a reclamar”, sin embargo, ello no es así, porque de la lectura del artículo 284 del CPC se aprecia que toda persona está legitimada para solicitar la actuación de un medio probatorio, antes del inicio del proceso. Pretender atribuir la posibilidad de la prueba anticipada, solo al futuro demandante, no resulta coherente con el propio artículo 284 del CPC; además se vulneraría el principio de igualdad al permitir esa posibilidad solo al futuro actor y no al futuro demandado. Véase el caso, que a una persona X se le encarga la custodia de mercadería en un almacén. La mercadería se pierde producto de un incendio causado por desperfectos eléctricos. El guardián de dicho almacén podría solicitar en prueba anticipada, la inspección judicial y la pericia, a fin de tener una prueba que le permita sostener su defensa frente a la posibilidad de ser demandado -en un futuro- por los daños del siniestro.

4. En cuanto a la oportunidad, la prueba anticipada no solo es admisible frente a la eventual interposición de una pretensión de cognición, sino que además puede serlo con posterioridad a la interposición de una pretensión de ese tipo, aunque con carácter previo al período de actuación probatoria. Véase un proceso de filiación, en el que recién entablada la relación procesal, fallece el demandado y es enterrado bajo tierra. En dicho proceso se había ofrecido la prueba del ADN, sin embargo, dada la muerte del demandado se podría tomar las muestras genéticas sobre el cadáver -no en la audiencia de pruebas que se fije en su momento- sino en prueba anticipada, pues concurre un criterio de urgencia que permite se altere el momento y el ámbito de la actuación probatoria. Esa urgencia está expresada no en la posibilidad que el cadáver pueda desaparecer sino en que al momento de tomar las muestras sobre el cadáver para la práctica del ADN, estas ya no se conserven, por estar enterrado en zona húmeda, bajo tierra; situación diferente si los restos permanecieran en nichos de concreto, en el que sí podría esperar la actuación pericial ordinaria en la audiencia de pruebas que fije el juez, en su momento.



## JURISPRUDENCIA

---

*Procede admitir a trámite la absolución del pliego interrogatorio en prueba anticipada, si el recurrente justifica la necesidad de obtener los medios probatorios necesarios que sirvan para establecer su intervención y responsabilidad respecto de las publicaciones periódicas para una posterior demanda (Exp. Nº 15726-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 430-431).*

*No constituye causal de improcedencia, si el solicitante adjunta pliego de preguntas en sobre cerrado para la absolución de posiciones, toda vez que, tal defecto es perfectamente subsanable, otorgando un plazo prudencial para que presente el pliego abierto.*

*No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (Exp. Nº 860-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 387).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... En el presente caso, si bien es cierto, que no se ha invocado la razón justificatoria para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, ni la futura pretensión genérica a plantearse, también es verdad que el a-quo al amparo del inciso primero del artículo 426 del Código Procesal Civil ha debido previamente disponer que la solicitante subsane la omisión acotada dentro del plazo de ley; (...) al no haberse actuado así, y rechazarse de plano la solicitud (de prueba anticipada) se atenta contra el principio contenido en el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 27096-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 602*).

“... Tratándose de Prueba Anticipada los presupuestos establecidos en los artículos 284 del Código Procesal Civil son pasibles de subsanación, es decir, si la parte actora no los satisface a plenitud en la demanda, el a-quo debe exigir la subsanación que corresponda, y no rechazar limínarmente la demanda...” (Exp. Nº 596-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 601*).

“... El a-quo al calificar la solicitud de prueba anticipada, ha rechazado la misma, por cuanto sostiene que el accionante no ha cumplido con ‘adjuntar el original del documento a reconocer’, (...) no existe norma alguna que prescriba que para la procedencia de la solicitud en cuestión sea de obligación del accionante presentar los originales de los documentos cuyo reconocimiento se solicita (...); por lo que el a-quo al rechazarla prueba anticipada solicitada, en mérito a los considerandos en que se fundamenta, ha incurrido en nulidad insubsanable prevista en el artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 31950-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 594*).

## PROCEDIMIENTO

### ARTÍCULO 286

*Las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. V, 189, 190, 205, 208.

---

### Comentario

---

1. Las pruebas producidas antes del proceso o fuera del mismo, con citación personal de la parte contra quien se la intenta hacer valer, puede tener el mismo valor que las producidas en otra causa.

Cuando se trata del informe producido sin orden judicial no configuraría prueba pericial, e incluso ratificado devendría en el mejor de los supuestos en prueba documental, en el caso, un mero instrumento privado, no susceptible de reemplazar a aquel específico medio probatorio que corresponde por la ley.

Se trata de una concreta aplicación del principio de contradicción en la prueba, por lo que esta, para ser válida debe haber sido producida con intervención de la parte contraria.

En igual sentido, la testimonial contenida en actas notariales no tiene jerarquía de prueba, pues, para que ello ocurra debió haber mediado la intervención de un órgano jurisdiccional que es lo que en definitiva otorga al proceso la garantía del contradictorio

La preconstitución unilateral de prueba –por la propia parte a su favor– no constituiría para nosotros prueba en el sentido técnico, por lo que carecería de toda eficacia, hasta que sea sometida al contradictorio en el proceso contencioso.

2. Por otro lado, la actividad probatoria discurre bajo diferentes etapas, desde el ofrecimiento, admisión, actuación, conservación y valoración de la prueba. A pesar, que ella no se agota en un acto, sino a lo largo de diversas etapas, la redacción del presente artículo nos ubica en el extremo de la actuación de la prueba, lo que implicaría cuestionarse si las reglas del ofrecimiento, también son aplicables a la prueba anticipada. Veamos, en el caso de los peritos, señala el artículo 263 del CPC “al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe

practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia". En el caso de los testigos, también se fija ciertas pautas para su ofrecimiento, tal como se aprecia del artículo 233 del CPC que dice: "el que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. El desconocimiento de la ocupación será expresado por el proponente, quedando a criterio del Juez eximir este requisito. Asimismo se debe especificar el hecho controvertido del cual debe declarar el propuesto".

A pesar que la norma en comentario, limite la aplicación de las normas relativas a la actuación, nada obsta que ellas también puedan ser aplicables, en cuanto sean pertinentes, al ofrecimiento de los medios probatorios.

Por otro lado, un aspecto a resaltar en la actuación se ubica en las repreguntas y contrapreguntas aplicables a los testigos (ver artículo 227) con el interrogatorio en la declaración de parte (ver artículo 213 del CPC). En el caso de las contrapreguntas se busca no solo la adquisición de nuevas noticias, sino además, y de modo primordial, investigar el grado de credibilidad y veracidad del testimonio anteriormente rendido. Su objetivo es anular o modificar la evidencia suministrada por el testigo, a diferencia de la declaración de partes, en la que se permite hacer nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas; e inclusive el Juez, puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes, no para cuestionar la imparcialidad de esta (situación que si es exigible al testigo) sino para examinar la versión del desarrollo de los hechos que esta parte sostiene. En tales casos, la declaración del testigo debe tomarse como un deber de este, a diferencia de la declaración de parte que es una carga para quien debe declarar.

3. Si bien, "las reglas de la actuación probatoria se aplican a la prueba anticipada, en cuanto sean pertinentes", sin embargo, aparecen algunas diferencias. Frente al pedido de absolución de posiciones, el pliego sobre el que versará la absolución no es presentado en sobre cerrado, todo lo contrario, este debe aparecer en sobre abierto, de tal forma, que mas allá de dichas posiciones propuestas para la absolución, no cabría incorporar otras no solicitadas. Apreciéese que no se trata de la búsqueda de una prueba, sino de la creación de un título ejecutivo, tal como refiere el inciso 4 del artículo 693 del CPC, por tanto, las posiciones deben estar expresamente fijadas para crear títulos ejecutivos, no para constituir medios de prueba, como sería la declaración de parte, al interior de un proceso ordinario. En esa línea véase que el apercibimiento que se aplica a la absolución de posiciones, lleva a que se tenga por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado. (ver inc: 3 del artículo 296 del CPC). Situación diversa, en la declaración de testigos. Aquí lo que se busca no es crear títulos sino asegurar un medio de prueba por razones de urgencia, como es, recabar la declaración del tercero, por razones de ancianidad, enfermedad o ausencia inminente que hacen indispensable tomar su declaración anteladamente.



**JURISPRUDENCIA**

---

*“... La prueba anticipada puede considerarse un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, en cuya medida es posible a su interior cuestionar las irregularidades en su trámite...” (Cas. N° 1080-98-Callao, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 607-609).*

## EMPLAZAMIENTO Y ACTUACIÓN SIN CITACIÓN

### ARTÍCULO 287

*El Juez ordenará la actuación del medio probatorio, con citación de la persona a la cual se pretende emplazar.*

*A pedido de parte, sustentado en razones de garantía y seguridad, y habiéndose especificado el petitorio de la futura demanda, el Juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación, por resolución debidamente motivada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. VII, 50 inc. 3 y 6, 51 inc. 2.

---

### Comentario

---

La prueba producida, bajo el contradictorio, tendrá pleno valor probatorio en el proceso principal que se promoverá, sin perjuicio del derecho de la contraria a solicitar una nueva declaración del testigo acerca de hechos distintos de los que constituyeron objeto de la prueba anticipada.

Es de destacar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba será resuelta inaudita parte por el juez, correspondiendo a la contraria el derecho a controlar su producción formulando observaciones oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo.

La prueba anticipada, autoriza a los que sean o vayan a ser parte en un proceso y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa, solicitar anticipadamente la declaración de un testigo de muy avanzada edad, o que este gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.

Si el juez admite, se practicará con citación de la futura parte contraria, salvo que resultare imposible por razones de urgencia. En este caso, el juez puede ordenar –a pedido de parte– la actuación del medio probatorio, sin citación, por resolución motivada y sustentada en razones de garantía y seguridad, tomando en cuenta para ello el petitorio de la futura demanda; por citar, si se quiere registrar los ruidos molestos que los fines de semana realiza una discoteca contigua al domicilio del peticionante, se tendría que actuar dicha prueba sin citación, pues, en la fecha señalada para el reconocimiento judicial, podría darse la posibilidad

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que noticiados de lo que se busca, no produzcan en ese momento los futuros demandados, el ruido que cotidianamente realizan, frustrando el objetivo de esta prueba.



### JURISPRUDENCIA

---

*Se infringe las formas esenciales para la eficacia y la validez de los actos procesales cuando se da validez de medio probatorio a una prueba anticipada actuada sin el conocimiento de la parte contra la que se pretende hacer valer (Cas. N° 951-97-Sullana, El Peruano, 16/08/2000, p. 5929)*

## HABILITACIÓN DE DÍA Y HORA

### ARTÍCULO 288

*Cuando la urgencia del caso lo requiere, el Juez puede habilitar día y hora para la actuación solicitada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 142.

---

### Comentario

---

La presente norma faculta a los jueces para habilitar días y horas, cuando se tratase de diligencias urgentes, cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes, a la solicitante. Por citar, cuando se tiene que constatar, a través de una inspección judicial, los ruidos molestos de una discoteca que solo funciona los sábados durante la noche y parte de la madrugada, se deberá practicar el reconocimiento habilitando el día y la hora para tal fin, pues, son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana entre las siete y las veinte horas. (ver artículo 141 del CPC).

La habilitación consiste que bajo determinadas circunstancias, tanto los días como las horas inhábiles, adquieren aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces.

La habilitación puede ser expresa y tácita. Es expresa cuando el tiempo inhábil resulta utilizable a raíz de una declaración judicial, originada a petición de parte o de oficio. La inhabilitación tácita se encuentra regulada en el artículo 143 del CPC.

## IRRECUSABILIDAD

### ARTÍCULO 289

*Son irrecusables el Juez y el Secretario de Juzgado de conformidad con el artículo 761.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 309 inc. 3, 761 inc. 1.

---

### Comentario

---

Una de las condiciones para administrar justicia es la imparcialidad del juzgador y de los auxiliares jurisdiccionales, caso contrario, estaríamos asistiendo al ejercicio de la autodefensa procesalizada por la parcialidad que encierra. El juez al aplicar el derecho, no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado y manifestarse en una absoluta imparcialidad. Una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia.

Palacio<sup>(1)</sup> define a la recusación como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquél, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial”. Para Montero Juan<sup>(2)</sup>, la imparcialidad no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado solo (...)por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio.

Para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez.

En el caso de la prueba anticipada, no cabe recusación porque no hay proceso, sino procedimiento. La prueba anticipada constituye un acto excepcional o anormal de iniciación procesal. El hecho que se autorice realizar esta diligencia

---

(1) Op. cit. T. II, p. 304.

(2) Op. cit. p. 105.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conservatoria de prueba, en función a una ulterior demanda, no significa el nacimiento de un proceso.

Por otro lado, atendiendo a que la solicitud de prueba anticipada no implica contienda, es improcedente la recusación del juez y del secretario del juzgado. Ver en ese sentido lo regulado en el artículo 761 del CPC. Tampoco resulta atendible el pedido de abstención del juez por impedimento, pues la naturaleza de la actividad judicial que se busca no requiere de ella, toda vez que no esta premunida del efecto de la cosa juzgada.

## PERICIA

### ARTÍCULO 290

*Si hay riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos, puede pedirse que se practique la correspondiente pericia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 262 a 271, 295

---

### Comentario

---

La prueba pericial es aquella que es suministrada por terceros que a raíz de un encargo judicial, fundado en conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.

La prueba pericial no se limita a suministrar pautas para la valoración de los hechos, sino que implica la demostración o verificación de su existencia y su exteriorización para el proceso, a veces, como único y excluyente medio para su acreditación o comprobación.

Esta prueba pericial es practicada, con antelación a la existencia del proceso judicial, en atención a factores de contingencia, que lleven a alterar el estado o situación de personas o bienes. Véase el caso, frente a la futura demanda de filiación, el pedido en prueba anticipada de la pericia de ADN, sobre el cadáver del que se imputa la paternidad. La urgencia para la practica de esta pericia no está en la posibilidad que el cadáver pueda desaparecer sino en que al momento de tomar las muestras para la pericia, estas ya no se conserven, por estar enterrado bajo tierra, en una zona húmeda; situación diferente es cuando los restos permanecen en nichos de concreto, en el que es factible preservar el material genético para futuras pericias de ADN.

El juez ordenará la actuación de este medio probatorio, de manera ordinaria, con citación de la persona a la cual se pretende emplazar, sin embargo, debemos atender a la circunstancia excepcional del *inaudita par* cuando justifiquen razones de garantía y seguridad para ello. (Véase sobre este extremo el artículo 287 del CPC). En este sentido, el peritaje hecho sin la intervención del eventual contradictor no puede valer como prueba, sin que sea preciso que la parte cuya citación se omitió desarrolle la impugnación de las conclusiones periciales dentro del plazo fijado para pedir la nulidad, por ser evidente que se vio impedida de controlarla.

También se advierte la falta de regulación sobre algunos requisitos para satisfacer en el ofrecimiento de la pericia. Si bien la norma se orienta a justificar las razones por las cuales se debería por recurrir a la pericia en prueba anticipada, consideramos que ella debe ser complementada con las exigencias que regula el artículo 263 del CPC, esto es, que “al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”.

Otro aspecto que no está regulado es el número de peritos a designar en la prueba anticipada, sin embargo, la discrecionalidad de los Magistrados viene orientándose a designar peritos en número par, como máximo.

El perito es un tercero ajeno a las partes y al juez. A diferencia del testigo, el perito puede ser una persona jurídica.

Como señala la norma, las partes al ofrecer la prueba pericial indicarán “los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”. Bajo ese contexto, no cabría admitir la actuación de la prueba pericial, si está busca determinar de manera general, “el estado de salud de la demandante, frente a la pretensión indemnizatoria por mala praxis médica”. Hace falta en esas circunstancias, que precise el hecho controvertido a analizar, el tipo examen a practicar y la especialidad del perito en medicina que lo realizará.

Podemos señalar como requisitos objetivos para la pericia que se refieran a hechos controvertidos, susceptibles de percepción directa por parte de los peritos y se adecuen a la especialidad de quienes son designados en esa calidad. Por tanto, no procede someter a dictamen pericial hechos que no pueden sujetarse a la observación directa de los expertos, quienes deberán valerse de informes recibidos sin el control de las partes.

## TESTIGOS

### ARTÍCULO 291

*Cuando por ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de una persona, sea indispensable recibir su declaración, el interesado puede solicitar su testimonio.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 222 a 232.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 298, 299.

---

### *Comentario*

---

1. El testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para transmitir los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y hacerlo presente a la mente de quien lo escucha.

La persona, con sus sentidos, su memoria y su lenguaje, cuenta acerca de la existencia del hecho, de la forma en que el mismo sucedió, y de los peculiares matices que lo rodearon.

Los testigos están generalmente en una condición negativa desfavorable, muy distinta a la de un observador: tienen conocimiento por azar, involuntariamente sin preparación y sin interés y en consecuencia sin mucha atención, lo que da lugar a una percepción mas o menos incompleta, fragmentaria y descolorida.

Ahora bien, el testigo casual o accidental se encuentra en el preciso lugar y tiempo en que ocurrió los hechos sobre los que será llamado a declarar, sin embargo, puede darse casos que la imposibilidad de poder prever esa contingencia natural o la necesidad de preverla en vista de la dificultad de procurarse prueba documental para su actual y ulterior comprobación hace que en ciertos casos la prueba de testigos se pueda o deba más bien preconstituir.

Precisamente la norma en comentario se refiere a diversos supuestos de contingencia, como, ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de una persona, que hagan indispensable para el interesado recibir su testimonio.

2. La norma recoge tres supuestos para invocar la diligencia preliminar: la ancianidad, enfermedad y ausencia inminente.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Sobre estas causales debemos señalar que no solo debe atenderse a la edad del testigo para calificarlo de anciano, sino a las condiciones de conservación física mentalde este. Al invocar esta causal algunos pedidos refieren que el testigo tiene una “edad avanzada”, motivando la discusión sobre los parámetros a tener cuenta para calificar la ancianidad bajo la fórmula de edad avanzada. Puede darse el caso de una persona nonagenaria pero de buena salud o de una persona setenta años en actividad laboral como ancianos. La discrecionalidad del juez es la que llevará a calificar en el caso concreto la ancianidad. No es necesario acreditar la edad del testigo, pues, en las generales de ley se verificará ello.

Si se invoca enfermedad, tampoco debe entenderse de cualquier enfermedad sino la que implique gravedad, para lo cual, debe presentarse el certificado médico que refiera el grave riesgo o la inminencia de muerte del enfermo.

En relación a la ausencia del testigo, la norma no hace mayores distinciones en relación a ella, esto es, si implica salir fuera del país al testigo, si el viaje será próximo o la duración de la ausencia.

Por otro lado, se advierte del artículo 296 una serie de apercibimientos a aplicarse frente a la resistencia del emplazado a no cumplir con actuar la exhibición o reconocimiento o absolución de posiciones. Nótese de la lectura del citado artículo que no se hace referencia al apercibimiento al testigo en caso de inconcurrencia, sin embargo, aplicando el artículo 286 del CPC que señala “las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada” podríamos colegir el uso de la conducción de grado o fuerza para su comparecencia, tal como lo refiere el artículo 232 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... dada la naturaleza del proceso (prueba anticipada) debe presentarse en pliego abierto la testimonial que se ofrece a fin de que el emplazado preste su declaración y haga valer sus derechos con arreglo a ley; (...) lo expuesto por el A-quo en la citada resolución, no es un requisito previsto por ley, toda vez que dentro de la sección referente a la prueba anticipada no existe norma imperativa que exija tal requisito; por tanto se ha incurrido en nulidad prevista por el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 16906-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 595-596).*

*“... El artículo 284 del Código Procesal Civil preceptúa que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresarla pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada; (...) de la fundamentación fáctica de la solicitud (de prueba anticipada) (...) se aprecia que el solicitante ha dado cumplimiento a la referida exigencia legal manifestando que la razón justificativa de la actuación anticipada de la absolución de posiciones, es*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*verificar hechos que serán materia de un futuro proceso, en tanto que respecto a la declaración testimonial solicitada, ha señalado que existe inminente ausencia del país del testigo; (...) en cuanto a la pretensión genérica el solicitante ha expresado que iniciará un proceso sobre obligación de dar suma de dinero...” (Exp. N° 1238-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 597-598).*

## RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

### ARTÍCULO 292

*Cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 246, 693 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 295, 296

---

### Comentario

---

1. El reconocimiento se dirige a determinado tipo de documento, el privado, porque el público goza de la presunción de autenticidad. Como el documento privado carece de valor probatorio por sí mismo, la parte que lo presenta le incumbe demostrar su autenticidad. El documento privado reconocido judicialmente por la parte contra quien se opone o declarado judicialmente reconocido, tiene el mismo valor que el documento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores.

2. El reconocimiento en prueba anticipada opera siempre que pudiera resultar imposible o dificultosa solicitar que se produzca anticipadamente el reconocimiento judicial. También opera, cuando el solicitante busca un título, para lo cual, se autoriza seguir la tramitación que se califica como prueba anticipada, cuando debe ser catalogada como “**diligencia preparatorias**”. Estas diligencias son entendidas como un proceso de creación de títulos sumarios. Ella se limita a exigir un pronunciamiento judicial y la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante.

Este proceso, más que de creación es de reconocimiento; porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva. El documento privado solo tiene fuerza ejecutiva si ha sido reconocido, por consiguiente hace falta una diligencia preparatoria, con el objeto de lograr la fuerza ejecutiva de tal documento privado.

3. La inspección judicial, los testigos y la pericia pueden ser consideradas pruebas anticipadas propiamente dichas, situación que no es extensiva para el reconocimiento y la absolución de posiciones, por responder estos a procesos

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

especiales que procuran crear títulos para un proceso principal ulterior, como es el caso de los títulos ejecutivos provenientes de la absolución de posiciones y el reconocimiento. Como señala el inciso 3) del artículo 693 CPC “se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos: “prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido”.

Este reconocimiento se orienta a darle eficacia probatoria mediante el reconocimiento expreso o tácito. Este último como consecuencia de apercibimiento que regula el inciso 1 del artículo 296 del CPC. En ese sentido léase la ejecutoria superior recaída en el expediente 17182-98-Lima<sup>(1)</sup>, que señala: “tratándose de un reconocimiento en prueba anticipada donde se han observado las condiciones propias del debido proceso, además de haberse nombrado curador procesal, es válido el apercibimiento de tener por reconocido en su contenido y suscripción los documentos, como sería el caso del archivo provisional, ante la imposibilidad del indicado órgano de auxilio de actuar el medio probatorio”.

El título valor reconocido judicialmente por el representante de la sociedad anónima adquiere nuevamente su valor siempre que reúna los requisitos exigidos por la Ley de Títulos Valores, situación diversa opera cuando se pretende en prueba anticipada, el reconocimiento de un título valor caduco, para generar a partir del reconocimiento, el efecto de un título ejecutivo (ver inciso 3º artículo 693 del CPC). Se pretende enervar los efectos de la caducidad del título valor, a través de la maniobra del reconocimiento, incurriendo en lo que podría llamarse fraude a la Ley, situación que no impide se ejerza la acción causal frente al título valor perjudicado por el paso del tiempo.

Por otro lado, uno de los medios probatorios que no están regulados como prueba anticipada es el informe, a que refiere el artículo 239 del CPC. Estos pedidos pueden operar en casos excepcionales, por ejemplo, para acreditar hechos que constan en expedientes judiciales y antes que se inicie el futuro proceso o el período de pruebas de este, encontrándose por vencer los plazos establecidos para la conservación de esos documentos, es atendible pedir informes para conservar dicho medio probatorio.



### JURISPRUDENCIA

---

*Por el reconocimiento judicial del título valor vencido no revive la prescripción producida de las acciones derivadas de él, pues ésta se produce cuando el obligado es notificado con la demanda dentro del plazo precriptorio de la acción derivada del respectivo título valor.*

(1) Ejecutoria emitida por la Sala Civil de Lima, de procesos sumarísimos y no contenciosos

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si bien aparece de la prueba anticipada que la acción cambiaria quedó perjudicada al haberse declarado el abandono de la acción cambiaria directa, por el transcurso inexorable del tiempo, ésta, en vía de proceso, también ha caducado (**Exp. Nº 99-40677-3308, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 426**).

Al no haberse protestado el título solo cabe recuperar la acción cambiaria en el reconocimiento del obligado principal y el avalista. Si éste último no reconoce el contenido del título, la acción cambiaria no procede contra el mismo, no obstante el reconocimiento ficto por parte del obligado principal (**Exp. Nº 2448-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 665-666**).

“... El a-quo al calificar la solicitud de prueba anticipada, ha rechazado la misma, por cuanto sostiene que el accionante no ha cumplido con ‘adjuntar el original del documento a reconocer’, (...) no existe norma alguna que prescriba que para la procedencia de la solicitud en cuestión sea de obligación del accionante presentar los originales de los documentos cuyo reconocimiento se solicita (...); por lo que el a-quo al rechazarla prueba anticipada solicitada, en mérito a los considerandos en que se fundamenta, ha incurrido en nulidad insubsanable prevista en el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil...” (**Exp. Nº 31950-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 594**).

No procede mediante la prueba anticipada recuperar el mérito ejecutivo de las cambiales si estas han perdido su mérito como instrumento de cambio por acción del tiempo.

En la acción causal debe invocarse el negocio jurídico que originó la expedición de las cambiales (**Exp. Nº 1451-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 312-315**).

“... Según se aprecia del acta de Audiencia de Actuación y Declaración Judicial (...) la empresa emplazada (...) ha verificado el reconocimiento solicitado, independientemente de las alegaciones que haya efectuado al respecto, por lo que habiéndose cumplido con la actuación anticipada del medio probatorio y por tanto con la finalidad de la misma, carece de objeto formular cuestionamientos al respecto, tanto más si no se aprecia que se haya producido agravio al reclamante...” (**Exp. Nº N-977-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 619**).

No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (**Exp. Nº 860-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 387**).

“... Habiéndose tramitado el presente proceso en la vía abreviada, el referido medio probatorio (documento reconocido en prueba anticipada) puede ser merituado conjuntamente con el resto del material probatorio, de conformidad con el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, pues el nuevo modelo procesal no acoge el sistema de valoración de la prueba tasada sino el de libre valoración o de sana crítica” (**Cas. Nº 627-99/Cono Norte-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 630-632**).

## EXHIBICIÓN

### ARTÍCULO 293

*Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición de:*

- 1. El testamento del causante por parte de quien se considere sucesor;*
- 2. Los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso;*
- 3. Los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante; y,*
- 4. Otros bienes muebles materia de un futuro proceso.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.P.C. arts. 259, 260.

**LEGISLACIÓN COMPARADA:**

C.P.C. Colombia arts. 297, 301.

---

## Comentario

---

1. La jurisdicción permite recurrir a ella para realizar diligencias preliminares tendientes a conservar un medio de prueba o delimitar con mayor exactitud los elementos de su futura pretensión u oposición o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. Estas diligencias preliminares se expresan en tres categorías: diligencias preparatorias, diligencias conservatorias y diligencias preliminares propias. El derogado CPC de 1912 regulaba las diligencias preparatorias y el actual CPC de 1993 hace referencia a la conservatoria, a ellas bajo el nombre de prueba anticipada.

A pesar de ello, apreciamos en este artículo, la presencia de la otrora diligencia preparatoria recogida en los incisos 2 y 3 del artículo 209 del derogado CPC de 1912.

Es importante señalar que lo que busca este tipo de medidas es abreviar futuros procedimientos, comprobar determinadas circunstancias cuyo conocimiento resulte ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar adecuadamente una eventual pretensión y asegurar la regularidad de los trámites correspondientes a tales actos.

Lo señalado líneas arriba nos lleva a mostrar bajo la denominación de prueba anticipada la presencia de la diligencia preliminar propia en el Código Procesal

vigente. Decimos ello porque las pruebas anticipadas o llamadas diligencias conservatorias de prueba, tienen por objeto la producción anticipada de ciertos medios probatorios frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el período procesal de pruebas; situación que no se ajusta a lo que exige el presente artículo “cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición”, pues, busca obtener información preliminar para un futuro proceso.

2. Bajo el contexto descrito apreciamos que se puede pedir la exhibición del testamento del causante por parte de quien se considere sucesor.

Esta diligencia no tiene por objeto justificar su condición de sucesor legítimo, sino de una medida preparatoria para un proceso contencioso. Según Palacio<sup>(1)</sup> “la exhibición del testamento debe configurar el antecedente de una pretensión procesal fundada en su contenido, como puede ser: la destinada a obtener la declaración de fallecimiento presunto, la petición de herencia e incluso la nulidad del acto de última voluntad. Puede ocurrir, no obstante, que quien solicita la apertura del proceso sucesorio no tenga en su poder el testamento, en cuyo caso la ley lo autoriza a indicar el lugar donde se encuentre e implícitamente a solicitar la exhibición de aquel”.

El hecho que la norma permita a quien se considere sucesor pedir la exhibición del testamento del causante, por parte de quien se considere sucesor; ello no le exime de la carga de señalar la justificación de su petición, esto es, de proporcionar motivos razonables que hagan necesaria la exhibición. La sola creencia de considerarse sucesor no le legitima el amparo de su pedido.

3. La norma permite la exhibición de los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso; por citar, en el caso de evicción se puede requerir al enajenante o adquirente exhiba los títulos referentes a la cosa vendida. El deber de exhibición también es recíproco para el adquirente y enajenante.

En razón de tratarse de una diligencia preliminar, señala Palacio<sup>(2)</sup>, el adquirente se halla facultado para requerir su cumplimiento frente a reclamaciones extrajudiciales, que puedan considerarse una verdadera turbación del derecho en el ejercicio de la propiedad, goce o posesión de la cosa transmitida y que en consecuencia lo coloquen en la necesidad de interponer una pretensión contra el reclamante o lo expongan a la posibilidad de ser demandado por este. Otro supuesto puede advertirse en el caso del ocupante de un inmueble. El nuevo adquirente puede solicitar al ocupante del bien, muestre el título con el que ampara su posesión, bajo apercibimiento de tener por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento.

---

(1) PALACIO. T. VI, p. 26.

(2) Op. cit. T. VI, p. 29.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

4. Se puede pedir exhibición sobre “los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante”. Ello con la finalidad de simplificar los futuros procedimientos. Señala Palacio<sup>(3)</sup> que el juez debe fijar un plazo prudencial para la comparecencia del supuesto obligado, pero no corresponde que la citación se practique bajo apercibimiento de tener por reconocida la obligación en caso de inasistencia, ya que la diligencia no entraña la interposición de una demanda, sino un simple medio de facilitar al interesado su futura actuación procesal. A pesar de dicho criterio, nuestra legislación si contempla el apercibimiento a todos los supuestos de la exhibición recogida en el artículo 293 del CPC. Nótese que este apercibimiento es intrascendente para la creación de títulos, pues, conforme se aprecia del inciso 3 y 4 del artículo 693 del CPC, solo contempla el reconocimiento y la absolución de posiciones mas no a la exhibición.

En relación al apercibimiento en la exhibición debe tenerse en cuenta que al ser alternos estos, quien la solicita debe precisar cuál de ellos deberá aplicarse. En ese sentido se dice que si la solicitante no ha cumplido con precisarlo, no es factible su adecuación por el Juez, por tratarse de una norma de carácter imperativo, de modo que este deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente.

5. La norma también permite la exhibición de otros bienes muebles materia de un futuro proceso, ello con miras a verificar su identidad y estado de conservación; esto va a permitir que el objeto de la eventual pretensión resulte delimitado con la mayor precisión y claridad. El juez puede disponer que la exhibición se lleve a cabo en la sede del juzgado o en lugar en el que la cosa se encuentra. Tanto en la exhibición de cosa mueble y testamento, el requerido que no tenga en su poder el testamento o la cosa mueble debe indicar el lugar en que se encuentra o la persona que lo tiene.

En conclusión podemos señalar que las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio están obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. Dicha exhibición será ordenada por el juez sin traslado alguno, dentro del plazo que fije.



### JURISPRUDENCIA

---

*La exhibición en prueba anticipada de la carta notarial es de imposible cumplimiento, al no haberse acreditado su diligenciamiento, más aún si la presentada por la actora, no contiene fecha de suscripción ni firma de la remitente, situación a la que no procede aplicar apremios.*

(3) Op. cit. T. VI, p. 36.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es procedente la exhibición de las actas de juntas de accionistas de la empresa demandada, si se justifica en la posibilidad se que hayan sucedido actos susceptibles de anulación, al haber sido representado por quien no tenía esa facultad, durante el tiempo en el cual fue impedida de ejercer la representación de la sucesión (Exp. N° 45695-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 232).*

*Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir entre otros la exhibición de bienes muebles materia, de un futuro proceso. Si bien la demanda indica que la pretensión genérica a reclamar es la entrega de bienes e indemnización, es necesario contemplar que dicha pretensión está en función de los derechos y acciones que corresponda a los demandantes como herederos del causante y no específicamente a la entrega de los bienes por encontrarse indivisa la sucesión (Exp. N° 27579-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 376-377).*

## ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

### ARTÍCULO 294

*Puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. 213, 693 inc. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 294.  
C.P.C.N. Argentina art. 125.

---

### Comentario

---

La absolución de posiciones es el medio que tienen las partes para obtener la confesión de su contraria, en un proceso determinado, bajo juramento o promesa de decir verdad. Para Couture, la posición supone la certeza del ponente, que no duda de lo que afirma y solo aspira, a que lo confirme el absolvente.

Se define como un medio para provocar que el presunto adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado **“pero que han de ser materia de un futuro proceso”**, previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento personal de aquél y contrario al interés que sostiene en la concreta causa.

La confesión no se alcanza aquí a través de un interrogatorio sino a través de la formulación de una serie de proposiciones afirmativas y juramentadas, respecto de las cuales se exige **“del presunto contrario”**, una contestación afirmativa o negativa pero no una descripción, sin perjuicio de las explicaciones que a continuación pueda agregar.

Un sector de la doctrina considera que la absolución de posiciones se pide solo en proceso iniciado, ello es coherente con el hecho que la absolución solo puede ser exigible y prestada por las partes, condición que recién se adquiere cuando el proceso ha comenzado mediante la interposición de la demanda. La absolución de posiciones no puede ser considerada una expresión de prueba anticipada sino de la otrora diligencia preparatoria porque busca crear un futuro título, a partir de la provocación de su futuro adversario. Ese futuro título se materializará no solo por su absolución expresa sino que opera a través de la tácita, mediante el apercibimiento que recoge el inciso 3 del artículo 296; en ese sentido si el título ejecutivo que se pretende crear reúne las condiciones del artículo 689

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

del CPC, asumirá la calidad de título ejecutivo, a que refiere el inciso 4 del artículo 693 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*No constituye causal de improcedencia, si el solicitante adjunta pliego de preguntas en sobre cerrado para la absolución de posiciones, toda vez que, tal defecto es perfectamente subsanable, otorgando un plazo prudencial para que presente el pliego abierto.*

*No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (Exp. N° 860-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 387).*

*“... Mediante resolución (...) expedida en la audiencia de actuación y declaración judicial (...) el Juez de la causa declaró impertinentes los medios probatorios admitidos con la demanda, omitiendo actuar la prueba anticipada de absolución de posiciones expresamente solicitada y que fue admitida (...); (...) al declararse la impertinencia de los medios probatorios, el A-quo no ha tomado en cuenta que el solicitante no ha pretendido su actuación, sino que éstos fueron ofrecidos por su parte a fin de fundamentar la razón que justifica la presente solicitud; (...) habiéndose actuado así, y conforme lo señalado en el tercer considerando, se ha incurrido en nulidad contenida en el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil...” (Exp. N° 2900-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 624-625).*

## INSPECCIÓN JUDICIAL

### ARTÍCULO 295

*En los mismos casos previstos en el artículo 290, puede solicitarse la inspección judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 272, 273, 274, 290.  
D. LEG. 822 art. 199 párr. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 300.

---

### *Comentario*

---

El artículo regula la prueba anticipada propiamente dicha porque busca constatar una situación de hecho, a través del reconocimiento judicial a fin que pueda existir un medio de prueba que lo conserve. Hay un criterio de urgencia, de necesidad que los hechos cambien o desaparezcan lo que justifica provocar la actividad judicial sin proceso.

La inspección judicial es el reconocimiento que efectúa de manera directa el juez a través de la percepción sensorial sobre lugares, cosas, personas con el objeto de verificar cualidades, condiciones o características.

La norma permite que se pueda producir tanto el reconocimiento judicial como la pericia para hacer constar la existencia de documentos, el estado, la calidad o condición de cosas o lugares.

Ambos medios de prueba se orientan a verificar un estado de hecho que es susceptible de desaparecer o sufrir alteraciones con anterioridad al proceso o la etapa probatoria de este.

Requiere o no conocimientos técnicos según el reconocimiento a efectuarse, por ejemplo, si se quiere un reconocimiento judicial sobre el estado de abandono de un inmueble arrendado, no es necesario involucrar una prueba pericial, pero si para el caso que se quiera tasar el inmueble o comprobar el valor de las maquinarias, por requerir conocimientos especiales para ello.



### JURISPRUDENCIA

---

“... De acuerdo a la sustentación Fáctica de la solicitud de prueba anticipada (...), la Beneficencia Pública de Lima señala que la actuación anticipada de la inspección judicial que invoca, está destinada a determinar las personas que habitan el predio de su propiedad así como las áreas que éstas ocupan, a efecto de iniciar con posterioridad el proceso de desalojo; (...) el hecho señalado (...) debe ser verificado antes del inicio del proceso, por lo que la solicitante ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 284 del Código Procesal Civil que amerita la tramitación de la solicitud...” (**Exp. N° 1209-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 599**).

“... Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 284 del Código Procesal Civil, toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada; (...) en el presente caso la solicitante (...) ha señalado (...) que la actuación del medio probatorio tiene por finalidad entre otros aspectos, que se verifique que está en posesión del inmueble (...), además de constatar el estado del bien, el mismo que señala podría variar” (**Exp. N° 645-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 600**).

## APERCIBIMIENTOS

### ARTÍCULO 296

*Si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se aplicarán los siguientes apercibimientos:*

- 1. En el reconocimiento se tendrá por verdadero el documento;*
- 2. En la exhibición se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; y,*
- 3. En la absolución de posiciones se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 218, 249 a 252, 261, 292, 293, 294.

---

### Comentario

---

1. El artículo consagra el apercibimiento a la resistencia a ejecutar los medios de prueba ordenados.

El apercibimiento es el requerimiento que hace el juez, para que el emplazado comparezca y ejecute lo que se manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con sanciones si no lo hiciera. Esto conlleva a que se aprecie que el apercibimiento es el primer paso de la fase de la sanción procesal; por ello, por la trascendencia procesal que ello implica, se exige que los apercibimientos sean expresos y no se presuma. Otro aspecto a considerar en los apercibimientos es la comunicación de estos a las partes; en ese sentido léase la Casación N° 1401-97 Callao que dice: “la resolución que hace efectivo los apercibimientos de una prueba anticipada debe ser notificada a las partes; en caso contrario carece de validez formal el título ejecutivo, en consecuencia no tiene mérito ejecutivo”.

2. Por otro lado, mediante la prueba anticipada se autoriza a los que sean o vayan a ser parte en un proceso y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa, solicitar con anticipación la declaración de un testigo de muy avanzada edad, o que este gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país; sin embargo, a diferencia de los otros medios de prueba que regula el Código, no aparece apercibimiento alguno en caso que el testigo no cumpla con el deber de comparecer y de declarar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Basta revisar los supuestos que regula el presente artículo para señalar que los apercibimientos están regulados de manera expresa para el reconocimiento, exhibición y absolución de posiciones. Ello se explica porque la comparecencia del testigo no es una carga sino un deber y en tal sentido procede aplicar las reglas que regula el artículo 232 del CPC (sanción pecuniaria y conducción de grado o fuerza al juzgado), pues, las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada (ver artículo 286 del CPC). Nótese que ese deber no solo se agota en el de comparecer sino en el declarar y en el decir la verdad, al margen que la intervención del testigo se haga al interior de un proceso judicial o fuera de este, como sería el caso de la prueba anticipada.

3. Como se ha señalado al comentar el artículo 294 del CPC, la absolución de posiciones es un medio de producción de la prueba confesional, que en el caso de la prueba anticipada, se da ante la instancia, sin proceso y bajo requerimiento de parte, pues, el juez no puede poner posiciones a las partes.

Para Palacio, la absolución de posiciones es la declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un pliego interrogatorio formulado por escrito.

La cuestión que el interrogatorio se encuentre redactado por escrito deviene irrelevante, pues, puede realizarse a viva voz. La razón de ser del pliego responde al propósito de cristalizar el apercibimiento previsto para la producción de esta prueba y poder tener así por absueltas en forma ficta las posiciones contenidas en aquél en caso de inasistencia del absolvente. Este pliego, en la práctica judicial, se estila que sea abierto en caso de prueba anticipada y cerrado para la declaración de partes, en atención a la interpretación que se hace del artículo 213 del CPC. Otro aspecto que se debe contemplar en la exhibición es el apercibimiento alternativo a ella. Como señala el inciso 2, en caso de inconcurrencia se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento. En caso que el solicitante no hubiere cumplido con precisar a cuál de ellos se refiere, no es factible su adecuación por el juez, por referirse la prueba anticipada a un acto de disposición de la parte interesada, de modo que el juez deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente.



## JURISPRUDENCIA

---

*Tratándose de un reconocimiento en prueba anticipada donde se ha observado las condiciones propias del debido proceso, además de haberse nombrado curador procesal, es válido el apercibimiento de tener por reconocido en su contenido y suscripción los documentos, ante la imposibilidad del indicado órgano de auxilio de actuar el medio probatorio (Exp. N° 17182-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 236).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Debe ampararse la demanda, si se han dado por verdaderos los documentos presentados y contestado en sentido afirmativo las preguntas del pliego interrogatorio de la prueba anticipada que señalan la deuda impaga que es materia de ejecución; al no haberse desvirtuado tales presunciones producidas por la propia conducta procesal de la ejecutada, pues no ha presentado ninguna prueba que contradiga el mandato ejecutivo (Exp. N° 98-39187-1048, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 78).*

*“... La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal” (Cas. N° 802-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 626-627).*

*“... Habiéndose solicitado la actuación anticipada de exhibición de documentos, corresponde al solicitante dar la idea más cercana a su contenido o acompañar copia de los mismos a fin de hacer efectivo el apercibimiento previsto por el inciso 2 del artículo 296 del Código Procesal Civil...” (Exp. N° N-902-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 593).*

*“... En cuanto a la exhibición el inciso segundo del artículo 296 del Código Procesal Civil preceptúa que el apercibimiento aplicable en caso de incomparecencia del emplazado será: a) tener por verdadera la copia presentada o b) tener por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; (...) en el caso sub-examen, la solicitante no ha cumplido con la indicada exigencia legal, no siendo factible su adecuación por el a-quo, por tratarse de una norma de carácter imperativo, de modo que el Juez de la causa deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente...” (Exp. N° 53884-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 603).*

*No tiene efecto legal alguno el apercibimiento decretado y efectivizado en la prueba anticipada que no ha guardado las formalidades de Ley el debido proceso (Exp. N° 235-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 229-231).*

## COMPETENCIA Y TRÁMITE

### ARTÍCULO 297

*Es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33, el Juez que por razón de cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso.*

*La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 33, 309 inc. 3, 749 a 762.

---

### Comentario

---

1. La norma regula una competencia especial para la medida cautelar fuera de proceso y la prueba anticipada, para lo cual, toma como referente “el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse”, reproduciendo el mismo criterio que se asumía para fijar la competencia en este tipo de diligencias. Así, el artículo 209 del derogado CPC de 1912 señalaba que las diligencias preparatorias se pedían ante cualquier juez de primera instancia. En igual sentido, decía el artículo 224 del CPC de 1912 “todo juez de primera instancia es competente para decretar embargos preventivos anteriores a juicio por sumas de veinte libras”.

Esta exclusividad que tenía el juez de primera instancia para intervenir en embargos y diligencias preparatorias, generó inconvenientes de celeridad y gastos procesales, porque si se quería iniciar una diligencia preparatoria, no existía otro juez competente que el de primera instancia, a pesar que la futura demanda a promoverse le correspondería al juez de paz letrado.

Para superar esa limitación, el Código Procesal actual acoge la competencia del juez por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.

Frente a esta regla especial de la competencia, el artículo 297 del CPC considera que es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33, “el Juez que por razón de cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso”.

Por otro lado, corresponde al solicitante la carga de suministrar los datos fundamentales relativos al tipo de pretensión que será objeto del proceso, salvo cuando se trate de una medida conservatoria de prueba, requerida con posterioridad a la interposición de la demanda. En este último caso, la competencia ya está establecida por el juez del proceso contencioso.

Es importante destacar que la producción de pruebas anticipadas no fija **definitivamente** la competencia del juez interviniente. Decimos ello porque del resultado de la actuación de dichas pruebas, puede generar que sea otro juez a quien le compete conocer de la futura pretensión. Cuando se trate de una medida conservatoria de prueba requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, la competencia está pre-establecida con el juez del proceso.

2. En cuanto al trámite, la prueba anticipada se rige bajo las reglas del proceso no contencioso. Ello es entendible porque estamos ante un procedimiento de declaración voluntaria, donde no hay contienda. Solo se invoca la jurisdicción para buscar de ella tutela en la conservación de los medios de prueba, de manera antelada y urgente; o crear títulos de futura ejecución; o buscar información preliminar para un futuro proceso. Por otro lado, la ausencia de confrontación formal en este tipo de diligencias hace que el juez y secretario del proceso sean irrecusables. El inciso 1 del artículo 761 del CPC consagra lo señalado. Un aspecto a tener en cuenta en este tipo de procedimiento es la improcedencia del abandono, tal como lo regula el inciso 2 del artículo 350 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*La competencia de un juez para el dictado de una medida cautelar fuera del proceso y para la actuación de la prueba anticipada está, condicionada a que el Magistrado sea competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.*

*La Competencia para la actuación de la prueba anticipada, está relacionada exclusivamente al grado de la judicatura para conocer la demanda futura. La prevención a que refiere el artículo veintinueve del CPC, se configura ante la existencia de una demanda previa relacionada al proceso (Exp. N° 524-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Mariabella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 270).*

*“... La Prueba Anticipada consiste en la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso (artículo 284 del Código Procesal Civil), correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso, (artículo 297 del Código Procesal Civil); (...) siendo así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para ésta a la culminación del trámite...” (Exp. N° 706-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 580).*

*“... De acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Civil, en materia de prueba anticipada es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33 del mismo cuerpo legal, el Juez que por razón de cuantía y territorio deberá conocer el futuro proceso; (...) es con esa norma específica que debe definirse la competencia del Juez, para este tipo de procesos, aplicándose las demás reglas generales de la competencia de modo complementario y no excluyente de la norma especial; (...) la regla contenida en el artículo 23 del código adjetivo es aplicable para los procesos no contenciosos, mas no así para la prueba anticipada...” (Exp. N° 343-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 584-585).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... La Prueba Anticipada tiene reglas específicas previstas en la ley procesal correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso; (...) es con arreglo a dichas reglas que el a quo debe calificar la demanda, para proveer lo pertinente...” (Exp. N° 692-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 586*)

“... Con relación a que el emplazado cuestiona la validez o invalidez y las formalidades de las letras de cambio materia de reconocimiento, por la naturaleza de la solicitud (de reconocimiento en prueba anticipada), en el presente caso no corresponde dilucidarse respecto a tales hechos, los mismos que en todo caso serán dilucidados en el proceso contencioso correspondiente...” (Exp. N° 35398-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 615-616*)

“... La naturaleza de la futura pretensión de los solicitantes es de carácter laboral (...), de modo que la presente solicitud de prueba anticipada ni el futuro procedimiento a iniciar son de competencia de los Juzgados Civiles, situación que amerita declarar su rechazo de plano...” (Exp. N° 616-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 604*).

La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso, en el cual se halla prevista la contradicción.

Solo se puede fundar la oposición en el contenido del artículo 298 del C.P.C (Exp. N° 1157-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 163-164*).

## OPOSICIÓN

### ARTÍCULO 298

*El emplazado solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos generales indicados en el artículo 284, los especiales del medio probatorio solicitado o si la actuación fuese imposible.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 284.

---

## Comentario

El juez ordena la ejecución de la prueba sin traslado a la contraparte. A esta le corresponde cuestionar su producción formulando oposiciones.

Son tres los motivos para oponerse a la prueba. Estos se basan en la inobservancia a los requisitos especiales del medio probatorio, a los generales de la prueba anticipada y la imposibilidad de su actuación.

En relación a la inobservancia de los requisitos especiales, podemos citar el caso de la declaración del testigo condenado por delito doloso que afecte su idoneidad. El inciso 2 del artículo 229 prohíbe su declaración; también procede la oposición cuando el solicitante no justifica la razón de la actuación anticipada ni describe la pretensión genérica que pretende reclamar a futuro; el último supuesto, la imposibilidad, se refiere cuando el juez ordena la actuación de medios probatorios sobre hechos que la ley presume *iure et iure*, esto es, sin admitir prueba en contrario

Fuera de los eventuales incidentes que pueden promoverse en relación a la admisibilidad, durante el trámite de la prueba anticipada, no cabe discusión alguna referente a los requisitos de la futura pretensión. La mera solicitud de una medida preliminar no constituye una demanda que autorice a deducir reconvencción y menos aun pretender la apertura a prueba de un proceso inexistente.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es fundada la oposición al reconocimiento, en prueba anticipada, si la petitionante no solo presenta instrumentos emitidos por su otorgante, sino que pretende el reconocimiento de otros documentos que pertenecen a personas distintas al emplazado (Exp. Nº 24086-99,*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 235).**

“... La emplazada ha sido impedida de hacer uso de su derecho que ampara el numeral 298 del referido cuerpo de leyes (CP., referido a la oposición a la solicitud de prueba anticipada), razón por la cual le ha sido materialmente imposible formular oposición; razones que contravienen los principios de legalidad y trascendencia, previstos por el artículo 171 del citado Código de Leyes (CPC)...” **(Exp. N° 2226-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 622-623).**

“... la oposición (...), fundamentada en que el apoderado del actor carece de legitimación procesal, merece desestimarse, por cuanto el artículo doscientos noventa y ocho del Código Procesal Civil establece que la parte emplazada solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos indicados en el artículo doscientos ochenta y cuatro del mismo Código, los especiales del medio probatorio o si la actuación fuese imposible...” **(Exp. N° 9993-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 610-611).**

“... La contradicción (oposición a la prueba anticipada) formulada por la parte emplazada se sustenta en argumentaciones que inciden en la relación jurídica que da lugar a la emisión del título valor materia del reconocimiento, lo cual no puede hacerse valer a través de la contradicción...” **(Exp. N° 579-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 612).**

“... La actuación imposible que alega la recurrente no es atendible, toda vez que los fundamentos que la sustentan están referidos principalmente a demostrar que no tiene obligación alguna con la emplazante, tema que no es el objeto de este proceso de Prueba Anticipada, sino que en todo caso deberá hacerse valer en la vía y procesos pertinentes...” **(Exp. N° N-1216-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 613).**

“... Los fundamentos de la contradicción están orientados a desvirtuar el derecho que emergería a favor del actor del título objeto de reconocimiento; (...) es evidente que la Prueba Anticipada no permite discusión ni debate en torno ello; (...) no ajustándose la contradicción formulada a lo establecido en el artículo 298 del Código Procesal Civil es obvio que resulta inviable...” **(Exp. N° 4-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 614).**

“... Nadie está obligado a exhibir lo que no tiene en su poder; (...) habiendo la emplazada negado la existencia de los títulos valores, aunado al hecho de que en el contrato de compra-venta no se alude a los mismos, procede amparar la oposición (a la solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada)...” **(Exp. N° 21805-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 617-618).**

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso, en el cual se halla prevista la contradicción.*

*Solo se puede fundar la oposición en el contenido del artículo 298 del CPC (Exp. N° 1157-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 163-164)*

*“... La oposición (...), fundamentada en que el apoderado del actor carece de legitimación procesal, merece desestimarse, por cuanto el artículo doscientos noventaiocho del Código Procesal Civil establece que la parte emplazada solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos indicados en el artículo doscientos ochenticuatro del mismo Código, los especiales del medio probatorio o si la actuación fuese imposible...” (Exp. N° 9993-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 610-611).*

## ENTREGA DEL EXPEDIENTE

### ARTÍCULO 299

*Actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservándose copia certificada de este en el archivo del Juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 139, 693 incs. 3 y 4, 3 DF inc. 5

---

### Comentario

---

El expediente es calificado como una actuación administrativa sin carácter contencioso, por ello, en la doctrina se califica como expediente a todos los actos de jurisdicción voluntaria.

El expediente es el conjunto de papeles, documentos y otras pruebas o antecedentes. Contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras. En el caso de la prueba anticipada, se entregará el expediente –en original– al interesado, conservándose copia certificada de este en el archivo del Juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.

La norma señala que ese conjunto de antecedentes resultante de la actividad probatoria ya ejecutada sea entregado al peticionante, dejándose copia certificada de este en el archivo del juzgado.

Nótese que la norma pone énfasis en las copias certificadas, esto es, en la reproducción literal de los documentos de su original, dejando constancia de ese acto, el secretario de juzgado. Esto se explica porque en el supuesto que se quiera obtener una copia de lo actuado, se pueda recurrir a los documentos archivados de esta. Especial situación se aprecia en el caso de la pérdida o deterioro de las copias de la prueba anticipada custodiadas en el archivo del Juzgado, en tales circunstancias, se puede recurrir a la recomposición del expediente (ver artículo 140 del CPC) según la Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ.<sup>(1)</sup>

---

(1) El contenido de la citada Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo.



**JURISPRUDENCIA**

---

*“... El A-quo, ha actuado la prueba anticipada, en la forma solicitada; acto por el cual se dio por finalizado (sic) la solicitud postulada, ordenándose la entrega del expediente a la parte interesada; lo que implica, que es el último acto procesal que fin al proceso...” (Exp. N° 34158-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 628-629).*

## Capítulo X

# CUESTIONES PROBATORIAS

### ADMISIBILIDAD DE LA TACHA Y DE LA OPOSICIÓN

#### ARTÍCULO 300

*Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial.*

*También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 193, 213, 222, 229, 233, 242, 243, 256, 257, 259, 260, 262, 272, 553.
<b>C. de P.P.</b>	art. 165.
<b>C.N.A.</b>	art. 169.
<b>LEY 26636</b>	arts. 42, 43.

---

### Comentario

Los medios probatorios que se ofrecen, pueden ser materia de cuestionamiento, por la parte contra quien se opone. Existen dos mecanismos para ello, la tacha y la oposición. A través de ellos se permite materializar el derecho de contradicción.

Son cuestiones incidentales que se provocan con el ofrecimiento de los medios probatorios y tienen como finalidad destruir la eficacia probatoria de éstos.

Debemos recordar que el contenido del derecho a la prueba está integrado por los siguientes derechos: derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; el derecho que admitan los medios probatorios ofrecidos; el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos; el derecho a que se asegure la producción y conservación de la prueba; y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han ingresado al proceso.

Las tachas u oposiciones están condicionados a la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, el mismo que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia.

La admisión y trámite de las incidencias deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Con el ofrecimiento del medio probatorio ingresa la tacha, pero el éxito en la tramitación y amparo de ésta, se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido.

Para la procedencia de la tacha u oposiciones, debe darse los siguientes supuestos:

- La existencia de un proceso principal,
- El ingreso al proceso de un medio probatorio
- Interponerlo dentro del plazo de ley y por la parte a quien se opone
- Orientarse a destruir la eficacia de la prueba ofrecida

La falta de impugnación –mediante tacha u oposición– precluye la posibilidad de interponerla con posterioridad, sin embargo, puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda, como es el caso que regula el artículo 302 del CPC.

La norma discrimina el medio de impugnación, según la prueba ofrecida. Si se trata de testigos y documentos será la tacha el mecanismo idóneo para ello; si se refiere a la declaración de parte, exhibición, pericia o inspección judicial el mecanismo es la oposición. Nótese que el Código diferencia la oposición para declaración de parte y la tacha para los testigos.

Además adviértase que el artículo en comentario, hace referencia expresa al mecanismo para cuestionar la eficacia de la prueba documental, como es la tacha, sin embargo para la exhibición de ésta corresponde la oposición; en tal sentido “el informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición”. El reconocimiento de parte está condicionado a la interposición de la tacha, de ahí que el artículo 246 del CPC prescriba que “no es necesario el reconocimiento si no hay tacha”.

Por otro lado, la eficacia probatoria del documento en general tiene mecanismos de cuestionamiento en el proceso, regulados en los artículos 242 y 243 del CPC, cuando se invoque la falsedad del documento o la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe.



JURISPRUDENCIA

No se puede enervar el contenido de un documento mediante tacha, cuestionando la fecha de otorgamiento del mismo; pues, la tacha está referida a la falsedad de éste como tal, mas no al contenido del mismo.

Debe ampararse la tacha a los testigos, si son parientes consanguíneos de una de las partes. No existe impedimento legal para que el testigo preste su declaración, cuyo estado civil sea la de divorciado con una de las partes. (Exp. Nº 556-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 381-282).

El informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición (Exp. Nº 2416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 380).

“... La tacha (formulada al estado de cuenta del saldo deudor) se refiere únicamente a las observaciones sobre el cálculo del estado de cuenta o liquidación, razón por la que propiamente no constituye una tacha sino observaciones al cálculo efectuado...” (Cas. Nº 2276-99-La Libertad, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 377-378).

“... La sustentación de la nulidad de un documento debe deducirse en vía de acción...” (Cas. Nº 2550-99-La Libertad, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 262-263).

“... La nulidad de un acto administrativo debe ser solicitada en vía de acción y no en vía de tacha...” (Cas. Nº 1346-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 359-360).

“... Conforme lo establece el artículo trescientos del Código Procesal Civil, la vía pertinente para impugnar documentos es a través de la tacha, sin embargo, la recurrente no ha formulado tacha contra la (sic) citadas instrumentales (documentos judiciales no certificados por el auxiliar jurisdiccional), en consecuencia, ha precluido la oportunidad para denunciar este vicio (contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso) en sede casatoria...” (Cas. Nº 2858-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 350-351).

“... En vía de tacha no se puede decidir sobre la nulidad de un acto jurídico...” (Cas. Nº 46-2000-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 354-355).

“... La Sala Civil de la Corte Suprema tiene resuelto en forma reiterada que la tacha de documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados, y no a la nulidad o falsedad de los actos contenidos en los mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en vía de acción.

(...) Que en consecuencia la tacha basada en la alegación de que el acto expresado en el documento presentado no coincide con la voluntad de las partes no puede servir de funda-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

mento para amparar una facha” (Cas. Nº 1357-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 356-358).

“... Tampoco resulta procedente formular tacha contra un instrumento público consistente en una partida de nacimiento, la cual solamente puede ser declarada ineficaz en vía de acción...” (Cas. Nº 3237-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 361-362).

La oposición es un remedio procesal solo para ser interpuesto en los casos previstos en el Código Procesal y dentro del tercer día de conocido el agravio. En ninguno de los artículos del CPC se regula la posibilidad de plantear oposición al remate.

Si lo que se dirige a cuestionar es la propiedad del inmueble hipotecado, ello debe ser ventilado a través de una tercería de propiedad, proceso en el cual debe dilucidarse, probarse y declararse el derecho que alega la recurrente (Exp. Nº 1472-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica*, p. 566).

El informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición (Exp. Nº 2416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica*, p. 380).

## TRAMITACION

### ARTÍCULO 301

*La tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. La absolución debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes.*

*La tacha, la oposición o sus absoluciones, que no cumplan con los requisitos indicados, serán declarados inadmisibles de plano por el Juez en decisión inimpugnable. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo. La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos.*

*El medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 208, 478 incs. 1 y 2, 491 incs. 1 y 2, 553, 554, 701, 783.
<b>C.N.A.</b>	art. 169.
<b>LEY 26636</b>	arts. 42, 43.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 290.
------------------------	-----------

---

## Comentario

La tacha u oposición buscan cuestionar al medio probatorio ofrecido para destruir su eficacia. Lo realiza la parte a quien se opone la prueba y dentro del plazo de ley. Como señala el artículo 301, el cuestionamiento al medio probatorio que se ofrece “se interpone en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos”.

En ese sentido encontramos que tratándose de un proceso de conocimiento el plazo para interponer estas incidencias es de cinco días (ver inciso 1 artículo 478 del CPC) y de tres días para el proceso abreviado (ver inciso 1 artículo 491 del CPC). En el proceso sumarísimo, estas se interpondrán dentro del plazo de contestar la demanda.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Estos incidentes (tachas u oposiciones) deben tener ciertos requisitos para su postulación y admisión al proceso, como son: precisar los fundamentos en que se sustenta el cuestionamiento al medio probatorio y acompañar la prueba respectiva.

La parte que ofrece los medios de prueba cuestionados debe absolver las observaciones y anexar los medios de prueba que sustenten su posición, en el mismo plazo legal que señala la norma procesal según la vía procedimental. (ver inciso 2 artículo 478 del CPC e inciso 2 artículo 491 del CPC).

Cuando estas incidencias se desarrollan en un proceso sumarísimo señala el artículo 553 del CPC que “solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554”.

Las tachas u oposiciones están condicionados a la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, el mismo que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia.

La admisión y trámite de las incidencias deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Con el ofrecimiento del medio probatorio ingresa la tacha, pero el éxito en la tramitación y amparo de esta, se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido.

Otro aspecto a resaltar en estas incidencias se refiere al medio probatorio que debe sustentar estas. No procede interponer o absolver una tacha sin acompañar medios de prueba que sustenten lo que se alega. En estos casos, serán declarados inadmisibles de plano, sin posibilidad de impugnación.

Nótese que la norma en comentario pone énfasis que el requisito del medio probatorio “no se exige a las absoluciones” realizadas en el proceso sumarísimo. Esto es coherente con el diseño de este procedimiento, pues, conforme apreciamos del artículo 554 del CPC, “admitida la demanda, el juez concederá al demandado cinco días para que conteste. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia...”. Como vemos, la Ley procesal no otorga plazo alguno para la absolución, por tanto, no cabe la posibilidad que se acompañe medios probatorios cuando se absuelva las tachas en la audiencia, porque recién la parte contra quien se opone estas, toma conocimiento de ellas. En este caso, podemos colegir que la parte absolvente no está en similares condiciones de acompañar medio probatorio alguno que sustenten su absolución frente a la tacha interpuesta con la contestación de la demanda.

Por otro lado, debemos precisar que en el caso de los procesos sumarísimos, las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia a que refiere el artículo 554 del CPC citado líneas arriba.



JURISPRUDENCIA

*Aun cuando en el escrito de oposición no se ha indicado de manera específica los respectivos medios probatorios, se cumple con el artículo 301 del Código Procesal Civil, si de la fundamentación fáctica de ésta, se infiere claramente que la citada oposición se apoya en un instrumento público que obra en autos.*

*La mera ausencia de formalidad, al no haberse disgregado en acápite aparte el ofrecimiento de pruebas, no puede prevalecer sobre lo que emerge con nitidez del propio escrito de oposición, en el cual se hace referencia clara a los medios probatorios en los que se apoya ésta.*

*El juzgador no puede dejar de apreciar el contexto dentro del cual se ha planteado la oposición, de cuyos extremos fluye inequívocamente el medio probatorio (Exp. Nº 4465-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 421-422).*

*Si no se precisa con claridad los fundamentos en que se sustenta la tacha o no se acompaña la prueba respectiva, debe declararse su inadmisibilidad mas no su improcedencia (Exp. Nº 646-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 379).*

*“... El Juez de la causa, al tener en cuenta y valorar los documentos, objeto de la tacha, se ha pronunciado sobre la eficacia de dichos medios probatorios, lo que importa una desestimación de la tacha planteada, que debió rechazar de plano (al no ser sustentada con prueba)” (Cas. Nº 620-99-Ayacucho, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 370-372).*

*“... No existe impedimento para interponer tachas en esta vía procedimental (ejecutiva)...” (Exp. Nº 362-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 375-376).*

*Es fundada la tacha, si quien ha otorgado poder, en condición de gerente de la empresa demandada, ya no tenía la calidad de tal. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. El documento tachado carece de eficacia probatoria para acreditar que el estudio jurídico demandante, haya actuado luego del otorgamiento del poder, en nombre y representación de la empresa demandada, por tanto, la demanda fundamentada en el pacto cuota litis deviene en infundada (Exp. Nº 972-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 499-501).*

*“... El actor dedujo cuestiones probatorias de tacha y oposición, contra dos de los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación, reservándose su pronunciamiento para la sentencia (...), no obstante ello, no han merecido pronunciamiento, incurriéndose también en la causal de invalidez que debe ser corregida” (Cas. Nº 846-99-Cusco, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 366-368).*

*Resulta infundada la tacha de la partida de nacimiento de la menor, pues se trata de un instrumento público expedido por funcionario del Estado, en ejercicio de sus funciones (Exp. Nº 1163-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 145).*

## CONOCIMIENTO SOBREVINIENTE

### ARTÍCULO 302

*Excepcionalmente, cuando se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad al plazo para interponerla, se informará al Juez, por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El Juez, sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 553.
LEY 26636	art. 44.

---

### Comentario

---

1. La tacha u oposición buscan cuestionar al medio probatorio ofrecido para destruir su eficacia. Lo realiza la parte a quien se opone la prueba y dentro del plazo de ley. Como señala el artículo 301, el cuestionamiento al medio probatorio que se ofrece “se interpone en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos”.

La falta de impugnación –mediante tacha u oposición– precluye la posibilidad de interponerla con posterioridad, sin embargo, de manera extraordinaria, puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda.

Puede darse el caso que se tenga conocimiento de la causal de la tacha u oposición, con posterioridad al plazo para interponerla, ello no permitiría abrir a trámite la incidencia, solo se puede informar de esa situación sobrevenida, acompañando los documentos que sustenten dicha observación al medio probatorio.

2. Lo interesante de este artículo, es que sin afectar la celeridad procesal, permite a las partes insertar observaciones a los medios de prueba, sin abrir incidencias, cuando hubieren tenido conocimiento sobrevenido de los cuestionamientos. Véase el caso del resultado obtenido mediante una prueba de oficio. Si bien el origen de esta es inimpugnable, en atención al artículo 194 del CPC, el resultado de ella está sujeto al contradictorio. Por citar, si se ordena como prueba de oficio obtener determinados informes (ver artículo 239 del CPC), el resultado de los informes debe ser puesto a conocimiento de las partes para que pueda ser sometido al contradictorio, a través de la impugnación mediante los mecanismos ordinarios de las tachas u oposiciones; sin embargo, como los plazos ordinarios fija-

dos para ellas han precluído, pero la causal es sobreviniente a ellos, el artículo 302 del CPC en comentario permite se informe de dichos cuestionamientos, por escrito, con la debida prueba al respecto, la que solo la limita a la documental. Al no proponer dicha articulación bajo la formalidad que exige el artículo 301 del CPC, se regula una tramitación especial, cual es, poner en conocimiento a la otra parte de ella, apreciando el juez dichos hechos al momento de sentenciar, en igual forma que la tacha u oposición ordinaria, que señala la última parte del citado artículo 301 del CPC.

3. La noción de igualdad que está presente en el principio de contradicción, no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. Es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas, por citar, el caso del conocimiento de una causal de tacha u oposición, luego del plazo para interponerla. Como señala la norma, el juez pondrá en conocimiento a la otra parte, acompañando el documento que lo sustente, para luego, apreciar la tacha al momento de sentenciar. Dicha limitación a la prueba documental, opera luego de haber precluído el momento procesal para interponer tachas, sin embargo se admite ella pero con una prueba restringida a la documental, por razones de orden y economía procesal. En ese sentido, si la razón es técnica y el desnivel es de poca intensidad, no por ello se viola la esencia del contradictorio.

## TACHA DE TESTIGOS

### ARTÍCULO 303

*Además de los casos previstos en el artículo 229, los testigos pueden ser tachados por las causales previstas en los artículos 305 y 307 de este Código, en cuanto sean pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 229, 305, 307.  
C. de P.P. art. 156.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 218.

---

### Comentario

---

La eficacia de la testimonial se puede desvirtuar a través del cuestionamiento de la imparcialidad de quien la presta, para lo cual, la norma permite que le sean extensivas las causales de impedimento y recusación, a que refiere el Código Procesal. El sujeto activo, legitimado para la tacha es la parte y el pasivo, el testigo cuestionado.

El impedimento es el hecho legalmente previsto, por el cual el testigo está imposibilitado para declarar en un proceso judicial. Las causales de impedimento están descritas en los 5 incisos que recoge el artículo 305 del CPC. Se refieren a las actividades procesales (véase los incisos 1 y 5); a razones de parentesco y representación (véase el inciso 2 y 3) y las que atribuyen beneficios o dádivas (véase el inciso 4). Adviértase que las causales de impedimento o recusación que recogen los artículos 305 y 307 del CPC son aplicables al Juez y a los órganos de auxilio judicial (ver artículo 315 del CPC). Ellas no son las únicas justificaciones para apartar a los testigos del proceso, sino que existen razones específicas que describe el artículo 229 del CPC y que se refieren a la incapacidad absoluta, a la moralidad del testigo, al parentesco y al interés de este en el proceso.

En el caso de la recusación, Palacio<sup>(1)</sup> la define como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquél, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente

---

(1) Op. cit. T. II, p. 304.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

al ejercicio de la función judicial". Ello es atendible porque la imparcialidad del juez es un presupuesto básico del derecho procesal. La Ley establece el procedimiento para el ejercicio de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

Esta imparcialidad no es exclusiva del juez, sino que también es extensiva a otros sujetos del proceso, como el testigo, por ser considerado este un órgano de auxilio judicial, esto es, un colaborador de la Justicia y como tal debe mostrar una conducta imparcial y ponderada al transmitir la versión de los hechos que le ha tocado conocer.

## MULTA

### ARTÍCULO 304

*Al litigante que maliciosamente formule tacha u oposición, se le impondrá una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos de su tramitación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. IV, 53 inc. 1.

---

## Comentario

---

La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)<sup>(1)</sup>.

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez .

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(1) El contenido de la citada Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo

## TÍTULO IX

### IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN, EXCUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

#### CAUSALES DE IMPEDIMENTO

##### ARTÍCULO 305

*El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:*

- 1. Ha sido parte anteriormente en este;*
- 2. El o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un Abogado que interviene en el proceso;*
- 3. El o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;*
- 4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; o,*
- 5. Ha conocido el proceso en otra instancia.*

*El impedimento previsto en la segunda causal solo se verifica cuando el Abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al Abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez.*

---

##### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 303, 315 párr. 1.  
**D.S. 017-93-JUS** art. 196 inc. 2.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 51.  
**C.P.C. Colombia** art. 150.  
**C.F.P.C. México** art. 39.

---

#### **Comentario**

Una de las condiciones para administrar justicia es la imparcialidad del juzgador, caso contrario, estaríamos asistiendo al ejercicio de la autodefensa procesa-

lizada, donde el juez asumiría tanto el papel de parte como de juez. El juez al aplicar el derecho, no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado y de absoluta imparcialidad. Una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia. Para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez.

El impedimento es el hecho legalmente previsto, por el cual el juez está imposibilitado para conocer de un proceso judicial. Los impedimentos descritos en el presente artículo, se sustentan en cinco causales.

Si un juez está sometido bajo cualquier causal descrita en el artículo 305 del CPC, está obligado a declararse impedido tan pronto advierta la existencia de ella. Tales causales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente. Si no lo hace, cualquier parte podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso. En ese sentido léase el artículo 312 del CPC.

Las causales de impedimento del juez se refieren a actividades procesales (véase el inciso 1 y 5); a razones de parentesco y representación (véase el inciso 2 y 3) y las que atribuyen beneficios o dádivas (véase el inciso 4).

Los que refieren a la actividad procesal ubicamos al inciso 1 y 5, esto implica que está impedido de intervenir si ha sido parte en el proceso o haber intervenido como juez en otra instancia. Aquí opera el prejuzgamiento, en cuya virtud es admisible apartar del conocimiento del proceso al juez que ya ha exteriorizado su opinión acerca de la forma de resolver las cuestiones debatidas en aquel. Tampoco puede intervenir si el juez ha sido abogado defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.

No es aplicable argumentar el prejuzgamiento con respecto a las opiniones expresadas por los jueces en sus sentencias, aun en el supuesto que se plantearan nuevamente cuestiones idénticas o análogas a las ya resueltas, ni a las opiniones abstractas, vertidas en trabajos de índole teórico. El prejuzgamiento debe ser expreso y recaer sobre la cuestión de fondo a decidir, no configurándose cuando el juez se halla en la necesidad de emitir opinión acerca de algún punto relacionado con la materia controvertida, lo que ocurre, entre otros, al decidirse sobre la admisión o rechazo de una medida cautelar, resolver excepciones o adoptar medidas tendientes a encausar el procedimiento, etc.

El inciso 4 hace referencia al supuesto que el juez que hubiere recibido beneficios de alguna de las partes: se halla comprendidos en este inciso, no solo los beneficios de orden material sino también todas aquellas actitudes de las partes que objetivamente apreciadas, sean susceptibles de comprometer la gratitud del

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

juez, como generar un puesto de trabajo a los familiares del juez. Además cabe considerar incluidos en esta causal a los beneficios recibidos por la cónyuge o por los hijos, vivan o no, con el magistrado, sin embargo, no se podría considerar como causal de impedimento la relación crediticia que pudiera tener el magistrado con la institución bancaria demandada. Bajo esa misma óptica, tampoco es impedimento para que el juez se aparte de conocer un proceso donde una de las partes sea una empresa de servicios básicos (luz, agua, teléfono, etc). La generalidad de los servicios que brinda, no justifican ni la recusación ni el impedimento.

Situación especial merece el caso del juez que asume el proceso en la que su antecesor había designado curadora procesal a una abogada, íntima amiga del nuevo juez, por tanto, si bien ello no constituye causal de impedimento porque no esta en las causales del 305 debemos ubicar como un causal de recusación según el inciso 1 del artículo 307, de ahí que para evitar la recusación de parte, la abogada, podría renunciar al cargo de curadora o el juez abstenerse de intervenir en el proceso por el vínculo amical que le une con la representante procesal, como es, la curadora.

## TRÁMITE DEL IMPEDIMENTO

### ARTÍCULO 306

*El Juez que se considere impedido remitirá el expediente a quien deba reemplazarlo. Si este estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta, para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al Juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al Juez que venía conociendo.*

*En las Cortes, el Juez que se considere impedido informará a la respectiva Sala expresando la causal invocada. La Sala resolverá, sin trámite, integrándose con el llamado por ley. Aceptada la abstención, pasa el conocimiento del proceso al que corresponda. La resolución que resuelve la abstención es inimpugnable. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 313, 324 párr. 2.  
**D.S. 017-93-JUS** arts. 150, 263 inc. 6.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** arts. 52, 53.  
**C.P.C. Colombia** art. 149.  
**C.F.P.C. México** arts. 40-46.

---

## Comentario

La norma regula el procedimiento de lo que Carnelluti denomina “competencia por remisión”.

Este fenómeno promueve el desplazamiento de la competencia hacia otro juez frente a las hipótesis de impedimentos y recusaciones de acuerdo con las cuales el juez natural, el predeterminado por ley como competente, es separado del conocimiento, luego de agotar un trámite incidental, desplazándose el proceso hacia el juez que debe sucederle en ese conocimiento; ello no implica que este juez que recibe el expediente deba acceder automáticamente a la excusación, sino que luego de apreciar los hechos expuestos puede considerar que no constituyen causal de impedimento, procediendo a remitir el expediente al superior en consulta.

---

(\*) Texto según artículo 1 de la Ley 26634 (23/06/96).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La norma señala que el superior resolverá sin mayor trámite sobre su legalidad del impedimento. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al Juez que venía conociendo. Si se estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad.

Como se aprecia la traslación de competencia está regulada de antemano en abstracto, de tal manera, que el proceso pasa al conocimiento del juez que la ley indica con antelación, ante la ocurrencia de la hipótesis citadas, permaneciendo incólume el principio del juez natural.

La norma también regula el supuesto que en las Salas de las Cortes, uno de los Vocales estuviere impedido de conformar colegiado, pero, no regula la posibilidad que todos los integrantes de una Sala estuvieren impedidos. En este supuesto, opinamos que deben conocer de esos impedimentos la sala que sigue en el orden de turno o la asignada de manera aleatoria.

Por último, debe apreciarse que la recusación no se admite en los procesos no contenciosos, tal como lo señala el inciso 1 del artículo 761 del CPC; en tan sentido, tampoco puede ser extensiva las causales de impedimento u abstención, al juez que conoce un procedimiento no contencioso porque no hay contienda, no hay litis que dilucidar que requiera de la garantía de la cosa juzgada.



## JURISPRUDENCIA

---

*Contraviene lo dispuesto en el artículo 306 del CPC, el Juez que estimando que los hechos expuestos por el remitente no constituyen causal de impedimento, declara sin lugar la inhabilitación y devuelve los autos al originario (Exp. N° 667-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 249-251).*

## CAUSALES DE RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 307

*Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:*

- 1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos;*
- 2. El o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;*
- 3. El o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes;*
- 4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;*
- 5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y*
- 6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 303, 315 párr. 1.
<b>C. de P.P.</b>	art. 29.
<b>LEY 27444</b>	art. 88.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 289.
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	arts. 14-17.

---

## Comentario

1. El proceso jurisdiccional es bilateral y garantiza escuchar a ambas partes, otorgándoles la posibilidad de probar la verdad de sus proposiciones de hecho frente a un juez imparcial. En ese sentido, una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez no idóneo.

Palacio<sup>(1)</sup> define a la recusación como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situa-

(1) Op. cit. T. II, p. 304.

ción con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquel, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial". Para Montero Juan<sup>(2)</sup>, la imparcialidad no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado solo (...)por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio.

Como se ha señalado líneas arriba, la imparcialidad del juez es un presupuesto básico del derecho procesal y la ley establece el procedimiento para el ejercicio de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

En el pedido de recusación, el sujeto activo es la parte y el pasivo el juez, todos los auxiliares jurisdiccionales y los órganos de auxilio judicial. Véase sobre el particular lo regulado en el artículo 315 del CPC.

2. La recusación tiene que fundarse en algún motivo, esto es debe ser causada. Promueve un incidente contra el juez, invocando hechos y situaciones jurídicas tipificadas en la norma procesal, con el objeto de obtener la separación del proceso. Entre las causas de recusación que señala la norma encontramos las siguientes:

El inciso 1 alude a un estado de apasionamiento de amistad o adverso del juez hacia la parte. Esta amistad, enemistad, odio o resentimiento, debe manifestarse por hechos conocidos, a través de actos directos y externos, como señala la norma debe ser "expresión manifiesta de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos" esto por la necesidad de impedir la creación artificial de causales de recusación. La amistad del juez con alguno de los litigantes debe manifestarse por la gran familiaridad o frecuencia de trato, pero, esta última no es suficiente, por si sola, para justificar la recusación, desde que puede derivar de circunstancias ajenas a la amistad. Cabe añadir que no constituye causal de recusación la amistad con el letrado de la parte.

El inciso 2 hace referencia al parentesco por consanguinidad y afinidad del juez, cónyuge o concubino así como a las relaciones de crédito que tenga con alguna de las partes. El fundamento de esta causal radica en la posibilidad que, el afecto que normalmente suscita el vínculo familiar, comprometa la imparcialidad del juez. Nótese que la norma no alude expresamente a los casos del cónyuge divorciado o del matrimonio anulado, ellos encuadran sin duda el sentido del precepto analizado, aunque ya no influiría, desde luego, la idea de afecto, sino la de un sentimiento posiblemente adverso al recusado.

---

(2) Op. cit. p. 105.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Este inciso contempla la posibilidad que la actuación del juez se encuentre afectada por intereses económicos susceptibles de crear presiones o favoritismos con relación a cualquiera de las partes; situación que no puede ser extensiva a procesos, en los que estén involucrados servicios públicos, del cual, el Juez es un usuario; por citar, una demanda contra la Empresa Telefónica SA, siendo el juez cliente de ella por ser titular de una línea telefónica. Especial situación se contempla en el caso que una de las partes litigantes, sea una entidad bancaria, en la que el Juez tenga registrado cuentas de ahorros o créditos a su favor. En tales circunstancias, tampoco se justifica la recusación por la generalidad y extensión de las operaciones que realizan dichas empresas.

El inciso 4 refiere al caso que el juez haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o abogado. Ello se justifica en el hecho que cabe presumir en ellos un lógico interés en el triunfo de la parte a quien representaron o patrocinaron. En caso de haber ejercido la defensa de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado conllevan a un prejuizgamiento en cuya virtud es atendible apartar del conocimiento del proceso al juez

El inciso 5 refiere al interés directo o indirecto en el resultado del proceso. Este interés no solo puede provenir del juez sino de sus consanguíneos o afines dentro del grado que expresa el inciso 2. El interés puede ser directo o indirecto, material o moral y se configura toda vez que la sentencia a dictar sea susceptible de beneficiar o de perjudicar al juez o a sus parientes, como ocurriría en el supuesto que aquella engendrara una responsabilidad subsidiaria o refleja para uno u otros, es legítimo presumir que el resultado del pleito no es indiferente para aquellos.

El inciso 6 señala la existencia de un proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes. Es necesario para que opere esta causal que el proceso se haya promovido antes de haber tomado el juez intervención en la causa, pues, en caso contrario estaría en manos de cualquiera de las partes crear una causal de recusación mediante el simple arbitrio de entablar una demanda contra el juez. Distinto sería el caso, naturalmente, si fuese el propio juez quien iniciase la demanda.



### JURISPRUDENCIA

---

*Resulta evidente que la recusación interpuesta contra el Juez que ya ha expedido sentencia se hace valer en reacción de represalia, con falta de probidad y buena fe, sobre todo si se apoya en consideraciones del mismo fallo.*

*El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria (Exp. N° 2428-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 88-89).*

## OPORTUNIDAD DE LA RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 308

*Solo puede formularse recusación hasta cinco días antes de la audiencia donde se promueve la conciliación. Después de ella se admitirá únicamente por causal sobreviniente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 307, 310, 311, 315, 316.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 151.

C.P.C.N. Argentina art. 18.

---

### Comentario

---

La recusación no se trata de un trámite del proceso sino de una derivación de carácter administrativo judicial tendiente a regularizar la composición del órgano jurisdiccional. En ese sentido, esa composición puede ser afectada en plazos y modos preestablecidos, caso contrario precluye la posibilidad de su cuestionamiento.

La norma regula precisamente una de las condiciones, el plazo, señalando “solo puede formularse recusación hasta cinco días antes de la audiencia donde se promueve la conciliación,” sin embargo, no todos los procesos ingresan a esa etapa, por citar, el proceso ejecutivo. Felizmente el art. 309 CPC hace referencia a ello y considera, de manera excepcional, la recusación siempre que “la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción”.

Tampoco se regula la oportunidad para recusar a los jueces de segunda instancia; esa misma limitación también rige a los magistrados de la Corte Suprema cuando conocen en casación. Las causales de impedimento y recusación se aplican a los jueces de todas las instancias, los mismos que al enterarse de estar afectos a las causales, deberán abstenerse y declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ellas, en ese sentido léase el artículo 311 del CPC.

En conclusión, podemos afirmar que la recusación puede ser deducida por cualquiera de las partes en la oportunidad que fija la ley; después de ella se admitirá únicamente por causal sobreviniente. La norma no señala un plazo en este caso, como si lo hacen otras experiencias legislativas que consideran “si la causal

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

fuere sobreviviente solo podrá hacerse valer dentro del quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante y antes de quedar el expediente en estado de sentencia". En otras palabras, el límite temporal impuesto está dado por el momento en que el expediente queda en estado de sentencia, el cual difiere según la clase de proceso y la instancia en que aquel se encuentre.

## IMPROCEDENCIA DE LA RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 309

*No son recusables:*

- 1. Los Jueces que conocen del trámite de la recusación;*
- 2. Los Jueces comisionados y quienes deben dirimir conflictos de competencia; y*
- 3. Los Jueces que conocen de los procesos no contenciosos.*

*Solo procede recusación en los procesos cuyo trámite prevea la audiencia de conciliación. Excepcionalmente, en el proceso ejecutivo procederá recusación siempre que la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción. No se admitirá segunda recusación contra el mismo Juez en el mismo proceso, excepto si se acompaña documento fehaciente que pruebe la causal. En ningún caso se puede recusar por tercera vez al mismo Juez en el mismo proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 7, 36, 43, 297.  
*D.S. 017-93-JUS* art. 163.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C. Italia* art. 54.  
*C.P.C. Colombia* art. 152.

---

### *Comentario*

---

La norma enumera los casos en que no procede la recusación del juez, por citar, en los casos de declaración voluntaria, en los de comisión, en los que conocen del trámite de la recusación; y en los que tienen que dirimir conflictos de competencia. Debemos agregar que tampoco procede la recusación contra el juez, por las manifestaciones formuladas en la audiencia de conciliación (ver artículo 324 del CPC).

La regla general que se aprecia es: "Solo procede recusación en los procesos cuyo trámite prevea la audiencia de conciliación" ello resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 308 "la recusación se puede formular hasta cinco días antes de la audiencia, donde se promueva la conciliación".

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Frente a la regla general citada, aparece una excepción, los procesos ejecutivos. Procede la recusación en ellos, siempre que la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción; luego de ello, la parte pierde el derecho de deducir esta clase de recusación en el supuesto de no haberlo ejercido, sin embargo, podríamos aplicar por extensión lo regulado en el artículo 308 del CPC cuando se refiera a una causal sobreviviente.

Entre otras limitaciones que concurren al ejercicio de la recusación, Palacio<sup>(1)</sup> hace referencia “cuando sean varios los actores o los demandados y operará litisconsorcio, solo uno de ellos podrá ejercer la facultad de recusar. Esta limitación es razonable y reside en el hecho que si se reconociese individualmente a cada litisconsorte la facultad de deducir recusación, no solo podría diferirse indefinidamente la radicación definitiva del juez, con grave menoscabo de la celeridad procesal, sino que además existiría el riesgo que, a través de sucesivas recusaciones, resultaran inhabilitados todos los jueces que integran el fuero correspondiente”.

---

(1) Op. cit. T. II, p. 310.

## FORMULACIÓN Y TRÁMITE DE LA RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 310

*La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso, fundamentando la causal alegada. En el mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios, excepto la declaración del recusado, que es improcedente.*

*Cuando el Juez recusado acepta la procedencia de la causal, debe excusarse de seguir interviniendo a través de resolución fundamentada, ordenando el envío del expediente a quien deba reemplazarlo.*

*Si no acepta la recusación, emitirá informe motivado y formará cuaderno enviándolo al Juez que corresponda conocer, con citación a las partes. El trámite de la recusación no suspende el proceso principal, pero el recusado deberá abstenerse de expedir cualquier resolución que ponga fin al proceso. El Juez a quien se remite el cuaderno tramitará y resolverá la recusación conforme a lo previsto en el artículo 754 en lo que corresponda. Su decisión es inimpugnable.*

*Interpuesta recusación contra un Juez de órgano jurisdiccional colegiado, se procede en la forma descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, la recusación será resuelta por los otros integrantes de la Sala, sin necesidad de integración, debiéndose llamar a otro Juez solo en caso de discordia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 308, 314, 754.  
D.S. 017-93-JUS art. 150.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 290, 291.

---

## Comentario

La recusación no se trata de un trámite propio del proceso sino de una derivación de carácter administrativo judicial tendiente a regularizar la composición del órgano jurisdiccional. Para que se admita a trámite la recusación es necesario que esta se proponga por escrito ante el juez que conoce del asunto, se adjunte en el mismo escrito las pruebas de los hechos en los cuales se funda y se expongan los motivos alegados para recusar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La recusación debe deducirse ante el juez recusado y ante la Sala de la Corte cuando se trata de uno de sus miembros. Cualquiera sea la instancia en que se promueva la recusación no suspende el trámite del principal y su tramitación se halla estructurada bajo razonables pautas de celeridad y concentración.

Como ya se ha señalado líneas arriba, dicho incidente se inicia con un escrito en el que se expresarán las causas de recusación y se propondrá y acompañará toda la prueba que el recusante intentará valerse.

El recusante debe ante todo señalar en forma precisa la causa de la recusación a fin que el juez recusado se encuentre en condiciones de defenderse adecuadamente y el nuevo juez pueda resolver de manera concreta sobre los hechos alegados, no siendo suficiente, la mera mención de las normas que el recusante considera aplicables.

En el mismo escrito debe proponerse toda la prueba, salvo la declaración del recusado, la misma que es improcedente. Si esta no estuviera a disposición del recusante debe individualizarse e indicarse su contenido, el lugar, archivo, oficina, persona en cuyo poder se encuentre.

Habiéndose formulado recusación en tiempo y causa legal, el trámite varía según el juez acepte o niegue la exactitud de los hechos invocados por el recusante. En el primer caso, se tendrá al juez por excusado de la causa; en el segundo, se tramitará bajo las reglas del proceso no contencioso.

La recusación genera como efecto la competencia por remisión; en atención a ello, asumen determinados órganos judiciales de igual categoría, el conocimiento de otro expediente, en virtud de los impedimentos de los jueces titulares. Esta competencia, que es eventual o secundaria, tiene lugar si dejare de desempeñar su cargo por tiempo prolongado sin que haya quien lo remplace legalmente el funcionario que ejerce el oficio judicial de primera instancia, o cuando por recusación u otro motivo, no exista un número suficiente de magistrados expeditos en un Colegiado o Sala.

En caso de recusación contra un juez de un Colegiado, señala la norma, que ella será resuelta por los otros integrantes de la Sala. En ese mismo sentido, también refiere el artículo 150 LOJP "la recusación o inhibición de un Vocal se tramita y resuelve por los otros miembros de la Sala. Dos votos conformes hacen resolución en las Cortes Superiores y tres en la Corte Suprema"

Ello resulta coherente con lo que regula la norma en comentario: no será necesario integrar el Colegiado, salvo en caso de discordia que justifica llamar a otro juez. El artículo 145 LOPJ hace referencia al mecanismo de conformación de una Sala, en caso de discordia de uno o más Vocales.

En el caso del Distrito Judicial de Lima, mediante la Res. Adm. N° 09-2006-P-CSJLI/PJ, publicada en Enero de 2006, en el diario oficial El Peruano, se ha esta-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

blecido que en caso de impedimento, recusación, inhibición o discordia de uno o más vocales de determinada sala civil, el Presidente del Colegiado procederá a llamar al vocal menos antiguo de la misma especialidad, tal como se detalla a continuación. La 1ª Sala llamará al vocal de la 2ª Sala; la 2ª Sala llamará al vocal de la 3ª Sala; la 3ª Sala llamará al vocal de la 4ª Sala; la 4ª Sala llamará al vocal de la 5ª Sala; la 5ª Sala llamará al vocal de la 6ª Sala; la 6ª Sala llamará al vocal de la 1ª Sala.

Asimismo, se ha establecido que en caso de impedimento, recusación, inhibición o discordia de uno o más vocales de la 1ª Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, el presidente del Colegiado procederá a llamar al vocal menos antiguo de la 2ª Sala de la misma especialidad y viceversa.

Finalmente, la norma materia de comentario precisa que en caso de que el Vocal llamado a reemplazar no pudiera intervenir por abstención, excusa o recusación debidamente comprobada y aceptada, se procederá a llamar al magistrado de la sala competente que precede en antigüedad al llamado por Ley.

## IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

### ARTÍCULO 311

*Las causales de impedimento y recusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación. El Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 305, 307, 309, 315, 316.

---

### Comentario

El sistema de impedimentos y recusaciones ha sido construido dentro del derecho procesal para que los ciudadanos y especialmente las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez. El Código Procesal en los artículos 306 y 310 del CPC establece el procedimiento para el ejercicio de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

La recusación es el medio por el cual las partes exteriorizan su voluntad para que un juez determinado se separe de su conocimiento por sospechar de su imparcialidad. El sujeto activo siempre es la parte y el pasivo el juez de todas las instancias, aún los de la Sala de Casación. La recusación tiene que fundarse en algún motivo como razones de parentesco, de sentimientos, entre otras causas que detalla el artículo 307 del CPC, caso contrario se rechazarán liminarmente tal como hace referencia el artículo 314 del CPC.

El Código Procesal admite la recusación con expresión de causa y promueve un incidente contra el juez invocando hechos y situaciones jurídicas tipificadas en la norma procesal con el objeto de obtener la separación del proceso; sin embargo existen algunas legislaciones foráneas que admite la recusación sin causa, pero es cuestionada en la doctrina por considerarla abusiva.

La excusación o impedimento del juez es la espontánea declaración del juez de encontrarse impedido para conocer de un asunto.

El impedimento es el hecho legalmente previsto que imposibilita al juez conocer de un proceso judicial. Los impedimentos están fijados en el artículo 305 del CPC para asegurar la imparcialidad del juez y ofrecer garantía a los administrados y litigantes.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Cuando concurre una de las causales del citado artículo 305 del CPC, el juez está obligado a declararse impedido tan pronto se advierta la existencia de ella. Tales casuales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente. Si no lo hace, cualquier persona podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso.

La recusación y el impedimento persiguen el mismo fin: apartar del juez sospechoso como garantía del justiciable. Cuando el juez siente afectada su imparcialidad, desde ese mismo momento de la manifestación surge una condición impeditiva para el ejercicio de la jurisdicción en el respectivo proceso. En ese sentido dice la norma: “el Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella”.

La abstención del juzgador también puede ser extensiva a motivos que perturban la función de este, por decoro o delicadeza, tal como refiere el artículo 313 del CPC. La abstención es pues el deber de cada Juez de apartarse del conocimiento de un proceso en concreto, por considerarse parcial.

Por otro lado, adviértase que las razones de impedimento y recusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación, esto es, desde el juez lego (juez de paz) hasta el juez supremo; ello es coherente porque todos los jueces de todas las instancias ejercen función jurisdiccional y una de las garantías del ejercicio de esta función es la imparcialidad. Tanto la recusación como el impedimento constituye una garantía indirecta para el justiciable como plataforma del ejercicio de la función jurisdiccional con rectitud e imparcialidad. Ello es atendible porque en toda actuación de la jurisdicción existen dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, llamado juez, para que decida el conflicto. Esa potestad jurisdiccional del tercero para definir los conflictos exige que este no sea al mismo tiempo juez y parte. La razón de ello se explica en la concepción misma de justicia. Si la justicia está constituida para dar a cada uno lo que le corresponde, el juez al aplicar el derecho en ejercicio del poder jurisdiccional, no puede lícitamente inclinar la balanza de la justicia a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado e imparcial. El único interés que les guíe debe ser la recta administración de Justicia, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, enemistad, simpatías y antipatías respecto a litigantes, o por posibilidades de lucro personal, o por razones políticas, entre otros.

En conclusión, podemos afirmar que la norma en comentario hace hincapié a que corresponde presumir en los jueces las condiciones de honestidad e imparcialidad necesarias para el desempeño de sus funciones, siendo razonable suponer que, en la hipótesis de mediar un impedimento legítimo, el juez ha de abstenerse de intervenir en el asunto.

## RECUSACIÓN POR IMPEDIMENTO

### ARTÍCULO 312

*El Juez que no cumple con su deber de abstención por causal de impedimento, puede ser recusado por cualquiera de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 305, 307, 311.  
LEY 27444 art. 91.

---

### Comentario

---

El juez al aplicar el derecho, no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado y que se manifieste en una absoluta imparcialidad. Una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia. Para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez.

El impedimento es el hecho legalmente previsto, por el cual el juez está imposibilitado para conocer de un proceso judicial. Las causales para el impedimento están descritas en el artículo 305 del CPC.

Si un juez está sometido a una causal de impedimento, está obligado a abstenerse tan pronto advierta la existencia de ella. Tales causales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente.

La norma prevé que si el juez se resiste a retirarse del proceso, la parte podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso. Para que proceda la recusación se requiere que se proponga por escrito ante el juez del proceso, se expongan los motivos alegados para recusar que señala el artículo 307 del CPC y se adjunte las pruebas de los hechos en los cuales se funda. Sobre el particular léase el artículo 310 del CPC que describe el procedimiento para la recusación.

## DEFECTO DE FORMA

### ARTÍCULO 201

*El defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. IX, 188.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 inc. 4.

---

### Comentario

---

Los actos procesales son apreciados bajo dos principios: el de legalidad de formas o el de la libertad de ellas. Frente a ellos, la tendencia hoy en día se orienta a considerar la finalidad y el contenido de los actos, más que su exterioridad formal.

En ese sentido, también se orienta la norma en comentario, al referir que, a pesar del defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio, no invalida este, si cumple su finalidad.

Sobre el particular, Vescovi<sup>(1)</sup> señala “no importa la infracción formal si mediante una forma distinta se logra igualmente el objeto del acto y también, que salvo el caso expresamente previsto en la ley, el acto debe realizarse de la manera más adecuada para alcanzar su objetivo o por la que fije el juez, si tiene dicha facultad”. Esto significa que si bien se mantiene el principio de legalidad de las formas, asimismo se proclama el principio de libertad, permitiendo asumir la más adecuada al fin del acto.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... La pericia valorativa del inmueble fue puesta en conocimiento del Banco recurrente (...), y si bien conforme al artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal el dictamen (pericia) debe ser explicado en la audiencia de prueba, el defecto de forma en la actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad, tal como precisa el artículo doscientos uno del mismo Código, pues en todo caso el impugnante no observó el citado peritaje no obstante tener conocimiento de ello oportunamente...” (Cas. Nº 803-99-Piura, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 281-282).*

---

(1) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. op. cit. p. 259.

## Capítulo II

# AUDIENCIA DE PRUEBAS

### DIRECCIÓN

#### ARTÍCULO 202

*La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad. Antes de iniciarla, toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad. La fórmula del juramento o promesa es: “¿Jura (o promete) decir la verdad?”.*

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 50.
C.P.C.	arts. II, IV, V, 50 inc. 1 y últ. párr., 127, 264, 471 párr. 2, 472, 527.
C. de P.P.	art. 142.
C.D.I.P.	art. 405.
LEY 26636	art. 68.

### Comentario

1. El artículo consagra el principio de inmediación que rige al proceso civil. Se dice que el juez debe encontrarse en relación directa con las partes y recibir personalmente la actuación de las pruebas. La oralidad de las audiencias es lo que asegura la vigencia del principio de inmediación. Ella es garantía y seguridad porque el juez tiene la percepción directa y frontal de los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos. Este artículo realiza un viejo anhelo procesal de imponer como un deber la presencia efectiva del juez en la audiencia.

La nulidad a que hace referencia el artículo es absoluta e insubsanable. No cabe que las partes puedan convalidar dicha ausencia con su silencio o su falta de alegación, pues, dicha omisión vulnera el debido proceso. El artículo V del TP al referirse a este principio dice: “las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad”.

2. La inmediación, señala Vescovi<sup>(1)</sup>, requiere que el sentenciador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman

(1) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, pp. 59-60.

el proceso. Los detractores, quienes sustentan el principio de mediación, se inspiran en el resquemor que el contacto vivencial (juez y partes) pueda afectar la imparcialidad del juzgador; de allí que sustentan la conveniencia que el juez guarde una relación impersonal e indirecta con aquellos elementos, privilegiando para ello la escritura en lugar de la oralidad.

Frente a dicha posición, la inmediación propone la participación del juez en el procedimiento convirtiéndose, también en un protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo; esto no lleva, a la imparcialidad y a prejuizar; por el contrario, resulta difícil dice Peyrano, concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el deberdebe de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Y agrega que solo cuando el proceso es “vivido” por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir el mendaz o comprobar la veracidad de los hechos.

3. Otro de los aspectos que regula la norma se refiere al comportamiento procesal que deben asumir los convocados a la audiencia de pruebas. No solo tienen la carga de comparecer sino de decir la verdad cuando se les convoque a participar en el proceso. Nótese que la norma no restringe esa particularidad a los testigos o peritos, sino que es una exigencia extensiva a todos los tengan que participar en la actividad probatoria, inclusive hasta las propias partes litigantes.

La norma señala que antes de iniciar la audiencia de pruebas, el juez toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad. En el caso de los testigos, se plantea la pregunta sobre el valor que se le debe asignar a la declaración prestada sin juramento. Sobre esta inquietud no existe una respuesta única. Así pues, desde el punto de vista penal, no hay delito, por no haberla prestado bajo juramento; desde el punto de vista civil, la declaración se prestó y por lo tanto no es inexistente, de manera que incorporada al proceso, puede ser considerada por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, con máximo rigor y en concordancia con otras pruebas del proceso. Si el testigo es único y única prueba, y no prestó juramento, debe ser desestimado, pues no existe elemento para la comparación. Otros criterios asumen al juramento como requisito inexcusable y por tanto, la declaración es nula. Consideramos que el juramento o promesa de decir verdad no es un requisito para la validez del testimonio sino una cuestión que hace a su eficacia. Se ha dicho con acierto que “la simple palabra de un hombre honesto no puede valer menos que el juramento de un canalla”.

Históricamente el juramento ha tenido una motivación religiosa que se materializaba en el hecho de tomar a Dios por testigo de la verdad de una afirmación, de un testimonio, de una promesa.

Podemos decir que la fórmula del juramento es la afirmación solemne que hacen los convocados a la audiencia, sean partes o auxilios judiciales, para obligar su

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conducta a la verdad. Es una promesa solemne que compromete la conducta futura del que lo presta.

Como ya referimos, el juramento en sus inicios estaba acompañado de un sentido religioso; de ahí la fórmula diseñada para los juramentos decía: “juro por Dios desempeñar fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido”.

Con el devenir de los años y con la consagración de la libertad de cultos, el juramento ha perdido el sentido religioso, permitiendo que se preste por el honor de la propia persona. En ese sentido se orienta la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, (véase artículo 227) la misma que guarda coherencia con lo que norma el presente artículo “¿Jura (o promete) decir la verdad?”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien la audiencia de pruebas es inaplazable, el Juez se encuentra facultado a autorizar a una parte a actuar mediante representante, en caso que un hecho grave o justificado impida su presencia, debiendo para ello solicitarse antes de la audiencia o en todo caso en el mismo acto (Exp. N° 3917-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 297).*

## CITACIÓN Y CONCURRENCIA PERSONAL DE LOS CONVOCADOS

### ARTÍCULO 203

*La fecha fijada para la audiencia es inaplazable, salvo el caso previsto en el último párrafo, y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados.*

*Salvo disposición distinta de este Código, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.*

*Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el juez dará por concluido el proceso. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 58, 89 inc. 1, 113, 214 párr. 2, 472 párr. 2.  
**LEY 26636** art. 64.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** arts. 129, 206, 208.  
**C.P.C.M.. Iberoamerica** art. 94.  
**C.P.C. Colombia** art. 110.

---

### **Comentario**

---

1. Este artículo tiene relación con el principio de inmediatez recogido en el artículo V del TP del CPC. El Código impone que la actividad probatoria se verifique ante el juez; esta inmediatez puede ser subjetiva, objetiva y de actividad. Es subjetiva por la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean las partes, terceros. La inmediatez objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materia del proceso, por citar, cuando el juez autoriza que la parte o testigo consulten apuntes, libros o papeles; y la inmediatez de actividad opera cuando se

---

(\*) Texto según artículo 1 de la Ley 26635 (23/06/95).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

prescribe el contacto del acto probatorio con otro acaecimiento distinto, que a su vez puede preceder, acompañar o seguir a la actividad de prueba.

2. Audiencias son los actos mediante los cuales el órgano judicial recibe las declaraciones de las partes o de los terceros que deban expresarse en forma verbal. Bajo ese contexto, nótese de la redacción de la norma, que hace referencia a la citación para la concurrencia personal de los convocados a la audiencia. Estas empezarán a la hora indicada. No hay tolerancia como si contemplaba el derogado Código de Procedimientos Civiles. Tampoco cabe el aplazamiento de la audiencia, salvo se trate de un hecho grave o justificado que impida su presencia. En estos casos el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante. Otro aspecto a contemplar es la intervención puntual del abogado a la audiencia. Se da la posibilidad que a la hora fijada, solo se encuentre la parte pero no el abogado, quien está en camino. En esas circunstancias, se estila iniciar y desarrollar la audiencia con la intervención de los concurrentes a la hora fijada, y es con la intervención de los concurrentes a la hora fijada. Como la audiencia es pública, el abogado puede ingresar, mas no participar en ella, pues no estuvo presente al inicio de esta, perjudicando con su ausencia técnica la defensa que pensaba ejercer en dicho acto; sin embargo, otro criterio que podría asumirse en la judicatura, sería el permitir que se incorpore a la audiencia ya iniciada para asistir a la defensa de la parte que patrocina, pero, conminándole al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal por su conducta. Hay que recordar que los abogados tienen deberes que cumplir dentro del proceso, los cuales aparecen descritos en el artículo 109 del CPC. Uno de ellos se refiere precisamente a “presentar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales” (ver inciso 6 del artículo 109 CPC); concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales (ver inciso 5 del artículo 109 del CPC).

Según Maurino<sup>(1)</sup>, la citación, es el llamamiento que se hace a una persona para que comparezca al tribunal en un determinado momento, en día y hora determinado; en cambio el emplazamiento, a que hace referencia los artículos 431 al 436 del CPC, es el “llamado que se hace a una persona para que comparezca al juicio dentro de un plazo determinado”.

El emplazamiento y la citación tienen en común la comparecencia ante el órgano judicial, pero difieren en que la citación supone la presentación en un momento, mientras que el emplazamiento lo hace en un lapso prefijado. Tratándose de la audiencia de pruebas, es propio hacer referencia a la citación y no al emplazamiento, pues, esta última está referida a las partes y no a terceros.

---

(1) Maurino Alberto Luis, Notificaciones procesales, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 12-13

3. El ámbito espacial dentro del cual deben cumplirse los actos procesales depende de los sujetos que intervienen en ellos y del tipo de acto que se trate.

Los actos procesales deben realizarse en la sede o recinto donde funciona el órgano judicial competente para conocer en el proceso, esto es, el local del juzgado como refiere la norma; sin embargo, puede darse el caso que “por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del Juzgado”. En estas circunstancias, la actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir, como refiere el artículo 205 del CPC.

Nótese que, con el traslado al domicilio del citado a intervenir en la audiencia, se privilegia el principio de inmediación que acompaña al proceso civil. No hay que olvidar que el artículo V del TP impone que la actividad probatoria se verifique en presencia del juez, sin embargo, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.

Es importante señalar que existen diversos modelos para mostrar el entorno en las audiencias. El sistema en paralelo, donde el juez se enfrenta al declarante, que generalmente da la espalda a todos los demás intervinientes o testigos de la audiencia; el sistema lateral, donde las partes se enfrentan cara a cara, a cada lado del Juez; y el sistema circular, donde todos se ven y se articula una comunicación fluida y clara, siempre bajo la supervisión y control del juez.

4. Por otro lado, la norma encierra la posibilidad de concluir el proceso sin declaración de fondo, en referencia al inciso 8 del artículo 321 del CPC, cuando dice: “si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el juez dará por concluido el proceso”.

Esto significa, que el proceso puede ser concluido sin poner fin al conflicto; implica un conflicto no diluido y la postergación de la discusión de este para otra oportunidad; pero siempre la inasistencia debe operar a la audiencia de pruebas, no con las que tengan otros fines, como por ejemplo el saneamiento procesal o la audiencia conciliatoria, por citar. Esta posibilidad de concluir el proceso por inasistencia reiterada de las partes, se complica en los casos de audiencia única, en el que se cita a las partes, para el saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos, pruebas y sentencia. Aquí, lo técnico sería desarrollar la audiencia y suspenderla para la actividad probatoria para una segunda fecha. siempre y cuando la actividad probatoria admitida requiera de actuación, situación que no operaría si toda la prueba admitida fuera de naturaleza documental. En este último supuesto, el juez podría ingresar al juzgamiento anticipado del proceso, en atención a lo regulado en el inciso 1 del artículo 473 del CPC. No cabe, por tanto,

---

(2) Publicado en El Peruano, 4 de enero de 1998, p. 36.

recurrir a la analogía, para interpretar los alcances de la norma, en el caso de la audiencia única que regula el procedimiento ejecutivo. En caso hubiera necesidad de actuar medio probatorio y se hubiera citado a las partes para una nueva fecha y tampoco ambas concurren, se dará por concluido el proceso sin mayores distinciones. La explicación de la necesaria presencia de las partes a la audiencia de pruebas se justifica en el principio dispositivo que rige el proceso civil. Las partes son las únicas, que tienen la posibilidad de aportar los hechos al proceso y de hacer realidad su materialización en el proceso, a través de su actuación probatoria. Es una actividad de exclusiva competencia de las partes, donde la actividad del juez no tiene natural cabida. Como señala la norma, la conclusión del proceso procede en el supuesto que ambas partes no concurren a la audiencia de pruebas, pero no así cuando esa inasistencia se produce en la audiencia de saneamiento. Como señala la Casación N° 592-96-Lima<sup>(2)</sup>, “la interpretación de esta norma debe ser restrictiva, por su naturaleza sancionadora. El ofrecimiento de medios probatorios para sustentar las excepciones, no convierte a la audiencia de saneamiento en una de pruebas”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es procedente el archivamiento del proceso cuando no concurren las partes a la Audiencia en reiteradas oportunidades, a pesar de haberseles notificado (Exp. N° N-332-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 374).*

*Es nula la resolución que declara concluido el proceso por incomparecencia de las partes a la audiencia de pruebas si no se ha verificado el emplazamiento al codemandado.*

*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales (Exp. N° 1155-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 344).*

*“... El fundamento de dar por concluido el proceso por la inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas no es otro que el de sancionar dicha inasistencia, dada la trascendencia de este acto procesal, ya que sin la actuación de pruebas no es posible lograr un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del conflicto de intereses o de la incertidumbre jurídica, en consecuencia carece de objeto la prosecución del proceso” (Cas. N° 592-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 328-329).*

*En un proceso contencioso, al no haber concurrido ambas partes a la audiencia conciliatoria se regulará por lo establecido para la audiencia de pruebas, contemplada en el artículo 203 del CPC (Exp. N° 1269-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 119-120).*

*De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal no existe tolerancia de tiempo para las diligencias (Exp. N° 1318-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecuto-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*rias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 182-183).*

*Tratándose de una audiencia de conciliación la sanción prevista en el artículo 203 del Código Procesal Civil se refiere única y exclusivamente a la audiencia de pruebas, dada la trascendencia de este acto procesal (Exp. N° 1345-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 233-234).*

*“... No solo al Juez se le reconoce un papel protagónico para gestionar la prueba que conduzca a conocer la verdad de los hechos, sino también que es un derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar la razón de sus afirmaciones y bajo esta concepción el derecho constitucional a probar como expresión de un debido proceso, en el caso de autos, ha sido ignorado, con lo que evidentemente se ha configurado la causal de contravención de normas que rigen el proceso” (Cas. N° 1426-99/Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 65-68).*

*“... Conforme lo prescribe el artículo doscientos tres del citado cuerpo legal adjetivo (C.P.C.), la fecha fijada para la audiencia de pruebas es inaplazable, siendo facultad del juez autorizar a una de las partes, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, a actuar mediante representante, mas no a suspender la misma...” (Cas. N° 3211-99-Puno, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 326-327).*

## EL ACTA DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 204

*El Secretario respectivo redactará un acta dictada por el Juez que contendrá:*

- 1. Lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde;*
- 2. Nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes; y,*
- 3. Resumen de lo actuado.*

*Los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia.*

*Para la elaboración del acta el Secretario respectivo puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura.*

*El acta será suscrita por el Juez, el Secretario y todos los intervinientes. Si alguno se negara a firmarla, se dejará constancia del hecho. El original del acta se conservará en el archivo del Juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 207, 472.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 125, 130, 207.

**C.P.C.M.. Iberoamerica** art. 97, 98.

**C.P.C. Colombia** art. 109, 110.

**C.P.C.N. Argentina** art. 126.

---

## Comentario

En las audiencias rige el principio de oralidad, en oposición al principio de escritura que involucraba las actuaciones del derogado Código de Procedimientos Civiles. Este principio permite que los actos procesales se realicen a viva voz, en audiencias, que luego requieren se plasmen en un documento en el que se precise el lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde; el nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes; y, el resumen de lo actuado. Además, los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia. A pesar que el inciso 2 no lo precise, la identificación de los intervinientes no solo debe extenderse al nombre sino a consignar los datos relevantes de su documento de identidad, haciendo la salvedad de haber cumplido con sufragar en las últimas elecciones. En caso que intervengan los abogados de las partes, estos deberán identificarse con su Carné del Colegio de Abogados respectivo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Un elemento importante que debe hacer referencia el acta, es dejar constancia que la audiencia se ha realizado de manera pública, salvo las circunstancias que justifiquen que sea privada. Ello es atendible porque a través de esta publicidad, se permite el control popular sobre la jurisdicción, como cualquier otra de las funciones del Estado.

La redacción del acta puede ser a manuscrito o mediante tipeo. Clásicamente para la redacción de las actuaciones judiciales se recurría a los manuscritos, los mismos que deberían ser redactados con letra legible en un libro de actas; luego con la incorporación de la máquina de escribir mecánica a las actuaciones judiciales estas se desglosaron para insertarse al expediente; práctica que se mantiene hasta la fecha, habiéndose reemplazado en algunos despachos la máquina de escribir por el ordenador.

El acta será suscrita por el Juez, el Secretario y todos los intervinientes. Una tradición en la judicatura reserva el lado izquierdo de la página que contiene el acta para la firma del juez y la derecha para las partes.

No genera mayor incidencia la negación de alguno de los intervinientes a firmar el acta, para lo cual, es indispensable que se deje a continuación constancia del hecho.

Dice la norma que el original del acta se conservará en el archivo del Juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez; sin embargo, este último extremo es rediseñado en la práctica, porque el acta es redactada por duplicado, siendo suscrita por los intervinientes ambas, a la vez.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las cintas de audio y vídeo deben ser reconocidos por sus autores o responsables, debiendo dejar constancia el juez de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes. Actuar en contrario se equipararía a la figura de una prueba no actuada, puesto que el resultado de la misma, no consta en autos. Dicha actuación es imposible de convalidación, así como, tampoco puede disponer el colegiado su actuación porque se atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso (Exp. N° 4243-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 414-415).*

*A pesar que el juez admite como medio probatorio la cinta de vídeo, la misma que es visualizada en audiencia, pero no se transcribe en las actas su contenido ni las apreciaciones que se hubieren hecho sobre él; es nula la sentencia que se fundamenta en dicho medio probatorio bajo el argumento que no aporta mayores elementos.*

*Para que la Sala pueda valorar la cinta de vídeo ofrecida como prueba, el juez debió transcribir la visualización de éste, en el acta de audiencia; a fin que el colegiado tenga conocimiento de lo visualizado, al sentenciar (Exp. N° 647-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 380-381).*

## ACTUACIÓN FUERA DEL LOCAL DEL JUZGADO

### ARTÍCULO 205

*Si por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del Juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir.*

*Cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, la audiencia o solo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 286, 472.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 203.

C.P.C.N. Argentina art. 436.

---

### Comentario

---

La norma no puede dejar de apreciarse al margen del artículo 203 del CPC, que regula la concurrencia personal de los convocados para la audiencia, la misma que se realizará en el local del juzgado; también el referido artículo 203 considera que “solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante”. Véase que la norma (artículo 203) se aleja de la comparecencia personal para permitir la intervención por medio de representante; situación distinta a la que hace referencia el artículo 205 en comentario, pues, aquí, reafirmando la concurrencia personal de los convocados, está se mantiene con la diferencia que, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir. La permeabilidad de la norma, en cuanto al lugar para la actuación procesal es un complemento para materializar el deber de comparecer que tiene toda persona, al proceso. Nótese que la redacción del artículo no hace expresa referencia a la imposibilidad de las partes, sino a la de los intervinientes, quienes tienen el deber de comparecer a diferencia de la carga de las partes. En tal sentido, no habrá justificante que impida su intervención en el proceso a personas ajenas a las partes, cuando sean estas citadas para comparecer. La omisión de este deber puede generar respuestas de sanciones pecuniarias, como el caso de

los peritos o de índole personal, como la conducción de grado o fuerza, en caso de los testigos. Esto significa que solo las partes podrían actuar mediante apoderado; situación que no es extensiva para otras personas ajenas a esa condición, como los peritos o testigos; estos tienen el deber de comparecer personalmente al proceso, al margen que su presencia física se materialice en el local del juzgado o en otras dependencias o sedes.

No corresponde este deber solo a las personas propuestas por las partes, sino que el juez puede ordenar la citación de oficio, de las mencionadas por las partes en los escritos del proceso o cuando resultare de otras pruebas producidas, que tuvieren conocimiento de hechos que pudieren gravitar en la decisión de la causa. En tal sentido, debe apreciarse esta citación de oficio, bajo el ejercicio de las facultades que señala el inciso 2 artículo 51 del CPC.

Por otro lado, a pesar que la ley contienen una mención explícita acerca del lugar en el cual corresponde dictar las resoluciones (ver inciso 1 artículo 122), ella no necesariamente debe coincidir con la sede o recinto donde funciona el órgano competente para pronunciarlas. Decimos ello porque, excepcionalmente, cabe la posibilidad que las resoluciones se emitan fuera de dicha sede, cuando se tenga que tomar la declaración testimonial o de parte, en el domicilio de la persona que se encuentra imposibilitada de concurrir a la sede del juzgado; o cuando se realiza la inspección judicial en lugares o cosas no transportables al recinto del juzgado.

En estos tres supuestos, enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, la propia norma señala el lugar donde se actuarán las diligencias, esto es, en el domicilio del compareciente, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir.

El deber de comparecer no se exceptúa –según el artículo 205 del CPC– cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, quienes declararán en la audiencia o en la actuación procesal, que ocurrirá en sus oficinas. Dichas prerrogativas deben reconocerse cuando los funcionarios estén en el cargo y no cuando haya cesado.

## UNIDAD DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 206

*La audiencia de pruebas es única y pública. Si por el tiempo u otra razón atendible procediera la suspensión de la audiencia, esta será declarada por el Juez, quien en el mismo acto fijará la fecha de su continuación, salvo que tal previsión fuese imposible.*

*Si la naturaleza de lo controvertido así lo exigiera, el Juez puede ordenar que la audiencia se realice en privado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 472.
C.N.A.	arts. 170, 172.
D.S. 017-93-JUS	art. 10 párr. 1.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 128.
C.P.C.M.. Iberoamérica	arts. 7, 96.
C.P.C.N. Argentina	art. 125.
C.F.P.C. México	arts. 274, 275.

---

## Comentario

---

1. La publicidad de las audiencias es una expresión de la fiscalización popular sobre la actividad judicial de los magistrados. Esta publicidad se contrapone al método escrito que regía con el Código de Procedimientos derogado y tiene rango constitucional, tal como se aprecia del inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política.

La publicidad se sustenta en que los actos procesales sean conocidos incluso por quienes no sean parte en el proceso. La regla general que establece el Código es que las audiencias sean públicas a menos que los jueces atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se discute, dispusieran lo contrario, como en los casos de divorcio por causal, filiación y otros que afecte la intimidad y el honor de las personas. En ese sentido, la última parte del artículo en comentario recoge la privacidad de la audiencia de pruebas.

La publicidad también le exige al juez mantener un punto de equilibrio entre esta y la intimidad de la propia persona; esto se plantea como un caso de discusión, en el supuesto que se utilice los medios de difusión masiva, como radio o televisión, para transmitir las audiencias públicas de los procesos civiles, como garantía de la función jurisdiccional.

Otro factor importante para la publicidad en las audiencias es el anuncio anticipado, las que mayormente operan con las personas citadas para ella.

2. La publicidad, como regla general, se explica porque la actividad procesal es una función pública, en tal virtud, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien lo quisiera. El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia, para ello, que mejor ocasión que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Se dice que este conocimiento, por parte de los justiciables, de la actividad judicial les concede la seguridad que el servicio que se brinda es correcto

3. Otra de las reglas que consagra este artículo es “si por el tiempo u otra razón atendible procediera la suspensión de la audiencia, esta será declarada por el Juez, quien en el mismo acto fijará la fecha de su continuación, salvo que tal previsión fuese imposible”. En ese sentido, en caso que la declaración de parte o testigos fuere admisible el juez mandará recibirlas en la audiencia de pruebas. Cuando el número de personas ofrecidas por las partes para declarar permitiere suponer la imposibilidad que todos declaren en la misma fecha se señalaran tantas audiencias como fueren necesarias en días seguidos, determinando cuales depondrán en cada una de ellas.

En caso de suspensión de audiencia, para continuarla en los siguientes, esta nueva citación por cedula es innecesaria pues los declarantes quedarán citados en el mismo acto en que se dispone la suspensión, del día y hora en que continuará la audiencia para lo cual se les requerirá la firma del acta

4. Otra de las reglas a tener en cuenta en la audiencia de pruebas es el orden de actuación de los medios de prueba. El artículo 208 del CPC señala el siguiente orden: inspección judicial, peritos, testigos, reconocimiento y exhibición y declaración de parte.

En algunas legislaciones se contempla la posibilidad de la audiencia supletoria, que no implica una audiencia opcional para el testigo, de forma tal que este pueda elegir a su antojo entre una u otra fecha para su asistencia, sino que frente a eventualidades, el testigo tenga la posibilidad de tener una fecha cierta para declarar como una segunda opción. Esta segunda audiencia supone que el testigo habrá de acreditar la existencia de una justa causa de incomparecencia para la primera o que será traído a aquélla con fuerza pública y se le aplicará la multa.

## INCAPACIDAD CIRCUNSTANCIAL

### ARTÍCULO 207

*No participará en la audiencia, a criterio del Juez, el convocado que al momento de su realización se encuentre manifiestamente incapacitado.*

*El Juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

D.S. 017-93-JUS

arts. 194 párr. 2, 204, 222, 229 inc 1, 472.

art. 10 párr. 1.

---

### Comentario

---

La norma regula la posibilidad que los participantes en la audiencia de pruebas se encuentren imposibilitados, no de concurrir a ella, sino de participar en ella.

Nótese que la norma exige que el convocado esté presente en la audiencia de pruebas, y que al momento de su realización, suceda un hecho no previsto, que lo torne manifiestamente incapacitado para participar.

La redacción abierta de la norma, permite un amplio espectro de supuestos, que de manera inesperada, imposibiliten la actuación del medio de prueba ordenado. Según la trascendencia del evento podría solo llevar a suspender la audiencia por breve termino, para continuarla luego, o diferir para otra fecha a fijarse. Sobre el particular se ha dado casos de personas que por el impacto de lo que están viviendo o van a vivir, en la actuación de pruebas, llegan a un estado de emoción tal, que les provoca desvanecimientos u otras repercusiones a su salud, en pleno desarrollo de la audiencia de pruebas; situación que justifica su no participación, por la incapacidad circunstancial sufrida. Bajo tales circunstancias, se deja “a criterio del juez” la determinación acerca de la incapacidad del interviniente para participar en la audiencia, sin hacer distinciones, si se trata de partes o de terceras personas. Además de ello, el juez debe tomar las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión; en tal sentido, si un testigo es pasible de una incapacidad circunstancial, no solo evitará tomar su declaración sino que ordenará el traslado o atención a un centro de salud para su recuperación u observación, si fuere el caso.

## ACTUACIÓN DE LAS PRUEBAS

### ARTÍCULO 208

*En el día y hora fijados, el Juez declarará iniciada la audiencia y dispondrá la actuación de las pruebas en el siguiente orden:*

- 1. Los peritos, quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos;*
- 2. Los testigos con arreglo al pliego interrogatorio presentado, a quienes el Juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración;*
- 3. El reconocimiento y la exhibición de los documentos;*
- 4. La declaración de las partes, empezando por la del demandado.*

*Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.*

*Cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante.*

*La actuación de cualquier medio probatorio ofrecido deberá ocurrir antes de la declaración de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. V, 55, 192, 213, 222, 246, 258, 259, 260, 262, 272, 286, 471, 472, 478 inc. 11, 491 inc. 10.
<b>C.N.A.</b>	art. 171.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 400.
<b>LEY 26572</b>	arts. 34 inc. 5, 75.
<b>LEY 26636</b>	art. 68.
<b>LEY 27444</b>	art. 148.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 431
---------------------------	----------

---

## Comentario

La norma presenta diversas reglas para la actuación de los medios probatorios. La primera se refiere a la prelación en atención a la naturaleza del medio que se pretende actuar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese orden, las declaraciones de las partes serán los últimos medios que se actuarán en la etapa probatoria, ello es atendible porque luego del debate probatorio habrá mayor información recogida en el proceso, la misma que permitirá ser apreciada y esclarecida, en el interrogatorio a las partes.

La primera actuación se refiere a la inspección judicial, denominada también examen o reconocimiento judicial. Es la percepción sensorial directa efectuada por el juez sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características, todos ellos relacionados con los puntos controvertidos del proceso, a través de la percepción común del juez este recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis.

Nótese que este orden de prelación, en el reconocimiento judicial, opera siempre y cuando la inspección judicial ofrecida se realice dentro de la competencia territorial del Juzgado. En este caso, se realizará junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse ésta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente.

Este orden de prelación no se aplica por tanto a las inspecciones judiciales a practicarse fuera de la circunscripción territorial, esto es, a las que se diligencian mediante exhorto. La actividad probatoria, en aras de la celeridad procesal, puede iniciarse en este caso con la intervención de los testigos si lo hubiere; ello es atendible porque la intermediación del medio probatorio, por parte del juez natural del proceso, se ha visto trastocado por la competencia territorial, por tanto, en nada contribuye esperar la remisión del exhorto que contiene la inspección comisionada.

La segunda regla que impone el debate probatorio es: “cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante”. Caso contrario, en la declaración de las partes, se empieza por la del demandado.

La tercera regla considera –a pesar de lo regulado en la primera parte del artículo 203– que el diligenciamiento de los medios probatorios puede realizarse en el lugar de la inspección judicial, siempre y cuando el juez lo estime pertinente.

Otra de las reglas a tener en cuenta en la audiencia de pruebas es el orden de actuación de los medios de prueba. El artículo 208 del CPC señala el siguiente orden: inspección judicial, peritos, testigos, reconocimiento y exhibición y declaración de parte. El cumplimiento estricto de este orden por la judicatura, en la actuación de los medios probatorios, viene provocando respuestas como la suspensión de la audiencia de pruebas, ante la imposibilidad de actuar una de ellas, no obstante la existencia de los otros medios que si pudieran realizarse, lo cual origina un considerable aplazamiento, afectando el principio de economía y celeridad procesal; véase el caso, que ante la imposibilidad de realizar la inspección judicial, no

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

se podría recurrir a la actuación de la pericia o tomar la declaración de los testigos presentes, por afectar el orden preestablecido para la actuación de éstas. Frente a ello debemos tener en cuenta que el inciso 1 del artículo 50 del CPC señala como deber del juez, dirigir el proceso, velar por su rápida solución, para lo cual debe adoptar medidas convenientes para impedir su paralización; en tal sentido, obra el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de la República, de fecha 31 de julio de 2003 que aprueba la propuesta sobre el orden de prelación en la actuación de los medios de prueba y dispone que “a fin de evitar las reiteradas suspensiones de las audiencias de prueba y con ella el retardo en el trámite procesal, observando discrecionalmente, acorde al caso concreto, la prelación establecida en la acotada norma legal, excepto para el caso de la declaración de parte que deberá guardar siempre el último lugar de actuación”. Esto significa que, en tanto, se realiza la inspección judicial, se podría ir practicando las pericias ordenadas o recabando las testimoniales, siempre y cuando el objeto de litigio así lo permita<sup>(1)</sup>.

Por último, es de resaltar que cuando son varios los codemandados, la norma no restringe a que su declaración se tome por separado, como es en el caso de los testigos, sin embargo, se considera saludable para recabar mejor la información que puedan transmitir las partes al proceso, que éstas sean interrogadas de manera separada. Si bien los codemandados forman una sola parte (en el supuesto que sean considerados litisconsortes necesarios) esta limitación podría extenderse a la pluralidad de sujetos que actúan bajo la figura del litisconsorcio facultativo, pues, allí no hay comunidad de intereses que defender.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... El juez al haber puesto en conocimiento de las partes el informe pericia recién en el acto de la audiencia de pruebas ha atentado contra el debido proceso, desde que éstas han visto limitado su derecho a analizar dicho medio probatorio y a efectuar los cuestionamientos correspondientes...” (Exp. Nº 337-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 283).*

---

(1) El contenido de la Resolución de Acuerdo de Sala Plena citado, aparece en el anexo del trabajo.

## CONFRONTACIÓN

### ARTÍCULO 209

*El Juez puede disponer la confrontación entre testigos, entre peritos y entre estos, aquéllos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 472.  
C. de P.P. arts. 130, 131.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 254.  
C.P.C.M. Iberoamerica art. 152.  
C.P.C. Colombia arts. 202, 230.  
C.P.C.N. Argentina art. 448.

---

### Comentario

---

Cuando aparecen en el proceso declaraciones de partes o testigos que se contradicen entre sí, se hace necesario, como complemento indispensable del interrogatorio, el careo entre ellos. La base de este careo es la existencia de declaraciones contradictorias.

Se entiende por careo la confrontación que el juez hace de dos testigos que declaran hechos contradictorios, en presencia de las partes. Es el enfrentamiento cara a cara, interrogando a ambas al mismo tiempo sobre un hecho y constatar la concordancia o discordancia de sus declaraciones, ya sea por necesidad de aclararlas o determinar cuál es la verdadera, ante las contradicciones. El careo aparece como una prueba *a posteriori*, una vez vertidas las declaraciones.

La importancia de esta diligencia es enorme, porque esa confrontación permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que estos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones o las corrijan. Para Falcón<sup>(1)</sup>, “de todas las declaraciones orales, el careo es posiblemente la más apta para poder tomar cabal conocimiento de la cuestión con relación a los puntos de discrepancia y apreciar los dichos de los distintos protagonistas en función, no solo de lo que dicen, sino especialmente mediante el lenguaje corporal, que por la situación de tensión que propone el careo, aumenta su expresión”.

La confrontación es una práctica constante en el proceso penal, la misma que se ha incorporado al proceso civil recientemente. A diferencia del proceso penal, la confrontación solo es permitida entre partes y testigos, pero jamás entre testi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

gos; situación última que si se permite en el proceso civil, como se advierte del comentario a la presente norma.

El careo también puede ser bilateral, cuando se enfrentan dos personas y multilateral, cuando se enfrentan varias. En el proceso civil no se encuentra regulado el careo multilateral.

---

(1) FALCÓN, op. cit. T. 2, p. 393.

## INTERVENCIÓN DE LOS ABOGADOS

### ARTÍCULO 210

*Concluida la actuación de los medios probatorios, el Juez concederá la palabra a los abogados que la soliciten.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 472.
C.N.A.	art. 173.

---

### Comentario

---

1. La norma regula el *informe in voce*, el mismo que se materializa al finalizar el debate probatorio. Según Couture, el *informe in voce*, es la exposición oral que uno o mas abogados formulan ante el juzgado, en los casos establecidos por la ley, sustentando la tesis que defienden y patrocinan.

Es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso, para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan. Para la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituye uno de los derechos del abogado patrocinante, el informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes que se ponga fin a la instancia (ver inciso 5 artículo 289 y artículo 155 de la LOPJ).

2. Para Ángel Osorio, la justicia sustanciada por medio de la palabra cumple tres fundamentos. Uno de ellos, es la de la ley natural, porque el hombre se entiende mejor con sus semejantes mediante y a través de la palabra; de ahí que en el curso del informe de un letrado, el juez se le puede ocurrir numerosas dudas o aclaraciones que cabe plantear o esclarecer en el acto dirigiéndose al informante. Agrega, por algo, la sabiduría popular estableció el aforismo “hablando se entiende la gente”. En esa línea de pensamiento, también nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial se enmarca, pues, en el artículo 136 de ella dice: “Los abogados están obligados a absolver las preguntas y aclaraciones que deseen hacerles los magistrados en el curso de sus informes”.

Los otros fundamentos que esgrime Osorio se refieren a la economía de tiempo y a la necesidad de la publicidad que se viabiliza con el *informe in voce*.

El informe oral tiene algunas características, como: opera en el proceso, no es practicada por la parte sino por sus abogados, tiende a preparar la decisión de la controversia, aporta el material de conocimiento y la regular tramitación del proceso, se encamina a obtener una solución favorable a las pretensiones del solicitante.

te, se expresa a través de la oralidad, su forma y contenido se ajustan a las reglas de lealtad y probidad; y además, no excede “los límites del respeto y de la decencia, o si incurre en disgresiones ajenas a los hechos controvertidos, o se exceda en el tiempo señalado para el informe” ver artículo 136 de la LOPJ.

3. Para realizar un buen informe oral sería importante apreciar la opinión de Podetti<sup>(1)</sup> al respecto: “un buen alegato oral debe ser breve, conciso y concreto. Conviene empezar con una esquemática exposición de los hechos controvertidos, destacando a quien correspondía su prueba, para analizar luego y con relación a cada hecho, las pruebas aportadas. El letrado debe procurar, con su exposición convencer al juez que la prueba, en sus aspectos particulares y en su conjunto, ha sido favorable a las pretensiones del litigante a quien patrocina. Es obvio que, en razón que la persona a la cual va dirigido el alegato, el juez, es también un técnico del Derecho y el director de los procedimientos cumplidos, la discusión del derecho aplicable, cuando se haga, debe ser precisa y la merituación de la prueba, concreta. Las divagaciones, las generalidades, la exposición de doctrinas conocidas, las repeticiones y otros vicios del orador común, deben ser cuidadosamente excluidos de un alegato forense, porque perjudica a quien cae en ellos en lugar de beneficiarlo”.

---

(1) PODETTI, Ramiro. Tratado del proceso laboral. T. 1, p. 315, citado por RILLO CANALE, Oscar. “informe in voce”, en Enciclopedia Jurídica Ameba. T. XV. Bibliografía Ameba. Buenos Aires, p. 745.

## CONCLUSIÓN DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 211

*Antes de dar por concluida la audiencia, el Juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 472, 478 inc. 12, 497 inc.11.

---

### Comentario

---

1. En los sistemas procesales concurren dos modelos, la oralidad y la escritura, como principios del procedimiento civil.

Nuestro Código acoge el primero, la oralidad. Debe precisarse que este procedimiento oral, se caracteriza por la prevalencia de la palabra sobre la escritura; de ahí que Vescovi<sup>(1)</sup> acertadamente aconseja que deberíamos llamarlo “proceso por audiencias”, ya que en esta se realiza la parte sustancial del proceso.

Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen en general una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces inclusive sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación o casación, también escritos; son por lo tanto, mixtos. Nótese que la oralidad propiamente dicha se muestra en las audiencias, en la que se desarrolla el debate probatorio, concurriendo a ella, además, otros principios como la intermediación, concentración y publicidad.

2. La norma en comentario, es importante por ser una expresión de esta oralidad, porque comunica la conclusión de las audiencias, en la que se ha concentrado toda la actividad probatoria, la misma que ha llegado a su fin.

El proceso por audiencias, según Vescovi, es el que mejor se compagina con el principio de concentración, que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso. Es fundamental que dicha concentración se cumpla fundamentalmente por medio de la audiencia, realizándose la parte fundamental del procedimiento en un solo acto (aun cuando haya que prolongarla

---

(1) VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, p. 59.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

si no se puede agotar en una fecha) en el que se concentran la recepción de la prueba, el debate oral y la sentencia.

3. La comunicación que hace el juez que los autos se encuentran expeditos para ser sentenciados, genera dos efectos: a) la interrupción del plazo del abandono, pues, conforme refiere el artículo 350 inciso 3 CPC no procede, en los procesos que se encuentran para sentencia, salvo que estuviera pendiente actuación cuya realización dependiera de una parte; y b) el inicio del computo del plazo para sentenciar. Este plazo varía según el proceso que se trate; por citar, en el abreviado, se aplica 25 días (ver inciso 11 artículo 491 del CPC) y en el de conocimiento, 50 días (ver inciso 12 artículo 478 del CPC).



## JURISPRUDENCIA

---

*Merece declarar la nulidad de la sentencia expedida sin haber declarado la prescindencia de una prueba admitida.*

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta (Exp. N° 317-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 210-211).*

*Debe declararse la nulidad de la sentencia si se ha pronunciado sin tener a la vista un medio probatorio, cuya prescindencia no se declaró (Exp. N° 836-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 217-218).*

---

(1) Vescovi Enrique, Teoría general del proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 59

## ALEGATOS

### ARTÍCULO 212

*Dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los Abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 472.
LEY 26636	art. 69.

---

### Comentario

---

Concluida la audiencia a que refiere el artículo 211, se comunica a las partes que los autos se encuentran expeditos para sentenciarse, a fin que sus abogados presenten sus alegatos escritos, siempre que se trate de procesos de conocimiento y abreviado; en tal sentido, también véase lo que señala el artículo 155 de la LOPJ al respecto.

Resulta coherente que los alegatos por escrito solo se extienda a dichos procesos y no a los sumarísimos o ejecutivos, pues, por su diseño procesal, las decisiones finales se emiten de manera casi inmediata, en audiencia. Así lo señala el artículo 555 del CPC.

La alegación es el acto mediante el cual, cualquiera de las partes, en apoyo de una determinada petición, afirma o niega la existencia de un hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho. Nótese que se trata siempre de actos que le corresponde solo a las partes, en atención al principio dispositivo que rige el proceso civil. Las partes son las únicas que pueden aportar el material fáctico susceptible de apoyar sus respectivas posturas procesales, quedando prohibido el juez de la posibilidad de incorporar al proceso hechos no afirmados por ninguno de los litigantes; sin embargo, ello no altera que pueda invocar el *iura novit curia*, a su decisión

Los alegatos pueden darse en dos niveles, de hecho y de derecho. Los primeros, afirman la existencia o inexistencia de un determinado hecho, encaminada a fundamentar una petición procesal para lograr una decisión judicial favorable; los alegatos de derecho consisten en la afirmación que una norma jurídica es aplicable o inaplicable al hecho o hechos invocados. Es un complemento de las alegaciones de hecho, cuya omisión o erróneo manejo por las partes se suple o rectifica con el *iura novit curia*.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los alegatos de cualquiera de las partes genera efectos importantes para el proceso, pues, este los adquiere en forma definitiva, de manera que los datos que ingresan al proceso, son de carácter común, susceptible de beneficiar o de perjudicar a ambas partes por igual. Se trata de una aplicación del principio de adquisición.

La afirmación de los hechos contenidos en la alegación impone, a quien la formula, la carga de la prueba, salvo presunción legal.

Por último, en aras de la congruencia procesal, el juez no puede invocar en sus decisiones alegaciones no formuladas por las partes. Debe pronunciarse, sobre aquellas que resulten conducentes para la solución del conflicto.

## Capítulo III

# DECLARACIÓN DE PARTE

### ADMISIBILIDAD

#### ARTÍCULO 213

*Las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado.*

*Concluida la absolución, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. II, 192 inc. 1, 208, 209, 214 a 221, 294, 300, 591, 700.
<b>C. de P.P.</b>	art. 122.
<b>LEY 26636</b>	art. 32

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 128.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 203.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 94, 95, 96, 97, 98.

---

### Comentario

---

1. Los hechos, objeto de prueba, comúnmente suceden antes del proceso. Cuando aparecen dejan huellas de su paso impresas en las cosas o en los sentidos de las personas que pudieron intervenir en ellos o presenciarlos; esto significa que ese conocimiento puede provenir por dos principales fuentes: de las propias partes y de los testigos, entendidos estos como terceros extraños a la relación procesal.

Dentro del concepto general de declaración de parte, podemos distinguir aquella especie de declaración o testimonio en el que los hechos contenidos son perjudiciales para el declarante, de aquella otra en la que el testimonio carece ya de ese efecto siquiera de una directa e inminente finalidad probatoria, pues se trata de la declaración favorable al declarante, o de una simple narración informativa o aclarativa.

Debemos apreciar la declaración de parte, bajo los alcances de la confesión, entendida esta como el testimonio que una de las partes hace contra si misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo; por tanto, para que la declaración de parte, sea considerada como prueba debe ser formulada por quien es parte en el proceso, sobre hechos de su conocimiento personal, desfavorables al declarante y favorables a la otra parte.

La norma nos exige diferenciar la declaración de la confesión. Si bien toda confesión constituye una declaración, un testimonio, no toda declaración aparece una confesión, en tanto, su contenido no sea desfavorable para el confesante o favorable para el adversario.

La declaración de hechos que resultan favorables para el propio declarante, no reviste el carácter de una confesión, pues, nadie puede ser testigo en su propia causa. El fundamento o razón de ser de esta prueba se apoya en consideraciones psicológicas y morales, pues reposa en la premisa que si bien puede suponerse que el hombre mienta para favorecerse o favorecer a un tercero, difícilmente lo hará cuando la declaración lo perjudica.

2. El artículo en comentario señala que la declaración de parte se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado. Para Kielmanovich<sup>(1)</sup>, las posiciones son las proposiciones afirmativas juramentadas que dirige una parte (ponente) a su contraria (absolvente) a fin que esta se expida en forma afirmativa o negativa en cuanto a la existencia o inexistencia de los hechos desfavorables contenidos en aquélla y que se refieren a la actuación personal de la segunda o al conocimiento que ella pudiera eventualmente tener acerca de los mismos.

El efecto de la confesión que se busca con la declaración de parte puede ser provocada por el adversario o por el juez cuando conduce el interrogatorio. En este último extremo, la última parte del artículo 213 del CPC faculta a que los jueces puedan hacer a las partes las preguntas que estime convenientes. Tales preguntas han de ser formuladas de manera concreta, clara y precisa, de tal manera que el absolvente pueda contestar en forma afirmativa o negativa estas.

Nuestro Código no regula la confesión espontánea, que opera extrajudicialmente. Solo se remite a la provocada y al interior del proceso.

3. La confesión se puede obtener mediante dos mecanismos: la absolución de posiciones y el libre interrogatorio. Para Palacio, la absolución de posiciones es la

---

(1) Op. cit., p. 478.

declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un pliego interrogatorio contenido en sobre cerrado.

Es un medio para provocar que el adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado, previamente afirmado por el ponente de conocimiento personal de aquél y contrario al interés que sostiene en la concreta causa.

En el caso del libre interrogatorio, a diferencia de la absolución, se trata de un interrogatorio que se dirigen las partes entre sí con autorización o por intermedio del juez o ya directamente conducido por este, en el que se procura no solo provocar la confesión del adversario, sino también aclarar o esclarecer las singular posiciones sostenidas por aquéllas en la litis. En este último extremo, la segunda parte del artículo 213 en comentario considera que “concluida la absolución de posiciones, las partes a través de sus abogados y con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas”.

El libre interrogatorio es considerado bajo un campo de acción mas amplio que las posiciones, a la par que una flexibilidad que permite adaptar su forma al concreto contenido de la pregunta, pues no necesariamente podrá dar lugar o limitarse a verdaderas confesiones judiciales sino a aclaraciones respecto de los hechos que interesan a la litis y en caso de silencio, incomparecencia o contradicciones a indicios extraídos o deducidos del comportamiento procesal observado por las partes durante el curso del debate. La fuente se encuentra en el interrogatorio, pues, no existe propiamente una afirmación sino una interrogación dirigida a aclarar las dudas del proponente o a obtener una pormenorizada descripción de un estado de cosas.

Algunos autores señalan que el libre interrogatorio, a la vez que sirve para provocar la confesión de la contraria, tiende a que las partes puedan aclarar o precisar las razones o motivos en los que sustenta la pretensión, la excepción o la defensa, con el fin de llevar a la administración de justicia un soplo de realismo, de sinceridad, de buen sentido popular, en contraste con el carácter formal del proceso.

4. Como ya se ha señalado líneas arriba, la segunda parte del artículo 213 en comentario considera que “concluida la absolución de posiciones, las partes a través de sus abogados y con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas”.

Las nuevas preguntas no deben circunscribirse al contenido de las preguntas ya formuladas o al de las respuestas emitidas al solo objeto de aclarar o precisar el contenido de estas últimas, sino versar sobre cualquier hecho pertinente, aunque no se relacione con los hechos incluidos en el pliego interrogatorio, pero que versen sobre los hechos controvertidos en el proceso e incidan en la decisión final.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, nótese que la última parte del artículo 213 del CPC señala que el juez (durante ese acto) puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes. En ese sentido el interrogatorio se realizará con prescindencia del contenido de las preguntas o nuevas preguntas de las partes y de las respuestas dadas por el declarante. Véase a diferencia del interrogatorio que regula el artículo 227 del CPC, referido a la declaración de testigos, que no se refiere a la repregunta ni al contra-interrogatorio. Lo que se busca es ampliar las respuestas vertidas a través de las preguntas aclaratorias. Vemos pues, la dinámica intervención del juez, en este acopio de información, que nos lleva a coincidir con la opinión de Morello<sup>(2)</sup>, para quien “el juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga (más que en lo que deje de hacer); vigila, orienta, explota y gestiona prueba. Desde el comienzo no puede estar inerte y ajeno, ni distante. Debe conocer lo que está ocurriendo y eso que sucede, que esté bien hecho y para servir”.

Por último, es de resaltar que cuando son varios los codemandados, la norma no restringe a que su declaración se tome por separado, como es en el caso de los testigos, sin embargo, se considera saludable para recabar mejor la información que puedan transmitir las partes al proceso, que éstas sean interrogadas de manera separada. Si bien los codemandados forman una sola parte (en el supuesto que sean considerados litisconsortes necesarios) esta limitación podría extenderse a la pluralidad de sujetos que actúan bajo la figura del litisconsorcio facultativo, pues, allí no hay comunidad de intereses que defender.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede admitir la declaración de parte, de quien no es parte en el proceso, más aún, cuando dicho tercero no tiene derecho ni obligación reconocidos en el título materia de ejecución (Exp. N° 28479-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 647-648).*

*La existencia de un pliego en blanco dentro del sobre que supuestamente contenía el interrogatorio para la declaración de parte, equivale a la no presentación de pliego interrogatorio y renuncia a la actuación de ese medio probatorio.*

*Si no se evidencia temeridad o mala fe de la parte y de su abogado es innecesaria la aplicación de sanción alguna (Exp. N° 2586-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 372).*

*Debe acompañarse como anexo al escrito que ofrece la declaración de parte, el pliego cerrado de posiciones (Exp. N° 695-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 245-246).*

---

(2) MORELLO, Augusto M. La prueba: tendencias modernas. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991, p. 101.

## CONTENIDO

### ARTÍCULO 214

*La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado.*

*La parte debe declarar personalmente.*

*Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IX, 203.  
LEY 26636 art. 32.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 140, 141.  
C.P.C. Colombia art. 207.

---

## Comentario

---

La declaración de parte que puede darse en forma espontánea o provocada respecto de la verdad de los hechos pasados, conocidos de manera personal por el declarante, susceptibles de producir consecuencias jurídicas perjudiciales para el declarante y prestada con conciencia de que se proporciona una evidencia a la contraria.

No solo la declaración debe relacionarse con hechos pasados sino que deben ser personales o de conocimiento personal del declarante. En ese sentido, la norma permite de manera excepcional que tratándose de persona natural pueda recibirse la declaración por apoderado siempre que no se pierda la finalidad que se busca con la declaración de parte.

Puede declarar quien es parte en el proceso, sea como demandante, demandado o tercero excluyente principal y cuente con capacidad procesal para hacerlo en forma personal.

En tal orden de ideas, carecen de capacidad para declarar por si mismos los menores de edad, debiendo hacerlo en su lugar sus padres o tutores; los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, debiendo hacerlo sus curadores. Los sordomudos, que puedan expresar su voluntad de manera indubitable, declaran por escrito.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Como señala el artículo 213 del CPC, cada parte podrá exigir que la contraria absuelva posiciones, vale decir, que recíproca e inversamente el actor podrá poner posiciones al demandado, y este al actor –al igual que a los terceros que hubiesen asumido una intervención adhesiva simple o litisconsorcial– y los litisconsortes propiamente dichos podrán hacerlo con respecto a la parte contraria.

Además de las partes, podrán ser citados a absolver posiciones los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente; por citar, los apoderados podrán ser citados a absolver posiciones por hechos realizados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato. También deberán ser citados para absolver posiciones en nombre de las personas jurídicas, los representantes legales que tuviesen facultad para obligarlas.

## DIVISIBILIDAD

### ARTÍCULO 215

*Al valorar la declaración el Juez puede dividirla si:*

- 1. Comprende hechos diversos, independientes entre sí; o*
- 2. Se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado.*

---

**CONCORDANCIA:**

C.P.C.

art. 217.

---

### *Comentario*

---

1. La norma asume la clasificación de la declaración de parte, en atención al alcance de esta, en divisible e indivisible.

Una declaración es divisible si quien propuso la prueba puede hacer valer la declaración en cuanto a los hechos desfavorables a quien la emite. Para que prospere la divisibilidad es necesario que concurren dos supuestos: a) comprenda diversos hechos, pero independientes entre sí; y b) demuestre la falsedad de una parte de lo declarado.

Una declaración es indivisible si la parte interesada acepta en su integridad, tanto lo que favorece cuanto en lo que perjudica

Debe observarse que la declaración debe versar sobre hechos y no sobre el sentido jurídico de estos. A pesar que las partes califiquen jurídicamente sus hechos, la declaración solo vinculará en su contenido fáctico. Nada impide que el juez califique los hechos desde el punto de vista que estime adecuado.

2. Otro criterio que concurre en la clasificación de la declaración de parte, se ubica en función de los hechos que integran la confesión en simple, calificada y compleja. El criterio de esta distinción es el siguiente:

Es simple cuando se declara un hecho sin agregarle nada. El declarante se limita a reconocer el hecho, sin salvedad de nada. Es un hecho que lo perjudica, por ejemplo, la declaración del demandado que recibió del actor la suma demandada.

Es calificada, cuando se agregan elementos que aumentan o restringen los efectos jurídicos de lo dicho. Aquí se reconoce el hecho y se le asigna uno de naturaleza jurídica diferente o se le agrega un hecho inseparable. Véase en el caso que acepta haber recibido la suma demandada, pero no en calidad de préstamo sino de donación.

Es compleja, cuando el confesante reconoce el hecho y agrega un hecho diferente destinado a destruir sus efectos, pero que puede ser separado del hecho principal. Véase, el caso que el declarante acepta haber recibido la suma de dinero en concepto de préstamo pero haberla devuelto íntegramente.

Muchas de estas declaraciones presentan esta modalidad, agregando que las complejas pueden también ser compuestas, como sería el caso de aceptar haber recibido el dinero en préstamo, pero a su vez el demandante es deudor de este, por una suma igual o mayor emergente de otra relación jurídica entre estos. Este último punto se relaciona con la divisibilidad de la confesión. Alsina<sup>(1)</sup> al referirse a la divisibilidad de la confesión señala: “Se dice que la confesión es indivisible, ya que no contiene ningún elemento que modifique el hecho confesado ni restrinja sus efectos. La calificada es igualmente indivisible, porque está condicionada por una circunstancia vinculada a la naturaleza del hecho confesado; pero la confesión compleja, en cambio, presenta algunas dificultades que han dividido la doctrina, pues, en tanto que para algunos la fuerza probatoria de la confesión solo puede apreciarse considerando a esta en conjunto, como una unidad, para otros es divisible porque el hecho alegado por el confesante importa un elemento nuevo que no altera la naturaleza jurídica del hecho confesado y, por consiguiente, importa una excepción cuya prueba corre por su cuenta”.

3. La norma en comentario, si acoge la divisibilidad de la declaración siempre y cuando “comprenda hechos diversos, independientes entre sí”. En otras palabras, la declaración vertida es indivisible cuando no se puede separar aquello que resulte desfavorable al confesante de lo que es favorable; esto conlleva a que se aprecie la declaración en su conjunto. Contrario sensu, es divisible cuando constituye prueba en contra del confesante en lo que es desfavorable y que alega. En ese sentido, véase la redacción de la norma que dice: “opera la divisibilidad si se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado”.

Esto es así porque frente a la concordancia de dos hechos afirmativos, la suma de otro hecho separable importa que dicho hecho, si quiere tener influencia sobre lo confesado, debe probarse, mientras que el primero quedó probado. En cambio, si la confesión es indivisible, esa misma concordancia afirmativa entre el hecho propuesto y el contestado no puede engendrar uno nuevo distinto y separable, que permita limitar, restringir o anular el primero.

---

(1) ALSINA. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Ediar. Buenos Aires. T. III, 1961, p. 326.

## IRREVOCABILIDAD

### ARTÍCULO 216

*La declaración de parte es irrevocable. La rectificación del absolvente será apreciada por el Juez.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 282.

---

### Comentario

---

La norma presenta el debate acerca de la naturaleza jurídica de la declaración de parte. Frente a ella concurren dos posiciones que conciben a dicha declaración como negocio jurídico sustancial y la otra de orden procesal.

Para los primeros, es un modo de renunciar a un derecho o de reconocer una obligación, concertado de común acuerdo entre las partes o ya directamente asumido o impuesto por el declarante. Los que conciben como negocio jurídico procesal consideran que ella aparece como un acuerdo procesal por el que se elimina el hecho confesado del objeto de prueba del proceso.

Las posiciones enunciadas motivan a diferenciar confesión y reconocimiento. Este último implica la declaración de estar sometido a una obligación respecto de otra persona; esto es, que ha operado un determinado efecto jurídico, como es la exigibilidad de una prestación. En ese sentido véase el efecto que le atribuye el artículo 330 del CPC; por tanto, podemos afirmar que el reconocimiento es una especie dentro del género que es la confesión. Puede existir confesión sin reconocimiento, pero, no reconocimiento sin confesión.

Frente a ello, surge el cuestionamiento de la revocación de lo declarado por confesión. La norma en comentario considera irrevocable lo declarado. Si ésta es considerada como un negocio jurídico sustancial, el efecto normal de ese reconocimiento es la extinción de un determinado derecho subjetivo o de una determinada titularidad. Este efecto se produce por la sola voluntad del declarante, por lo que tiene que ser irrevocable. Asumir una posición en contrario, supondría una resurrección, sin causa alguna, de un derecho ya extinguido.

Como con la declaración, lo que se extingue no es el derecho sino la comprobación de los hechos en controversia, se le considera de naturaleza procesal la declaración de parte. En ese sentido, Kielmanovich asume la posición de considerar como un medio para la comprobación de los hechos sea que ella se produzca

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

en el proceso o se hubiese producido en otro, pues, siempre se estará frente a la representación de un hecho perjudicial pasado realizado ante un órgano de justicia.

Por último, debemos tener en cuenta, que si bien la declaración es irrevocable, la doctrina enseña que como todo acto jurídico debe reunir los requisitos mínimos para su validez y de allí se admite su revocabilidad cuando esté viciada por error, o afectada por dolo o violencia, supuestos que de todos modos son reputados como circunstancias excepcionales, pues se trata de un acto procesal realizado ante un órgano judicial, por lo que el declarante actúa en principio libremente.

La posibilidad de la rectificación de la declaración también está permitida; nótese que no es revocatoria, pues, no se busca negar todo lo declarado; en la rectificación, la declaración existe, pero sufre variaciones en su contenido. En este supuesto, estas últimas variaciones serán apreciadas libremente por el juez.

## FORMA DEL INTERROGATORIO

### ARTÍCULO 217

*El interrogatorio es realizado por el Juez. Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa. Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, de oficio o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable.*

*Las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente.*

*Ningún pliego interrogatorio tendrá más de veinte preguntas por cada pretensión.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 425.  
C. de P.P. art. 125.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 230.  
C.P.C.M.. Iberoamérica art. 139.  
C.P.C. Colombia art. 208.  
C.F.P.C. México art. 99.

---

## Comentario

---

Conforme lo señala el artículo 213 del CPC, “las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado”.

Posición es cada una de las proposiciones afirmativas que debe formular la parte interesada en la confesión de la contraria. Ella requiere de ciertas formalidades como que el pliego de posiciones sea por escrito, pudiendo este ser modificado y ampliado verbalmente luego de concluída la absolución. El citado artículo 213 del CPC agrega, “...con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas”.

Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa, señala la norma en comentario. Esto implica que las preguntas no deben ser insidiosas ni susceptibles de interpretarse en diversos sentidos. Pueden referirse a hechos personales, sea en forma negativa o afirmativa.

No deben contener más de un hecho, pero, si es factible admitirse una posición, con varios hechos, siempre y cuando se encuentren estrechamente vincula-

dos. En este caso, señala la norma “las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente”. A pesar que la norma no lo señale, el juez de oficio, como director del proceso puede alterar el orden y términos de las posiciones, siempre que no afecten el sentido de la pregunta.

En cuanto a la oportunidad para la presentación del pliego, este se inserta con la demanda en sobre cerrado, la misma que se conservará hasta la audiencia, conforme lo señala el artículo 213 del CPC, sin embargo, sería importante permitir que el pliego también se acompañe, aún el día de la audiencia, por la siguiente razón: al ser esta, el último medio de actuación probatoria –según la prelación que regula el artículo 208– las partes pueden agregar en su interrogatorio preguntas relacionadas con el resultado de la actuación de los medios de prueba ya agotados, de tal manera, que se puede insertar preguntas que expliquen, aclaren, precisen datos que refieren los documentos, testimoniales o pericias ya actuadas. Nótese que una situación es ofrecer el medio de prueba, como la declaración de parte, y otra el acompañar el pliego interrogatorio al medio ya ofrecido y admitido.

El hecho que el Código le haya asignado un orden a la actuación de los medios de prueba, reservando para el final a la declaración de parte, implica que la absolución de posiciones, se constituye en el enfrentamiento final de estas, con la posibilidad del recuento de todo lo debatido y caminado en esta etapa del proceso.

Felizmente, para contrarrestar esta limitación, a la oportunidad del pliego, se permite hacer nuevas preguntas, tal como se aprecia del artículo 213 del CPC, sin embargo, ella podría frustrarse cuando a la audiencia de pruebas no pueda estar presente la defensa de la parte que pretenda insertar nuevas preguntas al interrogatorio, situación que si podría operar al permitirse se acompañe el pliego el día del interrogatorio.

Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, por resolución motivada e inimpugnable.

Una posición es impertinente cuando no se refiere a un hecho controvertido, contiene más de un hecho escindible que no puede ser respondido sin reconocer o negar a los otros, o no es clara y concreta.

La formulación de cada posición importará el reconocimiento del hecho contenido en ella para el ponente, vale decir, que quien la formuló empieza por reconocer irreversiblemente ese hecho.

El juez podrá de oficio alterar los términos de las posiciones sin alterar su sentido y eliminar las que fuesen manifiestamente inútiles. Si las posiciones se refieren a hechos personales, las contestaciones deberán ser afirmativas o negativas.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Procede la designación de traductor público si el absolvente no conociese el idioma nacional, también se debe designar intérprete cuando deban absolver posiciones sordomudos que solo sepan darse a entender por lenguaje especializado.

El letrado no podrá indicar a su patrocinado o representado como contestar la posición (en sentido afirmativo o negativo).

En relación al pliego interrogatorio, conforme lo señala el artículo 213 del CPC, se acompaña en sobre cerrado, por tanto, una vez abierto el pliego, no cabe suspender la audiencia de pruebas sino hasta la culminación de toda la absolución del pliego. La audiencia podrá continuarse en otra fecha, pero luego de haber culminado de absolver las preguntas del interrogatorio que contiene el pliego.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... La existencia de un pliego en blanco dentro del sobre que supuestamente contenía el interrogatorio para la declaración de parte de los demandados, según se consigna en el acta de audiencia (...) equivale a la no presentación de pliego interrogatorio alguno y, en consecuencia la renuncia de la demandante a la actuación de este medio probatorio...”*

**(Exp. Nº 2586-97, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 223).**

*El pliego de preguntas así como las repreguntas que se formulen en el acto de Audiencia, deben guardar estrecha relación con el objeto de litis (Exp. Nº N-562-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 358).*

## FORMA Y CONTENIDO DE LAS RESPUESTAS

### ARTÍCULO 218

*Las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado. El interrogado no puede usar ningún apunte o borrador de sus respuestas, pero se le permitirá consultar sus libros o documentos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 282, 296 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 231, 232.  
C.F.P.C. México arts. 100-126.

---

### Comentario

---

El presente artículo regula la forma y el contenido de las respuestas. El secretario levantará el acta haciendo una relación de lo ocurrido y de lo expresado por las partes a medida que se presten, conservando en cuanto sea posible el lenguaje de lo que hubieren declarado. Terminado el acto el juez hará leer y preguntará a las partes si tienen algo que agregar o rectificar, lo que se expresará a continuación, firmando el juez y secretario.

En cuanto al contenido de las respuestas, es necesario indicar si se refieren a hechos personales o de conocimiento del absolvente. Las respuestas deberán ser categóricas, afirmando o negando, sin perjuicio que aquel pueda luego agregar las explicaciones que estime necesarias o convenientes.

No es posible confesar una situación jurídica, pues las partes no están obligadas a conocer el derecho, pero si es posible reconocer un proceder del que derive la calificación de derechos. Lo que puede ser confesado mediante la prueba de absolución de posiciones es el hecho constitutivo del presupuesto fáctico de aplicación de las normas.

En la hipótesis que el absolvente manifestara no recordar el hecho, se negará a declarar o responda evasivamente, señala la norma que el juez lo requerirá para

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que cumpla con su deber. Nótese que no es atendible en estos casos hacer efectivo ningún apercibimiento ante la renuncia a declarar, como si se considera en la absolución de posiciones en prueba anticipada. Conforme señala el artículo 296 del CPC, “se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado”.

Las partes a diferencia de los testigos no se encuentran sujetas a un deber de comparecer, de contestar, o de decir verdad, pero si a una carga procesal, en tal sentido, su inasistencia a la audiencia señalada expresamente a estos fines, el silencio, sus respuestas o el perjurio podrán dar lugar a valorarse como conducta procesal asumida en el proceso, a través de los sucedáneos. Véase en ese extremo lo señalado en el artículo 282 del CPC “el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”.

El absolvente responderá por si mismo y de palabra sin valerse de consejos ni de borradores. A pesar de esa negativa el juez podrá permitirle la consulta de anotaciones o apuntes cuando deba referirse a nombres, cifras u operaciones contables, cuando así lo aconsejan las circunstancias especiales, de su declaración.

Por último, debe tenerse en cuenta que la declaración de parte puede ser sometida a confrontación con su contraria, peritos o testigos, tal como refiere el artículo 209 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*A diferencia del Código de Procedimientos Civiles derogados, el Código Procesal Civil no da por confeso a quien, estando obligado a concurrir al interrogatorio ordenado, no lo hace. En aplicación del artículo 218 del C.P.C. tal situación debe apreciarse al momento de sentenciar (Exp. N° 1983-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 226-227).*

## DECLARACIÓN FUERA DEL LUGAR DEL PROCESO

### ARTÍCULO 219

*Cuando se trate de parte que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del Juzgado, el interrogatorio debe efectuarse por medio de exhorto.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14, 151 párr. 2, 162, 217

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 142

---

### Comentario

---

Uno de los criterios que se invoca para fijar la competencia del juez es el territorio. Esto implica diferenciar jurisdicción y competencia en la intervención de cada magistrado. Todos tienen jurisdicción pero todos se diferencian por la competencia.

En ese orden de ideas puede darse el supuesto que la parte domicilie fuera de la competencia territorial del juzgado. Aquí nos encontramos ante un juez con jurisdicción pero sin competencia, situación que no puede impedir la realización del proceso porque se tiene que recurrir a pedir la asistencia del juez competente —que no es el juez del proceso— para que intervenga en la actuación de los medios de prueba que se ubiquen dentro de su circunscripción territorial.

En ese sentido, resulta acertado lo que señala la norma en comentario cuando recurre al diligenciamiento del medio probatorio mediante exhorto. Ello es coherente, con lo que dice el artículo 151 del CPC “cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto”.

Nótese que el exhorto opera para toda actuación fuera del lugar del proceso, sea que la parte domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado. En el primer caso, el exhorto puede ser dirigido a los Cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios.

Las partes o sus abogados pueden intervenir en las actuaciones materia de exhorto, señalando para el efecto el domicilio correspondiente. El pliego interrogatorio se presentará en sobre cerrado, correspondiendo su apertura en presencia de la contraria. Esta parte podrá incluir preguntas y hacer lo mismo el juez, sin

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

embargo, se cuestiona que este tenga la prerrogativa de eliminar la que considere superfluas, por no conocer el proceso originario.

La declaración de parte por comisión rompe el principio de inmediación porque el juez originario no tendrá contacto con el medio de prueba, pues, hay razones de competencia que imposibilitan la intervención del juez natural. Esta situación no es extensiva para la parte que tiene que declarar pero que por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el juez considere atendible este impedido de comparecer al local del juzgado. Mientras el domicilio de la declarante se ubique dentro de la competencia territorial del juzgado, el juez de la causa, puede concurrir al domicilio de la declarante, para que en presencia de las partes y de sus abogados, si desean concurrir, emita su declaración. Nótese que en un caso se refiere a la actuación fuera del lugar del proceso y en el otro, a la actuación fuera del local del juzgado. En este último caso no opera la comisión por exhorto.

## EXENCIÓN DE RESPUESTAS

### ARTÍCULO 220

*Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.*

*Tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 inc. 18.
C.P.	art. 165.
LEY 26702	arts. 140, 143.

---

### Comentario

---

1. La norma recoge los supuestos en los que se relativiza el deber de declarar, para lo cual, es importante señalar si la declaración proviene de la parte o de terceros.

En el primer caso, podría asumirse el supuesto de la comparecencia de la parte a la audiencia de pruebas, pero al momento de prestar su declaración guarda silencio frente a las preguntas del interrogatorio; en tales circunstancias, hay que apreciar ese silencio bajo dos perspectivas: a) si este es justificado bajo las excusas que recoge este artículo y b) el silencio es asumido sin ninguna motivación ni justificación. Frente a ello diremos que resulta procedente amparar la omisión a declarar por las causales que detalla el artículo 220 del CPC, situación que difiere del segundo caso, en el que se tendrá en cuenta la conducta asumida por la parte en el proceso al momento de sentenciar, en aplicación del artículo 282 del CPC.

La declaración de parte está sujeta a la carga de la prueba, conforme lo señala el artículo 194 del CPC; en cambio, en la declaración de terceros, no existe carga sino el deber de declarar. Este deber se relativiza si el declarante se encuentra bajo los supuestos que contiene el artículo 220 del CPC, caso contrario, debería aplicarse las sanciones pecuniarias por dicha omisión al deber de declarar, como parte de la expresión coercitiva del juez, a que refiere el artículo 53 del CPC.

Nótese que el artículo 230 del CPC señala que son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte, sin embargo, consideramos que los efectos frente a la omisión a

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

declarar no puede ser igual para la parte como para el testigo porque en uno opera la carga probatoria y en otro, el deber a declarar.

2. La exención a declarar no se sustenta en los hechos que pueden conservarse en secreto, sino en la eximente del deber de declarar por razones justificadas, como la posibilidad de incurrir en culpabilidad penal que involucre “al declarante, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”; la revelación de un hecho conocido a través del secreto profesional, la necesidad de amparar derechos de la parte o de terceros, la custodia de los intereses supremos de la Nación entre otros.

La reserva del secreto constituye una cuestión de conciencia, no librada a la apreciación del declarante, pues, es facultad del juez atendiendo a las circunstancias del caso, dispensar o no del deber de declarar; sin embargo, hay otros criterios que consideran que basta la invocación del reparo para que el magistrado admita la exención a declarar por reserva del secreto. Existe opiniones en contrario, que interpreta que la existencia de secreto profesional no queda librada exclusivamente a la opinión de quien declara sino que incumbe al juez establecer si concurre o no en el caso, posición que consideramos deba asumirse en esta exención.

## DECLARACIÓN ASIMILADA

### ARTÍCULO 221

*Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 192 inc. 1.

---

### Comentario

---

El presente artículo recoge uno de los supuestos de la “prueba trasladada”. Recibe este calificativo aquella prueba que se admite y practica en otro proceso y que es presentada en copia auténtica al nuevo proceso. Si bien el artículo 198 del CPC permite que las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tengan eficacia en otro, la cuestión del presente artículo es saber qué valor tiene las declaraciones obtenidas en un proceso declarado nulo.

Al respecto señalamos que la subsistencia del valor de la prueba, a pesar de la nulidad del proceso, depende únicamente de la naturaleza del vicio que la produjo. Como señala Lessona, si a pesar de la nulidad, resulta de la prueba estuvo decretada y practicada con sus formalidades propias, es decir, que el vicio se refiere a otros actos del proceso, y se cumplió además el requisito de contradicción, debe reconocerse valor a la prueba.

Cuando la nulidad ha sido por incompetencia del juez debe reconocérsele validez para el mismo proceso o para otro posterior, entre las mismas partes; en cambio si la nulidad se decretó por falta de citación, de la parte contra quien se opone la prueba o la violencia sobre el declarante, las pruebas quedan inevitablemente afectadas por la nulidad y son inválidas para cualquier proceso.

En el primer supuesto bastará pedir al juez del mismo proceso que tenga en cuenta las pruebas que obran en el expediente; o solicitar al juez del nuevo proceso pida copia legalizada de las pruebas del anterior, junto con las otras piezas donde aparezcan la demanda, su admisión, la notificación y las providencias que decretaron la nulidad; también se puede presentar las copias de una vez con la nueva demanda o su contestación.

En caso que las pruebas sean inválidas es indispensable repetir éstas en el nuevo proceso.

## Capítulo IV

# DECLARACIÓN DE TESTIGOS

### APTITUD

#### ARTÍCULO 222

*Toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. 42.
<b>C.P.C.</b>	arts. 192, 194 párr. 2, 195, 207 a 209, 223 a 232, 273, 274, 300, 303, 582.
<b>C. de P.P.</b>	arts. 138 y ss., 214, 228, 232, 236 a 239, 242, 248 a 257, 270.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 404.
<b>LEY 26636</b>	art. 33.
<b>LEY 26702</b>	art. 349 inc. 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 144.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 213.
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	arts. 426, 456.

---

### Comentario

---

1. Podemos definir a la prueba testimonial como la declaración proveniente de terceros, pero ajenos a la relación procesal, esto es, de sujetos que no asumen ni revisten la calidad de parte principal o accesoria en el proceso, sin perjuicio, que en virtud de normas del derecho sustancial hubiesen estado legitimados para adquirir tal carácter, o lo que es lo mismo, que pudieran estar involucrados en la relación material que constituye el objeto del mismo.

El testimonio es la narración que una persona hace de los hechos a ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y hacerlo presente a la mente de quien escucha. La persona, con sus sentidos, su memoria y su lenguaje, cuenta acerca de la existencia del hecho, de la forma en que el mismo sucedió, y de los peculiares matices que lo rodearon. Debemos señalar que una particularidad de los testigos, son los llama-

dos testigos de referencia, de segundo grado, de oídas o testigos indirectos. Son personas físicas, distintas de los sujetos legitimados en un proceso, que transmiten un conocimiento relativo a un hecho al cual han accedido mediante la percepción sensorial de un tercero, verdadero testigo de lo acaecido. Los testigos de referencia no están previstos en el Código Procesal. Sus declaraciones no pueden llevar a la incriminación, porque en el fondo no constituyen una prueba.

El testimonio es apreciado como una prueba indirecta, porque no media identificación entre el hecho a probar, que es el objeto de la prueba, y el hecho percibido por el juez.

Es considerado prueba histórica porque a través de ella se reconstruyen hechos pasados o pretéritos, que pueden o no subsistir al momento de la declaración, pero que en todo caso comenzaron a existir con anterioridad a ella.

Es una declaración personal porque proviene de la manifestación de una persona física por lo que es un acto procesal y no un simple hecho jurídico.

La declaración prestada antes o fuera del proceso no puede reputarse prueba testimonial, aunque pueda ser considerada como indiciaria; así cuando los testigos declararon ante un Notario Público o ante la Policía con relación a hechos anteriores que dicen haber percibido, se produciría una suerte de conversión de la prueba testimonial en indiciaria.

2. Toda persona propuesta como testigo no solo tiene el deber de acudir personalmente al juez, sino también el deber de declarar. Esto último es materia de regulación en el presente artículo. Nótese que el deber de comparecer esta regulado en el artículo 232 del CPC, el deber de declarar en el artículo 222 y el deber de decir la verdad en el artículo 202 del CPC.

El presupuesto para que toda persona pueda declarar como testigo es que tenga capacidad para hacerlo. El inciso 1 del artículo 229 CPC señala que el absolutamente incapaz está prohibido de declarar, sin embargo, conforme refiere la última parte del artículo 222, los menores de 18 años pueden declarar solo en los casos permitidos por Ley. En ese sentido, se permite de manera excepcional, que el juez pueda ordenar de oficio, la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas. (ver artículo 194 del CPC). Su declaración será tomada como referencia, pues, técnicamente no tiene la condición de testigo.

Este deber de prestar declaración, cualquiera sea la forma, permite algunas excepciones como la excusa y la prohibición. En el primer caso, podemos considerar como excusa cuando la respuesta podría someter al declarante en un proceso penal, comprometer su honor, revelar un secreto profesional, militar, artístico o industrial. Estos supuestos de exención están recogidos en el artículo 220 del CPC, referido a la declaración de parte, pero, que puede ser aplicada de manera

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

supletoria a la testimonial (ver artículo 230 del CPC). Lo cierto es que, ninguna hipótesis exige el deber de comparecer, solo cuando se formula las preguntas al declarante puede abstenerse de contestar argumentando situaciones de exención; sin embargo, cuando se trata de un secreto, el testigo accede a revelarlo, no incurre en infracción penal si las partes interesadas le han relevado del deber de guardarlo. Otro de los cuestionamientos que surgen es, dilucidar si la reserva del secreto constituye una cuestión de conciencia librada a la apreciación del testigo o es facultad de los jueces, atendiendo a las circunstancias, dispensar o no del deber de declarar. En ese sentido, no podría ampararse en el secreto profesional, el abogado que es preguntado sobre hechos ocurridos en una reunión en que estuvieron presentes ambas partes, hoy en litigio.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las testimoniales resultan insuficientes para acreditar la posesión constante de concubinos, pues, se requiere del principio de prueba escrita, conforme lo exige el artículo 326 del CC.*

*Las partidas de nacimiento y de defunción, solo prueban la relación de filiación, mas no acreditan la sociedad de hecho (Exp. N° 4253-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 24).*

*Es necesario evaluar las declaraciones vertidas por los menores, para determinar la tenencia (Exp. N° 625-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 161).*

*Los menores tienen derecho a gozar de todos los atributos de la persona humana, relacionados con el desarrollo de su personalidad, debiendo tenerse en cuenta su opinión en todo lo que le afecte, para determinar la tenencia; por lo que deberá respetarse sus decisiones (Exp. N° 141-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 162).*

## REQUISITOS

### ARTÍCULO 223

*El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. El desconocimiento de la ocupación será expresado por el proponente, quedando a criterio del Juez eximir este requisito.*

*Asimismo se debe especificar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el proponente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192 inc. 2, 230.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 149.

C.P.C. Colombia art. 219.

C.P.C.N. Argentina art. 429.

---

## Comentario

La prueba testimonial es ofrecida por las partes en los escritos de demanda, reconvencción y sus contestaciones, y en caso de alegar hechos nuevos. También puede ser ofrecida por terceros como el caso de la intervención excluyente principal que regula el artículo 99 del CPC.

El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de las personas que se señalan como testigos. De todas estas exigencias, el Código exime señalar la ocupación en caso la parte no le fuera posible suministrar ese dato. Lo importante es que indique los necesarios que permitan individualizar al testigo sin dilaciones, de tal manera, que sea posible su citación.

Estos datos mínimos de individualización del testigo se han establecido no solo para permitir la identificación regular del mismo, sino para autorizar el control de estos por la parte contraria a quien los ofreció.

Posiblemente se pueda incurrir en pequeñas diferencias de nombres u omisiones de apellido de soltera o de la profesión, en tanto ello, no sea susceptible de afectar sobre la verdadera identidad del testigo no impedirá que esta se produzca, máxime si aquellas observaciones no se deducen antes de consentirse la declaración.

La ocupación del testigo es importante porque nos permitiría saber si estamos frente a un testigo técnico. Este es un tercero que en rigor asume o reúne la

calidad de testigo y de perito aunque incidentalmente se refiere a él como persona especializada.

Según Kielmanovich, se trata del tercero que llamado a declarar, relata hechos que ha percibido y de los cuales extrae conclusiones técnicas en virtud de sus conocimientos especializados, cuestión que no debe confundirse con las deducciones meramente subjetivas que, como tales, solo tendrían valor como opiniones personales del testigo.

Lo que separa al testigo técnico del perito señala Kielmanovich, es la forma en que uno y otro entran en contacto con el hecho y la deducción técnica que del mismo se extrae, el primero libremente y sin connotaciones procesales; el segundo a raíz de un requerimiento judicial.

Por otra parte, el testigo depone sobre hechos concretos que él antes percibió mientras que el perito debe extraer sus conclusiones a partir de una hipótesis que se estructura en base a hechos que se asumen como sucedidos.

Sobre el testigo técnico, Alsina, enseña que si este por razón de su profesión tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones técnicas deben ser tenidas en cuenta para la apreciación de los hechos.

El testigo técnico es quien aporta deducciones de esa naturaleza que extrae en base a sus conocimientos especializados de los hechos por él percibidos o conocidos en forma directa y personal.

Otro requisito a tener en cuenta para la declaración de testigos es precisar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el testigo propuesto.

Nótese que la norma en ningún extremo regula el grado del testimonio. Esa circunstancia podría permitir la intervención de los testigos de segundo grado, de referencia o de oídas. Se trata de testigos que conocen hechos pero no de forma directa sino con motivo de haberlo oído relatar a otras personas. A pesar que esas intervenciones, no están prohibidas, se desechan como valor probatorio. Al respecto señala Kielmanovich, "el tercero que escuchó el insulto proferido podría ser testigo mientras que el testigo a quien se le contó dicho hecho no podría serlo, a pesar que el insulto es también conocido por ese sujeto en virtud de su sentido de la audición, aunque sin que medie a su respecto la relación inmediata que se verifica en el 1º caso. En el testimonio de oídas el objeto es el hecho percibido en la narración que se oyó a otra persona y no el hecho narrado por este".

El testimonio de oídas se confunde con la fama pública, que viene a ser la noticia, opinión o voz difundida en un grupo social de cierta amplitud. Esta a la vez se diferencia del rumor, que es vago y de origen incierto.

Un aspecto que debe contemplarse en el ofrecimiento del testigo es el compromiso de la persona que lo ofrece a asumir los gastos que importa su presencia

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

en la audiencia, situación que debe ser cubierta con antelación ante el juzgado; sin embargo, puede darse el caso que la declaración se tome mediante comisión, cuando este se encuentre fuera de la competencia territorial del juzgado.

Ello afectaría el principio de la inmediación pues el juez del proceso, no tendría contacto directo con el testigo, lo que no impediría que este insista en su presencia ante el juzgado, asumiendo los gastos de traslado la parte que lo haya ofrecido.

La declaración por comisión, se invoca en atención al artículo 230 del CPC, que señala “son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte”. En tal sentido, véase lo que dice el artículo 219 del CPC “cuando se trate de parte que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado, el interrogatorio debe efectuarse por medio de exhorto”.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Las pruebas que se ofrezcan en el acto postulatorio del proceso deben estar referidas a los puntos controvertidos que se originen de la evaluación de la demanda y de su contestación, de manera que solo se actúen aquellos vinculados a esos puntos y que, naturalmente, no se deriven de hechos aceptados por ambos...” (Exp. N° 932-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 88-89).*

*Para admitirse la declaración testimonial, el que propone ésta debe especificar el hecho controvertido sobre el cual declarará el testigo.*

*Si ha existido omisión en la presentación del pliego interrogatorio del testigo ofrecido, el juez no puede sustituir a la parte a fin de acreditar los hechos expuestos por ésta (Exp. N° 3502-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 223-224).*

## ACTUACIÓN

### ARTÍCULO 224

*La declaración de los testigos se realizará individual y separadamente. Previa identificación y lectura de los artículos 371 y 409 del Código Penal, el Juez preguntará al testigo:*

- 1. Su nombre, edad, ocupación y domicilio;*
- 2. Si es pariente, cónyuge o concubino de alguna de las partes, o tiene amistad o enemistad con ellas, o interés en el resultado del proceso; y,*
- 3. Si tiene vínculo laboral o es acreedor o deudor de alguna de las partes.*

*Si el testigo es propuesto por ambas partes, se le interrogará empezando por las preguntas del demandante.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.** arts. 156, 371, 409.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** arts. 245, 251, 252.

**C.P.C.M. Iberoamérica** art. 151.

**C.P.C. Colombia** arts. 220, 224, 226, 227, 228.

**C.P.C.N. Argentina** art. 440.

**C.F.P.C. México** arts. 172-187.

---

## Comentario

---

1. La declaración de los testigos se realiza de manera individual y por separado, para evitar que sean oídos por los restantes. El propósito que se busca es evitar que la contraparte instruya a sus testigos luego de haber tomado conocimiento de la declaración de los propuestos por la parte, obstaculizando con ello, la comprobación de los hechos controvertidos.

La norma señala que el juez debe preguntar sobre su nombre, edad, ocupación y domicilio; si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes y en que grado; y si es dependiente laboral, acreedor o deudor de alguno de los litigantes.

Con esto se trata de determinar si la persona que comparece a prestar su declaración testimonial es la misma que fue ofrecida en su oportunidad como testigo por la parte.

La determinación de la ocupación del testigo habilitará a las partes a incluir en el interrogatorio referencias de carácter técnico y al juez a valorar con amplitud su declaración de tal contexto.

En cuanto al grado de parentesco, si se advierte que el vínculo no parecería comprendido dentro de los que contempla la regla de exclusión, (ver artículo 229 del CPC) como sería el caso del noviazgo o del amante, el testigo declararía con la prevención que su testimonio podría estar dirigido a favorecer al novio o en el mejor de los casos a suministrar una visión deformada de los hechos. También la norma considera a la amistad o enemistad, como causal de indagación para la actuación del testigo. La amistad constituye el más puro y desinteresado de los afectos, indudablemente quita libertad frente a la necesidad de decir la verdad, e incluso sin llegar a mentir, el testigo puede verse llevado por ese afecto a ver a su amigo de un modo mejor, agregando hechos no sucedidos y evitando otros sucedidos. Inversa a la anterior es la enemistad, que se manifiesta por el sentimiento adverso que puede desviar el sentido del testigo hacia el perjuicio de alguien. Por otro lado, la amistad íntima hace poco creíble al testigo cuando sus dichos no se encuentran corroborados, no por ello debe excluirse su testimonio, y menos cuando el testigo es necesario.

Por último, si el testigo es dependiente, puede llevar a sospechar algún grado de interés en favorecer o perjudicar a una u otra parte. La relación del dependiente, está considerada como un elemento que obliga a que la sentencia juzgue con debido rigor sus dichos, sobre todo si este puede tener responsabilidad en el hecho de litis u obtener alguna ventaja de su resultado. No debe olvidarse que el testimonio del dependiente puede mejorar su situación laboral o exponerlo a perder su trabajo.

2. Estas preguntas que recogen los tres incisos de la norma no representan un *numerus clausus* porque pueden integrarse con otras tendientes a demostrar la idoneidad del testigo, tanto en los aspectos relacionados con las partes, cuando en aspectos objetivos relacionados con la capacidad de sus sentidos para poder percibir el hecho.

Se trata de las llamadas generales de ley, tendientes a identificar al testigo y a determinar las relaciones que pudieren entrelazarlo con alguna de las partes y con el resultado del proceso, para así excluirlo en atención a las prohibiciones que regula el artículo 229 del CPC o para apreciar con suma prudencia su declaración.

Kielmanovich atribuye como efecto de la ausencia de las generales de ley, la anulabilidad de dicha declaración; sin embargo, se considera que ella es nula, si se hubiere prestado la declaración violando alguna regla de exclusión del orden público, como el haber omitido el interrogatorio a un pariente consanguíneo en línea directa de las partes. Aquí se propone un supuesto de nulidad absoluta, salvo en asuntos de derecho de familia.

También es nula la declaración señala Kielmanovich<sup>(1)</sup>, si como resultado de falta de interrogatorio se hubiese violentado el derecho de defensa de la parte contraria a la que ofreció el testigo, al inducirla a error en cuanto a la persona del testigo y su relación con alguna de las partes, aunque en este caso se trataría de una nulidad relativa, subsanable. Por citar, si el testigo pudo ser identificado en lo sustancial permitiendo a su vez, realizar la actividad contralora, de la contraria, no cabe la nulidad.

3. Para la actuación de este medio de prueba se privilegia el principio de inmediación y oralidad. Como señala Gorphe "la gran ventaja del procedimiento oral es hacer inmediata la prueba, permitiendo que el caso sea debatido ante la vista de los jueces: estos pueden observar e interrogar a los testigos. Cuando la boca no habla hablan sus gestos. El acento de la expresión, la actitud, la manera de responder del testigo aclarar su declaración, de ello se pueden extraer indicios de sinceridad o de falsedad o por lo menos de la tendencia a expresar la verdad o por lo contrario a desnaturalizarla u ocultarla".

Otro aspecto que concurre a la actuación de la testimonial es la posibilidad del desistimiento del testigo. Un sector de la doctrina considera que la parte que ofreció al testigo puede desistirse del mismo siempre que los demás litigantes se adhieren al pedido y lo admita el juez. Ello en aplicación del principio de adquisición procesal por el que se afirma que el testigo no es de la parte, sino del proceso; sin embargo, concurre otra posición, que recoge nuestro Código, cual es, aceptar el desistimiento del testigo sin conformidad de la contraria ni la del juez, en tanto no hubiese comenzado la declaración, en aplicación del artículo 372 CPC.

4. Como ya hemos señalado al comentar el artículo 232 del CPC, es una carga para todo testigo comparecer cuando es citado para que declare, sin embargo, antes de declarar los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas. En atención a ello, resulta coherente la lectura de los artículos 371 y 409 del Código Penal, en aplicación del artículo 342 del CPC.

Se llama juramento a la afirmación o negación de algo, poniendo solemnemente a alguien por testigo y especialmente a Dios.

El Código atribuye al juramento matices ético-religiosos aunque autoriza la "promesa de decir verdad" como formula equivalente.

La negativa a prestar uno u otro importaría negativa a declarar con las consecuencias penales que ello apareja. Es vital el juramento para ser imputable al testigo las consecuencias penales.

---

(1) Op. cit., p. 290.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La efectividad del juramento se basa en la sanción penal en 1º orden y luego en la fuerza moral del acto y en las creencias religiosas del testigo

La omisión del juramento no anula la prueba, sin perjuicio que ello impone su estricta valoración por el juez, con arreglo a las reglas de la sana crítica. No por jurar o prometer decir la verdad el testigo miente, ni por jurar o prometer decir la verdad el testigo dice la verdad. Por debajo de las formas importa el valor en sí del acto procesal y su contenido. En la medida que las declaraciones de los testigos son idóneas al proceso con prescindencia del juramento, igualmente van a ser evaluadas en la sentencia con arreglo a las reglas de libre valoración.

El artículo 224 en comentario no exige la lectura de las disposiciones penales aplicables sino que requiere que los testigos sean informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas, por lo que tampoco cabría en este sentido, la nulidad de la declaración por tal causa.

Otro aspecto a señalar es que el juramento comprende el contenido o la sustancia de las respuestas a dar y también la exactitud o veracidad de los datos personales que el testigo informa al responder, al ser interrogado por sus generales de ley.

5. Por otro lado, el testigo no solo tiene el deber de comparecer como carga pública, sino el deber de declarar acerca de lo que sepa de los hechos que interesan a la litis; sin embargo, podrá rehusarse a contestar preguntas frente a dos supuestos que el Código contempla en el artículo 220 CPC y que la doctrina se refiere a ellos cuando la respuesta lo expusiera a un proceso penal o comprometera su honor; y si no pudiese responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico o industrial

Se busca, por sobre todas las cosas, privilegiar esos dos supuestos sobre el sacrificio de la justicia. Esto permite hablar de la verdad material.

La facultad de rehusarse a responder debe ser invocada por el testigo. Si del contexto de la pregunta no se desprendiera esa situación, el testigo dará explicaciones necesarias en forma reservada (fuera del acta y sin la presencia de las partes) en la que funde su negativa.

Para Kielmanovich<sup>(2)</sup> "lo que la ley tutela es el honor del testigo frente al dilema de tener que declarar y exponerse a un descrédito, valor que en absoluto se ve interesado o afectado cuando con la misma reserva que la mencionada *ut supra* se le reclama la explicación de la relación que se sostiene entre aquel valor y la pregunta propuesta. No debe perderse de vista que el testigo podría rehusarse a

---

(2) Op. cit., p. 240.

responder si es que a pesar de las explicaciones dadas al juez insiste en que se formulen las preguntas, con las consecuencias que correspondan”.

Por otro lado, para el citado autor procede la apreciación judicial a fin de establecer la relación que existía entre el hecho preguntado y el hecho amparado por el secreto profesional, siempre que ella no resulte del propio contenido de la pregunta, sin extender empero tal facultad al punto de autorizar al juez a disponer el levantamiento del mismo.

El secreto profesional incluye la obligación de no declarar y la sanción consiguiente en caso de hacerlo. En otras palabras, el testigo no puede ser obligado a declarar aun si el juez lo libera del deber de guardar el secreto, aunque aquél puede revelarlo con justa causa, cuando la ley autoriza.

6. Los testigos pueden declarar en su domicilio, cuando se encuentren imposibilitados de concurrir a la sede del juzgado, por razones de salud, ancianidad u otro motivo que el juez estime atendible, siempre y cuando se comunique con la debida antelación. En ese sentido véase lo regulado en el artículo 205 del CPC, la misma que es extensiva cuando tengan que declarar el Presidente de la República, los Presidentes de las Cámaras legislativas y el Presidente de la Corte Suprema. En estos casos, la audiencia o solo su actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

Ante la concurrencia de varios testigos, ofrecidos por una parte, la norma no regula el orden que deben declarar estos, sin embargo, si precisa, si el testigo es propuesto por ambas partes, se le interrogará empezando por las preguntas del demandante.

En la actuación de la testimonial puede darse la presunción de la intervención de un testigo que no se apegue a la realidad, esto es, lo que en la literatura se conoce como el testigo sospechoso. Nuestro Código no ha regulado este supuesto, sin embargo, se considera que cuando –en concepto del juez– se aprecie circunstancias que afecten la credibilidad o imparcialidad del testigo, puede este ordenar su detención a fin de poner en conocimiento del Ministerio Público esta circunstancia, por presumir la comisión del ilícito contenido en el artículos 371 y 409 del Código Penal.

Una limitación a la declaración de testigo, es la que por extensión del artículo 218 del CPC, prohíbe usar algún apunte o borrador de sus respuestas, sin embargo, en ese extremo podría permitirse leer notas donde contengan cifras u fechas, como ayuda a su declaración; en el mismo sentido, la norma citada también le permite consultar libros o documentos.

7. Las declaraciones son extendidas por el secretario a medida que se presenten, conservando, en cuando sea posible, el lenguaje de lo que hubieren declarado. Terminando el acto, el juez hará leer y preguntará a los testigos si tienen algo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que agregar o rectificar; lo que agregaren o rectificaren se expresará a continuación firmando el juez y el secretario.

Si el testigo no conociere el idioma nacional, el mismo será examinado mediante traductor público, y a través de intérprete cuando deba interrogarse a sordos, mudos o sordomudos, quienes solo puedan darse a entender por lenguaje especializado.



## JURISPRUDENCIA

---

*Una obligación dineraria no se prueba con solo el dicho de testigos, cuando más si son dependientes de la demandante y que en su mayoría aceptan no conocer al demandado (Exp. N° 263-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 540-542).*

## LÍMITES DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL

### ARTÍCULO 225

*El testigo será interrogado solo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 223 últ. párr.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art.244.

---

### Comentario

---

Como ya refiere el artículo 222 del CPC, testigo es la persona con capacidad relativa de ejercicio, quien puede ser llamado judicialmente a declarar acerca de conocimientos que tuviera sobre los hechos en controversia.

Póngase énfasis en este último extremo, porque la norma en comentario, por razones de seguridad ha establecido límites sobre la procedencia de la prueba testimonial, como son “los hechos controvertidos especificados por el proponente”.

El objeto de la declaración del testigo son los hechos conocidos por este, por sus sentidos o por los que este ha deducido de sus percepciones, y los que ha realizado, dejando de lado la mayor o menor eficacia que pueda asignar el juez a dicha declaración.

Por otro lado, el testigo declara sobre acontecimientos pasados, lo que no implica que dichos acontecimientos sean previos al proceso, sino a la declaración que se rinde, por ejemplo, cuando el testimonio es ofrecido para la comprobación de las mejoras o los deterioros que la cosa ha sufrido luego de la notificación de la demanda.

Otro aspecto a tener en cuenta en la declaración del testigo es que el objeto del testimonio no solo constituye los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos del testigo sino que puede comprender a los hechos realizados por el propio testigo. Por ejemplo en una agresión física donde el testigo interviene para separar a los contrincantes; o el testigo que se acerca a pagar la renta al arrendador. Esto nos lleva a decir que no es necesario que el testigo sea extraño al evento.

## **JURISDICCIÓN Y ACCIÓN**

---

Otra situación a contemplar es la posibilidad del testimonio de terceros o lo que se conoce como los testigos de segundo grado o de referencia. Se trata de testigos que conocen hechos pero no de forma directa sino con motivo de haberlo oído relatar a otras personas. En esos casos, dichas intervenciones, se desechan como valor probatorio.

## NÚMERO DE TESTIGOS

### ARTÍCULO 226

*Los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 505 inc. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 430.

---

### Comentario

Frente al número de testigos concurren dos posiciones. Una que considera ilimitado su número y otra que la restringe.

Nuestro Código establece hasta tres testigos, no por cada parte, sino en atención del número de hechos controvertidos. El ofrecimiento de los testigos en el número que se considere debe realizarse en la oportunidad y forma que corresponda. Como señala la norma, en ningún caso, el número de testigos de cada parte será más de seis.

Otro cuestionamiento que concurre al número de testigos es la existencia de testigo único y del valor probatorio que esta declaración pueda generar. En la doctrina no se acepta que los jueces tengan por probados hechos con el apoyo en la declaración de un testigo “voz de uno, voz de nadie”. Se dice por ello que. “Un hombre honesto no pudiese hacer condenar a un pillo, mientras que dos pillos podrían hacer condenar a un hombre honesto.

Este cuestionamiento se encuentra superado en nuestro sistema procesal porque gracias a la libre valoración de la prueba, dicha restricción carece de justificación porque no se tarifa el valor de la prueba testimonial por la cantidad de testigos, sino que deja a la libre apreciación del juez. El valor esta dado por la calidad, porque “vale mas un buen testigo que varios mediocres”.

Un aspecto que no considera el Código es el referente al reemplazo de testigos, por situaciones excepcionales, como muerte, incapacidad o ausencia. Si bien los testigos son personas privilegiadas en el conocimiento de los hechos que han conocido, por ello, son insustituibles, podría darse el caso que existan varias personas que puedan estar en esa condición pero que la limitación al número de testigos, haga que la parte solo ofrezca alguno de ellos y luego este se vea

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

imposibilitado de declarar, por causas no previstas como la muerte o la incapacidad absoluta. Aquí podría darse la posibilidad –de manera excepcional– de reemplazar al testigo ofrecido inicialmente.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Haciendo una interpretación hermenéutica, este requisito (del ofrecimiento de tres testigos en el proceso de formación de título supletorio) se ha cumplido, pues el actor en el acto postulatorio ofrece como medio probatorio la declaración de tres testigos, que el no haberse actuado en su integridad dicho medio probatorio no puede acarrear la nulidad de actuados, pues el acto procesal ha alcanzado la finalidad a la que estaba destinado, por lo que no puede alegarse este de efecto (sic –entiéndase defecto–) para anular los autos, mas aun si no se ha acreditado agravio conforme señala el artículo ciento setenticuatro del Código Procesal Civil...” (Cas. N° 488-98/Ica, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 487-489).*

## REPREGUNTAS Y CONTRAPREGUNTAS

### ARTÍCULO 227

*La parte que pida la declaración del testigo puede hacerle repreguntas, por sí o por su Abogado. La otra parte puede hacer al testigo contrapreguntas, por sí o por su Abogado.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 228.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 253

C.P.C.N. Argentina arts. 442, 443, 445, 446

---

### Comentario

---

La comunicación fundamental con el testigo es la pregunta. Ella tiende a aclarar una duda o a determinar el conocimiento sobre algo. Las preguntas deben ser claras y concretas, vinculadas con los hechos controvertidos. No deben contener más de un hecho, esto es, más que una sola interrogación y no deben dar lugar a una contestación afirmativa o negativa por parte del que declara sino una descripción, un relato, porque de operar contrario *sensu* podría disminuir la eficacia probatoria de la misma.

No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas, como el caso, del testigo técnico, que relata hechos que ha percibido y de los cuales extrae conclusiones, en virtud de sus conocimientos especializados. Alsina enseña que si el testigo por razón de su profesión tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones técnicas deben ser tenidas en cuenta para la apreciación de los hechos.

Las repreguntas, tiene sus raíces en el interrogatorio cruzado del derecho anglosajón. La norma en comentario, no precisa en que momento opera la repregunta, si es al finalizar la respuesta o al finalizar el interrogatorio, sin embargo, señalamos que en aplicación supletoria de la declaración de parte, que recoge el artículo 213 del CPC está opera al finalizar el interrogatorio.

Estas nuevas preguntas serán para aclarar o ampliar el contenido de las respuestas dadas por el mismo, sea para obtener su declaración respecto de cualquier otro hecho que hubiese sido alegado y pudiese advertirse como conducente así como de los que atañan a la determinación de su idoneidad.

La contra pregunta tiene un fin eminentemente crítico. Con él se persigue no solo la adquisición de nuevas noticias, sino además, y de modo primordial, investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio anteriormente rendido. El conainterrogatorio tiene por principal objetivo anular o modificar la evidencia suministrada por el testigo. Como señala Muñoz Sabaté, también tiene como objetivos secundarios medir el grado de exactitud del testimonio y dar al testigo una oportunidad de ampliar su deposición en pro de la otra parte.

Otro de los aspectos que no está regulado para la declaración de testigos se refiere a la forma del interrogatorio, sin embargo, resulta aplicable lo normado en el artículo 217 del CPC sobre este particular. En tal sentido, cada una de las partes podrá formular oposición a las preguntas formuladas por su contraria, si se refieren a hechos no controvertidos, sugieran o insinúen respuestas, se refieran a más de un hecho, no sean claras y concretas, o contengan referencias de carácter técnico en relación a un testigo que carezca de esos conocimientos, etc.

A pesar que el artículo 217 citado no regula expresamente el mecanismo de la oposición al interrogatorio, sin embargo, podemos apreciarla cuando la norma dice: “las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas de oficio o a pedido de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnabile”. En ese sentido se podrá prescindir de continuar interrogando al testigo cuando las preguntas que se propongan o las respuestas dadas demuestren que son ineficaces para proseguir con la declaración. También el juez puede incluir preguntas no contenidas en el pliego, pero, que se encuentren dentro del marco de los hechos controvertidos.

Hay algunos autores que recomiendan iniciar el interrogatorio dejando al testigo que libremente narre lo que sepa acerca de determinado hecho (técnica del relato) o bien provocando las respuestas sobre la base de continuas preguntas (técnica responsiva o del interrogatorio), señala Falcón<sup>(1)</sup>. Acerca de las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas se aprecia que en el relato abunda mayor exactitud pero menor concreción, al revés del interrogatorio, donde a una dosis superior de concreción corresponde un nivel más bajo de certeza. Falcón considera que lo mejor es dejar que el deponente narre espontáneamente los hechos por los que es requerido y solo después formularle las preguntas concretas que sirvan de complemento; particularmente en el conainterrogatorio solo es posible alcanzar resultados sobre la base de la técnica responsiva.

La facultad que asiste a la contraria a la que ofreció el testigo a formular nuevas preguntas acerca de las aclaraciones introducidas por el testigo antes que se firme el acta, también debe hacerse extensiva a la parte que la propuso, en resguardo del derecho de defensa que debe acompañar en todo el proceso.

---

(1) Op. cit. p. 272.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los testigos después que prestarán sus declaraciones permanecerán en el juzgado hasta que concluya la audiencia a no ser que el juez dispusiere lo contrario, medida que apunta a permitir su careo o re-examen para aclarar sus declaraciones, sin perjuicio de poder disponer ello en cualquier momento conforme lo señala el inciso 2 artículo 208 del CPC que dice: “los testigos, con arreglo al pliego interrogatorio presentado, podrá el juez, hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración”.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... El Juez no puede aceptar unas respuestas y desechar otras, sino que debe apreciarlas en su conjunto, por lo que en este caso es evidente que se ha afectado el derecho al debido proceso al ignorar el Juzgado de Instancia las respuestas de los testigos a las repreguntas” (Cas. N° 1916-99-Chincha, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 226-228).*

## IMPROCEDENCIA DE LAS PREGUNTAS

### ARTÍCULO 228

*Las preguntas del interrogatorio que sean lesivas al honor y buena reputación del testigo, serán declaradas improcedentes por el Juez. La misma disposición es aplicable a las repreguntas y contrapreguntas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 190, 225, 227.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 454.

---

### Comentario

---

Como señala el artículo 222 del CPC, toda persona capaz tiene el deber de declarar. Esto significa que el testigo no solo se encuentra sometido al deber de comparecer sino al de declarar acerca de lo que sepa de los hechos que interesan al proceso; sin embargo, el testigo podrá rehusarse a contestar cuando: 1) su respuesta lo expusiera a un proceso penal o comprometiera su honor; y 2) cuando deba guardar un secreto profesional, militar, científico o industrial, etc. Exención regulada de manera supletoria para las testimoniales en atención al artículo 220 del CPC. Esto significa que el testigo no se encuentra eximido de su deber de comparecer sino de declarar y por otro lado, la guarda del secreto profesional no es una facultad del testigo sino un deber del mismo.

Aquí se advierte que el legislador privilegia por sobre todas las cosas, los valores a que refieren los dos supuestos citados, por encima del sacrificio de la justicia. Esto permite hablar de la verdad material. Uno de los cuestionamientos que se presenta a esta excepción recae en determinar si opera libremente a solo criterio del testigo o depende del arbitrio de la autoridad judicial.

La facultad de rehusarse a responder debe ser invocada por el testigo. Si del contexto de la pregunta no se desprendiera esa situación, el testigo dará explicaciones necesarias en forma reservada (fuera del acta y sin la presencia de las partes) en la que sustente su negativa. Como señala Kielmanovich<sup>(1)</sup>, "lo que la

(1) Op. cit., p. 240.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ley tutela es el honor del testigo frente al dilema de tener que declarar y exponerse a un descrédito, valor que en absoluto se ve interesado o afectado cuando con la misma reserva que la mencionada *ut supra* se le reclama la explicación de la relación que se sostiene entre aquel valor y la pregunta propuesta”.

No debe perderse de vista, señala Kielmanovich, que el testigo podría rehusarse a responder si es que a pesar de las explicaciones dadas al juez insiste en que se formulen las preguntas, con las consecuencias que correspondan. La norma autoriza al juez a saber cuál es el hecho que podría incriminar al testigo o comprometer su honor, sin que pueda empero forzarlo aquél a declarar, aun cuando las razones dadas no justifiquen la excepción y así se lo decida en definitiva.

## PROHIBICIONES

### ARTÍCULO 229

*Se prohíbe que declare como testigo:*

- 1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222;*
- 2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad;*
- 3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria;*
- 4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y*
- 5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. 43.
<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 54, 194 párr. 2, 207, 222, 300, 303.
<b>C. de P.P.</b>	art. 141.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 145, 146, 147.
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 214, 215, 216, 217.

---

## Comentario

---

La norma, prohíbe la declaración de testigos, por razones de moral, consanguinidad, capacidad o de otro orden. Excluye las testimoniales del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia controvertida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción.

La admisibilidad se relaciona con la posibilidad jurídica de la prueba y de las personas ofrecidas a declarar en tal calidad. Por citar, no sería admisible la declaración del hijo en un proceso en el que una o ambas partes fueran ascendientes. En tal caso algunos autores sostienen que si bien la prueba sería inadmisibile, podría ser no obstante eficaz si a pesar de tal prohibición la misma se produjo; sin embargo, esa limitación puede ser aceptada cuando se trate de asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria.

El inciso 3 precisamente regula la prohibición de presentar testigos consanguíneos o afines. Está fundada en razones de orden público tendientes a mantener la cohesión y solidaridad de la familia, ya que no es admisible que los padres o hijos, bajo el juramento o la amenaza de la sanción penal por falso testimonio, se vean constreñidos a revelar secretos de familia. Por otro lado, nótese de la redacción

del inciso 3 que la prohibición se extiende al cónyuge. Esa limitación debe contemplarse aunque estuviere separado legalmente, pues, el vínculo conyugal todavía no se ha disuelto. En el caso del concubino, el impedimento se torna difícil de acreditar cuando no existe una declaración judicial en ese sentido. La situación se torna más difícil frente al caso del “testigo sospechoso”, que recoge la legislación colombiana, cuando están involucrados sentimientos o afectos pero que no se ubican dentro del concepto legal de cónyuge o concubino, como sería el caso de los amantes y los concubinos que no sobrepasen los dos años de convivencia. Especial situación aparece cuando la demandante es una empresa cuyo gerente general tiene un vínculo de consanguinidad, dentro de los supuestos de prohibición que señala el inciso 3 del artículo 229 del CPC. En este caso, no resultaría aplicable porque la prohibición debe entenderse, cuando las partes son personas naturales y no cuando se refieran a personas jurídicas, en cuyo caso, sería de aplicación lo referido en el inciso 4, en cuanto al interés directo o indirecto, en el resultado del proceso.

La idea del interés en el resultado del proceso, a que refiere el inciso 4º, funda la idoneidad del testigo en función de su imparcialidad y el carácter de tercero en sentido propio. El interés directo está en función de la responsabilidad compartida en el objeto de discusión, por ejemplo, los socios de un endosante, responsable igualmente del importe adeudado. El interés indirecto proviene de las consecuencias que la sentencia adversa a una de las partes puede tener por vía de acción de regreso. Esta institución está ligada también a los terceros, cuando da lugar a la intervención de estos en el proceso.

Por otro lado, el inciso 5 señala que el juez en tanto se desempeñe como tal, no es ni puede ser parte o testigo en el proceso en el que está llamado a intervenir en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, aunque ello no lo priva de desempeñarse en este último carácter en juicios en los que no cumpla tal función.

Algunos autores entre los cuales destacan Fenochietto y Arazi, enseñan que si bien la prueba sería en tal caso inadmisibles, podría ser no obstante eficaz, si a pesar de tal prohibición la misma se produjo. Afirman que “a pesar que la ley protege la armonía familiar, el derecho del testigo a no sufrir la violencia de declarar en un proceso en que sea parte un pariente tan cercano, la declaración se hubiera tomado, ella podría ser apreciada por el juez ya que esos valores fueron vulnerados y nada se repara con prescindir del testimonio rendido e incorporado al proceso. Puede ser que con esa declaración se esclarezca debidamente el hecho y el juez no puede ignorarla”.

En tal sentido, cuando ha declarado el pariente consanguíneo vinculado en línea directa con algunas de las partes se indica que, como la finalidad perseguida mediante la prohibición ya se habría frustrado, la prueba podría ser considerada por el juez con la misma amplitud de criterio con que se examinaría y ponderaría cualquier otra declaración testimonial.

Esta tesis no comparte Kielmanovich<sup>(1)</sup> porque la declaración así rendida es nula e ineficaz por afectar una norma de orden público como las que regulan la admisibilidad de un medio de prueba, cuestión que se encuentra fuera de la esfera de la disponibilidad privada de las partes, tanto si la declaración se produjo o no.

El inciso 1 de la norma prohíbe la declaración del incapaz absoluto, salvo lo dispuesto en el artículo 222 del CPC. Sobre el particular, algunas legislaciones permiten superar la prohibición de la prueba al no reunir la edad mínima requerida, mediante una suerte de conversión de la testimonial en prueba indiciaria. Sobre el particular señala Kielmanovich<sup>(2)</sup> “pensamos que las prohibiciones establecidas por la ley no pueden dejarse de lado mediante la transformación de una prueba en otra, por mas desactualizadas que se encuentren las razones que condujeron a su establecimiento, cuestión que en todo caso no habilitaría a corregirlas mediante la realización de actos reñidos con el orden jurídico, haciendo derivar así de ella efectos probatorios a favor de quien ofreció la prueba ilegítimamente ordenada.

La prueba inadmisibile es a la par ineficaz, en toda su extensión. Las facultades y atribuciones de los magistrados no los habilitan a derogar las leyes, directa o indirectamente mediante el sencillo expediente de acordarle otro *nomen iuris* a aquella, diverso del que naturalmente le corresponde y por el que se la conoce y prohíbe en el ordenamiento.

---

(1) Op. cit. p. 222.

(2) KIELMANOVICH, ... Op. cit., p. 223.

## APLICACIÓN SUPLETORIA

### ARTÍCULO 230

*Son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 213 al 221.

---

### Comentario

---

1. Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1º disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas de la declaración de parte (artículos 213 al 221 del CPC) para suplir el vacío en la regulación de la declaración de testigos.

2. La norma regula la aplicación supletoria de las disposiciones relativas a la declaración de parte.

En ese sentido, aplicando lo normado en el artículo 218 del CPC –última parte– señalamos que el testigo debe contestar las preguntas sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta se le autorizará.

Por otro lado, se debe dejar constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura. El testigo debe siempre dar razón de su dicho, si no lo hiciere el juez la exigirá.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Como señala la primera parte del artículo 218 del CPC, las respuestas deben ser categóricas y concretas, sin perjuicio que el testigo se extienda sobre aspectos vinculados directamente con el hecho objeto de la interrogación.

En aplicación del artículo 220 del CPC, los testigos están prohibidos de declarar contra si mismos en cuanto ello pudiera exponerlo a culpabilidad penal o la respuesta pudiera comprometer su honor. También podemos hacer extensiva esa limitación al grado de parentesco que señala el citado 220 del CPC, su cónyuge o concubino, parientes dentro del 4º grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

En cuanto a la eficacia del testimonio, podemos hacer extensivo lo normado en el artículo 218 del CPC, para lo cual es indispensable que aparezcan en forma clara, exacta y completa tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho narrado, como las mismas circunstancias del conocimiento que de este tuvo el testigo.

Otro aspecto a apreciar se refiere a la excusa a declarar como testigo. Tomando como referencia lo regulado en el artículo 220 del CPC se puede justificar la exención cuando el testigo conoció hechos bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

Por último, en el caso de testigos que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado, a que refiere el artículo 219 del CPC y se alegare su imposibilidad de concurrir, aquel declarará por medio de exhorto. Aquí el interrogatorio quedará a disposición de la parte contraria, la cual podrá proponer la inclusión de preguntas en el mismo, facultad que también podrá ejercer el juez comisionado, quien podrá además eliminar las que considere superfluas. Con estas exigencias se pretende asegurar el contradictorio sobre la prueba y su derecho a preguntar con amplitud.

## GASTOS

### ARTÍCULO 231

*Los gastos que ocasione la comparecencia del testigo son de cargo de la parte que lo propone.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 410, 417, 419.

---

### Comentario

---

La norma regula la indemnización al testigo. Si bien el testigo se encuentra sujeto al deber jurídico de testimoniar, se autoriza al juez a fijar con carácter excepcional una remuneración o indemnización a su favor cuando del cumplimiento de dicha carga pública se deriven gastos excesivos o extraordinarios para aquel en función de su peculiar situación patrimonial. Por citar, gastos de traslado de un testigo que carece de trabajo actual o medios económicos para comparecer.

Bajo dicha perspectiva se considera que bajo el concepto de indemnizar se debe cubrir los gastos derivados de la pérdida del día de trabajo. En ese sentido, la norma señala que “los gastos que ocasione la comparecencia del testigo son de cargo de la parte que lo propone” por tanto, el juez acertadamente podría fijar una remuneración, cuando sea del todo imprescindible para la presencia del testigo. En caso que su presencia se refiera a una prueba de oficio, la norma no señala como se repartirían los gastos; a diferencia de la pericia de oficio, a que se refiere el artículo 271 del CPC, que dice: los gastos serán asumidos por igual por ambas partes. Frente a esas circunstancias consideramos de aplicación extensiva que los gastos también sean asumidos por ambas partes por igual, en la declaración de testigos.

## EFFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA

### ARTÍCULO 232

*El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, solo si lo considera necesario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53, 254.  
D.S. 017-93-JUS art. 282.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 250, 255.  
C.P.C.M. Iberoamérica art. 150.  
C.P.C. Colombia art. 225.

---

### Comentario

1. El deber de testimoniar se descompone en tres aspectos: de comparecer, de declarar y de decir la verdad. El presente artículo se refiere precisamente al primer aspecto, al deber de comparecer.

El incumplimiento de este deber, produce en el testigo sanciones de índole pecuniario y personal. Como señala la norma, en caso de incomparecencia del testigo se lo hará traer por la fuerza pública y se le impondrá multa. Reafirma este artículo la exigibilidad y coercibilidad del deber de comparecer ante un tribunal sin perjuicio de sanciones penales.

No corresponde este deber a las personas propuestas por las partes, sino que el juez puede ordenar la citación de oficio de las mencionadas por las partes en los escritos del proceso o cuando resultare de otras pruebas producidas, que tuvieren conocimiento de hechos que pudieren gravitar en la decisión de la causa.

El deber de comparecer no se exceptúa –según el artículo 205 del CPC– cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, quienes declararán en la audiencia o en la actuación procesal, que ocurrirá en sus oficinas. Dichas prerrogativas deben reconocerse cuando los funcionarios estén en el cargo y no cuando haya cesado.

2. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

## Capítulo V

---

# DOCUMENTOS

### DOCUMENTO

#### ARTÍCULO 233

*Es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 188, 191, 192 inc. 3, 461, 582, 591, 700.
<b>C.T.</b>	art. 125.
<b>C.D.I.P.</b>	art. 402.
<b>LEY 26636</b>	arts. 34, 35.
<b>D. LEG. 823</b>	art. 251.
<b>LEY 26887</b>	art. 246.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 387.
---------------------------	-----------

---

### Comentario

---

1. Documento es un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Los documentos contienen un mensaje. Ese mensaje, señala Falcón<sup>(1)</sup>, puede ser útil a los efectos jurídicos cuando contengan un dato que haga al proceso. El mensaje es diverso, pues puede responder a un acto voluntario (como una carta, un contrato, una confesión, etc.) como involuntario (restos, impresiones digitales, rastros de ADN, papeles sueltos, daños naturales de los que derive responsabilidad objetiva, etc.).

Para Chiovenda, documento es toda representación material destinada a reproducir una cierta manifestación del pensamiento; mientras que para Liebman documento es una cosa que representa o configura un hecho, para dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él. Encajan dentro de este concepto las fotografías, las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas y video-

---

(1) FALCÓN. Op. cit. T.1, p. 836.

grabaciones, las contraseñas, radiografías, dibujos, planos, cuadros, esculturas, murales, discos, etc.

Devis Echeandía<sup>(2)</sup> considera al documento como objeto de percepción. Señala “el juez necesita percibir el documento, para asumirlo como medio de prueba. Esas percepciones sensoriales pueden ser diversas: visuales, para verificar la clase de materia que lo forma, como papel o tela o plástico o cuero, etc., la clase de escritura o de dibujo empleado y el material que se utilizó para escribir o dibujar (tinta, pintura, lápiz, máquina de escribir o de imprimir, etc.); olfativas, para conocer si contiene o no perfumes u olores nauseabundos, si está impregnado o no de cierto olor propio del lugar, del recipiente, caja o cartera en donde se presume que estuvo guardado y el olor propio de la clase de papel empleado; auditivas, cuando interesa precisar el ruido que puede percibir al ser rasgado el documento o estrujado en una mano o dejado caer al piso”

2. Por otro lado es necesario precisar que si bien el documento es un “medio de prueba” de hechos que en él se narren o representen por dibujo, pintura o impresión de otra clase; también puede ser “objeto de prueba”, cuando se trate de establecer su existencia anterior (por ejemplo, mediante el testimonio de terceros) o actual (mediante confesión, testimonios de terceros, inspección judicial o exhibición). También es objeto de prueba el documento cuando se discute su autenticidad o su falsedad formal o material.

Desde el punto de vista del medio de prueba, es importante distinguir entre documento e instrumento. Documento es todo objeto que represente una manifestación del pensamiento mediante signos exteriores corrientes o convenidos; en cambio, los documentos que requieren la intervención de otros medios para ser entendidos o probados, como los peritajes, traducción, estos documentos se denominan instrumentos.

La prueba documental se puede adquirir de varios modos: del que está en poder de las partes y del que no está, para lo cual concurren tres situaciones: individualizarlos indicando su contenido, indicar la persona que los tenga en su poder, que puede ser la contraria o un tercero, de indicar el lugar, el archivo o la oficina pública donde se encuentre.

3. La prueba documental es un medio autónomo que no se confunde con la eventual confesión o testimonio que pueda recoger, pues, el documento no es la declaración de voluntad, sino la representación de la declaración de voluntad. La declaración es un acto; el documento es un objeto.

---

(2) Op. cit., p. 416.

Según Carnelutti, quién describe por escrito un hecho que percibió en otra ocasión, forma un testimonio, porque quiere representar actualmente un hecho pasado mediante el acto de escribir. El documento operaría como prueba del conocimiento que el declarante tiene acerca de los hechos testimoniados, pero no como prueba representativa de esos mismos hechos. La diferencias fundamentales entre estos medios de prueba, testimonio y documentos, consiste en que mientras el documento constituye un objeto cuya creación puede ser contemporánea con el acaecimiento del hecho en él representado (representación inmediata), el testimonio es un acto que en todo caso se verifica con posterioridad al hecho que representa (representación mediata). Para Carnelutti el documento se diferenciaba del testimonio, por la representación permanente que este encierra frente a lo transeúnte del testimonio, diferencia que abona las ventajas de la prueba documental sobre la testimonial, pues, aparte de la disponibilidad de la primera entraña, la fidelidad de la segunda se halla expuesta no solo a los efectos que la acción del tiempo produce en la memoria humana, sino también "las influencias corruptoras que pueden suscitarse a raíz de los intereses en conflicto".

4. El documento es importante por el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene. El documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad.

Para Kielmanovich<sup>(3)</sup> después de la confesión, la prueba documental es una de las mas eficaces, no solo porque consigna con exactitud el pensamiento de las partes al celebrar un negocio jurídico evitando que con el tiempo se borren de la memoria las circunstancias y pormenores que se tuvieron en cuenta en ese momento sino por la seguridad que importa para la estabilidad de los derechos, la exigencia por parte de la ley de formalidades determinadas respecto de ciertos actos y la regulación de su fuerza probatoria, no solo entre las partes sino también con relación a terceros.

5. Los documentos pueden ejercer doble función documental, la de fuentes y la de medios de prueba. Como fuentes, son documentos aquellos objetos en los que se ha dejado un registro material; como medios, son los elementos que se utiliza para requerir los conocimientos de la fuente. La fuente documental puede requerir un medio documental para traer el conocimiento al proceso, pero también puede requerir un medio de informes, un medio pericial, un medio declarativo, o un conjunto de ellos, bajo las presunciones.

Por otro lado, el documento a cuyo conocimiento podemos acceder directamente respecto de la información que nos brinda, por ejemplo, una carta de amor, un contrato escrito, son fuentes de prueba, pero también es un medio de prueba.

---

(3) Op. cit. p. 366.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para que exista jurídicamente un documento, como medio de prueba, debe satisfacer –según Carnelutti<sup>(4)</sup>– los siguientes requisitos: a) debe referirse a una cosa o un objeto formado mediante un acto humano y que tenga aptitud representativa. Generalmente son cosas muebles, pero, un cuadro, un mural o un escrito estampado en una pared, son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y en ocasiones con auxilio de peritos; b) que represente un hecho cualquiera y c) que tenga una significación probatoria.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se consigna que el saldo del precio figura en una letra aceptada por el comprador, la cancelación del precio deberá demostrarse con la presentación de la letra cancelada o probar la falta de la misma (Exp. sin referencia, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 205).*

*La letra de cambio para tener validez como tal, debe ser girada a fecha fija, a días vista, a días fecha o a la vista; si se gira con indicación distinta no tiene validez el título como tal, sin embargo, constituye un medio de prueba de la obligación contenida en ella (Exp. Nº 283-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 584-585).*

*Si bien por el artículo 1233 del C.C. se entiende que al estar perjudicadas las letras de cambio por el transcurso del tiempo, la obligación que representan estaría extinguida; empero, la disposición invocada es pertinente cuando los títulos valores sirven de medio de pago y cuando se intente con ellas la acción cambiaria, pero no cuando se use como medios probatorios (Exp. Nº 1208-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 184).*

*El vendedor está obligado a entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto (Exp. Nº 1163-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 210-211).*

*El documento que represente o contenga derechos patrimoniales tendrá la calidad y efectos de título-valor solo cuando esté destinado a la circulación y reúna los requisitos formales esenciales que por imperio de la Ley le correspondan según su naturaleza.*

*No tiene el carácter de letra de cambio si ésta no consigna el nombre del girador, pero queda a salvo los efectos del acto jurídico que hubiere dado origen a su emisión (Exp. Nº 1315-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 556-557).*

*“... El documento (...) no ha sido ofrecido como medio probatorio ni ha sido admitido como tal; en consecuencia, la impugnada contraviene el debido proceso al fundar su decisión en*

---

(4) Citado por Devid Echandia, op. cit., p. 422.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

aquél" (Cas. Nº 1861-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 172-173*).

*Si una letra de cambio pierde su carácter de tal, esto es, deja de ser un título cambiario, se convierte en un simple documento común y ordinario.*

*La pérdida de los efectos cambiarios de un título no anula el acto jurídico que precedió y dio origen a lo que se quiso fuera un título valor, acto que persiste mientras no prescriba conforme a las normas civiles (Exp. Nº 1733-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 410-412).*

*El contrato de obra por su naturaleza y fines debe constar en forma escrita. Si entre los litigantes existió un convenio verbal referido a la construcción de una vivienda de dos plantas, no habiendo instrumental donde conste que se trata de un contrato de obra, debe concluirse conforme lo sostiene el demandado que se trata de una obra de administración, toda vez que el emplazado periódicamente ha recibido ciertas cantidades de dinero y que está llano a la devolución de las piezas que tiene en su poder (Exp. Nº 627-91-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 438-439).*

*El reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación ilegítima que permitía el Código Civil de 1936. Carecen de vocación hereditaria los demandantes que no prueban su filiación (Exp. Nº 389-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 236-237).*

*Las partidas de bautismos realizados con anterioridad al 14 de noviembre de 1936 conservan la eficacia que le otorgan las leyes anteriores.*

*Las partidas bautismales merecen fe respecto a los actos religiosos realizados, conservando la eficacia jurídica respectiva (Exp. Nº 57-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 73).*

## CLASES DE DOCUMENTOS

### ARTÍCULO 234

*Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o vídeo, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.\**

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 252 párr. 1.
LEY 26887	arts. 46, 64, 169, 246.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia	art. 251
C.F.P.C. México	arts. 188, 189

---

## Comentario

---

Como refiere el comentario al artículo 233, documento es todo objeto susceptible de representar una manifestación de la actividad humana con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza.

Se contemplan dentro del género de documentos, no solo a los públicos y privados escritos, sino que se aprehenden otros objetos representativos no escritos ni firmados, como dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, etc.

El artículo en comentario asume la siguiente clasificación de los documentos:

En atención a los sujetos que los originan, pueden los documentos clasificarse en públicos y privados. Los primeros son aquellos que han sido autorizados por el funcionario público en ejercicio de sus atribuciones –como señala el artículo 235 del CPC– o se trata de documentos que expresamente se reputan como tales por razones de seguridad o celeridad del tráfico jurídico. Los documentos privados son los que provienen de particulares, sean estos partes o terceros, en el proceso en el que se los presenta.

En atención a la función de los documentos cabe distinguir entre documentos constitutivos y documentos meramente probatorios de actos jurídicos. Los prime-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ros son aquellos que por sí dan lugar a la existencia y validez del acto, de manera que la inexistencia o nulidad del documento importa la nulidad o inexistencia de aquel; por citar, la donación de bienes inmuebles que debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad. El documento juega aquí una doble función, pues, por un lado constituye un requisito esencial de la validez del acto (*ad solemnitatem*) y por el otro, el único medio admisible para acreditar su existencia con virtualidad jurídica.

Los documentos probatorios comprueban la existencia de un acto sin que dicha forma venga impuesta por la ley y sin que su presencia excluya su existencia ni la admisibilidad de otros medios de prueba.

Los documentos constitutivos son siempre escritos y mientras que los documentos probatorios pueden ser: informativos, como el recorte del diario; no escritos como la fotografía; y representativos como una radiografía.

Otro criterio para clasificar los documentos toma como referencia el contenido de estos y los presenta en documentos declarativos y representativos.

En el primer caso, el contenido de estos documentos puede ser al mismo tiempo informativo de un cierto estado de cosas, como el recorte de un diario, la historia clínica; y también puede ser dispositivo, en tanto importe la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, por citar, el contrato de compra-venta.

Los documentos son representativos, si no contienen ninguna declaración informativa ni dispositiva, sino una simple reproducción mecánica de un hecho o una serie de hechos sin otro añadido, así, una fotografía, un plano, un dibujo.



## JURISPRUDENCIA

---

*El mérito de la ficha única de matrícula escolar donde firma como padre el menor y la argumentación del demandado que firmó esos documentos escolares en cumplimiento de su obligación de padre, es suficiente para amparar la demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial (Exp. N° 124-93-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 208-209).*

## DOCUMENTO PÚBLICO

### ARTÍCULO 235

*Es documento público:*

1. *El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y*
2. *La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.*

*La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 54

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 156.

C.P.C. Colombia arts. 252, 262.

C.F.P.C. México arts. 129, 130, 131, 132.

---

## Comentario

Una de las modalidades de clasificar los documentos, en atención a los sujetos de quienes provienen, permiten la existencia de los llamados documentos públicos y documentos privados. El artículo en comentario hace referencia al primero y el último, al artículo 236 del CPC.

Documento público es el otorgado por un funcionario autorizado a darle fe pública. Esto nos lleva a decir que el carácter público del documento aparece por la calidad del autor –en tanto lo realice dentro del ámbito de su competencia material y territorial– y con las formalidades que la ley dispone. También constituyen documentos públicos los otorgados según la Ley de la materia. Véase el caso por la cual, la Ley asigna carácter público a documentos ajenos, como las acciones de la sociedad anónima o la liquidación de aportaciones provisionales en el caso de la AFP.

Los documentos públicos gozan de autenticidad, prueban su contenido por sí mismos. Por necesidad social es imprescindible contar en las relaciones jurídicas con algo que merezca fe por sí misma sin necesidad de demostración; algo que asegure que cuando precise esgrimirlo en defensa de su derecho le será útil de inmediato.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para Palacio, el valor probatorio del documento público –en su aspecto extrínseco– se presume auténtico hasta tanto no se acredite lo contrario, a través de una declaración judicial, salvo que el mismo documento presente irregularidades materiales notorias que permitan dudar acerca de su autenticidad, como raspaduras, enmendaduras no salvadas, irregularidades en la firma o en el sello, etc.

El documento público cuya apariencia es regular tiene a su favor una presunción de autenticidad que transfiere en ese aspecto la carga de la prueba. Corresponde a quien niega su autenticidad la prueba de la falsedad del acto.

La autenticidad del documento se presume por el solo hecho de su presentación. Gozan de pleno valor frente a las partes y terceros como resultado de la fe pública que el legislador les reconoce y que se mantiene en tanto no se haya anulado. La nulidad debe obtenerse por acción autónoma de naturaleza declarativa.

En relación al documento público se dice que el cargo judicial (puesto al pie de los escritos presentados por las partes) les otorga a estos el carácter de documentos públicos. En ese mismo sentido, la cedula de notificación tiene carácter de documento público porque es realizada por el notificador, en ejercicio de sus funciones. Lleva implícita la verdad de lo que en ellas se afirma, pues actúa como servidor público, en tanto la diligencia no se impugne de falsa y existan elementos suficientes de dicha falsedad, en relación a la existencia material de los hechos que el notificador hubiese enunciado como cumplidos o que han pasado en su presencia.

Los documentos privados agregados por las partes a los expedientes judiciales no adquieren, por ese solo hecho, el carácter de documentos públicos, ni tampoco los convierte en auténticos la expedición de un testimonio de esa pieza por el actuario.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien es cierto, las constataciones policiales son instrumentos expedidos por un funcionario público, también lo es que éstas constituyen declaraciones unilaterales, las mismas que no ofrecen mayor convencimiento si no se encuentran corroboradas con pruebas que sustenten la afirmación.*

*Debe desestimarse la demanda si el actor no presenta prueba idónea que demuestre haber sido objeto de daño que merezca resarcimiento (Exp. N° 7519-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 415-416).*

*Si el notario diere fe de la identidad de alguno de los comparecientes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad (Exp. N° 1242-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 234).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si el demandante ha practicado válidamente el reconocimiento de su menor hijo, conforme aparece del acta marginal de la partida de nacimiento, no cabe amparar la nulidad de dicho acto jurídico si los argumentos de haber inscrito el reconocimiento bajo intimidación y violencia, no han sido probadas de manera idónea (**Exp. Nº 747-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 201-202**).

Debe desestimarse la demanda sobre nulidad de acto jurídico si se ampara en forma genérica en lo dispuesto en el artículo 219 del Código Civil, sin especificar en forma concreta en cual de los tres incisos se apoya y sin exponer la fundamentación correspondiente.

Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (**Exp. Nº 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 139-141**).

Las partidas de bautismos realizados con anterioridad al 14 de noviembre de 1936 conservan la eficacia que le otorgan las leyes anteriores.

Las partidas bautismales merecen fe respecto a los actos religiosos realizados, conservando la eficacia jurídica respectiva (**Exp. Nº 57-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 73**).

“... El actor no ha acreditado de modo alguno los fundamentos de su acción, resultando insuficiente para ello el mérito de las denuncias policiales (...), por constituir únicamente denuncias de parte del actor, sin posterior investigación y conclusión de parte de la autoridad policial...” (**Exp. Nº 544-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 244-245**).

“... No puede oponerse probanza alguna que pretenda enervar el hecho incontrovertible constituido por el derecho de propiedad inscrito en los Registros Públicos...” (**Exp. Nº 22-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 430-431**).

“... Cada tipo de partida del Registro Civil tiene por finalidad acreditar el estado a que corresponde y no todos los demás, por lo que una partida de defunción establece el fallecimiento de una persona, pero aunque contenga datos sobre otros estados no sirve para determinar, por ejemplo, la soltería de la persona de cuyo óbito se trata...” (**Exp. Nº 2073-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 237**).

“... La copia legalizada notarialmente del certificado de la partida matrimonial, tiene el mismo mérito probatorio que éste, por haberlo establecido así el artículo doscientos treinta y cinco, in fine del Código Procesal Civil, con carácter específico para trámites del proceso judicial” (**Cas. Nº 1984-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 238-240**).

“... Conforme al último párrafo del artículo doscientos treinta y cinco del Código Procesal (Civil), la copia del documento público tiene el mismo valor que el original si está certificada (...), de modo que bajo este aspecto la Ley no exige que necesariamente tenga que anexarse a la demanda (de ejecución de garantías) el documento original (que contiene la garantía)...” (**Exp. Nº 2946-99-Huaura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, 2000, pp. 238-240**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**cia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 569-570).**

*Las partidas de inscripción prueban el hecho a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad, conforme lo prevé el artículo 73 CC (Exp. Nº 1853-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 15-17).*

*Las formalidades y limitaciones que condicionan una declaración testamentaria sirven para garantizar la expresión directa de la voluntad del testador y para proteger el derecho de las personas con vocación a suceder.*

*El instrumento público que no modifica la institución de herederos sino que adiciona una disposición de última voluntad, ampliando el testamento otorgado ante el mismo Notario Público, es inobjetable pues se encuentra debidamente motivada por el propio testador (Exp. Nº 766-89-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 241).*

*Es imprescindible observar las exigencias del artículo 696 del Código Civil para la solemnidad del testamento en escritura pública.*

*Contiene un defecto esencial el testamento que no menciona la presencia de los testigos en la introducción, sino en la parte final de dicho instrumento. Esta oportuna referencia es necesaria para conocer sus domicilios y demás calidades antes de la realización del acto.*

*Si además se aprecia que los números de serie del legajo de testamentos no guardan relación en su integridad con el testamento sino que además se ha omitido consignar la fecha en que se otorgó el mismo; no obstante no haberse probado la suplantación de la firma del testador, las observancias expresadas anulan el testamento materia de controversia (Exp. Nº 236-94-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 250-252).*

*Si en la partición de un inmueble, el derecho que asiste al demandante está representado por sus dos hijos menores de edad, mediante la escritura pública de partición, esta escritura prueba la existencia del acto y tiene mérito para los efectos de la partición troncal que se ha accionado, mientras no se declare su nulidad (Exp. Nº 391-94-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 253-255).*

*El contenido de la inscripción se presume cierto y produce sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.*

*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos (Exp. Nº 250/1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 241-242).*

*“... En el caso de los automotores cuyo derecho de propiedad debe inscribirse en la Dirección General de Circulación Vial, el dominio se acredita con el certificado o tarjeta de propiedad otorgada por la autoridad competente después de observadas las formalidades legales y el pago de los tributos que gravan dichas transferencias...” (Cas. Nº 1927-T-96-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 432-433).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La inscripción registral no sanea o perfecciona el título porque simple y llanamente no es un acto constitutivo de los negocios o contratos de la transferencia de la propiedad Inmueble, por tanto el hecho de que el recurrente ostente título inscrito no puede ser categóricamente excluyente del derecho de propiedad que haya sido invocado por la otra parte (Cas. N° 856-96-Chimbote, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.28-A.30).*

*El testimonio de escritura pública surte todos sus efectos legales en tanto no sea declarada su nulidad o falsedad (Exp. N° 104-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 244-245).*

*Si bien la inclusión del nombre del padre o de la madre que no ha reconocido al hijo extramatrimonial en su partida de nacimiento se tiene por no puesta, sin embargo debe entenderse que la exclusión del nombre del actor no importa la privación del apellido con que se le conoce al menor, pues el nombre es atributo de la personalidad del que no puede ser despojado sin causarle grave daño, ya que la institución civil del nombre pertenece al orden público y con el que se identifica a la persona en todos los actos públicos y privados (Exp. N° 168-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 109-110).*

*Si la escritura pública no contiene la firma del Notario, los interesados pueden invocar la Ley 1510 y pedir al juez autorice al Notario que le ha sucedido en el oficio subsane la omisión. Dicha omisión no genera la nulidad de la escritura pública (Exp. N° 1054-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 117).*

*Según el Código Civil de 1936 para que el padre reconozca al hijo natural se precisa que, en escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como hijo propio, aún cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente.*

*El acta de nacimiento importa escrito indubitado en el que el demandado exterioriza su voluntad de tener como hijo al habido en sus relaciones extramatrimoniales con la demandante (Exp. N° 129-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 211-212)*

*La fotocopia simple de la sentencia por la que se instituye como heredera a la ahora demandada carece de toda validez jurídica puesto que no consta que se haya emitido dentro de un procedimiento regular, por lo que en modo alguno puede surtir efecto legal máxime si perjudica al interés expectante de los otros posibles herederos.*

*Si se argumenta que la sentencia original se ha desglosado del expediente debe verificarse el rehacimiento de la sentencia que en fotocopia obra siguiendo el procedimiento de la Resolución Administrativa 032-94-CEPJ (Exp. N° 515-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 543-544).*

*El accionante que prueba su derecho con la copia literal de dominio de los registros públicos tiene mejor derecho de propiedad frente al contrato privado de transferencia que ofrece el demandado (Exp. N° 779-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 303-304).*

## DOCUMENTO PRIVADO

### ARTÍCULO 236

*Es el que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	<i>art. 2 inc. 10 párr. 3.</i>
<b>C.P.C.</b>	<i>art. 245.</i>
<b>C.P. Const.</b>	<i>art. 37 inc. 6.</i>
<b>LEY 26887</b>	<i>arts. 46, 246.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA.

<b>C.P.C. Colombia</b>	<i>art. 268.</i>
<b>C.F.P.C. México</b>	<i>arts. 133, 134, 135, 136, 137.</i>

---

## Comentario

---

1. El presente artículo responde al resultado de la clasificación de documentos, en atención a los sujetos de quienes provienen, en públicos y privados. Conforme señala la redacción del artículo en comentario, por exclusión, son documentos privados aquellos que provienen de personas privadas, sean partes o terceros con relación al proceso en el cual se hacen valer y que no se encuadran bajo los supuestos de documento público. (ver artículo 235 del CPC).

Los documentos privados pueden presentarse cuando se trata de escritos firmados como la declaración jurada de renta y escritos no firmados como los libros de contabilidad o los tiquetes de pasajes aéreos o terrestre. El artículo 249 del CPC regula el procedimiento para el reconocimiento a este tipo de documentos.

Los documentos privados también pueden ser declarativos como un contrato, una letra de cambio, informaciones periodísticas, apreciaciones contenidas en las historias clínicas y representativos, como los mapas, cuadros, radiografías, fotografías y películas que no contengan reproducción de voz humana (si la contienen son privados pero declarativos y representativos a la vez). El artículo 252 regula el reconocimiento de estos últimos.

Hay documentos privados manuscritos o escritos en máquina o impresos. En este último caso, el reconocimiento se regula en el artículo 251 del CPC.

2. A diferencia de los documentos públicos que tienen valor por sí mismos hasta tanto no sean declarados nulos, los documentos privados no tienen valor *per se* hasta tanto no sean declarados auténticos, por el reconocimiento expreso

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

o tácito de la parte a quien perjudica. También existe la posibilidad de documentos privados que gozan de presunción de autenticidad, por lo cual no es menester su reconocimiento ni la intervención de un funcionario público, como es el caso de los títulos valores, cheques, letras, pagarés, bonos, etc.

La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público, sin embargo, debe tenerse presente el efecto que genera la fecha cierta – según el artículo 245 CPC– la presentación del documento privado ante el Notario Público, para que certifique la fecha o legalice las firmas.

En ese sentido, los instrumentos privados agregados por las partes a los expedientes judiciales no adquieren, por ese solo hecho, el carácter de documentos públicos, ni tampoco los convierte en auténticos la expedición de una copia certificada de estos por el actuario.

La declaración jurada de renta es un documento privado porque si bien se presenta ante un funcionario público, este no interviene en su elaboración ni los autoriza.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las certificaciones de las cartas notariales producen convicción sobre la recepción de las comunicaciones, toda vez que el notario es el profesional del Derecho que está autorizado a dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran (Exp. Nº 11-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 87).*

*Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (Exp. Nº 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 139-141).*

*“... Si bien es cierto que, no existe disposición legal que establezca la exigencia procesal de ofrecer como pruebas que acompañan a la demanda, documentos certificados y no simples fotocopias de los mismos; también lo es que, dada la naturaleza de lo pretendido, el Juez tiene la atribución legal de solicitar una mayor certeza respecto a los documentos que sustentan las pretensiones de los actores, sin que ello signifique una contravención al derecho a un debido proceso o a (sic) un sobre costo procesal...” (Cas. Nº 3341-99/Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 232-233).*

*Si una letra de cambio pierde su carácter de tal, esto es, deja de ser un título cambiario, se convierte en un simple documento común y ordinario.*

*La pérdida de los efectos cambiarios de un título no anula el acto jurídico que precedió y dio origen a lo que se quiso fuera un título valor, acto que persiste mientras no prescriba conforme a las normas civiles (Exp. Nº 1733-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 410-412).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Las cartas amorosas presentadas por las partes colitigantes que se dirigieron mutuamente, constituyen escritos indubitables, de la que se infiere inequívocamente la admisión de la paternidad por parte del emplazado (Exp. N° 1396-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 40-41).*

*El notario público es el profesional del Derecho encargado de dar fe de los actos que le constan en el ejercicio de sus funciones. Carece de facultad de coerción que le permita, ante la resistencia del interviniente, exigirle su identificación, por lo que la sola mención de las circunstancias del acto de entrega cumple con las formalidades que dan fe de la entrega del documento (Exp. N° 1794-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 588-589).*

*“... Los documentos presentados por la ejecutada al formular su contradicción carecen de virtualidad jurídica, en razón de consistir en simples copias fotostáticas sin la debida legalización o autenticación...” (Exp. N° 261-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 234).*

*El contrato de compra-venta queda perfeccionado con el simple consentimiento de las partes respecto a la cosa y al precio, aún antes de la entrega del inmueble y del pago del precio.*

*Constituye la prueba del consentimiento la minuta suscrita por los otorgantes (Exp. N° 1499-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 90-91).*

## DOCUMENTO Y ACTO

### ARTÍCULO 237

*Son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir este aunque el primero sea declarado nulo.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.	art. 233.
C.C.	art. 225.

---

### Comentario

---

1. El artículo regula la nulidad del documento que contiene el acto jurídico. “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo” señala el artículo 225 del CC.

Este precepto no es aplicable cuando el documento es exigido como forma esencial del acto, sino cuando ha sido utilizado como medio de prueba para testificar el acto.

Si se tratase de un acto *ad solemnitatem*, la nulidad del documento significaría la del acto pero si se trata de una formalidad *ad probationem*, el acto no podría ser exigible, salvo por otros medios se pudiera considerar como constatado.

Vidal Ramirez<sup>(1)</sup> al respecto señala “la nulidad del documento sin acarrear la nulidad del acto resulta de concebir el documento y el acto como entidades jurídicas independientes; pero cuando ambos están indisolublemente vinculados, la nulidad del documento arrastra la nulidad del acto. Esto último constituye la llamada nulidad refleja”.

2. Como señala la norma son distintos el documento y su contenido; en ese sentido apreciése el caso de la compra venta de un inmueble que ha operado por el mero consentimiento, pero que por un asunto de prueba, los intervinientes redactan los términos de su acuerdo y este es luego elevado a escritura pública, la misma que no es suscrita por el Notario Público. En este caso el documento es nulo porque carece de una formalidad esencial, cual es, la intervención del Notario en el acto que da fe, sin embargo, el acto jurídico celebrado por los contratantes es perfectamente válido; situación diversa es cuando el acto es nulo y a la vez

---

(1) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Teoría General del Acto Jurídico, Cuzco editores, Lima, 1985, p. 545.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

el medio de prueba utilizado para demostrar la existencia del acto. Véase el caso de la compra venta celebrada por un incapaz absoluto, sin intervención de su representante legal.

Especial comentario se aprecia de la copia certificada de la partida de matrimonio en el que se aprecia que el Registrador no ha suscrito el acta de matrimonio o no aparecen identificados los testigos, frente a quienes los contrayentes hubieren manifestado la decisión de contraer matrimonio. Lo que se cuestionaría aquí no es el documento en sí sino el contenido del acto que refiere el documento, el que requiere de cierta formalidad para su existencia. Al respecto, frente a la pretensión de nulidad de matrimonio interpuesta, se ha señalado que "la evidencia de la falta de formalidad en el documento que contiene la celebración del matrimonio carece de consistencia, si está acreditado que ambos cónyuges demandaron la separación convencional, de la cual se desistieron. La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados"<sup>(2)</sup>.



## JURISPRUDENCIA

---

*La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta. La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su pre-existencia si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados (Exp. N° 1103-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 29-31).*

*La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública porque un acto nulo es jurídicamente inexistente, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido. La inscripción registral no es obstáculo para que judicialmente se discuta la validez del acto jurídico cuestionado, siendo actos completamente independientes el uno del otro (Exp. N° 4530-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 89-91)*

*No se puede confundir la nulidad de un acto jurídico con su inexistencia ni con su validez. Si bien la nulidad y la invalidez se hallan relacionadas en tanto implican la existencia de causas originarias y consustanciales con la formación del acto jurídico, su inexistencia implicaría considerar que dicho acto careció de tal etapa formularia, teoría que no es recogida en nuestro sistema jurídico (Exp. N° 1610-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 92-96).*

---

(2) Ver ejecutoria recaída en el exp: 830-97, de fecha 13 de setiembre de 1999, Sala de Familia publicada en Ledesma, op. cit. t.5, p. 106.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... El pronunciamiento judicial que ordena que un documento se haga constar en escritura pública, se pronuncia sobre su forma y no sobre su contenido” (Cas. Nº 2186-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 235-236).*

*No debe confundirse el acto jurídico con el documento que sirve para probarlo.*

*Quando la Ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente (Exp. Nº 295-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 22-23).*

*El contrato de compraventa no requiere de formalidad puesto que se perfecciona con el simple consentimiento.*

*No hay que confundir la existencia del contrato con el documento que sirva para probar su existencia (Exp. Nº 314-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 103-106).*

*No debe confundirse el acto jurídico con el documento que sirve para probarlo.*

*Quando la Ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente (Exp. Nº 295-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 22-23).*

*El Juez no puede exigir la presentación de la minuta de transferencia de particiones, bajo el argumento que constituye requisito esencial para demandar el otorgamiento de escritura. La compra-venta es un acto típicamente consensual, no solemne que no necesita estar documentado. Debe disgregarse el concepto "acto" del concepto "documento" (Exp. Nº 218-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 110-111).*

*No cabe confundir el acto con el documento que lo contiene, pues puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo (Exp. Nº 625-93-Ayacucho, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 114-115).*

*La demanda sobre nulidad de compraventa interpuesta por la cónyuge del vendedor, aduciendo que se trata de bienes sociales transferidos sin su consentimiento no puede ampararse, pues la demandante tuvo conocimiento y convino en la venta, inclusive recibió parte del precio, como lo demuestran los cheques que ella endosó o para cobrarlos.*

*La ausencia de la intervención de la actora en el documento en que consta el contrato no lo invalida por sí, pues la compraventa es un contrato consensual. No debe confundirse el contrato con el documento que sirve para probarlo (Exp. Nº 302-93-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 400-402).*

## PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA

### ARTÍCULO 238

*Cuando un escrito no produce en el Juez convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, siempre que reúna los siguientes requisitos:*

1. *Que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y,*
2. *Que el hecho alegado sea verosímil.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 194.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 396, 397, 398, 399, 400, 403.

---

### Comentario

---

1. El documento es importante por el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene, sea con el fin de dar nacimiento a una relación jurídica o de servir de prueba acerca de su existencia en un momento ulterior, por ello, se dice que es prueba segura, en caso tener que iniciar o afrontar un proceso, porque el documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad. El artículo en comentario regula –contrario sensu a lo señalado– el supuesto de la existencia de un documento escrito pero que no produce en el juez convicción por si mismo y que por ello necesita ser complementado con otros medios de prueba.

2. Principio de prueba escrita es calificada como un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Según el artículo en comentario debe reunir dos requisitos: que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado y que el hecho alegado sea verosímil, sin embargo, Devis Echeandía<sup>(1)</sup> considera además que el escrito goce de autenticidad o esta se pruebe.

En relación al primer requisito, Devis Echeandía señala: “debe tenerse en cuenta que el documento pueda provenir de un apoderado o representante legal (de los

---

(1) Op. cit., p. 317.

padres mientras tienen la patria potestad) o contractual (como el gerente de una sociedad en litigio con esta) de la parte a quien se opone el escrito; o del causante en proceso contra el heredero"<sup>(2)</sup>.

También señala que la confesión judicial incompleta hace las veces de principio de prueba por escrito, y de ahí que pueda complementarse con testimonios, cuando aquellos por sí solos no bastan. Cuando una parte está formada por varias personas, es suficiente la confesión incompleta o que emane de una de ellas, en razón que la verosimilitud que aquella da al hecho es indivisible. Es interesante el caso que cita Devis Echeandía cuando una persona escribe el dictado de otra, si se prueba con testigos esa circunstancia, debe ser admitido como principio de prueba escrita contra esta y no contra la primera. En los casos expuestos hay que tener en cuenta que la declaración expresa o la actuación procesal del apoderado solo puede tener valor de confesión, y de principio de prueba escrita, cuando estaba facultado para confesar o cuando lo hace en la demanda o en sus articulaciones.

En relación al segundo requisito, esto es, que el escrito haga verosímil o probable el hecho alegado, según Devis Echeandía, no puede exigirse que el escrito contenga el contrato, ni que convenza por sí solo, porque entonces existiría prueba documental y no un simple principio o comienzo de prueba escrita. Basta que se refiera al contrato o la mencione, o que sea una consecuencia de este o un antecedente, o que de otra manera lo haga suponer lógicamente porque entre ellos exista un nexo de causalidad. Los testimonios completarán la certeza. El principio de prueba puede consistir en un solo escrito o en la reunión de diversos escritos distintos, cuando uno solo de estos, no sea suficiente por sí mismo.

En cuanto a la autenticidad se argumenta que puede probarse con testigos, peritos o confesión judicial. Si el documento es manuscrito, no hace falta que esté firmado, siempre que se presuma o se pruebe su autenticidad.

3. La norma al consagrar que el escrito pueda ser complementado por otros medios probatorios, deja en libertad al juez para apreciar el valor probatorio de estos medios. Nótese que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, conforme lo señala el artículo 197 del CPC.

4. Por otro lado, en la doctrina se acepta la testimonial, en el caso de pérdida o destrucción del documento, aun cuando no exista una norma legal que la consagre. Sobre el particular, Devis Echeandía<sup>(3)</sup> considera que se trata de probar dos hechos no convencionales: la existencia previa del documento o principio de prueba

---

(2) Op. cit., p. 317.

(3) Op. cit., p. 321.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

escrita y su pérdida o destrucción; por lo tanto, conforme a los principios generales de la ciencia de la prueba, pueden demostrarse con testigos inclusive cuando estos estén excluidos por la ley para probar el acto documentado. Se trata de una imposibilidad material de aducir la prueba o la solemnidad que oportunamente se produjo y por eso se aplica también a los actos solemnes, por citar, la escritura pública se otorgó, pero fue destruida y no existen copias.

La parte interesada señala el citado autor debe probar los siguientes hechos: la preexistencia del documento cuya pérdida se alegue y su formalidad legal; las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la pérdida o extravío del documento; la involuntariedad de la pérdida debe presumirse; la imposibilidad de obtener otra copia, si se trata de escrituras públicas o documentos protocolizados, o que constan en archivos oficiales; y lo sustancial del contenido del documento. Se trata de una prueba inductiva e incompleta porque es difícil que los testigos recuerden todo el contenido del documento, ni den fe del mismo, a menos que tengan una copia informal o hayan intervenido en su elaboración e identifiquen la copia que se presenta al proceso. No hace falta probar la autenticidad del documento privado.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Si bien es cierto que, no existe disposición legal que establezca la exigencia procesal de ofrecer como pruebas que acompañan a la demanda, documentos certificados y no simples fotocopias de los mismos; también lo es que, dada la naturaleza de lo pretendido, el Juez tiene la atribución legal de solicitar una mayor certeza respecto a los documentos que sustentan las pretensiones de los actores, sin que ello signifique una contravención al derecho a un debido proceso o a (sic) un sobre costo procesal...” (Cas. Nº 3341-99-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 232-233).*

*“... Para establecer la prioridad de los documentos cuando concurren determinadas circunstancias, no siempre es suficiente que el negocio jurídico conste en instrumento público sino que requiere de otros factores para demostrar su existencia real y con él su preferencia...” (Cas. Nº 217-95-Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 241-242).*

*“... Son (las facturas) documentos ciertos respecto de los gastos efectuados por éste (demandante) (...), a los mismos que no se puede oponer con carácter probatorio las proformas presentadas por la parte demandada, ya que las primeras tienen la contundencia de la realidad que no puede ser enervada por un documento que contiene una cantidad probable y que puede ser objeto de variación...” (Exp. Nº 1525-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 243).*

*“... No habiéndose previsto en la ley la formalidad ‘ad solemnitatem’ (por la cual el documento se confunde con el contrato) para la celebración de la prenda, sino la formalidad ‘ad probatinem’ (sic) ya que el instrumento o documento que contiene la prenda es un medio destinado a establecer la existencia del contrato, pero no es condicionante de su realidad,*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de modo que sí se puede demostrara través de otros medios que la prenda ha sido celebrada, esta probanza tiene validez y, en suma, la relación obligacional existirá” **(Cas. Nº 2021-97-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 438-442).**

“... La Unión de hecho necesita la posesión constante de estado, la cual debe probarse a través de cualquier medio admitido por la Ley Procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

(...) Ello significa que la prueba tiene que actuarse dentro en (sic) un proceso judicial, pero no necesariamente distinto a aquél en el que deba sustentarse el derecho, es decir que no siempre debe seguirse un trámite exclusivo para obtener la declaración judicial de existencia de la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, sino que en un proceso como éste (desalojo por ocupación precaria) puede probarse dicha existencia, utilizando principalmente prueba escrita” **(Cas. Nº 2279-98-Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 427-429).**

## INFORMES

### ARTÍCULO 239

*Se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos. Los informes se presumen auténticos. En los casos previstos por la ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos. Los informes tendrán la calidad de declaración jurada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.</b>	arts. 2 incs. 5 y 6, 200 inc. 3.
<b>C.P.C.</b>	arts. 233 a 235.
<b>C.P.</b>	art. 412.
<b>C.T.</b>	art. 85.
<b>LEY 26702</b>	arts. 138 inc. 3, 179.
<b>LEY 27809</b>	art. 10.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Italia</b>	art. 213.
<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 178, 179, 180, 181.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 278.

---

## Comentario

---

1. El informe es un medio de prueba para aportar al proceso datos concretos acerca de hechos o actos que obran de la documentación o archivo del informante sea este parte o tercero. Los datos no deben provenir del conocimiento personal de aquellos sino como ya se ha señalado de los registros o archivos.

Como principio general se establece la obligación de toda entidad privada y pública de cooperar con la justicia por lo que existe el deber jurídico de informar y de remitir la documentación que se requiera, sin embargo, excepcionalmente la entidad podrá rehusarse en los casos en que la información pudiera importar la violación de un secreto o pudiera comprometer penalmente al informante.

La norma no señala el plazo dentro del cual las entidades deberán emitir sus informes, sin embargo, este podrá ser fijada por el juez al momento de ordenar su emisión. Cuando se hubiere vencido el plazo fijado para contestar el informe y el informante no lo hubiere remitido, se tendrá por prescindida de esa prueba a la parte que lo pidió si no solicitare al juez la reiteración del oficio. Por otro lado, si bien la emisión del informe configura un deber asimilable al testimonio, la norma no regula nada sobre la remuneración del informante en el caso que se trate de entidades privadas que no sean parte en el proceso, sin embargo, sería atendible que conjuntamente con la presentación del informe y si los trabajos que han debi-

do efectuar para su elaboración ha implicado gastos extraordinarios, podrían solicitar una compensación que sería fijada por el juez. Ese pedido debe ser comunicada a ambas partes, porque si bien la obligada al pago inmediato es la que ofreció la prueba, la otra tiene un interés potencial en el sentido que si es condenada al pago de las costas, deberá reembolsar el monto fijado para el informante

Como elemento subjetivo de la prueba de informes señalaremos a órgano judicial en su rol de destinatario, las partes como proponentes y el informante. En cuanto al elemento objetivo nos remitimos a los hechos concretos, individualizados y controvertidos en el proceso.

También concurre como elemento objetivo la posibilidad jurídica de la prueba. En ese sentido, no es admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por Ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos, por ejemplo, si el informe tuviese por objeto la incorporación de prueba documental que debió acompañarse con la demanda o contestación.

La prueba de informes debe versar sobre información de origen no personal pues, en caso contrario, el poseedor de dichos informes debería prestar declaración como testigo.

También es inadmisibles la prueba de informes si versa sobre cuestiones susceptibles de apreciación personal, por citar, el archivo de un médico con contiene sus anotaciones o puntos de vista del facultativo, no es asimilable a la documentación. Tampoco es admisible el informe que no indique la fuente de las conclusiones que enuncia

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al referirse a los informes dice: “en caso que se solicite informes a los funcionarios de la administración pública, estos están obligados a presentar su colaboración bajo responsabilidad, salvo que se afecten las labores a su cargo, a juicio de su superior jerárquico, en cuyo caso deben excusarse”.

2. Este medio de prueba no se confunde con la documental, pues no se trata de obtener la exhibición de documentos sino información extraída de estos que como tales preexisten al proceso. En rigor no configura una especie de prueba documental porque no se aporta directamente el documento, sea por la parte que intenta valerse de él o de una orden de exhibición; en cambio el informante no realiza tal actividad sino que se limita a transmitir al órgano judicial, el conocimiento que deparan los registros documentales que obran en su poder; lo que no le libera de exhibir tales registros en el supuesto que se impugne la falsedad de su informe (siempre y cuando pudieren ser llevados al juzgado) o por el mecanismo de inspección judicial, esto es concurriendo a la entidad donde se ubica el archivo o registro.

3. Tampoco implica una testimonial pues el informante no declara sobre hechos por el conocidos, sino que informa acerca de los que resultan de soportes materiales y objetivos de su archivo o documentación. El informante puede ser una persona jurídica en cambio el testigo debe ser necesariamente una persona física.

La prueba de informes cuenta con mayor eficacia probatoria que las testimoniales, ya que mientras el testigo declara sobre percepciones o deducciones de carácter personal, el informante debe atenerse a las constancias de la documentación que se encuentra en su poder.

A diferencia del informe pericial la prueba de informes no requiere la posesión de conocimientos técnicos especiales.

4. En cuanto a la impugnación por falsedad de los informes estos pueden fundarse en la falta de adecuación entre la respuesta emitida por el informante y las constancias documentales citadas por este último; sin embargo, si no se impugnó la legitimidad de dichas constancias en su oportunidad, el informe que lo da por existente tiene plena eficacia probatoria y hace innecesario el requerimiento de la exhibición de los asientos contables o de los documentos justificativos del informe. La ley no determina el plazo dentro del cual corresponde formular la impugnación, sin embargo nos atrevemos a atribuirle el plazo de tres días para dar consentido la resolución que pone a conocimiento de las partes el informe emitido.

Todo lo señalado nos lleva a decir que el informe, no constituye una prueba autónoma sino un medio de aportación de prueba documental, asimilable, en lo pertinente, a la exhibición de documentos en poder de terceros.

5. Los instrumentos registran hechos, y esos hechos se vuelcan en ellos y se perpetúan en el medio escrito o por el registro del soporte.

En el caso de los instrumentos públicos sucede un fenómeno particular. Algunos instrumentos que registran los hechos, son los originales: asientos de partidas del Registro Civil, escrituras públicas, actos administrativos, etc. Son instrumentos de primer grado. De ellos pueden emitirse constancias, también instrumentos públicos, pero estos no referencian el hecho en sí, sino por transposición. Así por ejemplo, si se solicita informe al Registro de Nacimientos de determinada Municipalidad para que señale la fecha de nacimiento de determinada persona, sin embargo, cuando se emite el informe se consigna una fecha diferente al Registro original, el cuestionamiento sería al informe y no al Registro en sí. Es importante señalar que cuando se atacan instrumentos de primer grado, la falsedad está dirigida al hecho que pretende acreditar el documento, al contenido de este; pero cuando se atacan instrumentos de segundo grado, como los informes, hay dos eventuales impugnaciones: primero la concordancia con el instrumento de primer grado y segundo, la concordancia con los hechos.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Generalmente, los instrumentos de segundo grado se otorgan mediante testimonios, certificados y constancias, emitidos por el funcionario originario o por otro respecto de las partidas del Registro Civil. Si bien no pierden su naturaleza, al ser representativos del documento de primer grado se encuentran, en la faz valorativa, en un doble campo: el documento mismo y su relación con el original.

6. Como ya hemos señalado, la ley no hace referencia a la posibilidad de la impugnación al resultado del informe, sin embargo, en atención al principio de contradicción que rige todo medio de prueba, ello es factible realizarlo luego de emitido este, invocando el artículo 302 del CPC. El cuestionamiento sobre la eficacia probatoria será apreciada en la sentencia. Lo fundamental es que la prueba de informes sea impugnada en el primer momento que sea agregada al proceso.

Adviértase que el citado artículo no le asigna ningún plazo, sin embargo, podemos imputarle el plazo de tres días, luego de notificado el conocimiento de esta, siempre y cuando se manifieste que el informe y la fuente no concuerdan, pero en cambio, si se pretendiese impugnar la legitimidad de los documentos o registros que sustentan el informe, corresponde proceder al cuestionamiento (según se trate de documento público o privado) por la falsedad que recoge el artículo 242 del CPC.

Nótese que diferente es impugnar el informe y el registro, pues, se tratan de dos actividades distintas. En el primer caso, la impugnación se funda en la falta de adecuación entre la respuesta emitida por el informante y las constancias documentales mencionadas como fuentes, de ahí, que lo que se ataca es el informe, el documento de segundo grado; pero si se ataca el registro, la impugnación debe fundarse en las reglas de la impugnación documental que recoge el artículo 242 del CPC. Especial situación es el caso del informe proveniente de archivos o registros privados; en ellos, la prueba en contrario no pudo ofrecerse en su momento, porque se trata de un hecho que se desconocía y que recién sale a la luz, como resultado de la averiguación de la prueba de informes.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si la juez ha solicitado información respecto a los balances y estados financieros que trimestralmente alcanza la cooperativa demandada a la Superintendencia de Banca y Seguros, es decir, sobre lo que dicha entidad tiene en su poder, ello no debe entenderse como la realización de nuevos balances, para cuyo efecto se ha ofrecido la pericia correspondiente.*

*Es nula la resolución que requiere las facilidades, pues, desnaturaliza la prueba ordenada (Exp. N° 726-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 228).*

## EXPEDIENTES

### ARTÍCULO 240

*Es improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite. En este caso la parte interesada puede presentar copias certificadas de este.*

*Si se ofrece como medio probatorio un expediente fenecido, debe acreditarse su existencia con documento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 139.  
D.S. 017-93-JUS art. 185 inc. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 128, 129, 130, 131, 132.

---

## Comentario

Se entiende por expedientes al conjunto de papeles, documentos y otras pruebas, que pertenecen a un asunto relacionado con el proceso judicial. Este contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con la que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Cuando el expediente se encuentra concluido, su remisión podría ser requerido como prueba documental. Conforme señala la última parte del artículo, “para que el expediente pueda ser ofrecido como prueba se debe acreditar su existencia, con documento” esto es, indicar el juzgado, número de expediente y secretario donde se ha tramitado, sin perjuicio de acompañarse copia de algún actuado del mismo que corrobore su existencia.

Los expedientes administrativos o judiciales en trámite no podrán ser ofrecidos, sin embargo, se puede incorporar al proceso las copias certificadas de los actuados en los procesos en trámite.

Cuando se refiera a expedientes concluidos, su remisión podría ser requerida como prueba documental, a diferencia de los expedientes, testimonios y actuaciones administrativas que podrían ser incorporados también a través de la prueba de informes que regula el artículo 239 del CPC, la cual autoriza a solicitar la copia de determinadas piezas administrativas que pudiesen existir en las oficinas públicas. La redacción de la primera parte del artículo así lo establece: “la parte interesada puede presentar copias certificadas de este”.

Por último tenemos que precisar, en cuanto a la eficacia de la prueba producida en un expediente judicial tramitado entre las mismas partes, ella es eficaz en tanto ambas partes hayan tenido la oportunidad de ejercer su poder contralor con las garantías del debido proceso legal.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. N° 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203).*

*Si se persigue la declaración de ineficacia del acto jurídico de compraventa celebrado por los demandados para burlar el crédito que ha sido declarado mediante sentencia judicial; el juez debió tener en cuenta dicho proceso para verificar si el demandado tenía conocimiento del mismo y así determinar si la misma se efectuó con la situación de perjudicar a la demandante (Exp. N° 1495-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 412-413).*

*La fotocopia simple de la sentencia por la que se instituye como heredera a la ahora demandada carece de toda validez jurídica puesto que no consta que se haya emitido dentro de un procedimiento regular, por lo que en modo alguno puede surtir efecto legal máxime si perjudica al interés expectante de los otros posibles herederos.*

*Si se argumenta que la sentencia original se ha desglosado del expediente debe verificarse el rehacimiento de la sentencia que en fotocopia obra siguiendo el procedimiento de la Resolución Administrativa 032-94-CEPJ (Exp. N° 515-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 543-544).*

*“... El Colegiado absuelve el grado y confirma la apelada que declara infundada la demanda, sin embargo ninguno de los fundamentos que la sustentan hace referencia al expediente solicitado, no obstante que fue incorporado al caudal probatorio con el objeto de mejor resolver.*

*(...) Que, por consiguiente se ha infringido el principio de unidad del material probatorio, por el que se entiende que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios ofrecidos, sean de parte o de oficio, criterio jurídico previsto en el artículo ciento no ventisiete del Código Procesal Civil, y que no ha sido tomado en cuenta por la recurrida” (Cas. N° 1671-98-Ayacucho, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 72-73).*

*“... El recurrente ofreció en su demanda el mérito del expediente (...), el mismo que fue admitido como medio probatorio en la audiencia de saneamiento y conciliación (...).*

*(...) Que, a pesar de lo anterior, dicho expediente no ha sido actuado, puesto que no fue solicitado y tampoco se prescindió de su actuación, consecuentemente, se ha contraveni-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

do el debido proceso al haberse expedido las sentencias inferiores con autos diminutos” (Cas. Nº 09-99-Ucayali, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 248-249*).

“... No solo se ha infringido el artículo ciento veintidós, inciso cuarto, del Código Procesal Civil, sino también que (sic) se han violado las garantías constitucionales del derecho a un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, si el fallo ha sido emitido sin tener a la vista ni haberse prescindido del expediente glosado (expediente fenecido ofrecido y admitido como prueba) (Cas. Nº 3092-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 250-252*).

“... Sí el Colegiado solicitó el expediente (...) ofrecido como prueba, únicamente para tenerlo a la vista, no constituye una irregularidad...” (Cas. Nº 485-99-Piura, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 253-254*).

Si el ofrecimiento de los actuados judiciales guardan relación con la materia controvertida, el juez debe admitir la remisión de los mismos. Es nula la sentencia que se emite con autos diminutos (Exp. Nº 32044-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 391-392*).

## DOCUMENTOS EN OTRO IDIOMA

### ARTÍCULO 241

*Los documentos en idioma distinto del castellano serán acompañados de su traducción oficial o de perito comprendido en el artículo 268, sin cuyo requisito no serán admitidos.*

*Si la traducción es impugnada, el impugnante debe indicar expresamente en qué consiste el presunto defecto de traducción. En tal caso el Juez debe designar otro traductor, cuyos honorarios los pagará el impugnante. Si la observación resultara maliciosa, se impondrá una multa. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 478 inc. 1, 491 inc. 1, 553.  
C.P. arts. 395, 398, 409.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 260.

---

## Comentario

La referencia a la intervención de intérpretes al proceso lo encontramos regulado en los supuestos de la declaración de parte y de testigos que no entiendan o no se expresen en castellano. (ver artículo 195) sin embargo, la intervención del intérprete puede ser extensiva a los documentos redactados en idioma distinto también al Castellano.

Por intérprete se puede entender a la persona versada en dos o mas idiomas y que sirve de intermediaria entre otras personas, quienes por hablar y conocer solo lenguas distintas, no pueden entenderse.

Aunque repita, en distinto lenguaje, lo que las partes o testigos manifiesten, no cabe considerarlo ni como representante de aquellas ni como testigo de oídas. La índole procesal del intérprete ha de asimilarse a la de los peritos, ya que actúa por razón de la necesidad de sus conocimientos y como elemento auxiliar de justicia. La redacción del presente artículo también así lo involucra, al hacerle extensiva su designación bajo los alcances del artículo 268 del Código.

---

(\*) Texto según artículo único de la Ley 26807 (14/06/97).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Cuando el interprete interviene en actos procesales presta juramento o promesa y firma en las actuaciones donde desempeña oficialmente su función. Esta función permite también hacerle extensiva la responsabilidad penal que pudiere derivar en caso que emita traducción o interpretación falsa. (ver artículo 409 del Código Penal).

El artículo en comentario no hace referencia si la traducción debe comprender la totalidad del documento o solo a una parte de este; sin embargo, sería saludable para una mejor percepción del contenido de este, que la traducción no se limite a una parte del mismo.

La dimensión formal de los actos procesales encierra a los modos de expresión de estos, de la que no se puede sustraer el idioma y el lenguaje. La Ley Orgánica del Poder Judicial al referirse a esta dimensión del acto señala que estos se efectúen en Castellano (ver artículo 15).

## INEFICACIA POR FALSEDAD DE DOCUMENTO

### ARTÍCULO 242

*Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria.*

*Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 240, 300, 301.  
C.P. art. 427 y ss

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 261, 289, 291.

---

### Comentario

---

1. Existen dos modos de cuestionar la falsedad a documentos públicos o privados: la pretensión autónoma y el incidente.

En el primer supuesto, la pretensión civil tiene el carácter declarativo y busca obtener el pronunciamiento jurisdiccional que destruya el valor probatorio del contenido del documento.

Con el incidente, el cuestionamiento se hace mediante la tacha y para que ella proceda debe darse los siguientes supuestos:

Debe existir un proceso principal, debe orientarse a destruir la eficacia de un documento agregado al proceso como medio probatorio, debe interponer la parte a quien se opone, dentro del plazo de ley.

La falta de impugnación –mediante tacha– precluye la posibilidad de interponerla con posterioridad, sin embargo, puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda. (ver artículo 302 del CPC).

2. Un documento es falso cuando no es conforme con la realidad. Esta falta de conformidad se presenta con la apariencia o con el contenido del documento.

Este documento puede ser apreciado desde el aspecto extrínseco, por el objeto material, y desde el aspecto intrínseco, por las afirmaciones que contiene.

Esto nos lleva a decir que existe dos tipos de falsedad: material e ideológica. Esta última se orienta a cuestionar el aspecto intrínseco del documento.

El artículo en comentario hace referencia a la falsedad material, esto es, al documento y no al contenido de este; pues, en dicho caso le corresponde su cuestionamiento a través de la pretensión autónoma.

La impugnación debe limitarse a la afirmación de la falsedad de los documentos presentados. Si se opta por el incidente o tacha, solo puede fundarse en la falsedad material del documento (público o privado) y no en su falsedad ideológica.

En el documento público, la tacha se funda en la falsedad material: no ha sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo, por haberse alterado en la copia por vía de supresiones, modificaciones o agregados uno o más de los enunciados que contenía; por citar, una partida de nacimiento, que consigna por error una fecha de nacimiento que no corresponde al del registro originario.

La pretensión autónoma se basa en la falsedad ideológica: inexactitud de los hechos que el funcionario público hubiere anunciado cumplidos por el mismo o que han pasado en su presencia; por citar la constatación policial, en la que el funcionario que suscribe certifica que se ha apersonado al inmueble y ha verificado in situ, que este se encuentra abandonado, situación que es falsa, tanto su apersonamiento como la información que refiere haber personalmente constatado.

En el documento privado, solo se funda en su adulteración material. No es admisible acreditar la falsedad ideológica de los hechos relatados por las partes en el documento privado; ya que en tales supuestos es suficiente la prueba en contrario.

3. La fuerza probatoria del documento público radica en: el documento en sí y en el contenido del documento.

En el primer caso, se parte de la presunción de autenticidad, por tanto, corresponde a la otra parte, si estimará la falsedad del documento alegar y acreditar esa circunstancia. En este caso la presunción desaparece, el juez está facultado de oficio a rechazar el documento al confrontar con el original, presentar vicio o materiales notorios (borrones, irregularidades, firma, borraduras no salvadas).

En el segundo caso, cuando se cuestiona la fuerza en su contenido, tenemos que apreciar que:

El documento público hace plena fe hasta que sea declarado falso por acción civil o penal, de la existencia material de los hechos que el funcionario público hubiere anunciado como cumplido por el mismo o que han pasado en su presencia, como fecha y lugar de otorgamiento, comparecencia de las partes, autenticidad de sus firmas, observancia de las formas. Esto es, hechos que el funcionario público ha debido comprobar. El no haber adquirido conocimiento personal compromete la fe en él depositada. Para desvirtuar la verdad solo es admisible su impugnación por falsedad en sede civil o penal.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En el caso del documento privado, este carece de valor hasta que se pruebe su autenticidad por medio del reconocimiento expreso o tácito de la parte o a quien se perjudique.

Ambos documentos, público y privado reconocido, pueden ser cuestionados de falsos, a través de una pretensión civil declarativa que tenga como fin obtener un pronunciamiento jurisdiccional que destruya el valor probatorio del documento; en cambio el cuestionamiento penal busca aplicar la pena a los autores de la falsedad, a la vez que este gravitará sobre el proceso civil en el cual se haya presentado el documento impugnado. En ese sentido léase lo regulado en la última parte del artículo “si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil”.

4. En conclusión, cuando el documento público o privado que se afirma, por venir de la otra parte o de su causante, es presentado con la demanda, si el demandado pretende negar su autenticidad –como documento– debe formular tacha de falsedad material, dentro del término para contestar aquella o dentro del plazo que señala el Código según la vía procedimental.

La circunstancia de proponer la tacha por falsedad material en la oportunidad exigida por la ley procesal es importante porque, en caso negativo, se tiene por reconocido el documento si era privado no auténtico o por indiscutida su autenticidad si era público o privado auténtico, sin que posteriormente pueda desconocerse, ni impugnar la autenticidad.

Si se trata de un documento público o privado auténtico o cuyas firmas gocen de presunción de autenticidad, formulada la tacha, la carga de la prueba de falsedad corresponde a quien alega esta; en cambio, si es un documento privado no auténtico, le corresponde la carga de probar su autenticidad a la parte que lo presentó para aducir a su favor efectos jurídicos sustanciales o simplemente probatorios.

En caso de prosperar la tacha, la sentencia declara la ineficacia probatoria de los documentos impugnados, sin perjuicio, de disponer la remisión de los antecedentes ante el juez penal a fin que se investigue acerca de la comisión y autoría de un posible delito, pero no suspende el proceso.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si la recurrente alega la utilización de documentación fraguados por parte de la demandante para la subdivisión y posterior venta de lotes de terreno y tiendas, ello es una argumentación dirigida a cuestionar la validez misma del contrato de compraventa y que debe hacerse valer en vía de acción (Cas. N° 896-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.25-A.26).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La Sala no puede emitir válidamente sentencia si de autos obra que la recurrida se basa en prueba que se ha obtenido a través de la comisión de delito (Cas. Nº 602-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.30).*

*“... La tacha de un documento está referida a la falsedad de éste como tal, mas no al contenido del mismo, por no ser aquélla la vía para atacar su contenido...” (Exp. Nº 556-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 352-353).*

*A que no obstante que no es necesario el reconocimiento de un documento privado, si no hay tacha del mismo, se hace necesaria su actuación a fin de que el juez emita resolución con mayores elementos de juicio (Exp. Nº 1135-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 155-157).*

*Si la partida de nacimiento tiene las formalidades legales así como el acto jurídico que contiene, no puede declararse su nulidad.*

*Se evidencia comisión de delito al asentar en los registros civiles al menor adulterando la fecha de su nacimiento y sus verdaderos nombres (Exp. Nº 4800-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 26-28).*

## INEFICACIA POR NULIDAD DE DOCUMENTO

### ARTÍCULO 243

*Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 300, 301.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 inc. 4.

---

### Comentario

---

1. La impugnación de la eficacia probatoria de los documentos, se dan en el aspecto formal de estos, mas no en su contenido; ello, porque documento y su contenido son distintos. Como dice el artículo 237 del CPC, puede subsistir este aunque el primero sea declarado nulo; en igual sentido, véase lo regulado en el artículo 225 Código Civil.

A diferencia del artículo anterior, que regula la tacha al documento, ante la falsedad como documento, el presente artículo recoge la tacha al documento, pero sustentada en la ausencia de una formalidad esencial, que la Ley prescribe bajo sanción de nulidad. Aquí lo que se cuestiona, es la forma del documento, más no la falsedad de este.

2. El documento público para su validez debe otorgarse con las formalidades prescritas por la ley bajo pena de nulidad. Es nulo si el funcionario público ha perdido su capacidad, si actúa sin competencia o si no se han llenado las formas legales exigidas, de manera que la inobservancia del requisito surja del mismo instrumento. En estos casos, se debe buscar la declaración de la ineficacia del documento, no del acto. Véase por citar, el caso de la copia de una partida de nacimiento otorgada por un funcionario público, que al momento de suscribir el documento había sido cesado. Nótese que lo que se cuestiona aquí no es la falsedad del documento en sí, sino la formalidad de este, como es, haber sido suscrito por un funcionario no competente para ello. Sobre esta particular impugnación, Devis Echeandía<sup>(1)</sup> señala: “no son pruebas, ni siquiera de indicios, la

---

(1) DEVIS, Echeandia. Op. cit., p. 464.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

falsedad de una escritura pública, tomada aisladamente, las circunstancias que el Notario haya firmado con retraso y no inmediatamente después de firmar las partes, ni que se haya utilizado tintas distintas al manuscibirla, ni los servicios de varios amanuenses, ni distintas máquinas de escribir; sin embargo, consideramos que si existen copias de la escritura con diferente contenido que el de la matriz y esta presenta las peculiaridades mencionadas en el párrafo anterior (distintas caligrafías o tintas o tipos de máquinas de escribir) si se tendrán indicios graves de la posible adulteración de aquélla”.

3. En relación al cuestionamiento a la formalidad esencial del documento, véase el caso de la separación convencional, en la que los cónyuges para demostrar la existencia del vínculo conyugal y el plazo legal transcurrido para exigir su separación, acompañaron la partida de matrimonio, la misma que no se hallaba suscrita por el Alcalde o funcionario municipal correspondiente. El Ministerio Público, que asumía el rol de parte emplazada en dicho proceso, cuestionó la eficacia probatoria de la partida de matrimonio, por la omisión del funcionario municipal<sup>(2)</sup>. Nótese que ese cuestionamiento se orienta no al aspecto formal de la partida de matrimonio en sí misma, sino al acto jurídico que la contiene y que evidencia la carencia de un elemento formal del acto jurídico en sí, esto es, el cuestionamiento va al contenido del documento. Los cónyuges actores se desistieron del proceso de separación convencional, para luego, uno de ellos, demandar la nulidad del acto jurídico contenido en el citado documento (partida de matrimonio). Dicha pretensión se desestimó bajo el argumento que “ante la duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados” (ver artículo 273 Código Civil) situación que se había demostrado con lo actuado en el proceso de separación convencional y la propuesta de convenio redactada para dicho fin.



## JURISPRUDENCIA

---

*La sala Civil de la Corte Suprema tiene resuelto en forma reiterada que la tacha de documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados, y no a la nulidad o falsedad de los actos mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en vía de acción (Cas. Nº 1357-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 265, Junio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.5-A.7).*

*Si la escritura pública no contiene la firma del Notario, los interesados pueden invocar la Ley 1510 y pedir al juez autorice al Notario que le ha sucedido en el oficio subsane la omisión. Dicha omisión no genera la nulidad de la escritura pública (Exp. Nº 1054-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 117).*

(2) Los antecedentes del caso aparecen descritos en la ejecutoria recaída en el expediente Nº 830-97- Sala de Familia, de fecha 13 de setiembre de 1999, publicada en Ledesma. T.5, op. cit. p. 106.

## FALSEDAD O INEXISTENCIA DE LA MATRIZ

### ARTÍCULO 244

*La copia de un documento público declarado o comprobadamente falso o inexistente, no tiene eficacia probatoria. La misma regla se aplica a las copias certificadas de expedientes falsos o inexistentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 139, 240, 242.  
C.P. art. 427 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 162.  
C.P.C.N.. Argentina art. 395.

---

### Comentario

---

La falsedad material afecta al documento público a través de adulteraciones, supresiones o modificaciones en su texto. La falsedad intelectual concierne a la realidad de los hechos o actos que el funcionario público declara acontecidos en su presencia, en tanto que la falsedad ideológica se refiere a las circunstancias que se invocan o producen frente al funcionario público cuya autenticidad este no puede avalar.

Señala el artículo 235 del CP, el documento público que se presenta en copia merece la misma fe que el original. Puede impugnar la contraria su autenticidad para confrontarlo o cotejarlo la copia con el original. Este cotejo no solo opera para las escrituras públicas sino para la copia de cualquier documento público, sin embargo, puede darse el caso que el documento público carezca de protocolo o matriz, aquí no cabe confrontar sino practicar una pericia para verificar su autenticidad.

Si como consecuencia de esa pericia se logra acreditar que la copia del documento público es falsa o inexistente entonces no se asigna ninguna eficacia probatoria. Este mismo efecto es extensivo a las copias certificadas de expedientes falsos.

Debe procurarse cotejar la escritura o firma objeto de la prueba, con otras, que gocen de autenticidad de esa persona y que correspondan a la misma época, por ejemplo al mismo año, porque son frecuentes ciertos cambios de detalle; pero los

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

rasgos fundamentales son más estables, salvo impedimentos físicos por enfermedad o accidentes que puedan alterarlos.

Como toda peritación judicial, la grafológica tiene mayor o menor eficacia probatoria, de acuerdo con los conocimientos técnicos y demás condiciones subjetivas de los peritos (honorabilidad, reputación, antecedentes) y con las intrínsecas del dictamen (fundamentación, claridad y seguridad en las conclusiones, relación lógica entre aquéllas y estas, etc.).

Por último, los instrumentos privados agregados por las partes a los expedientes judiciales no adquieren por ese solo hecho el carácter de documentos públicos, ni tampoco los convierte en auténticos la expedición de un testimonio de esa pieza por el actuario.

## FECHA CIERTA

### ARTÍCULO 245

*Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:*

- 1. La muerte del otorgante;*
- 2. La presentación del documento ante funcionario público;*
- 3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;*
- 4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y,*
- 5. Otros casos análogos.*

*Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 191 párr. 2, 236.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 280.

---

## Comentario

---

1. Documento privado es el que otorgan las partes sin necesidad de autorización de un funcionario público. A este tipo de documento se le denomina “autógrafo” porque es obra de las partes en su privada relación y no como acontece con el documento público, denominado “heterógrafo” porque recoge la actividad de un funcionario público.

La parte que presenta un documento privado tiene la carga de probar su autenticidad porque asume la hipótesis de su desconocimiento por la parte a quien se los opone. No se atribuye ninguna presunción de autenticidad, ni en cuanto a su apariencia externa, ni en cuanto a la veracidad de su contenido. En cambio, un documento privado al quedar judicialmente reconocido tiene el mismo valor que un instrumento público, para quien o quienes lo suscribieron y también para sus sucesores.

2. Los documentos privados extienden su valor probatorio a terceros a partir del momento que adquieren fecha cierta, pues, con anterioridad no son oponibles a ellos. Lo que se extienden a terceros es la existencia de la fecha cierta, pero no su contenido y efectos.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para que el documento privado tenga fuerza probatoria es necesario contar con la fecha cierta. El artículo 245 del CPC regula diversos supuestos sobre la fecha cierta en el documento privado.

Bajo el supuesto del inciso 1, nos lleva a asumir que el documento privado produce eficacia jurídica, en lo relacionado a la fecha cierta desde la muerte del otorgante, pues, con ella cesa la capacidad civil. El inciso 2 exige la presentación del documento ante funcionario público, por citar, los escritos que presentan las partes al proceso, son documentos privados, pero al ser presentados y recepcionados por el juzgado, adquieren fecha cierta. Ella les da el cargo de recepción, que consiste en la constancia de la oficina del día de su presentación. Este escrito debe sellarse, al interesado la copia que queda en su poder, como prueba de su presentación y de la fecha.

En el caso del inciso 3 contempla la presentación del documento ante Notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas. La legalización no afecta la esencia del documento o acto que consta en éste, sino que confiere calidad incontestable a la firma de quien lo suscribe, o sea, auténtica la forma. La legalización es la declaración escrita, mediante la cual el Notario certifica la autenticidad de la firma aplicada al pie de un documento, y en casos especiales, la calidad personal del firmante, su identidad y otros datos, para que el documento haga fe plena donde se presente. Bajo ese contexto, véase la denuncia penal N° 211-2004-Lima<sup>(1)</sup>, que al amparo de la pericia grafotécnica N° 3067/04, colige que la funcionaria del Banco X, a efectos de hacer valer el documento denominado “transacción extrajudicial” ante el órgano jurisdiccional, presuntamente falsificó la firma de la agraviada, contando para ello con la complicidad del Notario Público, toda vez que ante dicho Notario se legalizaron las firmas de la agraviada. Por su parte, el Notario aduce que para la legalización de firmas no es necesaria la presencia de la recurrente (fe de conocimiento), menos tratándose de documentos que provienen de una entidad bancaria firmado por sus representantes legales, por cuanto existe vínculo contractual entre la entidad y el Notario; y que no tiene porque dudar de la fiabilidad del firmante. La funcionaria refiere que no concurrió a la Notaria Pública, por el acuerdo que existe entre la Notaria con el Banco; inclusive cuando se trata de instrumentos públicos protocolares, como las Escrituras Públicas, la firma suelen tomar en la Oficina del Banco. Frente a los hechos descritos, el Fiscal sostiene que el Notario está en la obligación de dar fe de conocimiento e identidad en forma personal y no a través de terceros, como presuntamente ha sido en el presente caso, por lo que debió de modo certero, contar con la presencia de las personas que firmaron dicho documento en su Despacho No-

---

(1) Véase la denuncia penal N° 211-2004, interpuesta por la 16 Fiscalía Provincial de Lima, contra Fernando Medina Raggio por delito contra la Administración Pública (incumplimiento de actos funcionales) en agravio del Estado.

tarial o ante su presencia y asimismo dar fe de su identidad, omitiendo por ello un acto funcional que acarrea responsabilidad penal conforme al artículo 145 de la Ley Notariado vigente, en razón de las características del documento a legalizar, hechos que deberán ser materia de exhaustiva investigación judicial”.

3. Los documentos privados de fecha cierta, adquieren una real dimensión cuando son contrastados en los procesos de tercería excluyente de propiedad.

Esta pretensión opera cuando se vulnera uno de los atributos de la propiedad, como consecuencia de la medida cautelar dictada sobre un bien de propiedad de un tercero ajeno a la relación procesal. Para la admisión a trámite de la tercería es fundamental que el demandante pruebe su derecho con documento público o privado de fecha cierta, señala el artículo 535 del CPC. Véase el caso de la compra venta de un bien inmueble materializada mediante minuta de compra venta con anterioridad al embargo. Dicha minuta, al reunir el supuesto del inciso 3 del artículo 245 del CPC, es un documento de fecha cierta, anterior a la medida de embargo, y por tal, prevalece aunque la inscripción en Registros Públicos, se haya efectuado con posterioridad a la inscripción del embargo. En tal sentido léase el siguiente caso<sup>(2)</sup>: “la propiedad del precitado bien se ha acreditado con el anticipo de legítima del 21 de setiembre de 1994 elevado a escritura pública el 3 de octubre del referido año y que fue inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima el 2 de febrero de 1996, sin embargo la medida cautelar fue inscrita el 12 de diciembre de 1995 (...) que en consecuencia debe dirimirse la controversia frente a dos derechos de distinta naturaleza, uno de índole personal (crediticio) y el otro un derecho real (de propiedad), dentro de ese orden de ideas prevalece el derecho de propiedad materializado en el anticipo de legítima por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar”.

4. Especial comentario merece la facultad notarial de los jueces de paz, para lo cual resulta interesante apreciar la Casación N° 1382-Huaura, mediante la cual, la Sala Suprema desestima una tercería excluyente de propiedad, señalando que el contrato de compraventa presentado por el recurrente no tiene fecha cierta, no obstante que las firmas de los intervinientes fueron legalizadas por un juez de paz. La Sala Suprema considera que un juez de paz no se encuentra facultado para ejercer funciones notariales, de modo que está imposibilitado de legalizar las firmas de quienes suscribieron un contrato.

Frente a dicha aseveración, hay que recordar que el artículo 68 de la LOPJ señala que los jueces de paz si tienen las mismas funciones notariales que los jueces de paz letrados, pero dentro del ámbito de su competencia. Podemos ade-

---

(2) Caso citado en LEDESMA, Marianella. Jurisprudencia Actual. Gaceta Jurídica. Lima. T.5, p. 477.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

más agregar que los juzgados de paz, cuya sede se encuentre a más de 10 kilómetros de distancia del lugar de residencia de un Notario Público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del Notario por más de 15 días continuos, tienen además respecto de las personas bienes y asuntos de su competencia, funciones notariales descritas en el artículo 58 de la LOPJ. Diremos entonces que mientras no concurren los supuestos señalados la facultad notarial del juez de paz no se activará. El ejercicio de ella está suspendida a la realización de la condición: el territorio y la ausencia. Se debe esperar su verificación para que la actividad notarial produzca sus efectos.

Para nuestro ordenamiento jurídico, en un mismo espacio no subsisten dos alternativas para el ejercicio de la actividad notarial. Una excluye a la otra. No pueden concurrir ambas a la vez, sino, que la facultad notarial del juez está condicionada en su ejercicio al presupuesto del territorio y la ausencia de notario en dicho espacio; sin embargo, la condición suspensiva para la eficacia de la actividad notarial presenta un vacío cuando la ausencia del notario no supere los 15 días continuos, a que refiere el artículo 58 de la LOPJ.

Otro aspecto a destacar en el juez de paz es que éste ejerce una función jurisdiccional dentro de los límites de su competencia. Si un juez ejerce dicha función sin haber sido nombrado en la forma prevista por Ley, nos encontramos ante un juez sin jurisdicción y por tanto sus actos son ineficaces; situación diferente a la actividad realizada por un juez incompetente. Este tiene jurisdicción pero no competencia para intervenir en determinadas materias.

La actividad jurisdiccional frente a jueces incompetentes no siempre es fatal, pues, hay situaciones como la que regula el inciso 2 artículo 1996 del CC, que produce la interrupción de la prescripción con la citación con la demanda, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.

Bajo dicha premisa diremos que todo juez de paz tiene jurisdicción administrativa para la actividad notarial, pero que el ejercicio de éste se encuentra suspendido por factores de territorio y ausencia. En tanto dichos presupuestos no operen, su competencia estará suspendida.



## JURISPRUDENCIA

---

*No producen eficacia jurídica los recibos que no contienen fecha cierta (Exp. N° 353-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 242-243)*

*El documento que no puede ser considerado como de fecha cierta, no tiene eficacia jurídica como tal, conforme lo dispone el artículo 245 de 1 CPC (Exp. N° 350-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 243-244).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, por tanto, corresponde probar con documentos de fecha cierta haber comunicado su deseo al comprador.*

*No tienen la calidad de documentos de fechas ciertas, si la fe notarial colocada al reverso de la primera, aparece que no fue entregada por ser inexistente la dirección a donde se remitía, y en la segunda es insuficiente la anotación efectuada en la misma, de que se entregó (Exp. N° 3474-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 104).*

## RECONOCIMIENTO

### ARTÍCULO 246

*El documento privado reconocido tiene para las partes y en relación a tercero, si este es el otorgante, el valor que el Juez le asigne.*

*No es necesario el reconocimiento, si no hay tacha.*

*Si compareciendo la parte se niega a reconocer, el documento será apreciado por el Juez al momento de resolver, atendiendo a la conducta del obligado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 236, 242, 248, 282, 292, 296 inc. 1, 442 inc. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 160, 163.  
C.P.C. Colombia art. 272.

---

### Comentario

Documentos privados son aquellos que provienen de personas privadas (sean partes o terceros, con relación al proceso) y que no encuadran dentro del concepto de documento público. A diferencia de estos (que tienen valor por sí mismos hasta tanto no sean declarados nulos) los documentos privados no tienen valor *per se* hasta tanto no sean declarados auténticos, por el reconocimiento expreso o tácito de la parte a quien perjudican; esto implica, que la parte que lo presenta tiene la carga de demostrar su autenticidad.

Por otro lado, toda persona contra quien se presenta en un proceso judicial un documento privado, que se le atribuye, tiene la carga procesal de declarar si es o no suya la firma (ver artículo 249 del CPC). Dicha carga se cumple, confiriéndole traslado del ofrecimiento del documento que se agrega al expediente. El silencio o respuesta evasiva configura un reconocimiento tácito del documento, por ello, el artículo en comentario acertadamente señala: “no es necesario el reconocimiento, si no hay tacha”.

Otra posibilidad que regula el artículo en comentario, es que el otorgante comparezca pero se niegue a reconocer el documento. Nótese que se trata de un supuesto distinto al que regula el artículo 247 del CPC, donde el obligado comparece y expresa desconocer el documento o su contenido. Frente al primer supuesto, de negarse a reconocer el documento, señala la norma, que el documento será apreciado por el juez al momento de resolver, aplicando los sucedáneos,

como el que regula el artículo 282 del CPC que dice: “El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción”.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el documento privado reconocido judicialmente por la parte contra quien se opone o declarado judicialmente reconocido, tiene el mismo valor que el documento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores. El documento público no difiere en su esencia del privado, sino solamente en el valor que la Ley le asigna y para asignarle dicho valor requiere la presencia de un funcionario público que garantiza ante la sociedad la actuación que él certifica; de ahí que podemos afirmar que en el documento privado se presume cierto el contenido del documento firmado en blanco o con espacios sin llenar, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad.

2. Los documentos privados constitutivos se hallan sujetos al requisito general de validez de la firma de quienes los otorgaron, la cual no puede ser en líneas generales reemplazada por signos o por las iniciales de los nombres y apellidos de aquellos, ni por su impresión digital.

Por otro lado, cuando el documento se hubiese hecho en varios ejemplares, no es necesario que las firmas de todas las partes se encuentren en cada uno de los originales, pues basta que cada uno de estos, que esté en poder de una de las partes, lleve la firma de la otra.

Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación no serán admitidas para su reconocimiento porque es un medio de comunicación escrita entre personas que no se hallan en presencia una de otra.

En lo referente a los documentos que no pueden ser transportados al local del juzgado, como sería el caso de un mural, bastará se individualice e indique el lugar donde se encuentra para que proceda el reconocimiento judicial o el pericial.

3. Es importante precisar que el curador procesal no tiene la carga de tachar un documento privado de falso, pues, ignora si proviene o no de su representado. Su silencio no puede producir el reconocimiento tácito.

Se debe tener en cuenta que el reconocimiento de un documento privado se debe oponer a quién aparece suscribiendo dicho documento, sea parte o tercero. Si es parte, tiene la carga de la tacha; si es un tercero tiene el deber de pronunciarse en relación a su autenticidad; lo que no implica que como documento en sí, no como contenido, pueda ser perfectamente tachado por la parte a pesar de no haber sido suscrito por esta sino por un tercero. Véase el caso en un proceso sobre desalojo por ocupante precario, en el que el demandado para demostrar su condición de inquilino, incorpora un contrato de arrendamiento suscrito por este

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

con el anterior propietario del inmueble. Como es un documento privado, el demandado pide el reconocimiento del tercero, anterior propietario, en su forma y contenido, esto es, como documento y como contenido de este. Dicha prueba documental, en ejercicio del contradictorio, perfectamente puede ser tachada por el demandante como documento, para destruir la eficacia probatoria, como tal, cuando advierte –por citar– que el documento de identidad que se consigna en el documento no es el correcto o el número de dígitos que refiere el RUC (registro unificado del contribuyente) no corresponde al que usaba a la fecha de la celebración del documento. Nótese que el cuestionamiento va al documento no al contenido de este. La autenticidad del acto que contiene el documento, puede ser apreciado solamente por quien aparece celebrándolo.



## JURISPRUDENCIA

---

*A que no obstante que no es necesario el reconocimiento de un documento privado, si no hay tacha del mismo, se hace necesaria su actuación a fin de que el juez emita resolución con mayores elementos de juicio (Exp. Nº 1135-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 155-157).*

## DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTO

### ARTÍCULO 247

*Si el obligado desconoce el documento o su contenido, se puede proceder a establecer su autenticidad a través del cotejo. Acreditada la autenticidad del documento, el Juez apreciará la conducta del falsario al momento de resolver, sin perjuicio de aplicarle una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 256, 257, 258, 282.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 214

C.P.C. Colombia art.275

---

### Comentario

La parte que presenta un documento privado tiene la carga de probar su autenticidad porque asume la hipótesis de su desconocimiento por la parte a quien se los opone. No se atribuye ninguna presunción de autenticidad, ni en cuanto a su apariencia externa, ni en cuanto a la veracidad de su contenido. Kielmanovich señala que “el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido, sin embargo, la presunción legal de autenticidad del texto del instrumento privado, surgida del reconocimiento de la firma, es *iuris tantum*, ya que el firmante puede manifestar que niega el contenido teniendo a su cargo la prueba de la impugnación”.

Cuando la parte contra quien se opone un documento privado para reconocerla, manifiesta que no lo acepta, está negando de hecho la autenticidad y por lo tanto se le impone la carga de demostrar su veracidad a través del cotejo.

Este es un acto por el cual se procede a través de peritos a comparar la firma de un documento impugnado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona. Por la naturaleza de esta actividad, se recurre a peritos calígrafos o grafológicos. No es indispensable ofrecer la pericia para el supuesto de desconocimiento de un documento en el momento de ofrecer la prueba. Puede hacerse al negar el requerido la autenticidad de la firma que se le atribuye o desconocer la atribuida a un tercero. La parte no tiene la carga de cubrir con las eventualidades derivadas del ofrecimiento pro-

batorio, ni la mala fe de su contraria, solo debe concretarse a ofrecer el reconocimiento en cuestión.

La autenticidad del documento se verifica a través de la prueba grafológica que consiste en el dictamen técnico comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona. El artículo 257 del CPC señala los documentos atribuidos al otorgante que servirán para el cotejo, según el orden de prelación que detalla la citada norma. Si bien la prueba pericial de cotejo es la ideal, no pueden excluirse otros medios de prueba como los testigos (que señalen si vieron firmar el documento). En tal sentido, la última parte del artículo 257 pone énfasis cuando no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento y este sea parte en el proceso o un tercero, a quien puede citarse, el juez ordenará que en su presencia escriba y firma un dictado; y si el documento es manuscrito, es mejor que este corresponda a parte de su texto.

En el caso del documento público, cuya apariencia es regular, tiene a su favor una presunción de autenticidad. Corresponde a quien niega su autenticidad probar la falsedad del acto. Opera aquí la transferencia de la carga de la prueba, a quien niega esa autenticidad. En el documento privado, la carga de probar su autenticidad se mantiene en quien ofrece dicho medio de prueba.

Por otro lado, la norma señala “acreditada la autenticidad del documento, el Juez apreciará la conducta del falsario al momento de resolver” para lo cual recurrirá a los sucedáneos para que a partir de la conducta procesal de las partes, el juez pueda extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, como señala el artículo 282 del CPC. La norma faculta al juez aplicar una sanción pecuniaria en caso que se demuestre la autenticidad del documento.

La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

## **JURISDICCIÓN Y ACCIÓN**

---

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez .

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

## FIRMA A RUEGO Y RECONOCIMIENTO

### ARTÍCULO 248

*Si el documento está firmado por un tercero a ruego del otorgante, se practicará el reconocimiento por ambos; debiendo el otorgante manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto, y si nota alteraciones, las señalará.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 246.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 273.

C.P.C.N. Argentina art. 119.

---

### Comentario

1. La primera idea a desarrollar en este comentario es definir que se entiende por firma. Según Devid Echeandia, “es la signatura autógrafa del documento, es decir, el escribir una persona su nombre, sea o no inteligente, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él, o para dar fe de su otorgamiento como testigo actuario, o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público”. Como se aprecia de la definición citada, el autor pone énfasis en atribuir la necesaria existencia de un autor jurídico, para distinguir de quien elabora o escribe un documento (autor material) por encargo de otra persona, en cuyo caso esta tiene aquella calidad.

2. La norma regula el caso de la firma que pone un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente o ser analfabeto. Cuando el documento fue firmado por otra persona a ruego, la prueba de su autenticidad debe incluir, la del ruego o mandato y la de su firma del rogado. En ese sentido la norma señala que “el reconocimiento se practicará por ambos”.

Ahora bien, ese reconocimiento debe orientarse a indagar del otorgante si la persona que firmó es la misma a quien rogó para tal fin. En ese sentido, no podemos calificar de firma a ruego la impresión digital, pues ella, no resulta apta como expresión de la voluntad y no supe la falta de firma, pese a que pueda haber sido estampada en presencia de testigos. En relación a la huella digital, Salvat y Lopez Olaciregui<sup>(1)</sup> expresan “admitida la libertad de dibujo y perfilado en la composición de la firma, debe señalarse que el grafismo estampado con ese carácter es firma.

---

(1) Citado por FALCÓN, Enrique. Op. cit. T.1, p. 841.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Hay libertad de composición. No hay en cambio, libertad de sustitución, es decir de reemplazar un grafismo por otra forma de expresión, de la conformidad: la impresión digital no es un grafismo sino otra forma de volcarse, el sujeto sobre el documento, no vale tanto como la firma”.

Los instrumentos privados constitutivos se hallan sujetos al requisito general de validez de la firma de quienes los otorgaron (sin perjuicio de su eficacia probatoria residual) la cual no puede ser en líneas generales reemplazada por signos o por las iniciales de los nombres y apellidos de aquellos ni por su impresión digital.

3. Cuando el otorgante señale que aprecia alteraciones en la firma a ruego es preciso someterla a una pericia grafológica que consiste en el dictamen técnico-comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona. Este dictamen técnico se utiliza como prueba de adulteración del documento por raspaduras, supresiones, enmendaduras, etc.

Cuando no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento y este sea parte en el proceso o un tercero a quien puede citarse: el juez ordena que en su presencia escriba y firme un dictado.

La norma señala que en la práctica del reconocimiento, “el otorgante debe manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto, y si nota alteraciones, las señalará. En ese sentido, aparece la Ejecutoria Suprema del 7 de octubre de 1975, recaída en el Exp: 967/75, que señala: “los escritos firmados a ruego deben expresar esa circunstancia, así como el impedimento para firmar y ser presentados por el interesado. En caso de no poderlo hacer, el secretario de juzgado, dejará constancia de este hecho, previa la comprobación respectiva”.

En relación a la firma de documentos, apreciése el caso que recoge el artículo 7 de la Ley N° 16587. Se dispone que las acciones provenientes de un título valor no pueden ser ejercidas contra quien no haya firmado dicho documento por sí o mediante mandatario; en ese sentido, resulta interesante el contenido de la casación N° 2928-00-Lima, de fecha 9 de febrero de 2001<sup>(2)</sup> que dice: “respecto a la firma en los títulos valores, la doctrina considera que las iniciales, una cruz, la impresión digital por no saber firmar y ni siquiera la firma a ruego con intervención de fedatario público, pueden suplirla (...) de allí que, quien no sabe o no puede firmar, solo puede crear títulos valores mediante apoderado facultado para hacerlo, resultando en virtud de ello el requisito de la firma, un elemento necesario en el título valor”. Posteriormente la Ley N° 27287 considera que en los títulos valores, además de de la firma autógrafa, pueden usarse medios gráficos, mecánicos o electrónicos de seguridad para su emisión, aceptación, garantía o transferencia, los que tendrán los mismos efectos y validez que la firma autógrafa para todos los fines de Ley.

(2) Véase el caso seguido por Ricardo Alberto Medina Cáceres con Máximo Huanaco Caccha sobre obligación de dar suma de dinero, expediente originario del 40 Juzgado Civil de Lima, exp: 3820-00.

## FORMA DEL RECONOCIMIENTO

### ARTÍCULO 249

*El citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en qué consisten estas.*

*Si el documento carece de firma, se interrogará al otorgante sobre la autenticidad de su contenido y, si hay alteraciones indicará en qué consisten estas.*

*Por muerte o incapacidad del otorgante, serán llamados a realizar el reconocimiento su heredero o su representante legal, quienes declararán sobre la autenticidad de la firma.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 660, 1218.  
C.P.C. arts. 2, 58, 253.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 215.  
C.P.C.M. Iberoamerica art. 161.  
C.P.C. Colombia art.269.

---

## Comentario

---

1. Los documentos, en atención a la función que van a asumir, pueden ser calificados de constitutivos o meramente probatorios de los actos jurídicos que recogen. Cuando se orienta a una función constitutiva, la Ley exige un requisito formal, indispensable para la validez de ciertos actos jurídicos, de modo tal, que su falta de otorgamiento determina la nulidad de tales actos; por citar, en la donación de bienes muebles, cuyo valor excede al fijado en el artículo 1623 del CC, se debe hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad señala el artículo 1624 del CC. Aquí la función del documento es doble, pues no solamente configura un requisito de validez del acto, sino que además constituye el único medio de prueba admisible para acreditar su existencia. En cambio, los documentos pueden asumir una función meramente probatoria, orientados a constatar la existencia de un acto jurídico respecto del cual la Ley no exige una forma determinada y sirve exclusivamente como un medio de prueba de ese tipo de actos, sin excluir su admisibilidad de otros medios, véase en este caso, el contrato privado de arrendamiento, que se redacta y suscribe como un medio de prueba del acto celebrado. Como ya se ha señalado, los documentos constitutivos se hallan sujetos –en cuanto a su validez– y sin perjuicio de la función probatoria, a un requisito de carácter general consistente en la firma de quienes lo han otorgado, la cual “no

puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres y apellidos” Como señala el artículo 249 del CPC, “el citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó” Frente a ello, emerge la discusión si la impresión de la huella digital puesta al pie de un documento privado puede sustituir a la firma. La tendencia es a su negación porque la huella digital no acredita fehacientemente el pensamiento y la voluntad de quien otorga el acto, situación que perfectamente podría ser suplida por la firma a ruego (ver artículo 248 del CPC). Como señala la literatura en este extremo, nada impediría que se tome la huella a un muerto y luego se muestre ella como señal de asentimiento.

2. El artículo regula el reconocimiento de documentos escritos con o sin firma. Se entiende por firma la signatura autógrafa del documento, es decir, el escribir una persona su nombre, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él, o para dar fe de su otorgamiento como secretario o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público.

La firma puede, aparecer o no, tanto en documentos públicos como privados.

En el caso de los funcionarios públicos, la firma es indispensable para que existan los documentos públicos, pues, sin ella no se considera autorizado por él; sin embargo, puede existir documentos públicos que no requieren firma de nadie para producir sus efectos probatorios, como los periódicos y demás publicaciones oficiales, elaborados por funcionarios públicos.

A diferencia del documento público, la firma del autor de un documento privado puede ser suplida por la de otra persona a quien aquél ruego que firme por él. (ver artículo 248 del CPC)

La norma en comentario –sin hacer distinción entre documentos públicos o privados– señala que el citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en que consisten estas.

El otro supuesto se refiere cuando el documento privado es manuscrito, pero no firmado. En este caso, señala “se interrogará al otorgante sobre la autenticidad de su contenido y, si hay alteraciones, indicará en que consisten estas” esto nos lleva a decir que se puede suplir la falta de firma de su autor recurriendo a la confesión; a los testigos que hayan presenciado cuando aquél lo manuscibió o por una prueba grafológica, sumada a indicios o testimonios, siempre que en estos casos no quede duda acerca que se perfeccionó el acto en el documento.

Frente al caso que el otorgante del documento hubiere fallecido o sufriera incapacidad, los llamados a realizar el reconocimiento serán sus herederos o representante legal. Según el Código ellos declararán sobre la “autenticidad de la firma”, sin embargo, consideramos de mucha exigencia tal pronunciamiento máxi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

me que no se sustenta en pericia alguna; en todo caso, debe centrarse en indagar si han visto firmar de la misma manera al presunto autor en diversas ocasiones. Nótese que la exigencia en este artículo se orienta a buscar la declaración sobre “la autenticidad de la firma”; sin embargo la redacción del artículo 253 del CPC permite la citación orientada al pronunciamiento sobre “la autenticidad del documento”.

3. Por último, el reconocimiento debe operar sobre un documento jurídicamente existente, por tanto, para calificarlo como tal, debe satisfacer –según Carnelutti<sup>(1)</sup>– los siguientes requisitos: a) debe referirse a una cosa o un objeto formado mediante un acto humano y que tenga aptitud representativa. Generalmente son cosas muebles, un cuadro o un escrito estampado en una pared, son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y en ocasiones con auxilio de peritos; b) que represente un hecho cualquiera y c) que tenga una significación probatoria.

---

(1) Citado por Devid Echandia, op. cit. p. 422

## RECONOCIMIENTO POR REPRESENTANTES

### ARTÍCULO 250

*Los documentos otorgados, extendidos o suscritos por quienes al tiempo de hacerlo tenían representante legal, serán reconocidos por estos o por sus actuales representantes.*

*La misma regla se aplica para el reconocimiento de documentos otorgados por personas jurídicas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 2, 58

---

### Comentario

---

La norma en comentario regula el supuesto del reconocimiento de documentos realizados por representación legal, sea de personas naturales o jurídicas. El reconocimiento es el acto expreso o implícito, mediante el cual, el autor del documento privado le otorga autenticidad.

Este reconocimiento puede recaer sobre documentos privados suscritos por la misma persona que los reconoce y también sobre documentos que no llevan firma ni sean manuscritos.

La representación –de manera general– podemos calificarla como un hecho jurídico por el cual un sujeto realiza un acto jurídico en lugar de otra persona y en él encuadran tanto la representación directa como la indirecta.

En relación a los documentos a reconocer, debemos asumir que se trata de documentos privados, otorgados, extendidos o suscritos por quienes al tiempo de hacerlo ejercían la representación legal. Decimos que se trata de documentos privados porque al carecer de valor probatorio por sí mismo, la parte que lo presenta le incumbe demostrar su autenticidad, situación que no es aplicable a los documentos públicos, porque la autenticidad se presume.

La norma exige que los documentos sean reconocidos por los representantes legales que les otorgaron o por sus actuales representantes porque lo que se busca con este reconocimiento es darle valor probatorio de auténtico a los documentos suscritos por representantes.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Devis Echeandia<sup>(1)</sup> considera que puede ocurrir que una persona confiese o admita que solicitó de otra la elaboración de un documento que no lleva su firma ni ha sido manuscrito por ella, ni firmado por otro a ruego; pero entonces no existe propiamente reconocimiento del documento, sino confesión o admisión del encargo o mandato para su elaboración, lo cual no significa que el acto documentado se haya perfeccionado.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Si bien es cierto, del poder por escritura pública (...) no se encuentra expresado dentro de las facultades, para reconocer documentos; también lo es, que aparece de la citada escritura de poder, que el apoderado de la demandada se encuentra facultado expresamente y en forma amplia para que intervenga en las acciones judiciales en el que la emplazada sea demandante o demandada; asimismo, se encuentra premunido de las facultades especiales, entre otros (sic) para demandar y contestar demanda; lo que implica la facultad implícita para reconocer documentos...” (Exp. N° 358-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 605-606).*

---

(1) Op. cit., p.449.

## RECONOCIMIENTO DE IMPRESOS

### ARTÍCULO 251

*Las publicaciones en diarios, revistas, libros y demás impresos, cualquiera sea el medio técnico utilizado, serán reconocidos por sus autores o responsables.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 249.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo responde a la clasificación del documento, en atención a su contenido, en declarativo o representativo. En el primer caso, éste se puede subdividir en dispositivo e informativo según constituyan, modifiquen o extingan relaciones jurídicas (un contrato, una letra de cambio, etc.) o se limiten a dejar constancia de una determinada situación de hecho (los hechos que registra el libro de actas de una asociación, las informaciones periodísticas, las apreciaciones contenidas en las historias clínicas, etc.). En cambio, los documentos representativos son aquellos que no contienen declaración alguna, como planos, mapas, hitos, fotografías, esculturas, etc.

2. Bajo la clasificación asumida líneas arriba, la norma en comentario hace referencia al documento declarativo, recogido en impresos, cualquiera sea el medio técnico utilizado, como diarios, revistas, libros entre otros. Como lo señala Devis Echeandia, documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas.

Aunque la norma no lo distinga expresamente, dichos impresos deben responder a publicaciones de índole privada, por el reconocimiento que se exige a sus autores o responsables. Véase el caso que en la revista X aparece publicado un artículo de autoría de Rocky, en el que se agravia la imagen profesional de foster. Esta interpone contra Rocky demanda de indemnización, para lo cual, Ofrece como prueba la citada revista que acoge la publicación del artículo. Como es un documento privado, para su eficacia probatoria, se debe pedir el reconocimiento del documento al autor de este, mas no al director de la Revista.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por la modalidad de la impresión, no cabría una pericia sobre el manuscrito de éstos, porque se recurre a medios mecánicos para la transcripción de éstos. Su valor dependerá en definitiva de su contenido y lo que ellos demuestren, aunque en principio no sirvan más que como principio de prueba escrita.

Contraria situación opera en el caso de impresos insertos en un periódico oficial. Aquí no es necesario el reconocimiento por referirse a una publicación oficial. Como señala Devis Echeandia<sup>(1)</sup> “hay documentos públicos que no requieren la firma de nadie para producir sus efectos probatorios, como los periódicos y demás publicaciones oficiales, los mapas, planos, cuadros, que obran en archivos oficiales, elaborados por funcionarios públicos; pero en este caso, es indispensable autenticar la copia que se aduzca al proceso”.

---

(1) Op. cit., p. 442.

## RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS NO ESCRITOS

### ARTÍCULO 252

*Los documentos no escritos a que se refiere el artículo 234, serán reconocidos por sus autores o responsables.*

*La parte que ofrece el medio probatorio tiene la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su actuación.*

*El Juez dejará constancia de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 234.

---

### Comentario

---

1. Los documentos –en atención a su contenido– pueden ser declarativos o representativos. En el primer caso, opera cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; en cambio son representativos cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre con los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías, las películas (que no contengan reproducción de voz humana) porque si la contiene son documentos privados declarativos y representativos a la vez.

Frente a los documentos descritos, la norma en comentario recoge el reconocimiento de los documentos no escritos, al margen que su contenido sea declarativo o representativo, lo importante es que sean reconocidos por sus autores o responsables; sin embargo como dice Devis Echeandía<sup>(1)</sup> “la prueba de la autenticidad de la fotocopia o fotografía de un documento, no significa siempre la autenticidad de éste; porque puede fotografiarse o fotocopiar un documento falso y a quienes declaren sobre aquélla puede no constarles si el original era o no auténtico. Por tanto, si el original no era un documento auténtico o que gozara de presunción de serlo (como un título valor negociable) es indispensable establecer tanto la autenticidad del original, como la de la copia, sea por el reconocimiento

---

(1) Op. cit., p. 478.

expreso o tácito de la parte contra quien se opone, o sea por confesión o mediante testigos y cotejo grafológico”.

2. Desde otra perspectiva se considera a los documentos en soporte de papel como los literales. La grafía de un documento equivale simbólicamente al modo o forma con que se representa o exterioriza materialmente un hecho determinado. Existen documentos no literales, cuando la representación está dada por signos diversos del alfanumérico usual, o por formas, diagramas u otros signos especiales.

Esta representación puede realizarse –según Carnelutti– en forma directa, es decir, sin intermediarios, mediante la estampa fidedigna de la imagen y del sonido (fotografía, cinematografía, fonografía) o indirecta mediante la escritura.

Devis Echeandía califica a las fotografías, películas y grabaciones como documentos representativos. “las fotografías de personas, cosas, predios, etc, sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el Juez; pero como es posible preparar dolosamente un conjunto fotográfico, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo, o mediante el dictamen de peritos, o por un conjunto fehaciente de indicios”.

Por otro lado, las películas tienen el valor que le corresponde a la fotografía; sino es posible agregarlas al expediente, pueden exhibirse ante el juez, en inspección judicial, dejándose en el acta constancia de lo pertinente. En igual forma, si la película fuera factible de incorporarla al proceso, la parte que ofrece el medio probatorio “tiene la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su actuación”, esto es, en la audiencia de Ley proporcionará los medios de reproducción de la película. Es importante señalar que no es suficiente el reconocimiento de dicha reproducción sino que además, el juez debe dejar constancia de lo que aprecia en el documento fílmico. En ese sentido, resulta coherente lo que señala la última parte del artículo en comentario: “el Juez dejará constancia de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes”. Sobre el particular, resulta interesante apreciar lo resuelto por la Sala Civil de Lima<sup>(2)</sup>, en el sentido que la actuación en contrario a lo señalado, se equiparía a la figura de la prueba no actuada, puesto que el resultado de la misma, no consta en autos. Dicha actuación es imposible de convalidación, así como, tampoco puede disponer el Colegiado su actuación porque se atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso.

---

(2) Ver exp: 4243-98 Sala de procesos abreviados y conocimientos, publicado en Ledesma. Op. Cit. T. 4, p. 414.

## MUERTE DEL OTORGANTE O AUTOR

### ARTÍCULO 253

*Por muerte del otorgante o autor serán citados a reconocer el heredero o en su defecto la persona que, a pedido de parte, pueda pronunciarse sobre la autenticidad del documento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 660, 1218.
C.P.C.	art. 249 párr. 3.

---

### Comentario

---

El reconocimiento es el acto en virtud del cual el autor del documento o sus causahabientes, le otorgan autenticidad, sea espontáneamente o por citación judicial a solicitud de parte interesada, o por no tacharlo de falso en el término señalado por la ley. La redacción de este artículo nos lleva a sostener que el reconocimiento de documentos privados no solo puede recaer en los suscritos por la misma persona que los reconoce, sino por su causante.

El reconocimiento opera sobre documentos manuscritos por las mismas personas, aun cuando no estén firmados por ellas, e inclusive sobre documentos que ni lleven firma ni sean manuscritos.

En caso que el reconocimiento se refiera a un documento que contenga la firma del otorgante y este hubiere fallecido, señala el artículo 249 del CPC que los llamados a realizar el reconocimiento serán sus herederos o su representante legal, quienes declararán sobre la autenticidad de la firma, sin embargo, consideramos de mucha exigencia tal pronunciamiento máxime que no se sustenta en pericia alguna; en todo caso, debe centrarse en indagar si han visto firmar de la misma manera al presunto autor en diversas ocasiones.

Nótese de la redacción de la norma, que no solo el heredero es el único que puede pronunciarse sobre la autenticidad del documento. Es posible que la parte —que solicita el reconocimiento— señale a la persona, ajena al heredero, quien se pronuncie acerca de la autenticidad del documento.

## FALTA DE RECONOCIMIENTO POR TERCEROS

### ARTÍCULO 254

*La ausencia o incumplimiento al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. IV, 232.

---

### Comentario

---

1. El reconocimiento de un documento privado -por la parte- implica una carga a diferencia del reconocimiento por terceros, que implica un deber; de tal manera, que el incumplimiento de ese deber es sancionado bajo las reglas aplicables para los testigos. Véase el caso del reconocimiento de una fotografía, que recoge en la escena, no solo la presencia de la parte contra quien se opone sino la de un tercero. Este tiene el deber, cuando sea citado, no solo de comparecer sino de declarar sobre el contenido de la fotografía que se le muestra, esto es, acerca de su presencia en la escena conjuntamente con la parte contra quien se opone dicho medio de prueba. Vemos que el rol que asume en los hechos que recoge la fotografía, es la de un testigo presencial.

La norma regula dos supuestos para el reconocimiento: la ausencia o el incumplimiento al reconocimiento, esto supone, la no comparecencia del tercero al reconocimiento solicitado o la comparecencia pero con resistencia a declarar sobre el documento privado que se le pide reconozca.

Como el procedimiento para la sanción se rige por las reglas de los testigos, es aplicable el artículo 232 del CPC, por tanto, resulta procedente imponer la multa no mayor de 5 unidades de referencia procesal, sin perjuicio, de ser conducido al juzgado con el auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el juez para el reconocimiento, solo si se considera necesario.

El otro supuesto es el incumplimiento al reconocimiento, el mismo que implica la comparecencia del tercero pero con renuencia a pronunciarse acerca de reconocer o no el documento (nótese que es renuencia, no desconocimiento de este). En atención a ello invocamos el artículo 218 del CPC (por aplicación supletoria según artículo 230 del CPC) que señala: "si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

persistir en su conducta el juez apreciará el momento de resolver la conducta del obligado”.

2. A la inversa, cuando el reconocimiento ya no proviene de un tercero sino de la propia parte, respecto de documentos de terceros, le bastará a la parte negarlos o decir que no le consta que la firma sea de ese tercero. En este caso también procederá el cotejo y la citación del tercero. Si el documento se demuestra que fue firmado por el tercero, no tendrá mas efectos en el proceso que esa declaración, ya que entre las partes no crea fecha cierta, ni tampoco demuestra la autenticidad de su contenido. Este documento de tercero podrá valer eventualmente como una prueba indiciaria o testimonial.

## COTEJO DE DOCUMENTO PÚBLICO

### ARTÍCULO 255

*Se puede ofrecer el cotejo de la copia de un documento público con su original.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 235.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México art. 138.

---

### Comentario

---

El documento público que se presente en copia merece la misma fe que el original, sin embargo, se permite que la autenticidad de la copia pueda ser impugnada por la contraria. En este supuesto procede la confrontación o el cotejo de la copia con el original; por ejemplo, cuando se cuestiona la falsedad de un documento público, en el extremo de la fecha de nacimiento que consigna la partida de nacimiento. Aquí opera el cotejo de la copia del documento público impugnado con su matriz.

El cotejo es el acto en cuya virtud se procede, por peritos, a comparar la copia del documento impugnado con el original, a fin de establecer si ella pertenece al mismo que obra en el protocolo o registro. El problema se presenta cuando el documento público carece de matriz, aquí no cabría la confrontación o cotejo sino una prueba pericial para verificar la autenticidad de la copia.

Hay que precisar que cuando la norma se refiere a documento público no solo debe circunscribirse a la escritura pública sino a la copia de cualquier documento público en general.



### JURISPRUDENCIA

---

*Nuestro ordenamiento procesal privilegia el principio de preclusión, en cuya virtud, los actos procesales deben ser realizados en determinada fase del proceso y cerrada esa etapa no corresponde emitir un pronunciamiento practicado en un acto anterior.*

*Si el juez admitió el medio probatorio de cotejo en la audiencia respectiva, no corresponde que luego rechace la probanza con argumentos que antes no tuvo en cuenta, toda vez que tal rechazo importaría la denegación de un medio probatorio sin que exista un pronunciamiento válido (Exp. N° 4213-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 408-409).*

## COTEJO DE COPIAS Y DOCUMENTO PRIVADO

### ARTÍCULO 256

*Si se tacha o no se reconoce una copia o un documento privado original, puede procederse al cotejo de la copia con el original o la del documento privado, en la forma prevista para la actuación de la prueba pericial en lo que corresponda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 236, 247, 265, 300.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia al cotejo de copias y documentos privados, a diferencia del artículo 255 del CPC que regula el cotejo de la copia de un documento público.

Los documentos privados carecen de certeza hasta tanto no se pruebe su autenticidad, sea mediante el reconocimiento expreso o tácito de la parte a quien perjudique; sin embargo, la parte a quien se opone el documento puede tachar este, por falso o por carecer de alguna formalidad prevista en la Ley, bajo sanción de nulidad. (ver artículos 242 y 243 del CPC).

El artículo en comentario se orienta al supuesto de dilucidar la falsedad del documento, para lo cual, se parte del hecho que “el obligado desconoce el documento o su contenido”, hecho diferente a que comparezca y se niegue a reconocer el documento, situación que será apreciada por el juez al momento de sentenciar, atendiendo a la conducta del obligado.

El hecho que los documentos privados carecen de valor probatorio, mientras no hayan sido reconocidos, no significa que deba descartarse en absoluto como elementos de prueba, ya que pueden valer como indicios, de los cuales se induzcan presunciones, a las que el Código les asigna eficacia

2. Como el obligado desconoce el documento o su contenido, para establecer su autenticidad se recurre al cotejo, tal como señala el artículo 247 del CPC. El cotejo es el acto, en cuya virtud se procede, con la intervención de peritos, a comparar la firma de un documento tachado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

También opera el cotejo, cuando no se reconoce una copia proveniente de un documento privado. En estos casos, procede el cotejo de la copia con el documento original, en la forma prevista para la actuación de la prueba pericial, en lo que corresponda.

Cuando la parte a quien se opone el documento privado desconoce categóricamente la firma, o sus herederos manifiestan ignorar la que se atribuye al supuesto firmante, debe observarse un procedimiento destinado a verificar la autenticidad de aquella. El cotejo constituye el acto en cuya virtud se procede, por peritos, a comparar la firma de un documento impugnado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentiséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta (sic) al Juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normatividad prevista para la actuación de la prueba pericial” (Cas. Nº 908-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 257-259).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98-Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

## COTEJO DE DOCUMENTOS ESCRITOS

### ARTÍCULO 257

*Cuando se trate de documentos escritos, el cotejo de la firma o letra se efectúa con los siguientes documentos atribuidos al otorgante:*

- 1. Documentos de identidad;*
- 2. Escrituras públicas;*
- 3. Documentos privados reconocidos judicialmente;*
- 4. Actuaciones judiciales;*
- 5. Partidas de los Registros del Estado Civil;*
- 6. Testamentos protocolizados;*
- 7. Títulos valores no observados; y,*
- 8. Otros documentos idóneos.*

*El cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden antes indicado.*

*El Juez puede disponer además que, en su presencia, la persona a quien se atribuye un documento tachado escriba y firme lo que le dicte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. V, 200.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamerica* art. 164.

*C.P.C. Colombia* arts. 255, 293.

*C.P.C.N.. Argentina* arts. 393, 394.

*C.F.P.C. México* arts. 140, 141, 142.

---

### Comentario

---

1. El citado artículo indica los documentos que pueden servir para el cotejo: el documento de identidad, escrituras públicas, documentos privados reconocidos o declarados auténticos, actuaciones judiciales, títulos valores y otros que ambas partes reconozcan.

Este cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden que señala la norma, sin embargo, consideramos saludable para el proceso, que se permita la posibilidad a que las partes se pongan de acuerdo sobre la elección de documentos para la pericia. Solo cuando no ocurre avenencia se debe permitir recurrir al juez para que los fije según las reglas que señala el presente artículo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese orden de ideas, nótese que los documentos públicos como el documento de identidad y las escrituras públicas tienen mayor preferencia para el cotejo que los documentos privados reconocidos judicialmente.

La idea central que consagra este artículo es que la pericia a realizarse en el cotejo recaiga sobre ciertos documentos de carácter “indubitable” para lo cual concurren los siguientes supuestos para calificarlos como tales:

Documentos en los cuales las firmas de las partes hayan sido puestas en presencia de un funcionario público o depositario de la fe pública, como las escrituras públicas, actas judiciales levantadas ante los secretarios o en presencia del juez, declaraciones prestadas en sede administrativa en presencia de funcionarios. En ese sentido, podemos considerar que no son documentos indubitables las firmas consignadas en documentos privados que las partes hayan agregado al expediente. (véase en ese sentido los incisos 1, 2, 4, 5, 6).

Otro criterio que se tiene en cuenta para seleccionar los documentos para el cotejo es, que sean documentos privados reconocidos judicialmente. Aunque la norma no lo precise, debemos entender que ese reconocimiento debe ser de manera expresa, pues, no es suficiente el reconocimiento basado en el silencio o la respuesta evasiva. En este sentido podemos considerar como referente para el cotejo, el documento tachado, en la parte, que haya sido reconocido como cierto por el litigante a quien perjudique. No se requiere que el reconocimiento haya tenido lugar en el proceso en el cual se practicará la pericia, ni que aquel acto se haya limitado al contenido del documento. (véase el inciso 3 en este extremo).

Las firmas registradas en establecimientos bancarios u otras similares que ofrezcan suficiente garantía de autenticidad, también son consideradas como referentes para el cotejo. (véase el inciso 7 en este extremo).

2. Si hay documentos auténticos de la misma persona y se encuentran en una oficina o un archivo público, se podría pedir los originales, si es posible su remisión, y, en caso contrario, se efectúa sobre ellos una inspección judicial con la asistencia de peritos, ante el juez de la causa o comisionado y se obtienen fotocopias.

Cuando se trate de un documento público o privado que se encuentra en poder de un particular que no es parte en el proceso, está obligado a exhibirlo en los casos y con las formalidades legales; puede pedirse también la exhibición cuando el documento esté en poder de otra de las partes del proceso.

La norma se pone en el supuesto que no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento, y este sea parte en el proceso o un tercero. Aquí, el juez debe ordenar que en su presencia escriba y firme un dictado, y si el documento es manuscrito es mejor que corresponda a parte de su texto. Puede darse el caso que se rehúse a escribir o no comparezca, en estos casos, conside-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ramos que el juez debe tener en cuenta la conducta procesal asumida por la parte. En otras legislaciones, esta resistencia motiva a que se tenga por reconocido el documento que cuestiona su autenticidad por la firma o por el contenido.

Un aspecto que no precisa la norma es la persona que hará el cotejo. Pensamos que por el conocimiento especializado que se requiere para determinar la firma o letra de quién suscribe el documento, es necesario que este se realice a través de una pericia grafológica, sin embargo, consideramos que podría también realizarlo el secretario del proceso, cuando el cuestionamiento del documento sea evidente con una simple apreciación visual.

## NORMAS ADICIONALES AL COTEJO

### ARTÍCULO 258

*El cotejo de documentos se rige, además, por las normas de la prueba pericial, en cuanto sean pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 208, 262, 265.

---

### Comentario

---

1. El cotejo es el acto en cuya virtud se procede, con la intervención de peritos, a comparar la firma de un documento tachado con la puesta en otros documentos indubitados, a fin de establecer si ellas pertenecen a una misma persona.

Se verifica a través de la prueba pericial la autenticidad de la firma. El Código no tiene una regulación expresa acerca del procedimiento a seguir en el cotejo, por ello, la norma en comentario considera que es de aplicación, en cuanto sean pertinentes, las reglas de la prueba pericial descritas en el capítulo VI de la presente sección.

2. Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza" En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver 1º disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas de la prueba pericial (artículo 262 al 271 del CPC) para suplir el vacío en la regulación del cotejo.



**JURISPRUDENCIA**

---

*“... Se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentiséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta (sic) al Juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normatividad prevista para la actuación de la prueba pericial” (Cas. Nº 908-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 257-259).*

## EXHIBICION POR TERCEROS

### ARTÍCULO 259

*Los terceros solo están obligados a exhibir los documentos que pertenezcan o manifiestamente incumban o se refieran a alguna de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 208 inc. 3, 293, 300.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Italia* art. 210

*C.P.C.M. Iberoamerica* art. 157

*C.P.C. Colombia* art. 277

*C.P.C.N.. Argentina* art. 389

---

### Comentario

---

1. La exhibición parte del principio, que todo documento está a disposición de las partes y del juez, como medio de prueba, en virtud del derecho abstracto de probar que tienen los litigantes. Como la exhibición está ligada a la idea de “disponibilidad del documento”, se permite la posibilidad jurídica de aducirlo como prueba en los procesos de cualquier clase, bien sea presentándolo en original o en copia, o verificando su existencia y contenido mediante la exhibición o la inspección judicial.

Con la inspección se busca asegurar al juez la posibilidad que tome contacto directo con la fuente de prueba, mientras que con la exhibición se tiende a adquirir materialmente para el proceso un documento.

En la inspección el juez toma contacto directo con la prueba, desplazándose físicamente y teniendo así una percepción directa de la prueba misma; en la exhibición, son las partes o el tercero quienes desplazan la cosa o el documento por orden del juez para que sea adquirida para el proceso.

2. La exhibición no solo opera cuando la prueba documental se encuentra en poder de la otra parte, sino también cuando está en poder de un tercero, esto implica, que no es necesario el documento, sea propiedad o no, de una u otra o de ambas partes.

Si el documento se encuentra en poder de alguna de ellas, da origen a la carga, pero, si está en poder de un tercero, implica un verdadero deber procesal del que solo podrá eximirse si alegase que el documento es de su exclusiva propiedad y que su exhibición podría ocasionarle perjuicio o esté sujeto a alguna

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

reserva legal; caso contrario su incumplimiento generará medidas compulsivas referidas en el artículo 261 del CP, no encontrándose regulada la conducción de grado o fuerza, como si aparece en el caso de los testigos y el reconocimiento de terceros. Nótese que la exhibición de los documentos por los terceros, está restringida al supuesto de la pertenencia o la incidencia del documento sobre alguna de las partes, esto es, que fuera de ellos no cabe la obligación de la exhibición por los terceros.

Por otro lado, cuando la parte ofrece la exhibición debe asumir la carga procesal de individualizarlo, al momento de interponer la demanda o su contestación, indicando su contenido, el lugar, archivo, personas en cuyo poder se encuentren. Cabe precisar que la admisibilidad del pedido de exhibición no se halla necesariamente subordinada al carácter común del documento. Basta que este sea representativo de un hecho propio de quien solicita la medida o que “manifiestamente le incumban” –como señala literalmente la norma– y que se encuentre en poder del adversario o tercero para petitionar la exhibición. Si el requerido para la exhibición lo acompañare podrá solicitar su oportuna devolución dejando copia en el expediente.



## JURISPRUDENCIA

---

*El juez que deniega la exhibición por considerar que la parte que alega un hecho debe acreditarlo debe tener en cuenta que el artículo 260 del Código Procesal Civil, refiere que la exhibición tiene por objeto la obtención de la presentación de documentos que no se encuentran en su poder y a los cuales la parte oferente no tiene acceso directo (Exp. N° 4873-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 426-427).*

*Si no se ha acreditado el cambio del sexo con la exhibición de la historia clínica no es posible autorizar un nombre femenino a quien está inscrito como varón.*

*El cambio de nombre importa también la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto al sexo (Exp. N° 870-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 108-109).*

## EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS DE PERSONAS JURÍDICAS Y COMERCIANTES

### ARTÍCULO 260

*Puede ordenarse la exhibición de los documentos de una persona jurídica o de un comerciante, dando el solicitante la idea más exacta que sea posible de su interés y del contenido. La actuación se limitará a los documentos que tengan relación necesaria con el proceso.*

*La exhibición se tiene por cumplida si se acompañan copias completas debidamente certificadas de los documentos ordenados.*

*Si la exhibición está referida a documentos públicos se cumple con ella dando razón de la dependencia en que está el original. A pedido de parte y en atención al volumen del material ofrecido, el Juez puede ordenar que la exhibición se actúe fuera del local del Juzgado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.	art. 2. inc. 10.
C.P.C.	art. 293.
C. de C.	arts. 45, 47, 48.
C.T.	art. 78 inc. 5.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 212.
C.P.C.M. Iberoamerica	art. 159.
C.P.C. Colombia	arts. 283, 284, 285, 286, 287, 288.

---

### Comentario

---

1. La exhibición de documentos puede ser realizado por personas naturales o jurídicas; comerciantes o no comerciantes. El artículo en comentario hace referencia a la exhibición de documentos de personas cuya actividad u oficio sea el comercio; a diferencia del artículo 259 del CPC que regula la exhibición de documentos por terceros, sin particularizar su oficio.

En ese sentido nuestro primer referente es definir a quién se considera comerciante. Según el artículo 1 del Código de Comercio, son comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente;

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

las compañías mercantiles o industriales que constituyeren con arreglo al Código de Comercio.

Los comerciantes llevarán necesariamente libros obligatorios y potestativos. El libro de inventarios y balances, el libro diario, el libro mayor, el copiator o copiadores de cartas y telegramas; los demás libros que ordenen las leyes especiales, se consideran como libros obligatorios. En mismo sentido, las sociedades o compañías llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán todos los acuerdos, que se refieran a la marcha y operaciones sociales tomados por las juntas generales.

La definición y contenido de cada libro se encuentran regulados en los artículos 37 al 41 del Código de Comercio.

Los comerciantes y sus herederos conservarán los libros, telegramas y correspondencia de su giro, por todo el tiempo que este dure y hasta cinco años después de la liquidación de todos sus negocios y dependencias mercantiles.

2. Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio están obligados a exhibirlos acompañando copias certificadas de los documentos ordenados, o designando el protocolo o archivo en que se hallan los originales, esto es, "dando razón de la dependencia en que está el original" cuando se refiera a documentos públicos. En ambos casos, la actuación de la exhibición debe limitarse a documentos que tengan relación necesaria con el proceso.

Para el Código de Comercio solo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición (ver artículo 47 C. de Comercio)

En esta diligencia debe examinarse primero los libros para ver si cumplen las prescripciones legales, como su certificación, foliación, etc y luego, se procede a practicar la exhibición. Las formalidades en los libros de contabilidad están detalladas en el artículo 36 del CC.

En el caso de la exhibición de una carta debemos tener en cuenta que el propietario de la carta, es como regla el destinatario, conservando el remitente el derecho de propiedad intelectual sobre la misma, sin perjuicio del derecho de su autor de solicitar su exhibición judicialmente.

En relación a la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes, el artículo 48 Código de Comercio, contiene cuatro reglas para graduar la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes.



### JURISPRUDENCIA

---

*El monto de la obligación proveniente del saldo deudor de la cuenta corriente, sobre el que se descargaban los débitos de la tarjeta de crédito, corresponde dilucidarse mediante la exhibición de los vouchers de consumo y de todas las operaciones de servicios que mantiene el ejecutante con el ejecutado. Resulta necesario además la exhibición de los contratos de cuenta corriente y de tarjeta de crédito citados (Exp. N° 98-34162-1817, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 223).*

*Debe ampararse la exhibición de los libros contables de la empresa ejecutante, pues, el deudor puede oponer al tenedor del título las excepciones que deriven de sus relaciones personales con éste.*

*Si en la contradicción se alega la inexistencia de la relación causal, corresponde a la parte contraria acreditarla, tanto más, si la actora por su actividad empresarial, le es factible, aportar documentos que acrediten la operación que diera lugar a la emisión y aceptación del título valor (Exp. N° 25784-1719-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 419-420).*

*Si la contradicción se sustenta en la nulidad y falsedad el contenida literal del pagaré por haber sido completado con pactos jamás concertados; y, el banco ejecutante al momento de absolver la contradicción sostiene que ha aplicado al pagaré en cobranza una suma producto del remate del warrant y el resto a cancelar un sobregiro, se hace necesario, la exhibición de los documentos que acrediten el desembolsa de la suma consignada en el pagaré y del acuerdo que lo sustenta (Exp. N° 1999-2916-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 420-421).*

*El juez que deniega la exhibición por considerar que la parte que alega un hecho debe acreditarlo debe tener en cuenta que el artículo 260 del Código Procesal Civil, refiere que la exhibición tiene por objeto la obtención de la presentación de documentos que no se encuentran en su poder y a los cuales la parte oferente no tiene acceso directo (Exp. N° 4873-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 426-427).*

## INCUMPLIMIENTO DE EXHIBICIÓN

### ARTÍCULO 261

*El incumplimiento de la parte obligada a la exhibición, será apreciado por el Juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.*

*Si el que incumple es un tercero, se le aplicará una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el Juez.*

*En ambos casos, la multa se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 53, 282, 293, 296.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 158.

---

### Comentario

---

1. Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio están obligados a exhibirlos o designar el archivo en que se halla el original. Nótese que la exhibición, no solo puede ser atribuida a la parte sino a un tercero, sin embargo, genera efectos distintos según la persona que incumpla la exhibición. Cuando el documento pertenece a la parte contraria o el sindicato pueda perjudicarse con él, se presenta el problema de saber si puede ser constreñido para exhibirlo. Según Devid Echeandía<sup>(1)</sup> para sostener la conclusión negativa se invoca la máxima latina, nadie puede ser obligado a suministrar pruebas contra si mismo; pero esta solución desconoce el carácter de interés público que el derecho moderno le reconoce a la jurisdicción y a toda clase de procesos judiciales, pues contempla solo el interés privado de esa parte. La tendencia, señala el autor citado, se orienta a considerarla como una carga procesal, con la imposición de consecuencias probatorias adversas a quien no la cumpla.

2. El tercero requerido podrá negarse a su presentación si el documento fuere de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiese ocasionarle perjuicio. Ante la

---

(1) Op. cit. T. 2, pp. 428-429.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

oposición formal del tenedor del documento consideramos que no debe insistirse en el requerimiento. Si lo acompañare podrá solicitar su oportuna devolución dejando copia de él, en el expediente. También puede acogerse a la exhibición fuera del local del juzgado, en atención a la última parte del artículo 260 del CPC.

3. La exhibición para la parte en el proceso es una carga y no un deber procesal. Cuando la prueba que se ofrece exhibir obra en poder de la contraria se le requerirá a esta para su presentación, en la audiencia que el juez señale. En caso de incumplimiento, señala la norma “será apreciada por el juez al momento de resolver”, esto implica que podría interpretarse su negativa, en conjunción con otros elementos de prueba, de los que resulte verosímilmente la existencia y contenido de aquella, como una presunción en su contra. Véase en ese sentido la redacción del artículo 282 del CPC referente a la presunción y conducta procesal de las partes.

La norma tampoco autoriza medios compulsivos para la apropiación física del documento; solo se aplica una sanción pecuniaria a quien se resiste a exhibir. El Código tampoco prevé justificaciones o excepciones para resistirse a la exhibición, sin embargo, consideramos que la parte puede negarse alegando perjuicios penales que le irrogaría o la violación de un secreto.

4. Cuando el documento que deba reconocerse se encontrará en poder de terceros, se les requerirá para que lo presenten. En este caso, nos ubicamos frente a un deber procesal, cuyo incumplimiento genera medios compulsivos y sanciones pecuniarias y penales, pero de ninguna manera presunciones a partir del incumplimiento, como la citada en el artículo 282 del CPC.

Las sanciones pecuniarias se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Pese a los reiterados pedidos del Colegiado para la exhibición, dicho acto no se ha cumplido y la Sala de mérito emite sentencia sin que se cumpla dicha exhibición, omitiendo dejarla sin efecto o haciendo referencia a esa falta en el texto de la sentencia; constituyendo ese proceder la afectación al debido proceso” (Cas. Nº 1671-96-Cajamarca, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 260-261).*

*“... En cuanto a la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso por recorte del derecho de prueba, afirma el recurrente que el ofrecimiento de la exhibición de documentos resulta procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil, contrario sensu; sin embargo, esta denuncia resulta manifiestamente improcedente pues por mandato expreso del artículo setecientos del Código Adjetivo, en el proceso ejecutivo solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia...” (Cas. Nº 2496-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 551-553).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98-Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

## Capítulo VI

---

# PERICIA

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 262

*La pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 188, 192 inc. 4, 258, 290, 300, 307 inc. 4, 417, 591, 525.
<b>C. de P.P.</b>	arts. 65, 160, 164, 214, 228, 232, 236 a 239, 242, 259, 302.
<b>C. de C.</b>	arts. 401, 402, 405, 410, 619, 706, 837, 866, 867.
<b>C.T.</b>	arts. 62 inc. 13, 125.
<b>LEY 26572</b>	art. 115.
<b>LEY 26636</b>	art. 36.
<b>LEY 26702</b>	art. 344.
<b>LEY 26887</b>	arts. 228, 240.
<b>R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ</b>	art. 1.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 165.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 233.
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	art. 457.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 143-153.

---

### Comentario

1. La pericia, es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos. En ese sentido podemos decir que no es procedente la pericia sobre puntos de derecho, tampoco cuando se trate de acreditar hechos simples. La pericia de parte es conocida en otros ámbitos como consultor técnico propio.

2. El perito se diferencia del testigo, porque entra en contacto con los hechos en forma deliberada y a raíz de un requerimiento judicial y puede expedirse no solo con relación a hechos pasados o presentes, sino también futuros. El testigo

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

da noticias sobre los hechos pasados, declara sobre sus percepciones; en cambio el perito formula juicios de valor o deducciones extraídas de los hechos percibidos, recién en el proceso. El testigo es insustituible, a diferencia del perito, pues, su aptitud para comprobar y enjuiciar hechos es común a todas aquellas personas de su especialidad. El testigo declara sobre hechos realizados fuera del proceso, sin encargo del juez, en cambio, el perito se pone en contacto con ellos a raíz del encargo que el juez le encomienda.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede amparar el otorgamiento de escritura si las pericias grafotécnicas actuadas en el proceso informan que la firma puesta en el contrato que se pretende elevar a escritura no corresponde al puño escribiente de su otorgante, es decir, que procede de una falsificación por imitación.*

*La prueba pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimiento especializado en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad contribuir al esclarecimiento de un hecho controvertido y brinda al juez los elementos necesarios que contribuyan a crear convicción (Exp. Nº 64317-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 534-535).*

*El juez está facultado a ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, cuando los ofrecidos por las partes sean insuficientes para forma convicción.*

*Tratándose de una obligación de pago proveniente de cuotas de mantenimiento, cuando la moneda de la República era el inti, el juez debe ordenar una pericia contable destinada a determinar el monto al cambio de la moneda circulante en el país (Exp. Nº 59302-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 416-418).*

*Debe desestimarse la nulidad de testamento si no prueba, de modo alguno, la pretensión, máxime si la pericia grafotécnica ha concluido que la letra y firma que obran en el testamento ológrafo impugnado, provienen de un mismo puño gráfico, perteneciente al causante (Exp. Nº 4013-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 139-140).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98-Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

*“... El peritaje es apreciado por el Juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica” (Cas. Nº 2194-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 289-290)*

*El peritaje de los grupos sanguíneos no es un examen determinante, como sí lo sería el examen de ácido desoxiribonucleico (ADN) para declarar la filiación extramatrimonial. El cuestionamiento del demandado para no someterse a la prueba del ADN por no ofrecerle*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

garantías el laboratorio, es un argumento deleznable pues la extracción de muestras, el envío al exterior y posterior recepción están sometidos a normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan el resultado de dicho peritaje (**Exp. N° 542-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 363-364**).

Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, la misma que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99.86%.

El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadra perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones (**Exp. N° 3114-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 365-367**).

Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica (**Exp. N° 3446-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 368**).

La prueba pericial es procedente cuando para apreciación de los hechos controvertidos se requiere de conocimientos especiales.

El informe pericial tiene únicamente valor ilustrativo (**Exp. N° N-261-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 360**).

“... Constituye una facultad del juzgador designar los peritos necesarios cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales...” (**Cas. N° 1109-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 264-265**).

“... La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las pericias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los Colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas” (**Cas. N° 649-95-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 271-273**).

Resulta intrascendente la pericia grafotécnica presentada para probar que la letra fue aceptada en blanco, porque es lícito aceptar un título valor incompleto. Todo lo contrario, los medio probatorios del demandado deben estar destinados a acreditar que el título valor fue completado en forma diferente a la originalmente pactada.

El hecho de no haber consignado en la sentencia apelada, el término “Vistos” no genera la nulidad de esta, si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (**Exp. N° 11211-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 561-562**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica (Exp. N° 3446-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 368).*

*“... El peritaje es apreciado por el Juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica” (Cas. N° 2194-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 289-290).*

## REQUISITOS

### ARTÍCULO 263

*Al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el Juez en el número que considere necesario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 55, 258, 264, párr. 1, 425 inc. 5.  
*R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ* art. 22.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamérica* arts. 166, 168.  
*C.P.C. Colombia* arts. 234, 236.  
*C.P.C.N. Argentina* art. 458.

---

## Comentario

---

1. El perito es un tercero ajeno a las partes y al juez. A diferencia del testigo, el perito puede ser una persona jurídica.

Como señala la norma, las partes al ofrecer la prueba pericial indicarán “los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”. Bajo ese contexto, no cabría admitir la actuación de la prueba pericial, si está busca determinar de manera general “el estado de salud de la demandante, frente a la pretensión indemnizatoria por mala praxis médica.” Hace falta en esas circunstancias, que precise el hecho controvertido a analizar, el tipo examen a practicar y la especialidad del perito en medicina que lo realizará.

También es importante señalar que tratándose de pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando de ser necesario los apremios de Ley.

2. Podemos señalar como requisitos objetivos para la pericia que se refieran a hechos controvertidos, susceptibles de percepción directa por parte de los peritos y se adecuen a la especialidad de quienes son designados en esa calidad. Por tanto, no procede someter a dictamen pericial hechos que no pueden sujetarse a la observación directa de los expertos, quienes deberán valerse de informes recibidos sin el control de las partes.

También cabe excluir de la pericia cuando se trate de acreditar hechos simples. Las cuestiones de hecho y derecho cuya apreciación y calificación incumbe al juez no pueden ser sometidos al dictamen pericial; sin embargo, se aprecia en la experiencia judicial de otros países, como Estados Unidos, que el Juez puede obtener el asesoramiento de un experto imparcial sobre la Ley aplicable a un procedimiento legal ante el juez, si el juez notifica a las partes de la persona consultada y la sustancia del asesoramiento, y les permite a las partes una oportunidad razonable para que respondan<sup>(1)</sup>.

3. Las partes no pueden valerse de la prueba de peritos para introducir en el proceso pruebas que deben ofrecerse y producirse en la forma que la ley establece, por tanto, es objetable la pericia que se sustenta en documentación extraña al proceso, ya que ella no puede ser vehículo para introducir extemporáneamente prueba documental.

En este sentido, si el actor que no presentó la prueba documental al interponer la demanda no puede, valerse de la pericia contable, para agregar al proceso documentos que no presentó en la oportunidad legalmente prevista.

También es improcedente la pericia relativa a que el experto ingeniero explique si es cierto que el daño se produjo por culpa del depositario, pues, el perito solo debe centrarse a establecer las causas externas e internas que produjeron el daño, sin determinar la responsabilidad, la misma que es exclusiva del juez.

Cuando la pericia tenga por objeto la comprobación de la autenticidad de un documento, se deberán indicar también al ofrecer la prueba los documentos que han de servir para la realización de ella.

El ofrecimiento de la pericia puede ser cuestionada a través de la oposición, cuya tramitación está regulada en el artículo 300 del CPC.

4. Por otro lado, nótese que no existen limitaciones legales al número de peritos. Ellos son designados por el juez en el número que considere necesario, sin embargo, existen casos en se fija un número legal de peritos, como sucede en las tasaciones en ejecución de garantías, a que refiere el artículo 720 del CPC.

Es importante el número de peritos designados para la emisión del dictamen, pues, en caso de pluralidad de peritos y estando en desacuerdo, ellos emiten dictámenes separados.

Los peritos están sujetos a recusación bajo las causales contenidas en el artículos 305 y 307 del CPC que le sean aplicables. Asimismo, tienen el deber de

---

(1) Ver Regla 3.4 del Código de Conducta de los Jueces en Estados Unidos, publicado en Revista Peruana de Jurisprudencia, año 5, No 31/setiembre 2003, Lima, p.232

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

abstenerse si se encuentran afectados por alguna de las causales de impedimento. La tramitación de la recusación está regulada en el artículo 315 del CPC.

Uno de los vacíos que presenta el CPC es el referido a la oportunidad del pago que tiene la parte que ha ofrecido la pericia. Usualmente los jueces admiten y ordenan ejecutar la pericia, sin otorgar un plazo previo al oferente para que empiece el honorario del perito, generando con ello la dilación del proceso hasta cuando la parte requerida para el honorario tenga la buena voluntad de cumplir con ello.

En algunos procesos inclusive se ha procedido a fraccionar el pago del honorario, en varias cuotas, retrazando con ello el inicio de la pericia de parte, hasta que cumpla con abonar el íntegro del monto fijado como honorario. Esta situación nos permite sugerir que los jueces deben fijar un plazo a la parte que ha ofrecido la pericia para el abono del honorario, bajo apercibimiento de prescindir de ella. Sobre la necesidad de mantener o prescindir de una prueba pericial, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la acción de amparo N° 613-2003-AA/TC promovida por Pedro Miranda Vásquez de la siguiente manera: “existiendo una tacha dirigida a cuestionar la minuta de compraventa y la escritura pública que exhibieron los demandados en un proceso de reivindicación, era indudable que la prueba de cotejo de documentos asumía un carácter esencial y determinante para dilucidar los puntos controvertidos, criterio que fue plenamente compartido por la jueza del 37 Juzgado Civil de Lima, al disponer, motu proprio, la realización de la citada prueba; sin embargo, resulta inexplicable que, a pesar de haber optado por el cotejo, la misma Jueza haya decidido prescindir de ella, so pretexto de que otros medios probatorios permitirían dilucidar lo controvertido. Si esto último hubiese sido cierto, simplemente no habría tenido ningún sentido ordenar la actuación de la mencionada prueba de cotejo, ni mucho menos nombrar a los peritos correspondientes. Aunque la razón principal por la cual se ha prescindido de la prueba de cotejo radica, en el tiempo y la naturaleza del proceso, no se termina de entender por qué, pese a haberse presentado el dictamen pericial con fecha 31 de julio de 1998, justificándose la demora en el período de gravidez en el que se encontraba uno de los peritos, la Jueza emplazada no le otorga ninguna meritua-ción, a pesar de que su sentencia fue expedida con fecha 5 de noviembre de 1998. En el contexto descrito, señala el Tribunal Constitucional, que no se ha tomado en cuenta el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que dispone “el juez debe atender a que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica”, tampoco el artículo 201 del CPC, que establece “el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad. Con este razonamiento, no es que se esté invitando al juez ordinario a quebrar el orden formal que caracteriza a los procesos de los que conoce, sino a orientarlos en provecho de la finalidad elemental o concreta para la que estos existen. De no ser así el proceso se tornaría en un instrumento meramente formal, sin ningún referente de contenido justo o propiamente razonable”.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

5. Por otra parte consideramos importante que se permita la presencia de las partes o apoderados o abogados en la realización de la operación pericial, siempre y cuando lo solicite con antelación la parte interesada en ella y la naturaleza de la pericia se pueda prestar para ello. Especial comentario merece el caso de la toma de muestras para la práctica de la pericia del ADN. Hay criterios que sostienen que sea el propio perito y no sus asistentes, quien deban tomar las muestras, pues ellas deben ser manipuladas con la debida seguridad y diligencia para su futura evaluación, sin embargo, posiciones contrarias sostienen que las muestras perfectamente pueden ser tomadas por asistentes del perito, pues la intervención de este, por sus conocimientos técnicos y científicos, no requiere que todo el procedimiento sea manipulado por este, lo que no le exime que pueda este supervisar la toma de las muestras y todo el mecanismo para su conservación. El conocimientopreciado del perito no radica en la toma de muestras, sino en ilustrar a partir de esas evidencias recogidas, los hechos controvertidos que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia.

Uno de los requisitos que se exige para proponer la pericia de parte, es indicar la profesión u oficio de quién debe practicarla. No es necesario que el perito cuente con un título profesional para su actuación, porque conforme lo señala el artículo 268 del CPC, puede darse el caso, que cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los juzgados donde no hayan peritos con título universitario.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para la admisión y actuación de una prueba pericial es necesario que se cumpla con las exigencias de los artículos 262 y 263 del CPC.*

*Si solo se ha ofrecido la pericia de parte, realizada por los peritos particulares, mas no la sustentación de la misma por los autores de dicho peritaje, resulta válido que el juez proceda a admitir el peritaje, pero no la fundamentación del mismo. El ofrecimiento de la pericia implica una explicación que deberá efectuar el perito al juzgador, con claridad y precisión, sobre los puntos que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretenden establecer con el resultado de la misma (Exp. Nº 27650-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 234).*

*Son requisitos de admisibilidad de la pericia, la indicación clara y precisa de los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarla y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia (Exp. Nº 2970-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 372).*

*“... La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos doscientos sesentitrés, doscientos sesenticinco y doscientos sesentiocho del Código Procesal Civil relativos a la designación de peritos y a la forma en que debe actuarse la prueba pericial constituye contra-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

vención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso...” (Cas. Nº 449-96-Ica, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 279-280*).

“...Aun cuando, efectivamente, la parte actora solicitó oportunamente la prueba pericial, la misma que le fue admitida por el Juzgado, (...) solicitó dicha prueba con omisión de los requisitos a que se contrae el artículo doscientos sesentitrés del Código Procesal Civil, por lo que no es viable su actuación...” (Exp. Nº 1283-94, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 278*).

Al ofrecer la pericia como medio probatorio se deben indicar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretende esclarecer con el resultado de la misma (Exp. Nº 164-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 247-248*).

Si el juez de la causa admite como medio probatorio la realización de una pericia grafotécnica, ésta debe ser realizada por peritos designados por éste, con indicación expresa de sus nombres y de acuerdo a la relación oficial emitida de la Corte Superior y no encargar a la Oficina de Criminalística, la emisión sin designación de los peritos, que esta reservada solo para procesos penales (Exp. Nº 761-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 159-161*).

## PERITO DE PARTE

### ARTÍCULO 264

*Las partes pueden, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el Juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el artículo 263, siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida.*

*Este perito podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el Juez ordene.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 202, 258, 263, 525.  
*R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ* art. 22 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamerica* art. 166.  
*C.P.C. Colombia* arts. 242, 462.  
*C.P.C.N. Argentina* arts. 459, 460.

---

## Comentario

---

La prueba pericial tiene como objeto comprobar o verificar un hecho controvertido para determinar sus causas o efectos. Requiere de conocimientos técnicos ajenos al juez, constituyéndose en un auxilio de este, por contar con la intervención de personas especializadas en arte, industria, técnica, etc.

Esta prueba se limita a aportar elementos de juicio a fin que ella sea libremente valorada por el juez. Estos peritos se comportan como intermediarios en el reconocimiento judicial de los hechos controvertidos, supliendo el conocimiento del que carece el juez.

La pericia puede operar como un medio probatorio de parte. En este caso, el ofrecimiento de la pericia debe cumplir con los requisitos que señala el artículo 263 del CPC y ofrecerse con la demanda o en la contestación. Luego de su admisión y como parte de su actuación, las partes pueden, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el Juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el artículo 263, siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida.

La pericia es un verdadero medio de prueba, ya que aún cuando el dictamen sustituya la percepción directa del hecho por parte del juez, incorpora al proceso un dato susceptible de provocar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El perito de parte podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el Juez ordene. Los artículos 265 y 266 del CPC regulan dicha actuación.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para la admisión y actuación de una prueba pericial es necesario que se cumpla con las exigencias de los artículos 262 y 263 del CPC.*

*Si solo se ha ofrecido la pericia de parte, realizada por los peritos particulares, mas no la sustentación de la misma por los autores de dicho peritaje, resulta válido que el juez proceda a admitir el peritaje, pero no la fundamentación del mismo. El ofrecimiento de la pericia implica una explicación que deberá efectuar el perito al juzgador, con claridad y precisión, sobre los puntos que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretenden establecer con el resultado de la misma (Exp. N° 27650-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 234)*

*No obstante que la entidad bancaria demandada ha anexado a su contradicción el informe interno pericial que concluye que las firmas de la demandante y los manuscritos trazados en los espacios gráficos de las boletas de retiro pertenecen al puño gráfico de la titular, así como su endoso; sin embargo, dicho informe pericial no constituye medio probatorio idóneo para eximir de responsabilidad a la entidad financiera, en razón de tratarse de un examen unilateral, al haberse llevado a cabo sin citación de la demandante, menos aún, ha sido materia de debate sus conclusiones en el proceso actual (Exp. N° 642-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 427-428)*

*Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrida ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el Juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial.*

*Además, en materia de prueba el Código Adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (Cas. N° 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11).*

*Si del tenor de la contradicción se advierte que uno de los puntos en controversia es la validez o invalidez de los títulos en ejecución, no resulta irrelevante admitir la pericia gráfica ofrecida por el ejecutado.*

*Contraviene la obligación que le impone el artículo 326 del CPC. el Juez que se reserva el derecho a formular la propuesta conciliatoria (Exp. N° 531-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 230-232).*

## ACTUACIÓN

### ARTÍCULO 265

*Si los peritos están de acuerdo, emiten un solo dictamen. Si hay desacuerdo, emiten dictámenes separados. Los dictámenes serán motivados y acompañados de los anexos que sean pertinentes. Los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas.*

*El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas. Por excepción, cuando la complejidad del caso lo justifique, será fundamentado en audiencia especial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 202, 208 inc. 1, 209, 256, 258, 270 párr. 2, 478 inc. 11, 491 inc. 10.
<b>LEY 26636</b>	art. 37.
<b>R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ</b>	art. 25.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 169, 172.
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 237.
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160.

---

## Comentario

El dictamen pericial no es prueba sino un medio de prueba desde que solo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba dice Alsina está constituida por el hecho mismo, y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto.

La pericia esta a cargo del perito designado por el juez, pudiendo las partes y sus letrados presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones pertinentes. En este sentido, frente a la omisión del experto de informar día y hora en que se llevaría a cabo la pericia, no pueden considerarse lesionadas las garantías constitucionales de defensa en juicio y del debido proceso, si el interesado no manifestó concretamente su intención de participar en la producción de la prueba impugnada, máxime que ha tenido oportunidad de hacer valer sus derechos al contestar el traslado de las conclusiones del perito.

El perito presenta su dictamen. Este es el acto mediante el cual, respondiendo a cada uno de los puntos propuestos por las partes o por el juez, da cuenta de las operaciones realizadas y expone su opinión fundada acerca de las conclusiones que a su juicio cabe extraer de aquellas.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La pericia responde a la formalidad de la escritura, a través del dictamen, y a la oralidad, a través del debate y explicación. Hay una preponderancia del principio de publicidad e inmediación en esta actuación.

El dictamen deberá contener la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y principios científicos invocados, presentando por separados sus respectivos informes cuando no hay acuerdo entre los peritos. En este sentido aparece una interesante resolución judicial que apreciando la pericia de grupos sanguíneos practicado al demandado señaló<sup>(1)</sup> "...no produce una absoluta convicción los resultados por carecer ella de motivación razonada, limitándose la prueba a dar indicaciones aritméticas que son por si mismas insuficientes, pues, los grupos sanguíneos únicamente permiten excluir, pero no afirmar la paternidad o maternidad".

La norma señala que el dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas, sin embargo, consideramos que luego de correr traslado a las partes del contenido del dictamen, ellas consideran –innecesario o no– que cada perito concurra a dar explicaciones o aclaraciones.

Al respecto cabe distinguir entre la observación de la pericia y la explicación de este por el perito, ya que mientras la primera es posible hacerla en la audiencia de pruebas, conforme lo señala el artículo 266 del CPC, el pedido de explicaciones se encuentra sujeto al procedimiento establecido en el artículo 265 del CPC, razón por la cual al no haber hecho uso de la observación en tiempo oportuno, no procede luego utilizar esos cuestionamientos como argumento para la apelación.

Como señala la norma, los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas. La presentación extemporánea del dictamen no autoriza su desglose ni perjudica su eficacia, en tanto el perito no hubiere sido removido o no se encontrará firme el auto que así lo dispuso. En estos casos procede una audiencia especial, a que refiere el artículo 270 del CPC.

No basta que el perito adquiera convicción sobre la materia de su dictamen sino que debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, por ello, el informe pericial que no da explicación pormenorizada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda su opinión, carece de fuerza probatoria.

Por otro lado, es interesante facultar a los peritos, como consultores técnicos, a instar a las partes a conciliar. Esto, que es una figura que regula la legislación procesal chilena, se justifica en la información especializada que maneja el perito

---

(1) Ver caso Lucrecia Orozco Zapata con Alejandro Toledo Manrique sobre Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Exp: 13092-99, Res. N° 7 del 2 de diciembre de 1999-Juzgados Civiles de Lima.

que puede contribuir a despejar dudas o aclarar ideas de las partes, que luego de la pericia puedan resultar convincentes para llegar a un acuerdo.



### JURISPRUDENCIA

---

*El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas y excepcionalmente, cuando la complejidad del caso lo justifique, será fundamentado en una audiencia de pruebas.*

*El juez debe adecuar la labor pericial tal como fue ofrecida y no como fue admitida (Exp. N° 983-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 233).*

*Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando de ser necesario los apremios de ley (Cas. N° 867-98-Cusco, El Peruano, 21/01/99, p. 2518).*

*Los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas, en la que serán éstos explicados, estableciéndose así una formalidad específica para el debate pericial.*

*Si el Juez pone en conocimiento de las partes el informe pericial recién en la audiencia de pruebas, atenta contra el debido proceso, porque se limita el derecho a analizar dicho medio probatorio y a efectuar los cuestionamientos correspondientes (Exp. N° 337-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 378).*

*El juez debe apreciar el dictamen de los peritos según las reglas de la crítica.*

*Aunque un dictamen haya sido formulado en determinado sentido el juzgador no puede adelantar opinión, asumiendo el criterio de los peritos, porque el pronunciamiento jurisdiccional le corresponde al Juez y no a los auxiliares de justicia (Exp. N° 2172-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 116-117).*

*“... La pericia valorativa del inmueble fue puesta en conocimiento del Banco recurrente (...), y si bien conforme al artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal el dictamen pericial debe ser explicado en la audiencia de prueba, el defecto de forma en la actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad, tal como precisa el artículo doscientos uno del mismo Código, pues en todo caso el impugnante no observó el citado peritaje no obstante tener conocimiento de ello oportunamente...” (Cas. N° 803-99-Piura, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 281-282).*

*Cuando se ofrece como medio de prueba la pericia, debe ser actuada en audiencia; por ello, se hace de conocimiento de las partes el informe pericial con la debida anticipación, a fin que las mismas puedan hacer las observaciones que consideren pertinentes, siendo necesaria la concurrencia obligatoria del perito a fin que se lleve a cabo el debate pericial, conforme lo dispone el artículo 266 del C.P.C (Exp. N° 1735-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 370-371).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... Se ha infringido la exigencia legal del debido proceso al dejarse de actuar la pericia ofrecida por la parte demandada y admitida por el Juez, infringiéndose lo dispuesto en el artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 1172-99-Sullana, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 276-277).*

*“... La Corte Superior omitió citar a audiencia especial para la actuación de la prueba pericial, pese a que la recurrente había formulado observaciones al informe pericial (...) (...) Que al obrar de esa forma se ha vulnerado el derecho a la defensa de la recurrente contenida en el inciso catorce del artículo ciento treintinueve de la Constitución” (Cas. Nº 563-99-Ica, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 284-286).*

*“Como el Juzgado no dispuso la continuación de la Audiencia de Pruebas, para la explicación del dictamen pericial, resulta indudable que se le restó al recurrente la posibilidad de observar el dictamen en la Audiencia, afectando su derecho al debido proceso en consecuencia se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiu-no del Código Procesal Civil” (Cas. Nº 310-99-Huaura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 342-344).*

*El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas conforme lo señala el artículo 265 del Código Procesal Civil. Es nulo el acto que soslaya las normas procesales (Exp. Nº 319-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 428-429).*

## OBSERVACIONES

### ARTÍCULO 266

*Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta.*

*Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones, mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia. Excepcionalmente el Juez puede conceder un plazo complementario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 202, 204, 209, 274.  
LEY 26636 art. 37.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 171.  
C.P.C.N.. Argentina art. 473.

---

## Comentario

El perito presenta su dictamen, respondiendo a cada uno de los puntos propuestos por las partes o incluidos por el juez. Da cuenta de las operaciones realizadas y expone su opinión fundada acerca de las conclusiones que a su juicio cabe extraer de aquellas.

Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta respectiva. El dictamen deberá contener la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y principios científicos invocados.

Las observaciones y correspondientes opiniones de los peritos consagran el principio de inmediación y publicidad en el debate probatorio.

La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez, teniendo en cuenta la competencia del perito, la uniformidad o disconformidad de opiniones y los principios científicos en que se sustentan.

Cuando la opinión del perito no hubiese sido impugnada en la etapa procesal oportuna, el juez puede apartarse de la pericia sobre la base de otros elementos probatorios incorporados a la causa, ya que la pérdida de la facultad de cuestionarla no le confiere por sí autoridad científica, ni lo exime a aquél de valorarla adecuadamente.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La audiencia de pruebas es importante porque la parte que ofreció la prueba, observa la procedencia de los nuevos puntos de la pericia propuestos por la otra parte al contestar la observación.

La práctica de la prueba pericial requiere de la actuación conjunta de peritos y de la posibilidad que las partes concurren a la diligencia y formulen observaciones que estimen pertinentes. En el primer caso, los expertos ejercen un recíproco control sobre el procedimiento y métodos utilizados y existe la necesidad y conveniencia que el dictamen sea el resultado de la discusión razonada acerca de hechos sobre los que versa la diligencia.

El dictamen pericial es el acto mediante el cual los peritos responden a cada uno de los puntos propuestos por las partes o por el juez. Dan cuenta de las operaciones realizadas y exponen su opinión fundada acerca de las conclusiones que a su juicio cabe extraer de aquéllos.

Tiene una forma escrita, contiene explicaciones detalladas de operaciones técnicas y principios científicos.



## JURISPRUDENCIA

---

*La pericia es un medio probatorio que requiere, previo conocimiento de las partes, su actuación en audiencia, conforme señala el artículo 265 del CPC; en la que además puede ser materia de observaciones, debiendo los peritos absolver las mismas, según fluye del artículo 266 del acotado (Exp. N° 510-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 384).*

*Cuando se ofrece como medio de prueba la pericia, debe ser actuada en audiencia; por ello, se hace de conocimiento de las partes el informe pericial con la debida anticipación, a fin que las mismas puedan hacer las observaciones que consideren pertinentes, siendo necesaria la concurrencia obligatoria del perito a fin que se lleve a cabo el debate pericial, conforme lo dispone el artículo 266 del CPC (Exp. N° 1735-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 370-371).*

*“... Los dictámenes periciales fueron en efecto observados por la impugnante en la audiencia complementaria (...), apareciendo en el acta mencionada las absoluciones de las observaciones planteadas por los peritos, y en relación a la ampliación de las observaciones presentadas por la demandada en su escrito de fojas (...), el mismo fue proveído por resolución (...) que dispone tener presente en lo que fuere de ley; cumpliéndose con las previsiones contenidas en el artículo doscientos sesentiséis del Código Procesal Civil, no estando establecido mandato alguno de pronunciamiento a cargo del Juez...” (Cas. N° 2459-99-Cono Norte, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 274-275).*

*“... Carece igualmente de relevancia las observaciones efectuadas a dicho peritaje o al peritaje de parte ofrecido (...), por cuanto la emplazada ha reconocido el contenido del documento dubitado...” (Cas. N° 1841-99-Junín, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 255-256).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El artículo 266 del C.P.C. establece que las partes pueden fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones mediante*

*escrito en un plazo no mayor de tres días de realizada la audiencia, pero no exige que se corra traslado a la otra parte de dichas observaciones, pues la Ley deja al criterio del juzgador definir dichas observaciones (Exp. N° 1404-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 157-159).*

*El juez debe apreciar el dictamen de los peritos según las reglas de la crítica.*

*Aunque un dictamen haya sido formulado en determinado sentido el juzgador no puede adelantar opinión, asumiendo el criterio de los peritos, porque el pronunciamiento jurisdiccional le corresponde al Juez y no a los auxiliares de justicia (Exp. N° 2172-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 116-117).*

*“... Las pericias ordenadas por el Aquo, si bien llegan ambas a las mismas conclusiones, no aportan una conclusión razonable al juzgador para emitir su fallo, al fundarse en supuestos distintos en cuanto al llenado del documento cuestionado, pues una pericia dice que el documento original contenía una cantidad diferente a la que afirma la otra pericia, por lo que estando al objeto mismo de la pericia y la trascendencia que puede darse de sus conclusiones, se hace necesario que se cuente con una nueva prueba elaborada por la División de Criminalística de la Policía Nacional, incidiendo necesariamente en el hecho de determinar si hubo suplantación de texto, en el recibo cuestionado...” (Exp. N° 864-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 291).*

## CONCURRENCIA

### ARTÍCULO 267

*Los peritos concurrirán a la inspección judicial cuando haya relación entre uno y otro medio probatorio, según disponga el Juez, de oficio o a petición de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 273, 274.

---

### Comentario

---

En la inspección judicial el juez debe apreciar personalmente los hechos. A través de su percepción este recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis; sin embargo, el juez puede disponer que a la inspección judicial acudan peritos (ver artículo 273 del CPC). Esto se explica porque el reconocimiento judicial permite la concurrencia simultánea de diversos medios de prueba, para su actuación. En tal sentido, léase el artículo 273 del CPC “a la inspección judicial acudirán los peritos y los testigos cuando el juez lo ordene, con arreglo a las disposiciones referidas a dichos medios probatorios”.

Estos son sujetos eventuales en el reconocimiento judicial. Los peritos son personas elegidas en razón de sus conocimientos técnicos por el juez. En ese sentido, el juez de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la intervención de peritos, para la ejecución de planos, levantamiento, reproducciones fotográficas, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos.

## NOMBRAMIENTO DE PERITOS

### ARTÍCULO 268

*El Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos antes señalados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 273, 274, 277, 278, 606.  
R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ art. 22.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 243.

---

### Comentario

1. La norma asigna a los órganos de gobierno de la institución judicial, llámese Consejo Ejecutivo del Poder Judicial o el Consejo Ejecutivo Distrital, la facultad de proponer anualmente especialistas para ser nombrados peritos en un proceso judicial.

En ese sentido, por Resolución Administrativa N° 609-CME-PJ del 14/04/98, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial crea el Registro de Peritos Judiciales – REPEJ– con el objeto de crear en los Distritos judiciales de la República, el Registro de Peritos Judiciales a cargo del Administrador de cada Corte Superior de Justicia, en donde se inscribirán a los profesionales o especialistas que podrán ser nombrados peritos en los procesos judiciales.

2. Para la propuesta de los peritos, se toma como referencia de primer orden, la información alcanzada por cada colegio profesional. Estos son ingresados al sistema informático judicial mediante un Registro de Peritos (REPEJ) cuyo procedimiento administrativo está regulado por la Res. Administrativa N° 351-98-SE-T-CME-PJ y Res. Administrativa N° 011-SE-TP-CME-PJ del 8 de enero de 2000; sin embargo, hay situaciones que no requieren de profesionales universitarios o requiriéndose no existen en las sedes de juzgados personas con un título que les habilite participar. En esos casos, cuando no hay peritos podrán ser nombrados

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

las personas entendidas, experimentadas en el tema a absolver, aún cuando carezcan de título profesional.

3. Si bien el sistema de designación de peritos a través del REPEJ es aleatorio, se advierte algunas anomalías en su operatividad, como centralizar las notificaciones a los peritos a través de dicha dependencia, REPEJ, generando con ello dilaciones en el proceso, situación que se complica cuando el perito designado no tiene domicilio procesal dentro del radio del Distrito Judicial en el que va a operar. Además, se advierte la tendencia de los peritos a no aceptar el cargo, cuando las pericias refieran poco valor patrimonial, pues, a futuro van a influenciar en la cuantía del honorario a percibir. Esta discriminación, por el valor patrimonial del objeto de la pericia, es una anomalía que afecta el costo y tiempo del proceso en el que se le ha designado.

4. La norma en comentario hace referencia a la elaboración anual de una lista de especialistas para ser nombrados peritos en el proceso. Parecería que nos inclinamos por la participación de personas naturales para tal actividad, sin embargo, debemos señalar que pueden realizar la actividad pericial personas jurídicas o colectivas, por citar, véase el caso en la prueba del ADN que es practicada por laboratorios privados y no por personas naturales.

Esto nos lleva a afirmar que el perito no es una persona física sino una persona colectiva, a diferencia del testigo que es una persona natural. El juez puede solicitar la participación de Academias o entidades de carácter científico o técnico cuando se requiera operaciones de alta especialización o complejidad.

No se trata de prueba informativa, (ver artículo 239 del CPC) ya que no se solicita informes sobre hechos que resulten de asientos, registros o documentos, sino que en la prueba pericial se efectúa una consulta, una opinión o apreciación a entidades de conocido prestigio intelectual y por su versado conocimiento científico o técnico de la entidad consultada.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos doscientos sesentitrés, doscientos sesenticinco y doscientos sesentiocho del Código Procesal Civil relativos a la designación de peritos y a la forma en que debe actuarse la prueba pericial) constituye contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso...” (Cas. N° 449-96-Ica, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 279-280).*

*“... La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las peri-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*cias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los Colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas" (Cas. Nº 649-95-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 271-273).*

## ACEPTACIÓN DEL CARGO

### ARTÍCULO 269

*Dentro de tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad. Si no lo hace, se tendrá por rehusado el nombramiento y se procederá a nombrar otro perito.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 525.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N.. Argentina art. 469.

---

### Comentario

La condición de perito no es una carga pues este puede rehusar aceptar la designación, sin mayor justificación, solo dejando transcurrir el plazo sin manifestar, de manera expresa, la aceptación del cargo. Opera aquí una renuncia tácita por el transcurso del tiempo, sin embargo, no se podría invocar la aceptación tácita, por más que transcurra el plazo y no se nombre otro perito para ello.

La aceptación del cargo, está condicionado a realizarse dentro del plazo asignado, por escrito y bajo juramento o promesa de actuar con veracidad.

Si el perito acepta, tiene responsabilidad civil y penal en su actuación, pero, tiene derecho a percibir honorarios que constituye carga de la parte que ha ofrecido como prueba. El juez tiene el deber, en caso hubiere transcurrido los tres días y el perito designado no hubiere aceptado el cargo, de proceder a designar otro en su reemplazo, pues, se presume ante su silencio que ha rehusado aceptar el cargo. No debe esperar que las partes le soliciten la nueva designación porque la dirección del proceso está a su cargo y por tanto, tiene el deber -no la facultad- de impulsarlo por sí mismo, a tal punto, que será responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, tal como lo enfatiza el artículo II del Título Preliminar del CPC.

A pesar que la norma procesal no lo señale, la aceptación del cargo del perito lleva a que este adicionalmente señale su domicilio, para comunicarle las incidencias del proceso relacionado con su participación. Nótese que el artículo 268 establece el mecanismo de su designación y el artículo 270 las sanciones que generarían si retardaren la presentación del dictamen. Se extiende la carga de constituir domicilio a quienes, sin revestir la calidad de partes, intervenga en el proceso con motivo de una designación efectuada para cumplir uno o mas actos procesales.



### JURISPRUDENCIA

---

*“... La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las pericias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los Colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas” (Cas. N° 649-95-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 271-273).*

## DAÑOS Y PERJUICIOS

### ARTÍCULO 270

*Los peritos que, sin justificación, retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas, serán subrogados y sancionados con multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar. En este caso, el dictamen pericial será materia de una audiencia especial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 53, 264, 265 últ. par, 478 inc. 11, 491 inc. 10.
C.P.	arts. 371, 395, 398, 409.
C. de P.P.	arts. 162, 163.
D.S. 017-93-JUS	art. 278.
R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ	art. 27 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 170.
-----------------------	-----------

---

## Comentario

---

1. El perito que aceptó el cargo será removido si rehúsa presentar su dictamen o no lo presenta oportunamente. El perito, a partir de la aceptación del cargo, como auxiliar de justicia se encuentra sujeto a sanciones civiles y penales, en el caso que no comparezca o que incurriera en falso testimonio. Por citar, el artículo 409 del Código Penal señala: “el testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

En cuanto al retraso en la presentación del dictamen, el artículo 371 del Código Penal regula lo siguiente: “el testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas...”.

La norma fija además como sanción administrativa el pago de multas, a favor del Estado.

El artículo 271 regula los honorarios de los peritos, sin embargo, el juez debe fijar al perito con anticipo el monto de sus honorarios. Este importe deberá ser asumido de manera directa ante el juzgado, mediante depósito judicial, la parte

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que ofreció la prueba, salvo que se trate de prueba de oficio. El incumplimiento de esta carga dentro de un plazo que asigna el juez, debe aparejar la caducidad automática de la prueba pericial.

2. Por otro lado, apreciése que la norma hace referencia a la subrogación de peritos, que es diferente al supuesto de la variación de peritos cuando se presume que el silencio de estos frente a la designación realizada implica que han rehusado el cargo.

La norma parte asumiendo la aceptación del cargo por parte del perito designado. Dicha aceptación conlleva a que el perito asuma derechos y deberes que cumplir. En tal sentido, la práctica de la pericia en los plazos señalados, la presentación del dictamen, la sustentación oral de este en la audiencia de Ley, son deberes propios del perito que cuando son incumplidos va a provocar dos situaciones, según el deber incumplido: que sea subrogado de su condición de perito o que sea pasible de una sanción pecuniaria, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar.

Apreciése que en el caso de la subrogación, este opera cuando el perito sin justificación retarda la presentación del dictamen. Aquí el juez no solo debe proceder a subrogar sino a designar en su reemplazo al nuevo perito, quien podrá aceptar el cargo, caso contrario, continuará bajo los alcances del artículo 269 del CPC.

El otro supuesto que recoge la norma es la práctica de la pericia, la presentación del dictamen pero la resistencia a concurrir a la audiencia de pruebas para la explicación de este conforme lo exige el artículo 265 del CPC. Aquí ya no cabe la subrogación, sino la sanción pecuniaria (multa), como expresión de las facultades coercitivas del juez (que regula el artículo 53 del CPC) frente a la resistencia del perito a cumplir los mandatos judiciales. La norma, frente a dicha resistencia, considera que el dictamen pericial sea materia de una audiencia especial.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Se acusa como vicio que afecta el derecho de defensa que se ha ordenado traer los autos para sentencias (sic) después de haberse expedido el informe pericial (...) sin convocara una audiencia especial en aplicación extensiva del artículo doscientos setenta del Código Adjetivo; (...) según el precepto antes mencionado el dictamen pericia) es materia de una audiencia especial cuando los peritos retarden sin justificación la presentación de su dictamen o no concurran a la Audiencia de Pruebas; (...) el precitado dispositivo es impertinente para el caso, pues la fundamentación del medio impugnatorio no se sustenta en el retardo en la presentación del informe pericia) o la incomparecencia de los peritos a la Audiencia de Pruebas y –además– la sentencia impugnada no se apoya en dicho dictamen, todo lo cual determina que no hay nexo causal entre el vicio acusado y el fallo...”*  
**(Cas. Nº 1060-99-Ica, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 287-288).**

*Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrido ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el Juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial.*

*Además, en materia de prueba el Código Adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración de la prueba, señalando que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (Cas. Nº 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11).*

## HONORARIO

### ARTÍCULO 271

*El Juez fijará el honorario de los peritos. Está obligada al pago la parte que ofrece la prueba. Cuando es ordenada de oficio, el honorario será pagado proporcionalmente por las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 527 párr. 3.
C. de P.P.	art. 161.
D.S. 017-93-JUS	art. 279.
R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ	art. 24.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 173.
C.P.C. Colombia	art. 239.
C.P.C.N.. Argentina	art. 461.

---

## Comentario

---

La norma regula el honorario del perito a su labor realizada. Debe existir una relación razonable entre la retribución que se fija y la tarea efectivamente cumplida por el perito.

Los jueces deben regular, de manera antelada, los honorarios de los peritos, de tal manera, que ellos no convengan con las partes el monto de estos. Esa conducta comprometería su imparcialidad o permitiría una razonable sospecha.

La producción y pago de la prueba pericial es asumida por cuenta de cada parte que ofreció la prueba y para cada perito.

En caso de designación de oficio, será abonada por las partes en forma proporcional, sin perjuicio que ulteriormente se reembolse el gasto con las costas del proceso. Esto significa que los honorarios derivados de la actuación de perito serán abonados por la parte vencida y condenada en costas. (ver artículo 412 del CPC).

Uno de los vacíos que presenta el CPC es el referido a la oportunidad del pago que tiene la parte que ha ofrecido la pericia. Usualmente los jueces admiten y ordenan ejecutar la pericia, sin otorgar un plazo previo al oferente para que empiece el honorario del perito, generando con ello la dilación del proceso hasta cuando la parte requerida para el pago del honorario tenga la buena voluntad de cumplir con ella.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En algunos procesos inclusive se ha procedido a fraccionar el pago del honorario, en varias cuotas, retrazando con ello el inicio de la pericia de parte, hasta que cumpla con abonar el íntegro del monto fijado. Esta situación nos permite sugerir que los jueces deben fijar un plazo a la parte que ha ofrecido la pericia para el abono del honorario, bajo apercibimiento de prescindir de ella. Apreciése que la actividad probatoria es una carga de las partes, de tal manera, que si la parte no viabiliza la pericia ofrecida y admitida dentro del plazo asignado, debe el juez –de oficio– prescindir de dicho medio de prueba, toda vez, que es un derecho de todo litigante a tener un proceso justo sin dilaciones indebidas.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las facultades coercitivas del Juez están orientadas a que las partes conserven una conducta procesal de respeto a la actividad judicial, pero no para exigir el pago de obligaciones. Los honorarios fijados a los peritos, no es otra cosa que la contraprestación al servicio de emitir un peritaje. Ante el supuesto del no pago, importa una deuda dineraria que no puede dar lugar a una sanción (Exp. N° 97-56804-2044-A, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 158).*

*Corresponde asumir el pago de honorarios de los peritos -nombrados por el Juzgado- a la parte que ofrece la pericia; siendo irrelevante para tal efecto, que una entidad bancaria se haya adjudicado el bien (Exp. N° 1415-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 385).*

*El juez fija el honorario de los peritos, correspondiendo su pago a la parte que ofreció la prueba.*

*Los honorarios constituyen costas judiciales que serán necesariamente reembolsadas por la parte vencida (Exp. N° 515-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 361).*

*El hecho que la parte emplazada formule oposición a la subrogación del perito por haber contactado y sufragado parte de sus honorarios profesionales no es óbice para que el Juez imponga a ésta y al letrado que patrocina una multa por haber transgredido los principios del artículo IV del Título Preliminar del C.P.C.*

*Si bien el Juez fija el honorario del perito, también es cierto que la parte que ofrece dicha prueba está obligada al pago de éste (Exp. N° 12924-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 407-408).*

## Capítulo VII

# INSPECCIÓN JUDICIAL

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 272

*La inspección judicial procede cuando el Juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 188, 192 inc. 5, 208 párr. 6, 300, 505 inc. 5, 606.</i>
<i>C. de P.P.</i>	<i>art. 170.</i>
<i>C.T.</i>	<i>art. 125.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 38.</i>

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>arts. 258, 259, 260, 261, 262.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>art. 174.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 244, 245, 246, 247.</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>arts. 161-171.</i>

---

### Comentario

La inspección judicial denominada también examen judicial es la percepción sensorial directa efectuada por el juez o colegiados sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características. Los objetos de verificación deben estar relacionados con los puntos controvertidos del proceso.

Se critica que se denomine a este medio probatorio “inspección ocular” porque son expresiones que restringen la actividad del juez a una mera percepción visual de las materias que constituyen el objeto de la diligencia, sin embargo, en ellas también puede utilizarse el oído, el gusto, el olfato y el tacto, cuando se trata de comprobar la existencia de ruidos molestos y la existencia de malos olores.

En inspección judicial el juez debe apreciar personalmente los hechos. Ello constituye un ejemplo típico de prueba directa. A través de la percepción común del juez este recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis. La percepción común del juez recae sobre un instrumento que suministra un dato inmediatamente revela-

dor del hecho mismo que se intenta probar y no sobre instrumentos que, en razón de suministrar datos representativos de ese hecho, proporcionan prueba en forma mediata

En cuanto a la naturaleza jurídica del reconocimiento judicial se dice que no configura, técnicamente, un verdadero medio de prueba porque mediante aquel no se incorpora “un antecedente que no conste ya en el proceso mismo”

Se trata de la apreciación de una prueba, pues ella estará constituida o resultará de la cosa sobre la cual recaiga la inspección; la diligencia solo servirá para ilustrar al juez, permitiéndole aclarar circunstancias que de otra manera no habrían podido ser valoradas con precisión”.

Dicha tesis no es compartida por Palacio<sup>(1)</sup> quien la considera errónea, por cuanto la cosa sobre la cual recae el reconocimiento no configura en sí misma una prueba, sino un instrumento probatorio del cual cabe extraer un dato (fuente de prueba) que cotejado con los hechos controvertidos (objeto de prueba) permitirá al juez convencerse de la existencia o inexistencias de estos.

Según Palacios, la circunstancia que el lugar, la cosa o la persona reconocidas suministren un dato (fuente) coincidente con el hecho a probar no altera el carácter de medio probatorio que reviste el reconocimiento judicial, pues dicho carácter está dado por la actividad desplegada por el juez a fin de verificar, mediante su percepción sensorial, las cualidades o características del lugar, cosa o persona sometidas a examen.

Nuestra legislación procesal no regula la reconstrucción de los hechos. Optar por este medio de prueba, implicaría voltear la mirada al pasado, a diferencia de la inspección judicial, que verifica el presente los hechos que se le muestra.

Otra de las limitaciones que apreciamos en la práctica de este medio de prueba se refiere a la vulneración del principio de inmediación, cuando un juez ajeno al proceso, realiza este reconocimiento por exhorto. Como señala el artículo 151 del CPC “cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto”. En ese sentido léase el artículo 156 de la LOPJ “los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”, por tanto, bajo la influencia de la LOPJ perfectamente podría ordenar el juez de primera instancia que la inspección judicial la realice el juez de paz letrado –vía exhorto– dentro de un mismo ámbito territorial. Frente a ello, véase lo regulado por el artículo V del TP del CPC “las audiencias y la actuación de los medios probatorios se realizarán ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad” sin embargo se exceptúan de este

---

(1) Op. cit. T. IV, p. 480.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

principio las actuaciones procesales por comisión, pero, cuando opere fuera del ámbito de competencia territorial del juez del proceso. Algunos invocan, para contrarrestar las limitaciones de la competencia territorial, a la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin embargo, ese referente normativo no resulta aplicable al proceso civil porque conforme lo señala la 10ª Disposición Complementaria del CPC “las normas del Código Procesal Civil se aplican preferentemente respecto de las de aquella” En ese mismo sentido la 25 Disposición Final de la Ley Orgánica también hace referencia a la supremacía del Código Procesal en relación a ella.

Por último, debemos precisar que al implicar la inspección judicial un reconocimiento que hace el juez de manera directa sobre los hechos, técnicamente su denominación en el Código podría ser asumida como reconocimiento judicial.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. Nº 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203).*

*El juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos. Dada la naturaleza del medio probatorio, como es la inspección judicial, no cabe legalmente que el Juez de la causa encargue el cumplimiento de ella, al Juez de Paz (Exp. Nº 1657-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 239-240).*

*Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba.*

*En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el Juzgador se forme convicción (Exp. Nº 1297-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 351-352).*

*Si en el curso del proceso no aparece determinada con claridad el área del predio cuyo desalojo se persigue, y si no se ha aportado ningún elemento de juicio que permita evidenciarlo, resulta necesaria la práctica de una inspección judicial a efectos de precisar la ubicación y extensión del bien sub-júdice (Exp. Nº 1109-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 373-375).*

*Es pertinente ofrecer como medio probatorio la inspección judicial sobre el inmueble de litis y la visión de un videocasete, para acreditar las condiciones en que se encontraba el terreno antes del contrato de compraventa, cuya resolución e indemnización se demanda (Exp. Nº 3941-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 222).*

## ASISTENCIA DE PERITOS Y TESTIGOS

### ARTÍCULO 273

*A la inspección judicial acudirán los peritos y los testigos cuando el Juez lo ordene, con arreglo a las disposiciones referidas a dichos medios probatorios.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 222, 267.

---

### Comentario

---

1. Son sujetos necesarios de la prueba: el órgano judicial y las partes que deben ser citadas a concurrir a la ejecución de aquel; sin embargo existen sujetos eventuales en el reconocimiento judicial, como los testigos y peritos

Se entiende por testigo a la persona en cuya presencia se cumple un hecho que cae bajo sus sentidos. Los peritos son personas elegidas en razón de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, por el juez.

Como señala la norma, se permite acudir a la inspección judicial a los peritos y testigos. Ello se explica, en este último caso, porque tiende a activar o reavivar la memoria del testigo, o en su caso permitirle una referencia más concreta sobre los hechos que expone. En la inspección judicial es el juez quien toma información directamente y la completa con las declaraciones de los testigos en el lugar, a fin que aclaren su entendimiento.

2. El perito se diferencia del testigo, porque entra en contacto con los hechos en forma deliberada y a raíz de un requerimiento judicial y puede expedirse no solo con relación a hechos pasados o presentes, sino también futuros. El testigo da noticias sobre los hechos pasados, declara sobre sus percepciones; en cambio el perito formula juicios de valor o deducciones extraídas de los hechos percibidos, recién en el proceso. El testigo es insustituible, a diferencia del perito que es fungible o sustituible, pues, su aptitud para comprobar y enjuiciar hechos es común a todas aquellas personas de su especialidad. El testigo declara sobre hechos realizados fuera del proceso, sin encargo del juez, en cambio, el perito se pone en contacto con el hecho a raíz del encargo que el juez le encomienda.

## CONTENIDO DEL ACTA

### ARTÍCULO 274

*En el acta el Juez describirá el lugar en que se practica la inspección judicial, los hechos, objetos o circunstancias que observe directamente, según sea el caso, y un resumen pertinente de las observaciones de los peritos, los testigos, las partes y sus Abogados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 222, 266, 272.

---

### Comentario

---

1. La resolución que ordene la inspección judicial debe individualizar lo que deba constituir su objeto y se determinará el lugar, fecha y hora en que se realizará para posibilitar a las partes y sus abogados la concurrencia al acto.

La inspección judicial puede ser resultado de una carga de las partes o de una facultad de oficio del juez, en ambos casos, es necesario la individualización del objeto de la inspección a fin que las partes adopten por anticipado las medidas tendientes a controlar el debido cumplimiento de la diligencia y puedan estar en condiciones de requerir las medidas complementarias que aseguren su eficacia o de valerse del asesoramiento necesario para formular sus observaciones.

Si la orden se dispone a pedido de parte, pesa sobre está la carga de precisar el objeto y finalidad de la diligencia

2. Las partes podrán concurrir con sus representantes legales y abogados. La eficacia probatoria de la inspección judicial requiere el levantamiento del acta en el la que se deje constancia de las percepciones y observaciones recogidas durante la inspección. Las constancias registradas en el acta, deben ser valoradas el sentenciar.

La concurrencia de las partes es voluntaria porque para ellas representa una carga, no así para los testigos y peritos, para quienes constituye un deber. A pesar de la concurrencia de los diversos sujetos citados, debemos tener presente que el protagonista único de la inspección judicial es el juez. Las partes, sus representantes, abogados, tienen la posibilidad de intervenir, pero limitadamente, al solo efecto de señalar algunos aspectos que se consideren de interés, o formular observaciones o indicaciones para la eficacia de la medida, de lo cual se debe dejar constancia en el acta.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La redacción del acta se debe hacerla circunstanciada, pormenorizada, teniendo en cuenta que ella servirá para cuando el superior jerárquico tenga que conocer el caso en revisión o cuando la diligencia ha sido practicada por un juez que no será el de la sentencia.

Las constancias del acta de inspección judicial son elementos que solo sirven para mejor enfocar el estudio de las pruebas acumuladas. Compartimos la recomendación que el juez que quiera dejar constancia en el acta, debe limitarse a registrar comprobaciones objetivas, sin consignar apreciaciones que pudieren considerarse como opiniones sobre puntos en discusión.

3. El juez para brindar una mejor información de lo que ha verificado en la inspección podría asistirse del video, fotografías o planos; esto es importante porque la deficiente redacción de las actas (por caligrafías que no son legibles o por problemas de redacción de estas) así como la memoria frágil del magistrado y la posibilidad que no pueda este permanecer en la dirección del proceso, genera dificultad para valorar esta prueba tanto por el mismo juez como por sus sucesores y la instancia revisora; por ello, sugerimos que el juez –si considera pertinente– disponga auxiliarse de estos medios al convocar a la inspección judicial. Estos auxilios en la reproducción de lo que el juez ha verificado deben ser considerados como parte del reconocimiento judicial y obrarán insertos al acta, como anexos de esta, en el caso que se utilice la fotografía o se levante empíricamente un plano; las cintas de audio y de video también son anexadas como muestra de lo que el juez ha constatado in situ, cuya descripción aparece reproducida en el acta respectiva.

Otra situación que se advierte en el acta es la ilegibilidad de los manuscritos de quien lo redacta. Existe valiosa información consignada en el acta, pero una mala caligrafía hace que no pueda apreciarse con comodidad el contenido de ella, por ello, sería recomendable que luego de la inspección judicial, se proceda a la transcripción mecanográfica del manuscrito del acta, para una mejor apreciación de su contenido.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... Al haberse realizado la inspección judicial (...) sin la notificación de la parte demandada, máxime que ésta se ha realizado dentro del proceso, se ha incurrido en causal de nulidad, por haberse privado del derecho de defensa...” (Cas. Nº 2704-97-Apurímac, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 292-294).*

## Capítulo VIII

---

# SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

### FINALIDAD DE LOS SUCEDÁNEOS

#### ARTÍCULO 275

*Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 188, 191.

---

### Comentario

---

Los sucedáneos son mecanismos auxiliares para lograr la finalidad de los medios probatorios. Opera cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directa que los constate por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos) sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de estos y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio.

Aquí el objeto de la prueba no es conocido de manera directa por la percepción del juez o de un tercero, sino mediante su deducción, a partir de un hecho previamente probado. Ese hecho que sirve para la comprobación de aquél, es el indicio. Este es un hecho base, a partir del cual, puede inferirse la presunción.

Nuestro Código, teniendo en cuenta el objetivo de la prueba, asume la clasificación de esta en directa o inmediata y la indirecta o mediata. La primera tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones, es decir, sirve para comprobar directamente dichas afirmaciones. La segunda sirve para extraer nuevas afirmaciones, que permitirán fijar por deducción los hechos controvertidos. Por eso, en este caso, se habla de la prueba indiciaria, por presunciones o crítica. En ese sentido, Carnelutti considera prueba, al testimonio, al documento y al indicio. Prueba judi-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cial incluye tanto la fuente, el medio a través del cual se incorpora al proceso, como las razones por las cuales, el juez saca la conclusión.

Devis Echeandia<sup>(1)</sup> al distinguir entre medio y sucedáneo de prueba considera que el concepto de sucedáneo de prueba es útil para aplicarlo a los casos en que el juez puede recurrir a otro expediente para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver el fondo de la cuestión debatida. Desde este punto de vista existen dos sucedáneos de prueba, según el autor, las presunciones legales *iuris tantum* y *iuris et de iuris*, pues hacen innecesaria la prueba del hecho presumido, y la certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho que interese al proceso, por ausencia o deficiencia de la prueba, y no le es posible producirla de oficio o está precluida la etapa procesal para hacerlo.



## JURISPRUDENCIA

---

*La probanza para los fines de la filiación debe ser contundente, lo que no debe ocurrir tratándose de los alimentos para un hijo alimentista.*

*La propia naturaleza de los hechos, hace difícil acreditar objetivamente las relaciones íntimas que hubiera mantenido la madre con la persona contra quien se reclama los alimentos, razón por la cual se tiene que recurrir a indicios y a presunciones para llegar a la conclusión determinante sobre las relaciones imputadas (Exp. Nº 606-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 32).*

*La evidencia de falta de formalidad en el documento que contiene la celebración del matrimonio carece de consistencia, si está acreditado que ambos cónyuges demandaron la separación convencional, de la cual se desistieron.*

*La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados (Exp. Nº 830-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 16).*

*“... Recurrir a los sucedáneos de prueba constituye una facultad del juzgador, con la finalidad de corroborar o complementar el valor de los medios probatorios, no siendo exigible acudir a ellos cuando se llega a la convicción sobre un hecho con los medios que se tiene...” (Cas. Nº 2783-99-Lambayeque, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 297-298)*

*“... El artículo doscientos setentecincos del Código Adjetivo faculta a los Jueces para valerse de auxilios sucedáneos para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de éstos; sin embargo, el recurrente pretende que el juzgador solo puede basarse en dichos medios sucedáneos cuando han sido actuados u ofrecidos por una parte, posición errada que desconoce una potestad del juzgador...” (Cas. Nº 2546-99-Piura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 299-300)*

---

(1) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. T. II, op. cit., p. 193.

## INDICIO

### ARTÍCULO 276

*El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.D.I.P. art. 407.  
LEY 26636 art. 41.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 248.

---

## Comentario

1. Indicio es el rastro, vestigio, huella, circunstancia debidamente acreditado, susceptible de llevar por la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.

El indicio constituye una prueba indirecta de la cual el juez puede sacar conclusiones útiles para la demostración de los hechos. Es punto de partida para establecer una presunción. Es una prueba crítica o lógica o indirecta.

Para Fenech<sup>(1)</sup>, los indicios pueden concebirse “como hechos que, por sí solos, no pueden constituir un hecho base del que pueda establecerse como cierto el hecho presunto; la relación se establece entre una serie o conjunto de hechos, de una parte, que son los indicios, y un solo hecho de la otra parte, y únicamente cuando todos los indicios convergen sobre este otro hecho, puede éste admitirse como cierto”.

2. Una de las disquisiciones que se plantea en la doctrina acerca de los indicios, es reconocer el carácter de medio de prueba. Un sector considera que los indicios no son prueba, sino objeto y argumento de prueba. Su error, para quienes sostienen ello, radica en contemplar el hecho en sí mismo, separado de la inferencia que de él obtiene el juez y que constituye su fuerza probatoria. Felizmente, nuestro Código si lo reconoce y pone énfasis en este extremo al señalar en el presente artículo que “los medios probatorios, adquieren significación en su con-

---

(1) Fenech. El proceso penal. Barcelona, 1956, p. 136, citado por DE PINA Rafael. Tratado de las pruebas civiles, 3º ed. Porrúa S.A. Mexico, 1981, pp. 244-245.

junto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”.

3. Nuestro Código separa las presunciones de los indicios. Haciendo una distinción de estos señalamos que el indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados, que le permite al juez darle valor probatorio a aquel, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata.

La presunción judicial sirve para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios.

El indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, la presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado y el indiciario han ocurrido.

4. Para que exista indicios con fines probatorios es indispensable que se reúna los siguientes requisitos:

a. el hecho indicador debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no hay plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inferir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura.

b. el hecho probado debe tener alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga, por existir alguna conexión lógica entre ellos. La mayor o menor fuerza probatoria del indicio, depende del mayor o menor nexo lógico que exista entre aquél y el hecho desconocido que se pretende demostrar.

Los indicios para que constituyan prueba válida es necesario según Devis Echeandia<sup>(2)</sup> que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido practicadas y admitidas en forma legal; que no hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley para demostrar el indicio; que no exista una nulidad del proceso, que vicie las pruebas del indicio; y que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o el indicado.

5. La prueba de indicios es importante para suplir la falta de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez. Su importancia señala Devis Echeandia<sup>(3)</sup>, creció en el derecho moderno

(2) Op. cit., pp. 517-518.

(3) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales. T. II, 10 ed. Dike. Medellín, 1994, p. 508.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cuando gracias a la libertad que se dio al juez para valorarla, de acuerdo con las reglas de la sociología, de la lógica y de la experiencia, se reconoció que puede llegar a ser plena o completa, suficientemente para formar por sí sola la convicción o certeza necesaria para proferir la decisión sobre los hechos investigados.



### JURISPRUDENCIA

---

*No obstante no haberse acreditado debidamente los ingresos del demandado, sus frecuentes viajes al extranjero revelan que tiene capacidad económica suficiente para que acuda con alimentos en la proporción debida y en forma prudencial (Exp. N° 3356-95, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 138).*

*Para un hijo alimentista no cabe discutir la paternidad sino la obligación alimentaria del que debe prestar los alimentos, razón por la que tampoco se requiere de prueba tan completa como para establecer la paternidad extramatrimonial sino de elementos probatorios que al ser evaluados, persuadan al Juzgador sobre las relaciones habidas del demandado con la demandante durante la época de la concepción (Exp. N° 713-94-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 226-228).*

## PRESUNCIÓN

### ARTÍCULO 277

*Es el razonamiento lógico crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 188, 524.  
C.D.I.P. art. 406.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 176.  
C.F.P.C. México art. 190.

---

### Comentario

---

El Código distingue los indicios de las presunciones. Los primeros operan como base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y que estas concurren en la valoración de aquellos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que guían el criterio del juzgador al apreciar el mérito probatorio de aquellos.

Las presunciones se basan en lo que hay de ordinario y constante en los fenómenos físicos, síquicos, sociales y morales (reglas de la experiencia) para inferir lo ocurrido en el caso particular. A esa regla se llega por un proceso inductivo, que se apoya en la observación de casos particulares análogos; pero en la presunción de origen legal, el juez prescinde de este proceso inductivo, que está implícito en la norma.

Las características fundamentales que distinguen a una verdadera norma de presunción son:

La norma debe hallarse contenida en una ley positiva, de carácter procesal y con repercusión probatoria.

Es preciso asimismo el enlace entre dos afirmaciones y que estas sean cualitativamente distintas entre sí. Pero, sobre todo, la afirmación base debe ser distinta de todas las restantes afirmaciones que concurren con la afirmación presumida para integrar el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida

La prueba de presunciones ofrece la particularidad, de no precisar procedimiento para su ejecución, pues, la demostración del hecho base, ha de hacerse por otro medio de prueba (documentos, testigos, etc.) y la deducción del hecho

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

consecuencia es una operación puramente lógica o de interpretación legal, que no exige formalidades procesales.

La presunción legal y judicial, es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el juez deducen de su propia experiencia.

Las presunciones judiciales constituyen la regla general; las legales, la excepción. Las presunciones legales son más arriesgadas que las judiciales, porque reposan sobre un simple cálculo de probabilidades, muy expuesto a error.

Las presunciones judiciales se diferencian de las legales porque la ley las autoriza, pero no las establece especialmente. La presunción legal no existe *sine lege*; la presunción judicial, cuando es admisible por ley, puede existir siempre que la obtenga el criterio del juez.

Las presunciones legales son deducciones de carácter general que la ley hace y a las que atribuye una determinada eficacia, por ejemplo, el hijo nacido dentro del matrimonio, se presume como padre al marido. Las judiciales no están sometidas a reglas inflexibles y presentan la variedad infinita de los hechos humanos.

Por otro lado, el juez puede apreciar la presunción de la prueba aun cuando la misma no sea ofrecida por las partes, pues esa especie de prueba no la requiere, ya que es el resultado del ejercicio de la función judicial, por cuanto la ley define las presunciones, como la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.

La presunción judicial es la consecuencia que el juez, según su prudente arbitrio, deduce de un hecho conocido para obtener otro desconocido.

En la presunción legal el ordenamiento jurídico, establece que probados ciertos presupuestos, el juez debe tener por cierto los hechos. Importa la prueba indiciaria impuesta por legislador ante la evidencia judicial de determinados hechos desconocidos.

La presunción judicial, deja al juzgador para que haga la inferencia, de modo que de determinados hechos por deducción llega al conocimiento de otros. Aquí el juez establece medios de examen de indicios acreditados, recurriendo a sus conocimientos, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica, etc.

Rafael De Pina<sup>(1)</sup> señala que la prueba de presunciones se aprecia más segura que la directa. Raramente hay que esperar de los indicios el perjuicio, la falsificación, ni la parcialidad o de la venalidad en el testigo; sin embargo, el único peligro de esta prueba, está en que la consecuencia que el juez obtenga pueda ser falsa,

---

(1) Tratado de las pruebas civiles, 3º ed. Porrúa. Mexico, 1942, p. 236.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

pues, si los hechos no mienten, pueden en cambio ser mal interpretados; la consecuencia deducida puede ser errónea; el vicio reside, no en el indicio mismo, sino en el razonamiento del juez.

La presunción invierte la carga de la prueba. Quien invoca la presunción, debe acreditar los antecedentes, los indicios alegados para que la presunción opere y al que pretende destruir sus efectos corresponde prueba en contrario. En ese sentido, resulta coherente aceptar que la declaración del codemandado debe ser valorada como una presunción o indicio oponible al otro codemandado, si no ha sido desvirtuada por prueba en contrario. La absolución de posiciones de los codeemandados debe valorarse como presunciones e indicios oponibles a otro litisconsorte.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si existen elementos probatorios que conducen a concluir que no solo ha existido una relación amorosa sino que el demandado ha mantenido relaciones íntimas con la actora, ello hace presumir fácticamente que el menor es hijo del demandado, máxime que éste no lo ha desvirtuado (Exp. N° 338-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 124-126).*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. N° 107-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 102-103).*

*“... No puede denegarse el derecho de un propietario con derecho protegido por el Estado y la ley de ejercer la posesión inmediata del bien, bajo el argumento de existir conflicto de propiedad sobre él, porque las presunciones de conocimiento de las inscripciones y de certidumbre de su contenido, previstas en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Civil, hacen que aquél no tenga sino que probar en el proceso como el que se tiene a la vista (Desalojo) la propiedad del inmueble y que el emplazado lo haga respecto al título que respalda su posesión o en todo caso a un derecho de igual o similar categoría que el opuesto...” (Exp. N° 99-96, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 504-505).*

*Si bien dichas normas legales forman parte del sistema positivo, esto es, del código civil, lo es también que su contenido es de carácter estrictamente procesal y no de derecho material, así la primera está referida a la presunción de la culpa leve en la inejecución de una obligación y ésta se relaciona con el artículo doscientos setentisiete del código procesal civil que señala el concepto de presunción, la segunda se relaciona con la prueba y valoración, que, en consecuencia, no resulta procedente denunciar estas normas a través de la causal de inaplicación de una norma de derecho material, normas que tienen un contenido social (Cas. N° 1226-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.19-A.20).*

*“... El artículo ciento noventicinco del Código Civil establece que `el acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminu-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*ya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro (Exp. N° 15676-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 107-108).*

*“... Tanto las presunciones legales así como las reglas que regulan la carga de la prueba, son sucedáneos que sirven para lograr la finalidad de los medios probatorios; por ende, son reglas que ayudan a la valoración de las pruebas...” (Cas. N° 3351-99-Ucayali, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 302-303).*

*“... Es deber del juzgador exponer las razones por las cuales no le es suficiente una presunción legal de relativa verdad, y en su caso deberá precisar cuáles fueron las pruebas utilizadas como medio para acreditar los hechos que reputa como probados, con el fin de dar a conocer sus razones, poniendo así de manifiesto que no actúa arbitrariamente” (Cas. N° 2516-99-Cono Norte-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 306-308).*

## PRESUNCIÓN LEGAL ABSOLUTA

### ARTÍCULO 278

*Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción solo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 190 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México art. 191.

---

### Comentario

La presunción legal, implica que por mandato legal se ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso.

Las presunciones legales *juris et de jure* tienen tal consistencia que más que pruebas parecen declaraciones o reglas positivas de derecho. La ley no se dirige, en este caso, a producir en el juez un grado más o menos elevado de convencimiento. La disposición legal no vale en este caso como prueba, sino como mandato, que el juez ha de acatar, teniendo por verdad lo que la ley presupone. En ese sentido, la presunción legal absoluta no es realmente una presunción, sino una ficción legal, dado que pese a tener una forma semejante a la primera, posee la esencia de esta última, al no admitir prueba en contrario.

El razonamiento del juez que aplica una presunción legal parte de la regla general (implícita en la norma legal) que indica lo ordinario en esa especie de fenómenos materiales o morales y que constituye la premisa mayor (por ejemplo, el hijo de mujer casada suele tener por padre al marido de ésta, por lo que se presume que así es en los casos concretos); la premisa menor es el razonamiento del juez, que le permite considerar el hecho probado como idéntico o análogo al que sirve de presupuesto a esa norma (éste es un hijo de mujer casada); la conclusión es la consecuencia deductiva de aplicar aquella regla general a este caso concreto análogo o idéntico (luego este hijo es del marido de la madre). Es, pues, un razonamiento lógico basado en el principio de identidad o analogía.

En relación a la presunciones legales, Bonnier<sup>(1)</sup> considera que no siempre es posible al hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso par-

---

(1) Citado por DE PINA, Rafael. Op. cit. 240.

ticular, y, no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenerse finalmente; la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de intereses preciosos, obligan al legislador a tener por verdaderos gran número de puntos, que no están demostrados, pero cuya existencia se halla probada por una inducción más o menos poderosa. El orden público, lo mismo que el orden social, sólo se funda en presunciones legales. La aptitud para ejercer ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, sólo se reconoce por medio de ciertas condiciones, determinadas a priori, siendo, evidentemente, impracticable una comprobación respecto de cada individuo. Cuando más se complican las relaciones sociales, mas necesario llega a ser multiplicar estas presunciones

En ese sentido Devis Echeandía<sup>(2)</sup> considera “las presunciones legales tienen también una función sustancial y extraprocesal, muy importantes, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio, a la posesión de la tierra, al ejercicio de los derechos políticos (presunción de capacidad para su ejercicio por mayores de edad) etc. Desde este punto de vista reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente (...) las judiciales cumplen exclusivamente la función procesal mencionada. Es una diferencia muy importante entre los dos tipos de presunciones, que determina la verdadera naturaleza de las primeras”.

Planiol y Ripert no consideran a la presunción legal como medio de prueba. Dicen, la ley invierte el orden material de la prueba, y, tomando en consideración circunstancias determinadas, dispensa de toda prueba al que reclama un derecho u opone un medio de defensa; en tal caso, el litigante no tiene nada que probar, si no es que se encuentra en el caso previsto por la ley y, ordinariamente, esta circunstancia resulta de hechos evidentes que no son negados. Se dice entonces que tienen una presunción legal en su favor. Por consiguiente, la presunción legal no es medio de prueba, sino la inversión legal de la carga de la prueba. El que tiene a su favor una presunción legal, solo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

La presunción legal y la prueba son, cosas distintas. La generalidad de la primera, es contraria al carácter singular del verdadero medio de prueba; por su objeto, la prueba busca formar la convicción del juez y la presunción legal dispone imperativamente tomar como cierta una deducción general fundada en un mero cálculo de probabilidades, y porque las prohibiciones o limitaciones que las presunciones establecen con relación a las deducciones de la ley, exteriorizan, su carácter extraprocesal y su pugna con los principios fundamentales del derecho probatorio.

---

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. T. II, op. cit., p. 538.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En relación a este artículo, en los últimos años, han aparecido algunas corrientes de pensamiento que afirman la necesidad de su derogación, entre otras razones, porque la regulación de la presunción legal absoluta es contradictoria con la noción de presunción que establece el artículo 277 del CPC. Es anti-técnico no solo su ubicación sino la existencia y designación de esta mal llamada presunción, siendo en puridad una ficción legal, la misma que ya viene regulada con propiedad en el artículo 283 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. Dicha posibilidad se presenta cuando se toma conocimiento del acto correspondiente, como sería el caso de la inscripción de la adjudicación en los Registros Públicos, pues, se presume sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (Exp. N° 29956-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 290-291).*

*Si el demandado adquirió el bien a título oneroso y de buena fe de quien tenía su título inscrito en el registro de la Propiedad Inmueble, dicha adjudicación es perfectamente válida. La buena fe se presume, la mala fe debe ser objeto de probanza. El hecho que la demanda de cumplimiento de obligación iniciada por el hoy accionante sea de fecha anterior a la adjudicación efectuada al demandado, no implica necesariamente mala fe por parte del emplazado pues éste adquirió el inmueble de quien aparecía en los Registros Públicos como propietario (Exp. N° 743-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 432-435).*

*“... El artículo doscientos veintisiete citado (de la Ley Nro. 26702) establece de manera expresa que en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento de la cónyuge del titular de la cuenta; que, en el (sic) tal sentido, el consentimiento presunto que la ley le imputa al cónyuge del titular de una cuenta corriente, lo hace por parte del referido contrato, de las operaciones efectuadas, y por ende, del saldo deudor originado, por lo que debe responder también por la obligación generada; lo que no importa el ejercicio abusivo del derecho sino, por el contrario el sometimiento al orden legal establecido...” (Cas. N° 928-98-Lambayeque, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 320-322).*

## PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA

### ARTÍCULO 279

*Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 196, 461, 838.  
LEY 26636 art. 40.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México arts. 192, 193, 194, 195, 196.

---

### Comentario

---

En la presunción *iuris tantum*, o relativa, el juez acepta por cierto el hecho presumido, acreditado que sea el antecedente. La ley admite prueba en contrario. En ese sentido, hay diversos supuestos en el derecho sustantivo que recogen este tipo de presunciones, por citar, “el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario” (ver artículo 912 del CC) o el caso que regula el artículo 914 del CC “se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario”.

Cuando el enlace entre una afirmación base y una afirmación presumida está predeterminada y fijado por la ley nos encontramos ante una presunción legal, señala Ramos Mendez<sup>(1)</sup>. En ocasiones, la propia ley extrae una determinada consecuencia jurídica, seleccionándola previamente, en presencia de un determinado dato de hecho, con el fin de facilitar la prueba.

Por ejemplo, la existencia de una pared divisoria de dos edificios contiguos no prejuzga su carácter privativo de uno de los predios, sin embargo, en este caso, la ley a la vista de los dos elementos de hecho (pared divisoria + edificios contiguos) selecciona una de las consecuencias posibles en torno a su naturaleza y la establece previamente: se considera medianera. Al estar establecida por la ley, la aplicación de la norma de presunción es obligatoria para el juez, que no puede poner en duda el criterio de oportunidad escogido por el legislador.

---

(1) RAMOS MENDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil, 5º ed. T. II. Bosch. Barcelona, 1992, p. 639.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La carga de la prueba se invierte a favor del beneficiario de la presunción, correspondiéndole a este, acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto. Señala Ramos Mendez que teniendo en cuenta la estructura de la presunción de la actividad de la parte puede ir encaminada a destruir la realidad de la afirmación base o bien a demostrar una consecuencia distinta de la afirmación normalmente presumida.

En el primer caso se habla de contraprueba; en el segundo, de prueba de lo contrario. Si la contraprueba tiene éxito, no podrá formarse la afirmación presumida por carecer de los presupuestos en que se habría de apoyar. En cambio si prospera la prueba de lo contrario, se habrá excluido asimismo la afirmación presumida por demostrar su irrealidad, es decir, por justificarse que positivamente ha ocurrido otra cosa distinta.

La parte favorecida por la presunción siempre tendrá que probar la realidad de la afirmación base, pero en este contenido no se diferencia del régimen de las presunciones legales y judiciales. En ambos casos es precisa la prueba del presupuesto en que se apoya la pretensión. Acreditado este, se sigue la afirmación presumida.

La parte favorecida por una presunción legal tiene seguro dicho extremo, por que la Ley lo señala previamente; en cambio, en las presunciones judiciales, solo el convencimiento del juez impone la conclusión presumida.



## JURISPRUDENCIA

---

*En la pretensión de reivindicación de bienes hereditarios, la ausencia de pruebas que desvirtúe la buena fe del adquirente conlleva a la no aplicación del artículo 665 del Código Civil La buena fe se presume, en tanto que la mala fe debe probarse.*

*Si solo se ha adjuntado un recibo por la tasa judicial, es inadmisibile por diminuta, toda vez, que ha debido acompañarse tantos recibos como impugnantes se refiera la apelación (Exp. N° 4231-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 142-144).*

*Aunque el demandado reconozca la deuda, no se puede exigir al acreedor otorgue facilidades de pago a éste; pues, se presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor y en tal virtud, no está facultado para exigir facilidades de pago no pactadas (Exp. N° 28-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 187).*

*En la ineficacia, se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro. Esta presunción relativa produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo la parte demandada demostrar que mantiene solvencia suficiente que desvirtúe tal presunción (Exp. N° 15676-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 78-79).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (**Exp. N° 107-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 102-103**).

Los contratos obligan a las partes suscribientes respecto de lo convenido en los mismos. Lo expresado en ellos goza de la presunción legal que en caso de ser negada debe ser probada en virtud del artículo 1361 del Código Civil (**Exp. N° 371-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 188**).

Debe desestimarse la pretensión del pago de mejoras si se pactó que éstas quedarán a beneficio de la arrendadora, sin obligación por parte de ésta de reembolsar su importe.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (**Exp. N° 38857-98, Sala de Procesos Abreviados y de Cognocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 166**).

El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario. La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él (**Exp. N° 143-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 171**).

“... La presunción (que el endoso efectuado en favor de una entidad bancaria es hecho en garantía) contenida en el artículo ciento setentidós del derogado Decreto Legislativo número setecientos setenta y recogido (sic) en el artículo ciento sesentinueve de la actual Ley General del Sistema financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley número veintiséis mil setecientos dos, es una presunción *iuris tantum*, es decir admite prueba en contrario” (**Cas. N° 2295-98-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 318-319**).

“... No se infringe la regla de la carga de la prueba por cuanto por imperio de la ley la buena fe se presume y a (sic) quien pretenda negar tal presunción corresponde probarla...” (**Cas. N° 1689-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 104-106**).

“... Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo mil doscientos treintiuno del citado Código Sustantivo.

(...) estando a la norma acotada, el deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas, sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume *iuris tantum*, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas” (**Cas. N° 1697-96-Lambayeque, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 314-315**).

La acción impugnatoria de paternidad legítima confiere la hombre casado respecto del hijo que hubiere alumbrado su mujer y del cual no se crea padre. La carga de la prueba recae sobre el marido.

Si los hechos y pruebas aportadas al proceso llevan al convencimiento del Juzgador que el actor ha cohabitado con la demandada en los primeros 121 días de los 300 anteriores al

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*nacimiento de la menor, resulta inadmisibile para demostrar lo contrario la prueba a que se refiere el artículo 413 del Código Civil por estar referida a la filiación extramatrimonial (Exp. N° 1205-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 217-218).*

*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. N° 1473-7-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 187).*

*Presumiéndose la identificación entre la declaración expresada en el contrato y la voluntad común de las partes, quien alega haber sido inducido a error en forma maliciosa por la otra parte debe probarlo (Exp. N° 106-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 341-342).*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. N° 107-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 102-103).*

*“... El artículo 1374 del Código Civil establece una presunción iuris tantum de que la oferta es conocida en el momento en que ésta es recepcionada, y que la prueba de que su destinatario no se encontraba en condiciones de conocer dicha aceptación, sin culpa suya, por que en ese entonces se encontraba en otro lugar, corresponde a quien alega esta afirmación...” (Cas. N° 491-99/Lambayeque, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 316-317).*

## DUDA SOBRE EL CARÁCTER DE UNA PRESUNCIÓN LEGAL

### ARTÍCULO 280

*En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 277, 278, 279.

---

### Comentario

---

Cuando el legislador ordena que en determinadas condiciones o ante determinados hechos se debe concluir en una calificación fáctico-legal determinada, nos encontramos ante las presunciones legales, por citar, al hijo nacido dentro del matrimonio se reputa como padre al marido.

Las presunciones legales son de dos tipos: la absoluta y la relativa. Si la conclusión del legislador es inevitable y no puede ser modificada en ningún caso, se dice que la presunción legal absoluta o *iuris et de iure*; en cambio, cuando la conclusión colocada por el legislador puede ser enervada por prueba en contrario, entonces nos encontramos ante una presunción legal relativa o *iuris tantum*.

Frente a estas presunciones, la norma en comentario señala que “en caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa”.

La mayoría de las presunciones son *iuris tantum*; sin embargo, se puede conservar en los procesos dispositivos preclusivos la presunción *iure et iure* cuando frente al traslado de los documentos privados acompañados por la contraria, la parte que tiene la carga de tachar no lo hace, teniéndose por verdaderos ***iuris et de iure***.

Hay algunos autores que consideran que todas las presunciones procesales como *iuris tantum*. No pueden ser *iuris et de iure*, pues, ellas son simples ficciones del legislador, no sustentados en ninguna regla de la experiencia, ni en los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en el sentido común, sino en la voluntad del legislador, que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento que la realidad es distinta. En tal sentido, el artículo en comentario marca la prevalencia de la presunción *iuris tantum* sobre la *iuris et de iure*, pues, esta última se construye sobre ficciones y no sobre realidades contrastables y verificables. La dinámica

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de las presunciones legales en la prueba, es esbozada por Falcón<sup>(1)</sup> quien señala “las presunciones legales, tributarias del sistema de prueba legal, han ido cediendo en el tiempo y desapareciendo de la legislación al punto que resulta difícil encontrarlas en toda su pureza, porque incluso en aquellos supuestos en que se conservan, la jurisprudencia les va imponiendo diversas excepciones”.

---

(1) FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. T. 2. Astrea. Buenos Aires, 2003, p. 453.

## PRESUNCIÓN JUDICIAL

### ARTÍCULO 281

*El razonamiento lógicocrítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 277.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica art. 131.  
C.P.C. Colombia art. 250.

---

### Comentario

---

1. Cuando el enlace entre la afirmación base y la presumida lo efectúa directamente el juez, nos encontramos ante una presunción judicial.

En este caso, el nexo no está fijado previamente por la ley, sino que se efectúa a base de máximas de experiencia comunes por el propio juez, por ello se exige que el enlace sea preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Dadas las características de esta presunción, no puede señalarse un número preestablecido de ellas, sino que son fundamentalmente una actividad judicial con repercusiones probatorias evidentes

La presunción judicial según Devis Echeandía<sup>(1)</sup> es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez la inferencia lógica que le permite presumir el hecho indicado; pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda. Es decir, los indicios son los hechos y la presunción judicial o inferencia lógica es la conclusión del razonamiento que a aquéllos se aplica. También puede el juez obtener igual inferencia de la valoración de otras clases de pruebas, sin que aquella presunción se confunda con ellas. El juez las utiliza simplemente como principios basados en máximas de la experiencia, para la valoración de las pruebas. En ambas hipótesis estas presunciones son ajenas al problema de la carga de la prueba, porque no determinan quién estaba sujeto a ello o quién debía probar.

---

(1) Op. cit, t.II, p. 540

El razonamiento del juez que aplica la presunción judicial para valorar una prueba por indicios, según Devis Echeandia<sup>(2)</sup>, parte del hecho particular probado o hecho indicador, que constituye la premisa menor (por ejemplo, está probada la fuga del sindicado); se procede luego a aplicar la regla general de la experiencia que constituye la premisa mayor, en virtud de la cual se deduce cuál es la causa o efecto ordinario de ese hecho (ordinariamente la fuga es efecto de la responsabilidad del delito) y por último se utiliza la presunción judicial que esa regla general suministra para obtener la conclusión, en la que se declara inductivamente o por inferencia la probabilidad que exista el hecho investigado (luego es probable que el sindicado sea el responsable de ese ilícito). Cuando la conclusión definitiva se saca de un conjunto de presunciones judiciales, se procede de la misma manera; la conclusión es el resultado de la convergencia de las diversas inferencias que de cada uno de esos hechos obtiene el juez. Es un razonamiento lógico basado en el principio de causalidad.

2. La apreciación de la prueba se halla sujeto a dos sistemas, el de libre apreciación y el de apreciación tasada.

Se diferencia una de otra en que el primero reserva al arbitrio judicial la determinación de la eficiencia de la prueba, se sujeta a normas flexibles o elásticas; y el segundo a la aplicación de reglas legales y rígidas que, en términos generales y abstractos, fijan por anticipado el valor que corresponde asignar a ciertos medios de prueba

Frente a ellos se reconoce la existencia de un tercer sistema, la de la sana crítica, como una categoría intermedia entre los dos sistemas antes citados. Las reglas de la sana crítica suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y por otro lado, de las "máximas de la experiencia" es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de la posibilidad y de realidad. Falcón<sup>(3)</sup> al referirse a las reglas de la experiencia, señala que no obstante aparecen en un sentido más restringido, como conocimiento de leyes y tendencias genéricas de un grupo social, establecidas por la concordancia más o menos reiterada de los hechos y sus consecuencias. Se hallan registradas en libros, publicaciones, o en el conocimiento popular. Algunos devienen de circunstancias evidentes o de la aplicación de una lógica natural elemental, muy inferior a los conocimientos técnicos".

---

(2) Op. cit. p. 542

(3) FALCÓN, Enrique. Op. cit. T. 1, p. 12.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las reglas de la sana crítica ingresan como limitaciones impuestas al arbitrio judicial. No solo tienen carácter objetivo en la ley sino que el valor jurídico de la prueba depende del grado de verdad proporcionado, desde el doble punto de vista de su posibilidad y de su existencia, que debe mediar entre la fuente y el objeto probatorio

Las máximas de la experiencia son principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y como tales sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas.

Palacios<sup>(4)</sup> señala que no debe confundirse con los hechos notorios porque en estos la liberación probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica, en cambio, con las máximas de experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico.



## JURISPRUDENCIA

---

*La pensión alimenticia para el hijo extramatrimonial, no está sujeta a una demostración inequívoca de la relación paterno-filial, resultando suficiente la existencia de actos que hagan presumir las relaciones sexuales habidas con el emplazado y que hayan dado origen al nacimiento del alimentista (Exp. N° 349-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 141)*

*Si de las relaciones convivenciales se ha procreado una menor que ha sido reconocida por su progenitor, el demandado; que estas relaciones continuaron con diversas manifestaciones de querer legalizar sus relaciones de hecho, habiendo procreado otra menor, es de colegir que el demandado es el legítimo padre de ésta por haber vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción, tal conforme lo dispone el Inc. 3 del artículo 402 del Código Civil (Exp. N° 484-95-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 205-206).*

*El mérito de la ficha única de matrícula escolar donde firma como padre del menor y la argumentación del demandado que firmó esos documentos escolares en cumplimiento de su obligación de padre, es suficiente para amparar la demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial (Exp. N° 124-93-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 208-209).*

*Si la demandante al momento de cruzar la vía de tránsito vehicular no tomó las medidas de seguridad para aminorar en algo sus lesiones, resulta evidente que la responsabilidad del hecho dañoso recae en forma conjunta con los demandados, por lo que el monto indemnizatorio debe fijarse en forma prudencial (Exp. N° 1937-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 139-140).*

(4) PALACIOS. Op. cit. T. IV, p. 355.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*No obstante no haberse acreditado debidamente los ingresos del demandado, sus frecuentes viajes al extranjero revelan que tiene capacidad económica suficiente para que acuda con alimentos en la proporción debida y en forma prudencial (Exp. N° 3356-95, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 138).*

*El juez debe valorar la prueba en forma conjunta utilizando su apreciación razonada, ciñéndose para tal efecto a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.*

*Debe desestimarse la demanda si se verifica la presencia de adulteraciones en las cantidades en cifras y letras que consigna el cheque en ejecución (Exp. N° 501-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 161-163).*

*Si la demandada para probar que el accionante es padre de su menor hijo ofrece las pruebas científicas del examen cromosómico (ADN) y la confrontación psicosomática entre el actor y el menor, y no concurre el demandante para la toma de muestras, y se opone a la actuación de éstas, ello lleva a la evidencia que el demandante es el padre del menor (Exp. N° 16-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 213-214)*

## PRESUNCIÓN Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

### ARTÍCULO 282

*El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 188, 216, 246, 247, 261, 442 inc. 2.  
D. LEG. 822 art. 186.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 249

---

### Comentario

La conducta de las partes en juicio es una fuente de convicción, equiparable a un indicio, que puede ser recabado por el juez de acuerdo con las circunstancias específicas del caso y genera una presunción en contra de quien viola el deber de cooperación y, con ello, frustra el aporte de elementos idóneos para dilucidar el caso.

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. En atención a esas máximas de experiencia se permite que el juez valore la conducta que estas asumen en el proceso. Esta valoración se justifica por la influencia del principio dispositivo en el proceso civil, que convierte a las partes en los principales protagonistas del escenario procesal. De allí que este se sirva de ciertas presunciones para evaluar las actitudes asumidas por los justiciables que sean demostrativas de su desinterés o despreocupación para con la marcha del proceso, colocándolos, en esos casos, en una posición desventajosa frente al adversario.

Cuando se aprecia la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, u otras actitudes de obstrucción, nos hace presumir que dicha parte procesal no tiene el derecho que reclama o resiste. El tenerlo nos conllevaría a actuar con la celeridad y cooperación procesal necesaria y urgente para restablecer el derecho conculcado.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

En ese sentido, cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación; o, cuando por cualquier medio entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; o cuando obstruya la actuación de los medios probatorios una manifiesta falta de cooperación para los fines del proceso, permitiría ello que el juez construya, a través de la presunción, conclusiones adversas a los intereses de estas partes, atendiendo a la conducta asumida en el proceso.

El sentido común nos dice, que quien alega un derecho, sea como pretendiente o como resistente, intentará no solo demostrarlo sino protegerlo y exigir que se respete; en aras de ello, se presentará a todo acto en el que tenga que defenderlo y sobre todo brindará toda su colaboración para reivindicar su vulneración; todo lo contrario, quien asume conductas dilatorias, renuentes a colaborar, generando tropiezos procesales, son indicios para presumir la inexistencia del derecho que alegan.

La tesis de la conducta equiparada a la presunción no siempre es admitida. Se dice que la conducta procesal general de una parte no es fuente de “presunción” alguna, sino “elemento de convicción corroborante de las pruebas”. Para Muñoz Sabaté, la conducta que siguen las partes dentro del proceso puede convertirse también en un dato indiciario sobre el cual basa la inferencia heurística. Señala Kielmanovich, el comportamiento procesal de las partes, en tanto aparezca razonablemente vinculado con los hechos llamados a constituirse en objeto de la litis y la prueba, puede encajar naturalmente dentro del concepto de indicio, esto es, de un hecho a partir del cual lógicamente puede presumirse la existencia de otro u otros indicados por aquel”. En relación a los diversos tipos de conducta en el proceso, Muñoz Sabaté<sup>(1)</sup> refiere “en el proceso civil la conducta puede ser omisiva (negativa genérica, falta de contestación, pasividad, ocultación de hechos por el actor) Oclusiva (destrucción de pruebas, negativa a la exhibición de las mismas) hesitativa (o de inconsistencia por contradicciones incompatibles entre afirmaciones) aunque en este aspecto debemos hacer notar que ello no puede considerarse cuando se presentan enroladas en el sistema de eventualidad o acumulación eventual y mendaz (mentirosa). Naturalmente que la consideración de la conducta incriminante debe considerarse con rigor y relacionada expresa y directamente con otras pruebas como apoyo”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Debe ampararse la demanda, si se han dado por verdaderos los documentos presentados y contestado en sentido afirmativo las preguntas del pliego interrogatorio de la prueba*

(1) Citado por Falcón, op. cit. p.469

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*anticipada que señalan la deuda impaga que es materia de ejecución; al no haberse desvirtuado tales presunciones producidas por la propia conducta procesal de la ejecutada, pues no ha presentado ninguna prueba que contradiga el mandato ejecutivo (Exp. N° 98-39187-1048, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 78).*

*Si la demandada para probar que el accionante es padre de su menor hijo ofrece las pruebas científicas del examen cromosomático (ADN) y la confrontación psicossomática entre el actor y el menor, y no concurre el demandante para la toma de muestras, y se opone a la actuación de éstas, ello lleva a la evidencia que el demandante es el padre del menor (Exp. N° 16-95-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 213-214).*

*Si el demandado ha demostrado falta de cooperación para la realización de la prueba científica del ADN, el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen dentro del proceso. Debe valorarse además la fecha de la concepción y nacimiento del menor, pues, el alumbramiento de éste se ha producido al término del plazo estimado (Exp. N° 2170-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 123-124).*

*Si se argumenta que la demanda ha sido notificada en la sucursal de su centro de trabajo y posteriormente señala que la demanda fue notificada en su ex-centro de trabajo, incurre en contradicción. Ello causa convicción en el ánimo del juzgador que la demanda fue debidamente notificada.*

*El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso (Exp. N° 33168-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 335).*

## FICCIÓN LEGAL

### ARTÍCULO 283

*La conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 190 inc. 3.

---

### Comentario

---

La ficción legal es un hecho conscientemente inexistente. Responde a exigencias del sistema jurídico, de formular mentiras técnicas consagradas por la necesidad. Véase el caso que regula el artículo 885 inciso 4 Código Civil que considera como bienes inmuebles a las naves. No se permite medios probatorios para acreditar que no son inmuebles.

Otro supuesto de ficción lo encontramos en el caso que “toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones existentes en Registros Públicos”. Esta presunción absoluta contenida en el artículo 2012 del CC, parte de asumir *erga omnes* la publicidad del contenido de las inscripciones. Se parte de un antecedente falso e irreal. No es posible que toda la colectividad tome conocimiento de los registros Públicos, sin embargo, se recurre a la ficción para establecer la presunción legal *iure et iure*.

La ficción, a diferencia de las presunciones, señala Devis Echeandia<sup>(1)</sup>, “solo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosa a otra diferente, como si fueren iguales. Hay de común entre la ficción y las presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario; pero la ficción es un mandato legal que no se base en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento que la realidad es distinta.

---

(1) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas judiciales. T. II, 10 ed. Dike. Medellín, 1994, p. 551.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Estas ficciones se fundamentan en razones de conveniencia social y de técnica legislativa, como por ejemplo, la que existe en la norma según la cual la ley es conocida de todo el mundo, a sabiendas que esto es imposible; o la que le otorga personalidad jurídica al ser humano concebido, como si tuviera vida propia, a sabiendas que esto es falso; o la que considera que hay identidad entre la persona del causante y la del heredero, siendo diferentes”.

## Capítulo IX

---

# PRUEBA ANTICIPADA

### DISPOSICIÓN GENERAL

#### ARTÍCULO 284

*Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 2.
C.P.C.	arts. 296, inc. 5, 298, 3 DF.
LEY 26636	art. 39.

---

### Comentario

1. El poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela, no se va a materializar a través de la demanda, sino que sin necesidad de ella, se puede ejercer el derecho de acción. Cuando estamos en este supuesto nos referimos a la prueba anticipada. Técnicamente no es una demanda, pero se busca acudir al órgano judicial en busca de tutela, materializando de esta manera el derecho de acción.

La demanda no es el único instrumento que permite hacer uso del derecho de acción. También se puede hacer a través de una solicitud de prueba anticipada. Esta da inicio a una instancia, mas no al proceso, porque, se acude al órgano judicial sin demanda, sin pretender iniciar un proceso inmediato.

2. La prueba anticipada se relaciona con la medida cautelar. La prueba anticipada es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista porque busca evitar que determinados medios probatorios, al no actuarse oportunamente, sean afectados y se frustre la posibilidad de ser utilizado en un proceso posterior.

Esta finalidad de asegurar y conservar medios de prueba lleva a confundir a la medida anticipada como una expresión de la medida cautelar; sin embargo, hay dos grandes argumentos para excluirla de la medida cautelar.

a) La prueba anticipada no participa de las características de la medida cautelar, como lo provisional y mutable de la medida. Lo provisional implica que la medida subsiste mientras duren las circunstancias que la determinaron; y es mutable porque el juez para evitar perjuicios innecesarios puede disponer de medida cautelar diferente a la solicitada. Estas características no son aplicables a la prueba anticipada porque producida en cualquier etapa se incorpora al proceso en definitiva y el juez no puede dejar de valorarla aunque perjudique a la parte que la produjo. Esa valoración opera al momento de dictar sentencia definitiva.

b) La medida cautelar se decreta *inaudita pars*; en cambio la prueba anticipada se practica con citación de la parte contraria, salvo que resulte imposible por razón de urgencia. (ver artículo 287 del CPC)

En conclusión, las pruebas producidas con anterioridad a la interposición de la demanda poseen aptitud para incorporarse al proceso con carácter definitivo y ser valoradas en un pie de igualdad con aquellas cuyo cumplimiento se verifique durante dicho período, razón por la cual carecen de los atributos de provisionalidad y modificabilidad que son propios de las medidas cautelares.

3. Cuando se recurre a la jurisdicción para dilucidar un conflicto, el proceso está integrado por tres etapas: postulatoria, probatoria y decisoria; sin embargo, cabe la posibilidad de recurrir a la jurisdicción –con anterioridad a la interposición de la demanda– para asegurar la eficacia probatoria en el futuro proceso a promover, mediante la prueba anticipada.

Si bien la norma permite la práctica de la prueba anticipada hasta antes del inicio de un proceso; consideramos que ella podría invocarse con posterioridad a la demanda, hasta antes de la actuación de los medios probatorios en él. Ello se justifica, frente a situaciones que adolezcan de celeridad procesal, sobrevenga el temor que la producción de las pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa practicarla en el período de prueba del proceso.

Otro aspecto que destacar se relaciona con la legitimidad de la persona a solicitar la prueba anticipada. Si nos remitimos a la interpretación literal de la norma encontramos que la única persona legitimada para solicitar la actuación de medio probatorio es la parte actora o futura demandante. Decimos ello por la oportunidad en la que se puede pedir la actuación de la prueba, esto es, antes del inicio de un proceso; y además por la pretensión genérica que va a reclamar, por tanto, le corresponderá esa posibilidad a la demandante de la futura pretensión a interponerse.

Consideramos que la producción anticipada de prueba puede requerirse no solo por el futuro actor sino por quien prevea ser futuro demandado. Esta posición se sustenta en el principio de igualdad de las partes que rige el proceso; además porque negar al futuro demandado la posibilidad de preparar su eventual medio probatorio para oponer a la futura pretensión puede traducirse en una frustración

de la garantía de la defensa. Ambos también son en un proceso regularmente iniciado, para que la urgencia en la actuación de los medios de prueba, se realice “antes de la apertura del período de pruebas” en el proceso.

4. Los medios probatorios que el Código Procesal acoge bajo la denominación de pruebas anticipadas, no se configuran como tal. En el concurren tres figuras, la conservativa, la preliminar y la preparatoria. Para Palacio<sup>(1)</sup> las diligencias preparatorias son aquellas que tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y precisión de sus alegaciones, permitiéndoles el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. En cambio, la diligencia conservativa de prueba, tiene por objeto la producción anticipada de ciertas medidas probatorias frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el período procesal correspondiente.

Bajo dicha óptica, solo la inspección judicial, los testigos y la pericia pueden ser consideradas pruebas anticipadas propiamente dicha, situación que no es extensiva para el reconocimiento y la absolución de posiciones, que son diligencias preparatorias, por responder a procesos especiales que procuran crear títulos para un proceso principal ulterior, como es el caso de los títulos ejecutivos provenientes de la absolución de posiciones y el reconocimiento. Como señala el inciso 3) y 4) del artículo 693 del CPC “se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos: “prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido” (ver inciso 3); “prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta” (ver inciso 4).

Estas diligencias preparatorias son entendidas como un proceso de creación de títulos sumarios. Ella se limita a exigir un pronunciamiento judicial y la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante.

Este proceso, más que de creación es de reconocimiento; porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva. El documento privado solo tiene fuerza ejecutiva si ha sido reconocido, por consiguiente hace falta una diligencia preparatoria, con el objeto de lograr la fuerza ejecutiva de tal documento privado. Frente a lo expuesto, debemos aceptar que en el reconocimiento de documentos podría concurrir los dos efectos: ser medio de prueba y ser diligencia preparatoria. Véase el caso del reconocimiento de una deuda a través de un documento privado, en el que no se establece el plazo para la devolución del mutuo. A pesar que existe el reconocimiento del deudor, este no tiene la condición de

---

(1) PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. T. p. 11.

título ejecutivo porque adolece de exigibilidad: el plazo pactado para la devolución no se encuentra establecido. Esto significa que si el documento reconocido no reúne las condiciones que señala el artículo 689 del CPC, esto es, que la obligación contenida en el título sea cierta, expresa y exigible, no estaríamos ante la constitución de un título ejecutivo. En este caso, el reconocimiento operaría como medio de prueba, mas no como título, por carecer de las cualidades a que refiere el citado artículo 689 del CPC.

Por otro lado, el proceso de creación en la absolución de posiciones como título sumario, comienza cuando para preparar la ejecución, se pide que el deudor confiese bajo juramento la certeza de la deuda. Esto podría llevar quizá a afirmar —como señala Guasp<sup>(2)</sup>— que “las diligencias preparatorias no son un proceso especial, sino simples medidas accesorias del proceso principal al que han de servir, sin embargo, esta conclusión, contradiría el mecanismo real, y no meramente aparente, de las diligencias preparatorias, las cuales en realidad, tienen una existencia independiente del proceso ulterior, puesto que no solo lo preceden, sino que incluso pueden terminar sin que el juicio ejecutivo, mas tarde, venga a ser promovido”.

Tampoco **la exhibición** puede ser catalogada de prueba anticipada, pues lo que busca es facilitar el desarrollo del proceso mediante aclaraciones previas. El proceso principal se facilita removiendo los obstáculos que se oponen a su desenvolvimiento, especialmente dirimiendo las cuestiones que aún independientemente del proceso, pueden constituir impedimentos para su expedita y simple tramitación.

Encontramos aquí la obra de las “**diligencias preliminares**” que son precisamente un conjunto de actuaciones judiciales que se dirigen a aclarar las cuestiones que pueden surgir antes del nacimiento del proceso principal. Tienen una finalidad esencial y específica, que es la de obtener la necesaria y adecuada información sobre determinadas cuestiones al objeto del correcto y planteamiento de un proceso ulterior. Como señala García<sup>(3)</sup> “son aquellas actividades que previas al proceso se solicitan al órgano jurisdiccional con la finalidad de preparar el mismo”.

Estas diligencias preliminares operan bajo la exhibición, solo para aquellas taxativamente señaladas en el artículo 293 del CPC, sin embargo, es preciso establecer que todo proceso puede prepararse cuando se persigue finalidades que afectan a los sujetos, al objeto o al título, que pueden jugar en el proceso ulterior, no solo recurriendo exclusivamente a la exhibición sino también a la absolución de posiciones.

(2) GUASP GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos, 3º ed. T. II, parte especial. Madrid, 1968, p. 660.

(3) GARCIA VILA, Mónica. “Diligencias preliminares y la negativa a su práctica” en Revista Peruana de Derecho Procesal. T. VI. Lima, 2003, p. 149.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

De todo lo expuesto podemos colegir que la llamada prueba anticipada, a pesar de no tener un régimen idéntico a las diligencias preliminares, ambas son actuaciones judiciales preliminares al proceso principal, con la finalidad de facilitar, para evitar quede perjudicada la aclaración de algún extremo que interese a alguna de las partes. Por otro lado, las diligencias preliminares como la prueba anticipada, constituyen una excepción en el trámite normal del proceso. Debe proceder cuando el peticionante demuestre la necesidad impostergable de su procedencia, cuando medien razones que justifiquen la urgencia.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si las partes han acordado someter a la jurisdicción arbitral las controversias que pudieran surgir; se encuentra reservada única y exclusivamente a la competencia y decisión de los árbitros.*

*No procede amparar la actuación de medios probatorios en prueba anticipada, bajo la pretensión genérica que se va a interponer proceso ejecutivo. El acudir a la vía jurisdiccional resulta improcedente por la competencia pactada por las partes (Exp. Nº 36249-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 387).*

*La prueba anticipada puede considerarse como un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, en cuya medida es posible, a su interior, cuestionar irregularidades en su trámite (Cas. Nº 1080-98-Callao, El Peruano, 16/11/99, p. 3972).*

*El procedimiento de prueba anticipada, por su naturaleza, busca que en sede judicial se prepare la prueba pertinente a efecto de que en el proceso principal, en donde se discutirá el fondo del conflicto de intereses derivados de la pretensión ejercitada, el medio probatorio cumpla con su finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (Cas. Nº 627-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 20/11/99, p. 4031).*

*Procede admitir la prueba anticipada, si el solicitante señala como pretensión genérica a reclamar, la nulidad e ineficacia del título valor; y justifica su actuación anticipada, porque es afectado por una denuncia penal (Exp. Nº 1018-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 429-430).*

*“... Habiéndose especificado expresamente los requisitos señalados en el dispositivo legal mencionado (artículo 284 del CPC), este Colegiado considera que la presente demanda (solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada) merece admitirse, pues de no ser así se atenta contra lo estipulado por el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 11639-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 620-621).*

*Debe ampararse el pedido de la copropietaria de realizar una inspección ocular, vía prueba anticipada, a fin de determinar la privación del ejercicio de sus derechos de uso y disfrute*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

del bien común (Exp. Nº 698-97, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 172).

Procede la actuación de una pericia valorativa, antes de iniciado un proceso, para determinar el valor de los bienes dañados o faltantes, tanto más si éstos por el transcurso del tiempo pueden deteriorarse (Exp. Nº N-697-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 362).

“... La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí (sic) misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la causa petendi de la futura pretensión a interponerse en el proceso correspondiente, por lo que en dicha actuación anticipada no se resolverá en (sic) el conflicto de intereses, sino en aquel proceso en el que se discuta el fondo de la litis, mediante sentencia o auto que en revisión ponga fin al proceso, que por ende, no es el caso de la recurrida, la que por su naturaleza, no resuelve un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica...” (Cas. Nº 1261-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 581-582).

“... La motivación para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, tiene que estar referida a situaciones de urgencia, de modificación, u otras análogas, que exigen una intervención pronta del órgano jurisdiccional a efecto que la prueba no pierda su utilidad y eficacia...” (Exp. Nº 699-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 588).

“... Si bien el Código Procesal Civil en su artículo doscientos ochenticuatro dispone que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso y que para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada; la frase ‘deberá expresar’, para el caso de autos, no debe entenderse en lo concerniente a la ‘razón justificante’ de la prueba anticipada de manera restrictiva como declaración expresa y menos aún en el sentido de declaración escrita, por lo que debe incluir también aquella razón o motivo que pueda inferirse razonablemente del contenido de la solicitud presentada...” (Exp. Nº 43162-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 589-590).

“... Siendo que excepcionalmente la ley prevé la posibilidad de actuar los medios probatorios antes del proceso a instaurarse, se exige que la parte explicita la justificación de dicha actuación anticipada, significando que ello podría ser que los hechos a constatare en una inspección judicial estén en la situación inminente de desaparecer y no sería razonable esperar su actuación dentro del proceso a instaurar...” (Exp. Nº 46796-99, Sala Civil para Proceso Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 591).

“... La prueba anticipada tiene por finalidad actuar el medio probatorio solicitado antes del inicio del proceso cuando existan razones que así lo justifiquen...” (Exp. Nº 768-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 583).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... Habiéndose especificado expresamente los requisitos señalados en el dispositivo legal mencionado (artículo 284 del CPC), este Colegiado considera que la presente demanda (solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada) merece admitirse, pues de no ser así se atenta contra lo estipulado por el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 11639-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 620-621).*

*La prueba anticipada tiene por objeto hacer esclarecimiento previos a la demanda, preparando la acción futura que se va a emprender (Exp. Nº 1466-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 164-166).*

## ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

### ARTÍCULO 285

*El Juez solo admitirá la solicitud si se cumple con los requisitos previstos en el artículo 284.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 284.

---

### Comentario

---

La prueba anticipada para su admisibilidad y procedencia requiere satisfacer ciertos requisitos como:

1. Debe interponerse ante el juez a quien corresponda conocer el futuro proceso. Esa competencia está fijada en atención al grado como lo señala el artículo 33 del CPC, a diferencia de la redacción del derogado CPC de 1912 que consideraba solo a los jueces de primera instancia. Frente a ello, el artículo 297 del CPC ha hecho extensiva la competencia, además a criterios de cuantía y territorio del futuro proceso a conocer.

Por otro lado es importante destacar que la producción de pruebas anticipadas no fija **definitivamente** la competencia del juez interviniente. Decimos ello porque de su actuación puede resultar que sea otro juez a quien le compete conocer de la futura pretensión.

Cuando se trate de una medida conservatoria de prueba requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, la competencia está pre-establecida con el juez del proceso.

2. La prueba anticipada solo podrá ser admitida si cumple con expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.

Corresponde al solicitante la carga de suministrar los hechos relativos al tipo de pretensión que será objeto del futuro proceso.

Al margen de enunciar la clase de pretensión que ha de configurar el objeto del proceso, el peticionario debe expresar los motivos en que aquella se funda. Su ausencia impediría al órgano judicial efectuar una adecuada valoración acerca de la necesidad de practicar dicha prueba.

3. Acerca de la legitimidad para solicitar el aseguramiento de pruebas, nuestro Código aparentemente contempla la legitimidad activa del futuro demandante, al

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

exigir de quién solicita la prueba anticipada “expresé la pretensión genérica que va a reclamar”, sin embargo, ello no es así, porque de la lectura del artículo 284 del CPC se aprecia que toda persona está legitimada para solicitar la actuación de un medio probatorio, antes del inicio del proceso. Pretender atribuir la posibilidad de la prueba anticipada, solo al futuro demandante, no resulta coherente con el propio artículo 284 del CPC; además se vulneraría el principio de igualdad al permitir esa posibilidad solo al futuro actor y no al futuro demandado. Véase el caso, que a una persona X se le encarga la custodia de mercadería en un almacén. La mercadería se pierde producto de un incendio causado por desperfectos eléctricos. El guardián de dicho almacén podría solicitar en prueba anticipada, la inspección judicial y la pericia, a fin de tener una prueba que le permita sostener su defensa frente a la posibilidad de ser demandado -en un futuro- por los daños del siniestro.

4. En cuanto a la oportunidad, la prueba anticipada no solo es admisible frente a la eventual interposición de una pretensión de cognición, sino que además puede serlo con posterioridad a la interposición de una pretensión de ese tipo, aunque con carácter previo al período de actuación probatoria. Véase un proceso de filiación, en el que recién entablada la relación procesal, fallece el demandado y es enterrado bajo tierra. En dicho proceso se había ofrecido la prueba del ADN, sin embargo, dada la muerte del demandado se podría tomar las muestras genéticas sobre el cadáver -no en la audiencia de pruebas que se fije en su momento- sino en prueba anticipada, pues concurre un criterio de urgencia que permite se altere el momento y el ámbito de la actuación probatoria. Esa urgencia está expresada no en la posibilidad que el cadáver pueda desaparecer sino en que al momento de tomar las muestras sobre el cadáver para la práctica del ADN, estas ya no se conserven, por estar enterrado en zona húmeda, bajo tierra; situación diferente si los restos permanecieran en nichos de concreto, en el que sí podría esperar la actuación pericial ordinaria en la audiencia de pruebas que fije el juez, en su momento.



## JURISPRUDENCIA

---

*Procede admitir a trámite la absolución del pliego interrogatorio en prueba anticipada, si el recurrente justifica la necesidad de obtener los medios probatorios necesarios que sirvan para establecer su intervención y responsabilidad respecto de las publicaciones periódicas para una posterior demanda (Exp. Nº 15726-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 430-431).*

*No constituye causal de improcedencia, si el solicitante adjunta pliego de preguntas en sobre cerrado para la absolución de posiciones, toda vez que, tal defecto es perfectamente subsanable, otorgando un plazo prudencial para que presente el pliego abierto.*

*No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (Exp. Nº 860-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 387).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... En el presente caso, si bien es cierto, que no se ha invocado la razón justificatoria para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, ni la futura pretensión genérica a plantearse, también es verdad que el a-quo al amparo del inciso primero del artículo 426 del Código Procesal Civil ha debido previamente disponer que la solicitante subsane la omisión acotada dentro del plazo de ley; (...) al no haberse actuado así, y rechazarse de plano la solicitud (de prueba anticipada) se atenta contra el principio contenido en el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 27096-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 602*).

“... Tratándose de Prueba Anticipada los presupuestos establecidos en los artículos 284 del Código Procesal Civil son pasibles de subsanación, es decir, si la parte actora no los satisface a plenitud en la demanda, el a-quo debe exigir la subsanación que corresponda, y no rechazar limínarmente la demanda...” (Exp. Nº 596-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 601*).

“... El a-quo al calificar la solicitud de prueba anticipada, ha rechazado la misma, por cuanto sostiene que el accionante no ha cumplido con ‘adjuntar el original del documento a reconocer’, (...) no existe norma alguna que prescriba que para la procedencia de la solicitud en cuestión sea de obligación del accionante presentar los originales de los documentos cuyo reconocimiento se solicita (...); por lo que el a-quo al rechazarla prueba anticipada solicitada, en mérito a los considerandos en que se fundamenta, ha incurrido en nulidad insubsanable prevista en el artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil...” (Exp. Nº 31950-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 594*).

## PROCEDIMIENTO

### ARTÍCULO 286

*Las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. V, 189, 190, 205, 208.

---

### Comentario

---

1. Las pruebas producidas antes del proceso o fuera del mismo, con citación personal de la parte contra quien se la intenta hacer valer, puede tener el mismo valor que las producidas en otra causa.

Cuando se trata del informe producido sin orden judicial no configuraría prueba pericial, e incluso ratificado devendría en el mejor de los supuestos en prueba documental, en el caso, un mero instrumento privado, no susceptible de reemplazar a aquel específico medio probatorio que corresponde por la ley.

Se trata de una concreta aplicación del principio de contradicción en la prueba, por lo que esta, para ser válida debe haber sido producida con intervención de la parte contraria.

En igual sentido, la testimonial contenida en actas notariales no tiene jerarquía de prueba, pues, para que ello ocurra debió haber mediado la intervención de un órgano jurisdiccional que es lo que en definitiva otorga al proceso la garantía del contradictorio

La preconstitución unilateral de prueba –por la propia parte a su favor– no constituiría para nosotros prueba en el sentido técnico, por lo que carecería de toda eficacia, hasta que sea sometida al contradictorio en el proceso contencioso.

2. Por otro lado, la actividad probatoria discurre bajo diferentes etapas, desde el ofrecimiento, admisión, actuación, conservación y valoración de la prueba. A pesar, que ella no se agota en un acto, sino a lo largo de diversas etapas, la redacción del presente artículo nos ubica en el extremo de la actuación de la prueba, lo que implicaría cuestionarse si las reglas del ofrecimiento, también son aplicables a la prueba anticipada. Veamos, en el caso de los peritos, señala el artículo 263 del CPC “al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe

practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia". En el caso de los testigos, también se fija ciertas pautas para su ofrecimiento, tal como se aprecia del artículo 233 del CPC que dice: "el que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. El desconocimiento de la ocupación será expresado por el proponente, quedando a criterio del Juez eximir este requisito. Asimismo se debe especificar el hecho controvertido del cual debe declarar el propuesto".

A pesar que la norma en comentario, limite la aplicación de las normas relativas a la actuación, nada obsta que ellas también puedan ser aplicables, en cuanto sean pertinentes, al ofrecimiento de los medios probatorios.

Por otro lado, un aspecto a resaltar en la actuación se ubica en las repreguntas y contrapreguntas aplicables a los testigos (ver artículo 227) con el interrogatorio en la declaración de parte (ver artículo 213 del CPC). En el caso de las contrapreguntas se busca no solo la adquisición de nuevas noticias, sino además, y de modo primordial, investigar el grado de credibilidad y veracidad del testimonio anteriormente rendido. Su objetivo es anular o modificar la evidencia suministrada por el testigo, a diferencia de la declaración de partes, en la que se permite hacer nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas; e inclusive el Juez, puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes, no para cuestionar la imparcialidad de esta (situación que si es exigible al testigo) sino para examinar la versión del desarrollo de los hechos que esta parte sostiene. En tales casos, la declaración del testigo debe tomarse como un deber de este, a diferencia de la declaración de parte que es una carga para quien debe declarar.

3. Si bien, "las reglas de la actuación probatoria se aplican a la prueba anticipada, en cuanto sean pertinentes", sin embargo, aparecen algunas diferencias. Frente al pedido de absolución de posiciones, el pliego sobre el que versará la absolución no es presentado en sobre cerrado, todo lo contrario, este debe aparecer en sobre abierto, de tal forma, que mas allá de dichas posiciones propuestas para la absolución, no cabría incorporar otras no solicitadas. Apreciéese que no se trata de la búsqueda de una prueba, sino de la creación de un título ejecutivo, tal como refiere el inciso 4 del artículo 693 del CPC, por tanto, las posiciones deben estar expresamente fijadas para crear títulos ejecutivos, no para constituir medios de prueba, como sería la declaración de parte, al interior de un proceso ordinario. En esa línea véase que el apercibimiento que se aplica a la absolución de posiciones, lleva a que se tenga por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado. (ver inc: 3 del artículo 296 del CPC). Situación diversa, en la declaración de testigos. Aquí lo que se busca no es crear títulos sino asegurar un medio de prueba por razones de urgencia, como es, recabar la declaración del tercero, por razones de ancianidad, enfermedad o ausencia inminente que hacen indispensable tomar su declaración anteladamente.



**JURISPRUDENCIA**

---

*“... La prueba anticipada puede considerarse un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, en cuya medida es posible a su interior cuestionar las irregularidades en su trámite...” (Cas. N° 1080-98-Callao, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 607-609).*

## EMPLAZAMIENTO Y ACTUACIÓN SIN CITACIÓN

### ARTÍCULO 287

*El Juez ordenará la actuación del medio probatorio, con citación de la persona a la cual se pretende emplazar.*

*A pedido de parte, sustentado en razones de garantía y seguridad, y habiéndose especificado el petitorio de la futura demanda, el Juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación, por resolución debidamente motivada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. VII, 50 inc. 3 y 6, 51 inc. 2.

---

### Comentario

---

La prueba producida, bajo el contradictorio, tendrá pleno valor probatorio en el proceso principal que se promoverá, sin perjuicio del derecho de la contraria a solicitar una nueva declaración del testigo acerca de hechos distintos de los que constituyeron objeto de la prueba anticipada.

Es de destacar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba será resuelta inaudita parte por el juez, correspondiendo a la contraria el derecho a controlar su producción formulando observaciones oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo.

La prueba anticipada, autoriza a los que sean o vayan a ser parte en un proceso y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa, solicitar anticipadamente la declaración de un testigo de muy avanzada edad, o que este gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.

Si el juez admite, se practicará con citación de la futura parte contraria, salvo que resultare imposible por razones de urgencia. En este caso, el juez puede ordenar –a pedido de parte– la actuación del medio probatorio, sin citación, por resolución motivada y sustentada en razones de garantía y seguridad, tomando en cuenta para ello el petitorio de la futura demanda; por citar, si se quiere registrar los ruidos molestos que los fines de semana realiza una discoteca contigua al domicilio del peticionante, se tendría que actuar dicha prueba sin citación, pues, en la fecha señalada para el reconocimiento judicial, podría darse la posibilidad

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que noticiados de lo que se busca, no produzcan en ese momento los futuros demandados, el ruido que cotidianamente realizan, frustrando el objetivo de esta prueba.



## JURISPRUDENCIA

---

*Se infringe las formas esenciales para la eficacia y la validez de los actos procesales cuando se da validez de medio probatorio a una prueba anticipada actuada sin el conocimiento de la parte contra la que se pretende hacer valer (Cas. Nº 951-97-Sullana, El Peruano, 16/08/2000, p. 5929)*

## HABILITACIÓN DE DÍA Y HORA

### ARTÍCULO 288

*Cuando la urgencia del caso lo requiere, el Juez puede habilitar día y hora para la actuación solicitada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 142.

---

### Comentario

---

La presente norma faculta a los jueces para habilitar días y horas, cuando se tratase de diligencias urgentes, cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes, a la solicitante. Por citar, cuando se tiene que constatar, a través de una inspección judicial, los ruidos molestos de una discoteca que solo funciona los sábados durante la noche y parte de la madrugada, se deberá practicar el reconocimiento habilitando el día y la hora para tal fin, pues, son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana entre las siete y las veinte horas. (ver artículo 141 del CPC).

La habilitación consiste que bajo determinadas circunstancias, tanto los días como las horas inhábiles, adquieren aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces.

La habilitación puede ser expresa y tácita. Es expresa cuando el tiempo inhábil resulta utilizable a raíz de una declaración judicial, originada a petición de parte o de oficio. La inhabilitación tácita se encuentra regulada en el artículo 143 del CPC.

## IRRECUSABILIDAD

### ARTÍCULO 289

*Son irrecusables el Juez y el Secretario de Juzgado de conformidad con el artículo 761.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 309 inc. 3, 761 inc. 1.

---

### Comentario

---

Una de las condiciones para administrar justicia es la imparcialidad del juzgador y de los auxiliares jurisdiccionales, caso contrario, estaríamos asistiendo al ejercicio de la autodefensa procesalizada por la parcialidad que encierra. El juez al aplicar el derecho, no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado y manifestarse en una absoluta imparcialidad. Una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia.

Palacio<sup>(1)</sup> define a la recusación como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquél, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial”. Para Montero Juan<sup>(2)</sup>, la imparcialidad no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado solo (...)por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio.

Para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez.

En el caso de la prueba anticipada, no cabe recusación porque no hay proceso, sino procedimiento. La prueba anticipada constituye un acto excepcional o anormal de iniciación procesal. El hecho que se autorice realizar esta diligencia

---

(1) Op. cit. T. II, p. 304.

(2) Op. cit. p. 105.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conservatoria de prueba, en función a una ulterior demanda, no significa el nacimiento de un proceso.

Por otro lado, atendiendo a que la solicitud de prueba anticipada no implica contienda, es improcedente la recusación del juez y del secretario del juzgado. Ver en ese sentido lo regulado en el artículo 761 del CPC. Tampoco resulta atendible el pedido de abstención del juez por impedimento, pues la naturaleza de la actividad judicial que se busca no requiere de ella, toda vez que no esta premunida del efecto de la cosa juzgada.

## PERICIA

### ARTÍCULO 290

*Si hay riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos, puede pedirse que se practique la correspondiente pericia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 262 a 271, 295

---

### Comentario

---

La prueba pericial es aquella que es suministrada por terceros que a raíz de un encargo judicial, fundado en conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.

La prueba pericial no se limita a suministrar pautas para la valoración de los hechos, sino que implica la demostración o verificación de su existencia y su exteriorización para el proceso, a veces, como único y excluyente medio para su acreditación o comprobación.

Esta prueba pericial es practicada, con antelación a la existencia del proceso judicial, en atención a factores de contingencia, que lleven a alterar el estado o situación de personas o bienes. Véase el caso, frente a la futura demanda de filiación, el pedido en prueba anticipada de la pericia de ADN, sobre el cadáver del que se imputa la paternidad. La urgencia para la practica de esta pericia no está en la posibilidad que el cadáver pueda desaparecer sino en que al momento de tomar las muestras para la pericia, estas ya no se conserven, por estar enterrado bajo tierra, en una zona húmeda; situación diferente es cuando los restos permanecen en nichos de concreto, en el que es factible preservar el material genético para futuras pericias de ADN.

El juez ordenará la actuación de este medio probatorio, de manera ordinaria, con citación de la persona a la cual se pretende emplazar, sin embargo, debemos atender a la circunstancia excepcional del *inaudita par* cuando justifiquen razones de garantía y seguridad para ello. (Véase sobre este extremo el artículo 287 del CPC). En este sentido, el peritaje hecho sin la intervención del eventual contradictor no puede valer como prueba, sin que sea preciso que la parte cuya citación se omitió desarrolle la impugnación de las conclusiones periciales dentro del plazo fijado para pedir la nulidad, por ser evidente que se vio impedida de controlarla.

También se advierte la falta de regulación sobre algunos requisitos para satisfacer en el ofrecimiento de la pericia. Si bien la norma se orienta a justificar las razones por las cuales se debería por recurrir a la pericia en prueba anticipada, consideramos que ella debe ser complementada con las exigencias que regula el artículo 263 del CPC, esto es, que “al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”.

Otro aspecto que no está regulado es el número de peritos a designar en la prueba anticipada, sin embargo, la discrecionalidad de los Magistrados viene orientándose a designar peritos en número par, como máximo.

El perito es un tercero ajeno a las partes y al juez. A diferencia del testigo, el perito puede ser una persona jurídica.

Como señala la norma, las partes al ofrecer la prueba pericial indicarán “los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”. Bajo ese contexto, no cabría admitir la actuación de la prueba pericial, si está busca determinar de manera general, “el estado de salud de la demandante, frente a la pretensión indemnizatoria por mala praxis médica”. Hace falta en esas circunstancias, que precise el hecho controvertido a analizar, el tipo examen a practicar y la especialidad del perito en medicina que lo realizará.

Podemos señalar como requisitos objetivos para la pericia que se refieran a hechos controvertidos, susceptibles de percepción directa por parte de los peritos y se adecuen a la especialidad de quienes son designados en esa calidad. Por tanto, no procede someter a dictamen pericial hechos que no pueden sujetarse a la observación directa de los expertos, quienes deberán valerse de informes recibidos sin el control de las partes.

## TESTIGOS

### ARTÍCULO 291

*Cuando por ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de una persona, sea indispensable recibir su declaración, el interesado puede solicitar su testimonio.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 222 a 232.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 298, 299.

---

### Comentario

---

1. El testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para transmitir los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y hacerlo presente a la mente de quien lo escucha.

La persona, con sus sentidos, su memoria y su lenguaje, cuenta acerca de la existencia del hecho, de la forma en que el mismo sucedió, y de los peculiares matices que lo rodearon.

Los testigos están generalmente en una condición negativa desfavorable, muy distinta a la de un observador: tienen conocimiento por azar, involuntariamente sin preparación y sin interés y en consecuencia sin mucha atención, lo que da lugar a una percepción mas o menos incompleta, fragmentaria y descolorida.

Ahora bien, el testigo casual o accidental se encuentra en el preciso lugar y tiempo en que ocurrió los hechos sobre los que será llamado a declarar, sin embargo, puede darse casos que la imposibilidad de poder prever esa contingencia natural o la necesidad de preverla en vista de la dificultad de procurarse prueba documental para su actual y ulterior comprobación hace que en ciertos casos la prueba de testigos se pueda o deba más bien preconstituir.

Precisamente la norma en comentario se refiere a diversos supuestos de contingencia, como, ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de una persona, que hagan indispensable para el interesado recibir su testimonio.

2. La norma recoge tres supuestos para invocar la diligencia preliminar: la ancianidad, enfermedad y ausencia inminente.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Sobre estas causales debemos señalar que no solo debe atenderse a la edad del testigo para calificarlo de anciano, sino a las condiciones de conservación física mental de este. Al invocar esta causal algunos pedidos refieren que el testigo tiene una “edad avanzada”, motivando la discusión sobre los parámetros a tener cuenta para calificar la ancianidad bajo la fórmula de edad avanzada. Puede darse el caso de una persona nonagenaria pero de buena salud o de una persona setenta años en actividad laboral como ancianos. La discrecionalidad del juez es la que llevará a calificar en el caso concreto la ancianidad. No es necesario acreditar la edad del testigo, pues, en las generales de ley se verificará ello.

Si se invoca enfermedad, tampoco debe entenderse de cualquier enfermedad sino la que implique gravedad, para lo cual, debe presentarse el certificado médico que refiera el grave riesgo o la inminencia de muerte del enfermo.

En relación a la ausencia del testigo, la norma no hace mayores distinciones en relación a ella, esto es, si implica salir fuera del país al testigo, si el viaje será próximo o la duración de la ausencia.

Por otro lado, se advierte del artículo 296 una serie de apercibimientos a aplicarse frente a la resistencia del emplazado a no cumplir con actuar la exhibición o reconocimiento o absolución de posiciones. Nótese de la lectura del citado artículo que no se hace referencia al apercibimiento al testigo en caso de incomparecencia, sin embargo, aplicando el artículo 286 del CPC que señala “las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada” podríamos colegir el uso de la conducción de grado o fuerza para su comparecencia, tal como lo refiere el artículo 232 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... dada la naturaleza del proceso (prueba anticipada) debe presentarse en pliego abierto la testimonial que se ofrece a fin de que el emplazado preste su declaración y haga valer sus derechos con arreglo a ley; (...) lo expuesto por el A-quo en la citada resolución, no es un requisito previsto por ley, toda vez que dentro de la sección referente a la prueba anticipada no existe norma imperativa que exija tal requisito; por tanto se ha incurrido en nulidad prevista por el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil...” (Exp. N° 16906-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 595-596).*

*“... El artículo 284 del Código Procesal Civil preceptúa que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresarla pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada; (...) de la fundamentación fáctica de la solicitud (de prueba anticipada) (...) se aprecia que el solicitante ha dado cumplimiento a la referida exigencia legal manifestando que la razón justificativa de la actuación anticipada de la absolución de posiciones, es*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*verificar hechos que serán materia de un futuro proceso, en tanto que respecto a la declaración testimonial solicitada, ha señalado que existe inminente ausencia del país del testigo; (...) en cuanto a la pretensión genérica el solicitante ha expresado que iniciará un proceso sobre obligación de dar suma de dinero..." (Exp. N° 1238-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 597-598).*

## RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

### ARTÍCULO 292

*Cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 246, 693 inc. 3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 295, 296

---

### Comentario

---

1. El reconocimiento se dirige a determinado tipo de documento, el privado, porque el público goza de la presunción de autenticidad. Como el documento privado carece de valor probatorio por sí mismo, la parte que lo presenta le incumbe demostrar su autenticidad. El documento privado reconocido judicialmente por la parte contra quien se opone o declarado judicialmente reconocido, tiene el mismo valor que el documento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores.

2. El reconocimiento en prueba anticipada opera siempre que pudiera resultar imposible o dificultosa solicitar que se produzca anticipadamente el reconocimiento judicial. También opera, cuando el solicitante busca un título, para lo cual, se autoriza seguir la tramitación que se califica como prueba anticipada, cuando debe ser catalogada como “**diligencia preparatorias**”. Estas diligencias son entendidas como un proceso de creación de títulos sumarios. Ella se limita a exigir un pronunciamiento judicial y la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante.

Este proceso, más que de creación es de reconocimiento; porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva. El documento privado solo tiene fuerza ejecutiva si ha sido reconocido, por consiguiente hace falta una diligencia preparatoria, con el objeto de lograr la fuerza ejecutiva de tal documento privado.

3. La inspección judicial, los testigos y la pericia pueden ser consideradas pruebas anticipadas propiamente dichas, situación que no es extensiva para el reconocimiento y la absolución de posiciones, por responder estos a procesos

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

especiales que procuran crear títulos para un proceso principal ulterior, como es el caso de los títulos ejecutivos provenientes de la absolución de posiciones y el reconocimiento. Como señala el inciso 3) del artículo 693 CPC “se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos: “prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido”.

Este reconocimiento se orienta a darle eficacia probatoria mediante el reconocimiento expreso o tácito. Este último como consecuencia de apercibimiento que regula el inciso 1 del artículo 296 del CPC. En ese sentido léase la ejecutoria superior recaída en el expediente 17182-98-Lima<sup>(1)</sup>, que señala: “tratándose de un reconocimiento en prueba anticipada donde se han observado las condiciones propias del debido proceso, además de haberse nombrado curador procesal, es válido el apercibimiento de tener por reconocido en su contenido y suscripción los documentos, como sería el caso del archivo provisional, ante la imposibilidad del indicado órgano de auxilio de actuar el medio probatorio”.

El título valor reconocido judicialmente por el representante de la sociedad anónima adquiere nuevamente su valor siempre que reúna los requisitos exigidos por la Ley de Títulos Valores, situación diversa opera cuando se pretende en prueba anticipada, el reconocimiento de un título valor caduco, para generar a partir del reconocimiento, el efecto de un título ejecutivo (ver inciso 3º artículo 693 del CPC). Se pretende enervar los efectos de la caducidad del título valor, a través de la maniobra del reconocimiento, incurriendo en lo que podría llamarse fraude a la Ley, situación que no impide se ejerza la acción causal frente al título valor perjudicado por el paso del tiempo.

Por otro lado, uno de los medios probatorios que no están regulados como prueba anticipada es el informe, a que refiere el artículo 239 del CPC. Estos pedidos pueden operar en casos excepcionales, por ejemplo, para acreditar hechos que constan en expedientes judiciales y antes que se inicie el futuro proceso o el período de pruebas de este, encontrándose por vencer los plazos establecidos para la conservación de esos documentos, es atendible pedir informes para conservar dicho medio probatorio.



### JURISPRUDENCIA

---

*Por el reconocimiento judicial del título valor vencido no revive la prescripción producida de las acciones derivadas de él, pues ésta se produce cuando el obligado es notificado con la demanda dentro del plazo precriptorio de la acción derivada del respectivo título valor.*

(1) Ejecutoria emitida por la Sala Civil de Lima, de procesos sumarísimos y no contenciosos

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si bien aparece de la prueba anticipada que la acción cambiaria quedó perjudicada al haberse declarado el abandono de la acción cambiaria directa, por el trascurso inexorable del tiempo, ésta, en vía de proceso, también ha caducado (**Exp. Nº 99-40677-3308, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 426**).

Al no haberse protestado el título solo cabe recuperar la acción cambiaria en el reconocimiento del obligado principal y el avalista. Si éste último no reconoce el contenido del título, la acción cambiaria no procede contra el mismo, no obstante el reconocimiento ficto por parte del obligado principal (**Exp. Nº 2448-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 665-666**).

“... El a-quo al calificar la solicitud de prueba anticipada, ha rechazado la misma, por cuanto sostiene que el accionante no ha cumplido con ‘adjuntar el original del documento a reconocer’, (...) no existe norma alguna que prescriba que para la procedencia de la solicitud en cuestión sea de obligación del accionante presentar los originales de los documentos cuyo reconocimiento se solicita (...); por lo que el a-quo al rechazarla prueba anticipada solicitada, en mérito a los considerandos en que se fundamenta, ha incurrido en nulidad insubsanable prevista en el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil...” (**Exp. Nº 31950-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 594**).

No procede mediante la prueba anticipada recuperar el mérito ejecutivo de las cambiales si estas han perdido su mérito como instrumento de cambio por acción del tiempo.

En la acción causal debe invocarse el negocio jurídico que originó la expedición de las cambiales (**Exp. Nº 1451-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 312-315**).

“... Según se aprecia del acta de Audiencia de Actuación y Declaración Judicial (...) la empresa emplazada (...) ha verificado el reconocimiento solicitado, independientemente de las alegaciones que haya efectuado al respecto, por lo que habiéndose cumplido con la actuación anticipada del medio probatorio y por tanto con la finalidad de la misma, carece de objeto formular cuestionamientos al respecto, tanto más si no se aprecia que se haya producido agravio al reclamante...” (**Exp. Nº N-977-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 619**).

No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (**Exp. Nº 860-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 387**).

“... Habiéndose tramitado el presente proceso en la vía abreviada, el referido medio probatorio (documento reconocido en prueba anticipada) puede ser meritudo conjuntamente con el resto del material probatorio, de conformidad con el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, pues el nuevo modelo procesal no acoge el sistema de valoración de la prueba tasada sino el de libre valoración o de sana crítica” (**Cas. Nº 627-99/Cono Norte-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 630-632**).

## EXHIBICIÓN

### ARTÍCULO 293

*Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición de:*

- 1. El testamento del causante por parte de quien se considere sucesor;*
- 2. Los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso;*
- 3. Los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante; y,*
- 4. Otros bienes muebles materia de un futuro proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 259, 260.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 297, 301.

---

## Comentario

---

1. La jurisdicción permite recurrir a ella para realizar diligencias preliminares tendientes a conservar un medio de prueba o delimitar con mayor exactitud los elementos de su futura pretensión u oposición o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. Estas diligencias preliminares se expresan en tres categorías: diligencias preparatorias, diligencias conservatorias y diligencias preliminares propias. El derogado CPC de 1912 regulaba las diligencias preparatorias y el actual CPC de 1993 hace referencia a la conservatoria, a ellas bajo el nombre de prueba anticipada.

A pesar de ello, apreciamos en este artículo, la presencia de la otrora diligencia preparatoria recogida en los incisos 2 y 3 del artículo 209 del derogado CPC de 1912.

Es importante señalar que lo que busca este tipo de medidas es abreviar futuros procedimientos, comprobar determinadas circunstancias cuyo conocimiento resulte ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar adecuadamente una eventual pretensión y asegurar la regularidad de los trámites correspondientes a tales actos.

Lo señalado líneas arriba nos lleva a mostrar bajo la denominación de prueba anticipada la presencia de la diligencia preliminar propia en el Código Procesal

vigente. Decimos ello porque las pruebas anticipadas o llamadas diligencias conservatorias de prueba, tienen por objeto la producción anticipada de ciertos medios probatorios frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el período procesal de pruebas; situación que no se ajusta a lo que exige el presente artículo “cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición”, pues, busca obtener información preliminar para un futuro proceso.

2. Bajo el contexto descrito apreciamos que se puede pedir la exhibición del testamento del causante por parte de quien se considere sucesor.

Esta diligencia no tiene por objeto justificar su condición de sucesor legítimo, sino de una medida preparatoria para un proceso contencioso. Según Palacio<sup>(1)</sup> “la exhibición del testamento debe configurar el antecedente de una pretensión procesal fundada en su contenido, como puede ser: la destinada a obtener la declaración de fallecimiento presunto, la petición de herencia e incluso la nulidad del acto de última voluntad. Puede ocurrir, no obstante, que quien solicita la apertura del proceso sucesorio no tenga en su poder el testamento, en cuyo caso la ley lo autoriza a indicar el lugar donde se encuentre e implícitamente a solicitar la exhibición de aquel”.

El hecho que la norma permita a quien se considere sucesor pedir la exhibición del testamento del causante, por parte de quien se considere sucesor; ello no le exime de la carga de señalar la justificación de su petición, esto es, de proporcionar motivos razonables que hagan necesaria la exhibición. La sola creencia de considerarse sucesor no le legitima el amparo de su pedido.

3. La norma permite la exhibición de los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso; por citar, en el caso de evicción se puede requerir al enajenante o adquirente exhiba los títulos referentes a la cosa vendida. El deber de exhibición también es recíproco para el adquirente y enajenante.

En razón de tratarse de una diligencia preliminar, señala Palacio<sup>(2)</sup>, el adquirente se halla facultado para requerir su cumplimiento frente a reclamaciones extrajudiciales, que puedan considerarse una verdadera turbación del derecho en el ejercicio de la propiedad, goce o posesión de la cosa transmitida y que en consecuencia lo coloquen en la necesidad de interponer una pretensión contra el reclamante o lo expongan a la posibilidad de ser demandado por este. Otro supuesto puede advertirse en el caso del ocupante de un inmueble. El nuevo adquirente puede solicitar al ocupante del bien, muestre el título con el que ampara su posesión, bajo apercibimiento de tener por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento.

(1) PALACIO. T. VI, p. 26.

(2) Op. cit. T. VI, p. 29.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

4. Se puede pedir exhibición sobre “los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante”. Ello con la finalidad de simplificar los futuros procedimientos. Señala Palacio<sup>(3)</sup> que el juez debe fijar un plazo prudencial para la comparecencia del supuesto obligado, pero no corresponde que la citación se practique bajo apercibimiento de tener por reconocida la obligación en caso de inasistencia, ya que la diligencia no entraña la interposición de una demanda, sino un simple medio de facilitar al interesado su futura actuación procesal. A pesar de dicho criterio, nuestra legislación si contempla el apercibimiento a todos los supuestos de la exhibición recogida en el artículo 293 del CPC. Nótese que este apercibimiento es intrascendente para la creación de títulos, pues, conforme se aprecia del inciso 3 y 4 del artículo 693 del CPC, solo contempla el reconocimiento y la absolución de posiciones mas no a la exhibición.

En relación al apercibimiento en la exhibición debe tenerse en cuenta que al ser alternos estos, quien la solicita debe precisar cuál de ellos deberá aplicarse. En ese sentido se dice que si la solicitante no ha cumplido con precisarlo, no es factible su adecuación por el Juez, por tratarse de una norma de carácter imperativo, de modo que este deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente.

5. La norma también permite la exhibición de otros bienes muebles materia de un futuro proceso, ello con miras a verificar su identidad y estado de conservación; esto va a permitir que el objeto de la eventual pretensión resulte delimitado con la mayor precisión y claridad. El juez puede disponer que la exhibición se lleve a cabo en la sede del juzgado o en lugar en el que la cosa se encuentra. Tanto en la exhibición de cosa mueble y testamento, el requerido que no tenga en su poder el testamento o la cosa mueble debe indicar el lugar en que se encuentra o la persona que lo tiene.

En conclusión podemos señalar que las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio están obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. Dicha exhibición será ordenada por el juez sin traslado alguno, dentro del plazo que fije.



### JURISPRUDENCIA

---

*La exhibición en prueba anticipada de la carta notarial es de imposible cumplimiento, al no haberse acreditado su diligenciamiento, más aún si la presentada por la actora, no contiene fecha de suscripción ni firma de la remitente, situación a la que no procede aplicar apremios.*

(3) Op. cit. T. VI, p. 36.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es procedente la exhibición de las actas de juntas de accionistas de la empresa demandada, si se justifica en la posibilidad de que hayan sucedido actos susceptibles de anulación, al haber sido representado por quien no tenía esa facultad, durante el tiempo en el cual fue impedida de ejercer la representación de la sucesión (Exp. N° 45695-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 232).*

*Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir entre otros la exhibición de bienes muebles materia, de un futuro proceso. Si bien la demanda indica que la pretensión genérica a reclamar es la entrega de bienes e indemnización, es necesario contemplar que dicha pretensión está en función de los derechos y acciones que corresponda a los demandantes como herederos del causante y no específicamente a la entrega de los bienes por encontrarse indivisa la sucesión (Exp. N° 27579-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 376-377).*

## ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

### ARTÍCULO 294

*Puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. 213, 693 inc. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 294.  
C.P.C.N. Argentina art. 125.

---

### Comentario

---

La absolución de posiciones es el medio que tienen las partes para obtener la confesión de su contraria, en un proceso determinado, bajo juramento o promesa de decir verdad. Para Couture, la posición supone la certeza del ponente, que no duda de lo que afirma y solo aspira, a que lo confirme el absolvente.

Se define como un medio para provocar que el presunto adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado **“pero que han de ser materia de un futuro proceso”**, previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento personal de aquél y contrario al interés que sostiene en la concreta causa.

La confesión no se alcanza aquí a través de un interrogatorio sino a través de la formulación de una serie de proposiciones afirmativas y juramentadas, respecto de las cuales se exige **“del presunto contrario”**, una contestación afirmativa o negativa pero no una descripción, sin perjuicio de las explicaciones que a continuación pueda agregar.

Un sector de la doctrina considera que la absolución de posiciones se pide solo en proceso iniciado, ello es coherente con el hecho que la absolución solo puede ser exigible y prestada por las partes, condición que recién se adquiere cuando el proceso ha comenzado mediante la interposición de la demanda. La absolución de posiciones no puede ser considerada una expresión de prueba anticipada sino de la otrora diligencia preparatoria porque busca crear un futuro título, a partir de la provocación de su futuro adversario. Ese futuro título se materializará no solo por su absolución expresa sino que opera a través de la tácita, mediante el apercibimiento que recoge el inciso 3 del artículo 296; en ese sentido si el título ejecutivo que se pretende crear reúne las condiciones del artículo 689

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

del CPC, asumirá la calidad de título ejecutivo, a que refiere el inciso 4 del artículo 693 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*No constituye causal de improcedencia, si el solicitante adjunta pliego de preguntas en sobre cerrado para la absolución de posiciones, toda vez que, tal defecto es perfectamente subsanable, otorgando un plazo prudencial para que presente el pliego abierto.*

*No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (Exp. N° 860-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 387).*

*“... Mediante resolución (...) expedida en la audiencia de actuación y declaración judicial (...) el Juez de la causa declaró impertinentes los medios probatorios admitidos con la demanda, omitiendo actuar la prueba anticipada de absolución de posiciones expresamente solicitada y que fue admitida (...); (...) al declararse la impertinencia de los medios probatorios, el A-quo no ha tomado en cuenta que el solicitante no ha pretendido su actuación, sino que éstos fueron ofrecidos por su parte a fin de fundamentar la razón que justifica la presente solicitud; (...) habiéndose actuado así, y conforme lo señalado en el tercer considerando, se ha incurrido en nulidad contenida en el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil...” (Exp. N° 2900-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 624-625).*

## INSPECCIÓN JUDICIAL

### ARTÍCULO 295

*En los mismos casos previstos en el artículo 290, puede solicitarse la inspección judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 272, 273, 274, 290.  
D. LEG. 822 art. 199 párr. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 300.

---

### *Comentario*

---

El artículo regula la prueba anticipada propiamente dicha porque busca constatar una situación de hecho, a través del reconocimiento judicial a fin que pueda existir un medio de prueba que lo conserve. Hay un criterio de urgencia, de necesidad que los hechos cambien o desaparezcan lo que justifica provocar la actividad judicial sin proceso.

La inspección judicial es el reconocimiento que efectúa de manera directa el juez a través de la percepción sensorial sobre lugares, cosas, personas con el objeto de verificar cualidades, condiciones o características.

La norma permite que se pueda producir tanto el reconocimiento judicial como la pericia para hacer constar la existencia de documentos, el estado, la calidad o condición de cosas o lugares.

Ambos medios de prueba se orientan a verificar un estado de hecho que es susceptible de desaparecer o sufrir alteraciones con anterioridad al proceso o la etapa probatoria de este.

Requiere o no conocimientos técnicos según el reconocimiento a efectuarse, por ejemplo, si se quiere un reconocimiento judicial sobre el estado de abandono de un inmueble arrendado, no es necesario involucrar una prueba pericial, pero si para el caso que se quiera tasar el inmueble o comprobar el valor de las maquinarias, por requerir conocimientos especiales para ello.



### JURISPRUDENCIA

---

“... De acuerdo a la sustentación Fáctica de la solicitud de prueba anticipada (...), la Beneficencia Pública de Lima señala que la actuación anticipada de la inspección judicial que invoca, está destinada a determinar las personas que habitan el predio de su propiedad así como las áreas que éstas ocupan, a efecto de iniciar con posterioridad el proceso de desalojo; (...) el hecho señalado (...) debe ser verificado antes del inicio del proceso, por lo que la solicitante ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 284 del Código Procesal Civil que amerita la tramitación de la solicitud...” (**Exp. N° 1209-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 599**).

“... Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 284 del Código Procesal Civil, toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada; (...) en el presente caso la solicitante (...) ha señalado (...) que la actuación del medio probatorio tiene por finalidad entre otros aspectos, que se verifique que está en posesión del inmueble (...), además de constatar el estado del bien, el mismo que señala podría variar” (**Exp. N° 645-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 600**).

## APERCIBIMIENTOS

### ARTÍCULO 296

*Si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se aplicarán los siguientes apercibimientos:*

- 1. En el reconocimiento se tendrá por verdadero el documento;*
- 2. En la exhibición se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; y,*
- 3. En la absolución de posiciones se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 218, 249 a 252, 261, 292, 293, 294.

---

### Comentario

---

1. El artículo consagra el apercibimiento a la resistencia a ejecutar los medios de prueba ordenados.

El apercibimiento es el requerimiento que hace el juez, para que el emplazado comparezca y ejecute lo que se manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con sanciones si no lo hiciera. Esto conlleva a que se aprecie que el apercibimiento es el primer paso de la fase de la sanción procesal; por ello, por la trascendencia procesal que ello implica, se exige que los apercibimientos sean expresos y no se presuma. Otro aspecto a considerar en los apercibimientos es la comunicación de estos a las partes; en ese sentido léase la Casación N° 1401-97 Callao que dice: “la resolución que hace efectivo los apercibimientos de una prueba anticipada debe ser notificada a las partes; en caso contrario carece de validez formal el título ejecutivo, en consecuencia no tiene mérito ejecutivo”.

2. Por otro lado, mediante la prueba anticipada se autoriza a los que sean o vayan a ser parte en un proceso y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa, solicitar con anticipación la declaración de un testigo de muy avanzada edad, o que este gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país; sin embargo, a diferencia de los otros medios de prueba que regula el Código, no aparece apercibimiento alguno en caso que el testigo no cumpla con el deber de comparecer y de declarar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Basta revisar los supuestos que regula el presente artículo para señalar que los apercibimientos están regulados de manera expresa para el reconocimiento, exhibición y absolución de posiciones. Ello se explica porque la comparecencia del testigo no es una carga sino un deber y en tal sentido procede aplicar las reglas que regula el artículo 232 del CPC (sanción pecuniaria y conducción de grado o fuerza al juzgado), pues, las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada (ver artículo 286 del CPC). Nótese que ese deber no solo se agota en el de comparecer sino en el declarar y en el decir la verdad, al margen que la intervención del testigo se haga al interior de un proceso judicial o fuera de este, como sería el caso de la prueba anticipada.

3. Como se ha señalado al comentar el artículo 294 del CPC, la absolución de posiciones es un medio de producción de la prueba confesional, que en el caso de la prueba anticipada, se da ante la instancia, sin proceso y bajo requerimiento de parte, pues, el juez no puede poner posiciones a las partes.

Para Palacio, la absolución de posiciones es la declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un pliego interrogatorio formulado por escrito.

La cuestión que el interrogatorio se encuentre redactado por escrito deviene irrelevante, pues, puede realizarse a viva voz. La razón de ser del pliego responde al propósito de cristalizar el apercibimiento previsto para la producción de esta prueba y poder tener así por absueltas en forma ficta las posiciones contenidas en aquél en caso de inasistencia del absolvente. Este pliego, en la práctica judicial, se estila que sea abierto en caso de prueba anticipada y cerrado para la declaración de partes, en atención a la interpretación que se hace del artículo 213 del CPC. Otro aspecto que se debe contemplar en la exhibición es el apercibimiento alternativo a ella. Como señala el inciso 2, en caso de inconcurrencia se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento. En caso que el solicitante no hubiere cumplido con precisar a cuál de ellos se refiere, no es factible su adecuación por el juez, por referirse la prueba anticipada a un acto de disposición de la parte interesada, de modo que el juez deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente.



## JURISPRUDENCIA

---

*Tratándose de un reconocimiento en prueba anticipada donde se ha observado las condiciones propias del debido proceso, además de haberse nombrado curador procesal, es válido el apercibimiento de tener por reconocido en su contenido y suscripción los documentos, ante la imposibilidad del indicado órgano de auxilio de actuar el medio probatorio (Exp. N° 17182-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 236).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Debe ampararse la demanda, si se han dado por verdaderos los documentos presentados y contestado en sentido afirmativo las preguntas del pliego interrogatorio de la prueba anticipada que señalan la deuda impaga que es materia de ejecución; al no haberse desvirtuado tales presunciones producidas por la propia conducta procesal de la ejecutada, pues no ha presentado ninguna prueba que contradiga el mandato ejecutivo (Exp. N° 98-39187-1048, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 78).*

*“... La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal” (Cas. N° 802-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 626-627).*

*“... Habiéndose solicitado la actuación anticipada de exhibición de documentos, corresponde al solicitante dar la idea más cercana a su contenido o acompañar copia de los mismos a fin de hacer efectivo el apercibimiento previsto por el inciso 2 del artículo 296 del Código Procesal Civil...” (Exp. N° N-902-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 593).*

*“... En cuanto a la exhibición el inciso segundo del artículo 296 del Código Procesal Civil preceptúa que el apercibimiento aplicable en caso de incomparecencia del emplazado será: a) tener por verdadera la copia presentada o b) tener por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; (...) en el caso sub-examen, la solicitante no ha cumplido con la indicada exigencia legal, no siendo factible su adecuación por el a-quo, por tratarse de una norma de carácter imperativo, de modo que el Juez de la causa deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente...” (Exp. N° 53884-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 603).*

*No tiene efecto legal alguno el apercibimiento decretado y efectivizado en la prueba anticipada que no ha guardado las formalidades de Ley el debido proceso (Exp. N° 235-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 229-231).*

## COMPETENCIA Y TRÁMITE

### ARTÍCULO 297

*Es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33, el Juez que por razón de cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso.*

*La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 33, 309 inc. 3, 749 a 762.

---

### Comentario

---

1. La norma regula una competencia especial para la medida cautelar fuera de proceso y la prueba anticipada, para lo cual, toma como referente “el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse”, reproduciendo el mismo criterio que se asumía para fijar la competencia en este tipo de diligencias. Así, el artículo 209 del derogado CPC de 1912 señalaba que las diligencias preparatorias se pedían ante cualquier juez de primera instancia. En igual sentido, decía el artículo 224 del CPC de 1912 “todo juez de primera instancia es competente para decretar embargos preventivos anteriores a juicio por sumas de veinte libras”.

Esta exclusividad que tenía el juez de primera instancia para intervenir en embargos y diligencias preparatorias, generó inconvenientes de celeridad y gastos procesales, porque si se quería iniciar una diligencia preparatoria, no existía otro juez competente que el de primera instancia, a pesar que la futura demanda a promoverse le correspondería al juez de paz letrado.

Para superar esa limitación, el Código Procesal actual acoge la competencia del juez por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.

Frente a esta regla especial de la competencia, el artículo 297 del CPC considera que es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33, “el Juez que por razón de cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso”.

Por otro lado, corresponde al solicitante la carga de suministrar los datos fundamentales relativos al tipo de pretensión que será objeto del proceso, salvo cuando se trate de una medida conservatoria de prueba, requerida con posterioridad a la interposición de la demanda. En este último caso, la competencia ya está establecida por el juez del proceso contencioso.

Es importante destacar que la producción de pruebas anticipadas no fija **definitivamente** la competencia del juez interviniente. Decimos ello porque del resultado de la actuación de dichas pruebas, puede generar que sea otro juez a quien le compete conocer de la futura pretensión. Cuando se trate de una medida conservatoria de prueba requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, la competencia está pre-establecida con el juez del proceso.

2. En cuanto al trámite, la prueba anticipada se rige bajo las reglas del proceso no contencioso. Ello es entendible porque estamos ante un procedimiento de declaración voluntaria, donde no hay contienda. Solo se invoca la jurisdicción para buscar de ella tutela en la conservación de los medios de prueba, de manera antelada y urgente; o crear títulos de futura ejecución; o buscar información preliminar para un futuro proceso. Por otro lado, la ausencia de confrontación formal en este tipo de diligencias hace que el juez y secretario del proceso sean irrecusables. El inciso 1 del artículo 761 del CPC consagra lo señalado. Un aspecto a tener en cuenta en este tipo de procedimiento es la improcedencia del abandono, tal como lo regula el inciso 2 del artículo 350 del CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*La competencia de un juez para el dictado de una medida cautelar fuera del proceso y para la actuación de la prueba anticipada está, condicionada a que el Magistrado sea competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.*

*La Competencia para la actuación de la prueba anticipada, está relacionada exclusivamente al grado de la judicatura para conocer la demanda futura. La prevención a que refiere el artículo veintinueve del CPC, se configura ante la existencia de una demanda previa relacionada al proceso (Exp. N° 524-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Mariannella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 270).*

*“... La Prueba Anticipada consiste en la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso (artículo 284 del Código Procesal Civil), correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso, (artículo 297 del Código Procesal Civil); (...) siendo así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para ésta a la culminación del trámite...” (Exp. N° 706-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 580).*

*“... De acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Civil, en materia de prueba anticipada es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33 del mismo cuerpo legal, el Juez que por razón de cuantía y territorio deberá conocer el futuro proceso; (...) es con esa norma específica que debe definirse la competencia del Juez, para este tipo de procesos, aplicándose las demás reglas generales de la competencia de modo complementario y no excluyente de la norma especial; (...) la regla contenida en el artículo 23 del código adjetivo es aplicable para los procesos no contenciosos, mas no así para la prueba anticipada...” (Exp. N° 343-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 584-585).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“... La Prueba Anticipada tiene reglas específicas previstas en la ley procesal correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso; (...) es con arreglo a dichas reglas que el a quo debe calificar la demanda, para proveer lo pertinente...” (Exp. N° 692-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 586*)

“... Con relación a que el emplazado cuestiona la validez o invalidez y las formalidades de las letras de cambio materia de reconocimiento, por la naturaleza de la solicitud (de reconocimiento en prueba anticipada), en el presente caso no corresponde dilucidarse respecto a tales hechos, los mismos que en todo caso serán dilucidados en el proceso contencioso correspondiente...” (Exp. N° 35398-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 615-616*)

“... La naturaleza de la futura pretensión de los solicitantes es de carácter laboral (...), de modo que la presente solicitud de prueba anticipada ni el futuro procedimiento a iniciar son de competencia de los Juzgados Civiles, situación que amerita declarar su rechazo de plano...” (Exp. N° 616-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 604*).

La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso, en el cual se halla prevista la contradicción.

Solo se puede fundar la oposición en el contenido del artículo 298 del C.P.C (Exp. N° 1157-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 163-164*).

## OPOSICIÓN

### ARTÍCULO 298

*El emplazado solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos generales indicados en el artículo 284, los especiales del medio probatorio solicitado o si la actuación fuese imposible.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 284.

---

## Comentario

---

El juez ordena la ejecución de la prueba sin traslado a la contraparte. A esta le corresponde cuestionar su producción formulando oposiciones.

Son tres los motivos para oponerse a la prueba. Estos se basan en la inobservancia a los requisitos especiales del medio probatorio, a los generales de la prueba anticipada y la imposibilidad de su actuación.

En relación a la inobservancia de los requisitos especiales, podemos citar el caso de la declaración del testigo condenado por delito doloso que afecte su idoneidad. El inciso 2 del artículo 229 prohíbe su declaración; también procede la oposición cuando el solicitante no justifica la razón de la actuación anticipada ni describe la pretensión genérica que pretende reclamar a futuro; el último supuesto, la imposibilidad, se refiere cuando el juez ordena la actuación de medios probatorios sobre hechos que la ley presume *iure et iure*, esto es, sin admitir prueba en contrario

Fuera de los eventuales incidentes que pueden promoverse en relación a la admisibilidad, durante el trámite de la prueba anticipada, no cabe discusión alguna referente a los requisitos de la futura pretensión. La mera solicitud de una medida preliminar no constituye una demanda que autorice a deducir reconvencción y menos aun pretender la apertura a prueba de un proceso inexistente.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es fundada la oposición al reconocimiento, en prueba anticipada, si la peticionante no solo presenta instrumentos emitidos por su otorgante, sino que pretende el reconocimiento de otros documentos que pertenecen a personas distintas al emplazado (Exp. N° 24086-99,*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 235).**

“... La emplazada ha sido impedida de hacer uso de su derecho que ampara el numeral 298 del referido cuerpo de leyes (CP., referido a la oposición a la solicitud de prueba anticipada), razón por la cual le ha sido materialmente imposible formular oposición; razones que contravienen los principios de legalidad y trascendencia, previstos por el artículo 171 del citado Código de Leyes (CPC)...” **(Exp. N° 2226-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 622-623).**

“... la oposición (...), fundamentada en que el apoderado del actor carece de legitimación procesal, merece desestimarse, por cuanto el artículo doscientos noventa y ocho del Código Procesal Civil establece que la parte emplazada solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos indicados en el artículo doscientos ochenta y cuatro del mismo Código, los especiales del medio probatorio o si la actuación fuese imposible...” **(Exp. N° 9993-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 610-611).**

“... La contradicción (oposición a la prueba anticipada) formulada por la parte emplazada se sustenta en argumentaciones que inciden en la relación jurídica que da lugar a la emisión del título valor materia del reconocimiento, lo cual no puede hacerse valer a través de la contradicción...” **(Exp. N° 579-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 612).**

“... La actuación imposible que alega la recurrente no es atendible, toda vez que los fundamentos que la sustentan están referidos principalmente a demostrar que no tiene obligación alguna con la emplazante, tema que no es el objeto de este proceso de Prueba Anticipada, sino que en todo caso deberá hacerse valer en la vía y procesos pertinentes...” **(Exp. N° N-1216-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 613).**

“... Los fundamentos de la contradicción están orientados a desvirtuar el derecho que emergería a favor del actor del título objeto de reconocimiento; (...) es evidente que la Prueba Anticipada no permite discusión ni debate en torno ello; (...) no ajustándose la contradicción formulada a lo establecido en el artículo 298 del Código Procesal Civil es obvio que resulta inviable...” **(Exp. N° 4-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 614).**

“... Nadie está obligado a exhibir lo que no tiene en su poder; (...) habiendo la emplazada negado la existencia de los títulos valores, aunado al hecho de que en el contrato de compra-venta no se alude a los mismos, procede amparar la oposición (a la solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada)...” **(Exp. N° 21805-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 617-618).**

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso, en el cual se halla prevista la contradicción.*

*Solo se puede fundar la oposición en el contenido del artículo 298 del CPC (Exp. N° 1157-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 163-164)*

*“... La oposición (...), fundamentada en que el apoderado del actor carece de legitimación procesal, merece desestimarse, por cuanto el artículo doscientos noventaiocho del Código Procesal Civil establece que la parte emplazada solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos indicados en el artículo doscientos ochenticuatro del mismo Código, los especiales del medio probatorio o si la actuación fuese imposible...” (Exp. N° 9993-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 610-611).*

## ENTREGA DEL EXPEDIENTE

### ARTÍCULO 299

*Actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservándose copia certificada de este en el archivo del Juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 139, 693 incs. 3 y 4, 3 DF inc. 5

---

### Comentario

---

El expediente es calificado como una actuación administrativa sin carácter contencioso, por ello, en la doctrina se califica como expediente a todos los actos de jurisdicción voluntaria.

El expediente es el conjunto de papeles, documentos y otras pruebas o antecedentes. Contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras. En el caso de la prueba anticipada, se entregará el expediente –en original– al interesado, conservándose copia certificada de este en el archivo del Juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.

La norma señala que ese conjunto de antecedentes resultante de la actividad probatoria ya ejecutada sea entregado al peticionante, dejándose copia certificada de este en el archivo del juzgado.

Nótese que la norma pone énfasis en las copias certificadas, esto es, en la reproducción literal de los documentos de su original, dejando constancia de ese acto, el secretario de juzgado. Esto se explica porque en el supuesto que se quiera obtener una copia de lo actuado, se pueda recurrir a los documentos archivados de esta. Especial situación se aprecia en el caso de la pérdida o deterioro de las copias de la prueba anticipada custodiadas en el archivo del Juzgado, en tales circunstancias, se puede recurrir a la recomposición del expediente (ver artículo 140 del CPC) según la Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ.<sup>(1)</sup>

---

(1) El contenido de la citada Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo.



**JURISPRUDENCIA**

---

*“... El A-quo, ha actuado la prueba anticipada, en la forma solicitada; acto por el cual se dio por finalizado (sic) la solicitud postulada, ordenándose la entrega del expediente a la parte interesada; lo que implica, que es el último acto procesal que fin al proceso...” (Exp. N° 34158-99, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 628-629).*

## Capítulo X

# CUESTIONES PROBATORIAS

### ADMISIBILIDAD DE LA TACHA Y DE LA OPOSICIÓN

#### ARTÍCULO 300

*Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial.*

*También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 193, 213, 222, 229, 233, 242, 243, 256, 257, 259, 260, 262, 272, 553.
<b>C. de P.P.</b>	art. 165.
<b>C.N.A.</b>	art. 169.
<b>LEY 26636</b>	arts. 42, 43.

---

### Comentario

Los medios probatorios que se ofrecen, pueden ser materia de cuestionamiento, por la parte contra quien se opone. Existen dos mecanismos para ello, la tacha y la oposición. A través de ellos se permite materializar el derecho de contradicción.

Son cuestiones incidentales que se provocan con el ofrecimiento de los medios probatorios y tienen como finalidad destruir la eficacia probatoria de éstos.

Debemos recordar que el contenido del derecho a la prueba está integrado por los siguientes derechos: derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; el derecho que admitan los medios probatorios ofrecidos; el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos; el derecho a que se asegure la producción y conservación de la prueba; y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han ingresado al proceso.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las tachas u oposiciones están condicionados a la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, el mismo que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia.

La admisión y trámite de las incidencias deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Con el ofrecimiento del medio probatorio ingresa la tacha, pero el éxito en la tramitación y amparo de ésta, se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido.

Para la procedencia de la tacha u oposiciones, debe darse los siguientes supuestos:

La existencia de un proceso principal,

El ingreso al proceso de un medio probatorio

Interponerlo dentro del plazo de ley y por la parte a quien se opone

Orientarse a destruir la eficacia de la prueba ofrecida

La falta de impugnación –mediante tacha u oposición– precluye la posibilidad de interponerla con posterioridad, sin embargo, puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda, como es el caso que regula el artículo 302 del CPC.

La norma discrimina el medio de impugnación, según la prueba ofrecida. Si se trata de testigos y documentos será la tacha el mecanismo idóneo para ello; si se refiere a la declaración de parte, exhibición, pericia o inspección judicial el mecanismo es la oposición. Nótese que el Código diferencia la oposición para declaración de parte y la tacha para los testigos.

Además adviértase que el artículo en comentario, hace referencia expresa al mecanismo para cuestionar la eficacia de la prueba documental, como es la tacha, sin embargo para la exhibición de ésta corresponde la oposición; en tal sentido “el informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición”. El reconocimiento de parte está condicionado a la interposición de la tacha, de ahí que el artículo 246 del CPC prescriba que “no es necesario el reconocimiento si no hay tacha”.

Por otro lado, la eficacia probatoria del documento en general tiene mecanismos de cuestionamiento en el proceso, regulados en los artículos 242 y 243 del CPC, cuando se invoque la falsedad del documento o la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe.



JURISPRUDENCIA

No se puede enervar el contenido de un documento mediante tacha, cuestionando la fecha de otorgamiento del mismo; pues, la tacha está referida a la falsedad de éste como tal, mas no al contenido del mismo.

Debe ampararse la tacha a los testigos, si son parientes consanguíneos de una de las partes. No existe impedimento legal para que el testigo preste su declaración, cuyo estado civil sea la de divorciado con una de las partes. (Exp. Nº 556-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 381-282).

El informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición (Exp. Nº 2416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 380).

“... La tacha (formulada al estado de cuenta del saldo deudor) se refiere únicamente a las observaciones sobre el cálculo del estado de cuenta o liquidación, razón por la que propiamente no constituye una tacha sino observaciones al cálculo efectuado...” (Cas. Nº 2276-99-La Libertad, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 377-378).

“... La sustentación de la nulidad de un documento debe deducirse en vía de acción...” (Cas. Nº 2550-99-La Libertad, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 262-263).

“... La nulidad de un acto administrativo debe ser solicitada en vía de acción y no en vía de tacha...” (Cas. Nº 1346-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 359-360).

“... Conforme lo establece el artículo trescientos del Código Procesal Civil, la vía pertinente para impugnar documentos es a través de la tacha, sin embargo, la recurrente no ha formulado tacha contra la (sic) citadas instrumentales (documentos judiciales no certificados por el auxiliar jurisdiccional), en consecuencia, ha precluido la oportunidad para denunciar este vicio (contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso) en sede casatoria...” (Cas. Nº 2858-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 350-351).

“... En vía de tacha no se puede decidir sobre la nulidad de un acto jurídico...” (Cas. Nº 46-2000-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 354-355).

“... La Sala Civil de la Corte Suprema tiene resuelto en forma reiterada que la tacha de documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados, y no a la nulidad o falsedad de los actos contenidos en los mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en vía de acción.

(...) Que en consecuencia la tacha basada en la alegación de que el acto expresado en el documento presentado no coincide con la voluntad de las partes no puede servir de funda-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

mento para amparar una facha” (Cas. Nº 1357-96-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 356-358).

“... Tampoco resulta procedente formular tacha contra un instrumento público consistente en una partida de nacimiento, la cual solamente puede ser declarada ineficaz en vía de acción...” (Cas. Nº 3237-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 361-362).

La oposición es un remedio procesal solo para ser interpuesto en los casos previstos en el Código Procesal y dentro del tercer día de conocido el agravio. En ninguno de los artículos del CPC se regula la posibilidad de plantear oposición al remate.

Si lo que se dirige a cuestionar es la propiedad del inmueble hipotecado, ello debe ser ventilado a través de una tercería de propiedad, proceso en el cual debe dilucidarse, probarse y declararse el derecho que alega la recurrente (Exp. Nº 1472-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica*, p. 566).

El informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición (Exp. Nº 2416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica*, p. 380).

## TRAMITACION

### ARTÍCULO 301

*La tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. La absolución debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes.*

*La tacha, la oposición o sus absoluciones, que no cumplan con los requisitos indicados, serán declarados inadmisibles de plano por el Juez en decisión inimpugnable. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo. La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos.*

*El medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 208, 478 incs. 1 y 2, 491 incs. 1 y 2, 553, 554, 701, 783.
<b>C.N.A.</b>	art. 169.
<b>LEY 26636</b>	arts. 42, 43.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 290.
------------------------	-----------

---

## Comentario

La tacha u oposición buscan cuestionar al medio probatorio ofrecido para destruir su eficacia. Lo realiza la parte a quien se opone la prueba y dentro del plazo de ley. Como señala el artículo 301, el cuestionamiento al medio probatorio que se ofrece “se interpone en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos”.

En ese sentido encontramos que tratándose de un proceso de conocimiento el plazo para interponer estas incidencias es de cinco días (ver inciso 1 artículo 478 del CPC) y de tres días para el proceso abreviado (ver inciso 1 artículo 491 del CPC). En el proceso sumarísimo, estas se interpondrán dentro del plazo de contestar la demanda.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Estos incidentes (tachas u oposiciones) deben tener ciertos requisitos para su postulación y admisión al proceso, como son: precisar los fundamentos en que se sustenta el cuestionamiento al medio probatorio y acompañar la prueba respectiva.

La parte que ofrece los medios de prueba cuestionados debe absolver las observaciones y anexar los medios de prueba que sustenten su posición, en el mismo plazo legal que señala la norma procesal según la vía procedimental. (ver inciso 2 artículo 478 del CPC e inciso 2 artículo 491 del CPC).

Cuando estas incidencias se desarrollan en un proceso sumarísimo señala el artículo 553 del CPC que “solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554”.

Las tachas u oposiciones están condicionados a la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, el mismo que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia.

La admisión y trámite de las incidencias deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Con el ofrecimiento del medio probatorio ingresa la tacha, pero el éxito en la tramitación y amparo de esta, se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido.

Otro aspecto a resaltar en estas incidencias se refiere al medio probatorio que debe sustentar estas. No procede interponer o absolver una tacha sin acompañar medios de prueba que sustenten lo que se alega. En estos casos, serán declarados inadmisibles de plano, sin posibilidad de impugnación.

Nótese que la norma en comentario pone énfasis que el requisito del medio probatorio “no se exige a las absoluciones” realizadas en el proceso sumarísimo. Esto es coherente con el diseño de este procedimiento, pues, conforme apreciamos del artículo 554 del CPC, “admitida la demanda, el juez concederá al demandado cinco días para que conteste. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia...”. Como vemos, la Ley procesal no otorga plazo alguno para la absolución, por tanto, no cabe la posibilidad que se acompañe medios probatorios cuando se absuelva las tachas en la audiencia, porque recién la parte contra quien se opone estas, toma conocimiento de ellas. En este caso, podemos colegir que la parte absolvente no está en similares condiciones de acompañar medio probatorio alguno que sustenten su absolución frente a la tacha interpuesta con la contestación de la demanda.

Por otro lado, debemos precisar que en el caso de los procesos sumarísimos, las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia a que refiere el artículo 554 del CPC citado líneas arriba.



JURISPRUDENCIA

*Aun cuando en el escrito de oposición no se ha indicado de manera específica los respectivos medios probatorios, se cumple con el artículo 301 del Código Procesal Civil, si de la fundamentación fáctica de ésta, se infiere claramente que la citada oposición se apoya en un instrumento público que obra en autos.*

*La mera ausencia de formalidad, al no haberse disgregado en acápite aparte el ofrecimiento de pruebas, no puede prevalecer sobre lo que emerge con nitidez del propio escrito de oposición, en el cual se hace referencia clara a los medios probatorios en los que se apoya ésta.*

*El juzgador no puede dejar de apreciar el contexto dentro del cual se ha planteado la oposición, de cuyos extremos fluye inequívocamente el medio probatorio (Exp. Nº 4465-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 421-422).*

*Si no se precisa con claridad los fundamentos en que se sustenta la tacha o no se acompaña la prueba respectiva, debe declararse su inadmisibilidad mas no su improcedencia (Exp. Nº 646-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 379).*

*“... El Juez de la causa, al tener en cuenta y valorar los documentos, objeto de la tacha, se ha pronunciado sobre la eficacia de dichos medios probatorios, lo que importa una desestimación de la tacha planteada, que debió rechazar de plano (al no ser sustentada con prueba)” (Cas. Nº 620-99-Ayacucho, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 370-372).*

*“... No existe impedimento para interponer tachas en esta vía procedimental (ejecutiva)...” (Exp. Nº 362-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 375-376).*

*Es fundada la tacha, si quien ha otorgado poder, en condición de gerente de la empresa demandada, ya no tenía la calidad de tal. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. El documento tachado carece de eficacia probatoria para acreditar que el estudio jurídico demandante, haya actuado luego del otorgamiento del poder, en nombre y representación de la empresa demandada, por tanto, la demanda fundamentada en el pacto cuota litis deviene en infundada (Exp. Nº 972-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 499-501).*

*“... El actor dedujo cuestiones probatorias de tacha y oposición, contra dos de los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación, reservándose su pronunciamiento para la sentencia (...), no obstante ello, no han merecido pronunciamiento, incurriéndose también en la causal de invalidez que debe ser corregida” (Cas. Nº 846-99-Cusco, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 366-368).*

*Resulta infundada la tacha de la partida de nacimiento de la menor, pues se trata de un instrumento público expedido por funcionario del Estado, en ejercicio de sus funciones (Exp. Nº 1163-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 145).*

## CONOCIMIENTO SOBREVINIENTE

### ARTÍCULO 302

*Excepcionalmente, cuando se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad al plazo para interponerla, se informará al Juez, por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El Juez, sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 553.
LEY 26636	art. 44.

---

### Comentario

---

1. La tacha u oposición buscan cuestionar al medio probatorio ofrecido para destruir su eficacia. Lo realiza la parte a quien se opone la prueba y dentro del plazo de ley. Como señala el artículo 301, el cuestionamiento al medio probatorio que se ofrece “se interpone en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos”.

La falta de impugnación –mediante tacha u oposición– precluye la posibilidad de interponerla con posterioridad, sin embargo, de manera extraordinaria, puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda.

Puede darse el caso que se tenga conocimiento de la causal de la tacha u oposición, con posterioridad al plazo para interponerla, ello no permitiría abrir a trámite la incidencia, solo se puede informar de esa situación sobrevenida, acompañando los documentos que sustenten dicha observación al medio probatorio.

2. Lo interesante de este artículo, es que sin afectar la celeridad procesal, permite a las partes insertar observaciones a los medios de prueba, sin abrir incidencias, cuando hubieren tenido conocimiento sobrevenido de los cuestionamientos. Véase el caso del resultado obtenido mediante una prueba de oficio. Si bien el origen de esta es inimpugnable, en atención al artículo 194 del CPC, el resultado de ella está sujeto al contradictorio. Por citar, si se ordena como prueba de oficio obtener determinados informes (ver artículo 239 del CPC), el resultado de los informes debe ser puesto a conocimiento de las partes para que pueda ser sometido al contradictorio, a través de la impugnación mediante los mecanismos ordinarios de las tachas u oposiciones; sin embargo, como los plazos ordinarios fija-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

dos para ellas han precluido, pero la causal es sobreviniente a ellos, el artículo 302 del CPC en comentario permite se informe de dichos cuestionamientos, por escrito, con la debida prueba al respecto, la que solo la limita a la documental. Al no proponer dicha articulación bajo la formalidad que exige el artículo 301 del CPC, se regula una tramitación especial, cual es, poner en conocimiento a la otra parte de ella, apreciando el juez dichos hechos al momento de sentenciar, en igual forma que la tacha u oposición ordinaria, que señala la última parte del citado artículo 301 del CPC.

3. La noción de igualdad que está presente en el principio de contradicción, no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. Es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas, por citar, el caso del conocimiento de una causal de tacha u oposición, luego del plazo para interponerla. Como señala la norma, el juez pondrá en conocimiento a la otra parte, acompañando el documento que lo sustente, para luego, apreciar la tacha al momento de sentenciar. Dicha limitación a la prueba documental, opera luego de haber precluido el momento procesal para interponer tachas, sin embargo se admite ella pero con una prueba restringida a la documental, por razones de orden y economía procesal. En ese sentido, si la razón es técnica y el desnivel es de poca intensidad, no por ello se viola la esencia del contradictorio.

## TACHA DE TESTIGOS

### ARTÍCULO 303

*Además de los casos previstos en el artículo 229, los testigos pueden ser tachados por las causales previstas en los artículos 305 y 307 de este Código, en cuanto sean pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 229, 305, 307.  
C. de P.P. art. 156.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 218.

---

### Comentario

---

La eficacia de la testimonial se puede desvirtuar a través del cuestionamiento de la imparcialidad de quien la presta, para lo cual, la norma permite que le sean extensivas las causales de impedimento y recusación, a que refiere el Código Procesal. El sujeto activo, legitimado para la tacha es la parte y el pasivo, el testigo cuestionado.

El impedimento es el hecho legalmente previsto, por el cual el testigo está imposibilitado para declarar en un proceso judicial. Las causales de impedimento están descritas en los 5 incisos que recoge el artículo 305 del CPC. Se refieren a las actividades procesales (véase los incisos 1 y 5); a razones de parentesco y representación (véase el inciso 2 y 3) y las que atribuyen beneficios o dádivas (véase el inciso 4). Adviértase que las causales de impedimento o recusación que recogen los artículos 305 y 307 del CPC son aplicables al Juez y a los órganos de auxilio judicial (ver artículo 315 del CPC). Ellas no son las únicas justificaciones para apartar a los testigos del proceso, sino que existen razones específicas que describe el artículo 229 del CPC y que se refieren a la incapacidad absoluta, a la moralidad del testigo, al parentesco y al interés de este en el proceso.

En el caso de la recusación, Palacio<sup>(1)</sup> la define como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquél, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente

---

(1) Op. cit. T. II, p. 304.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

al ejercicio de la función judicial". Ello es atendible porque la imparcialidad del juez es un presupuesto básico del derecho procesal. La Ley establece el procedimiento para el ejercicio de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

Esta imparcialidad no es exclusiva del juez, sino que también es extensiva a otros sujetos del proceso, como el testigo, por ser considerado este un órgano de auxilio judicial, esto es, un colaborador de la Justicia y como tal debe mostrar una conducta imparcial y ponderada al transmitir la versión de los hechos que le ha tocado conocer.

## MULTA

### ARTÍCULO 304

*Al litigante que maliciosamente formule tacha u oposición, se le impondrá una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos de su tramitación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. IV, 53 inc. 1.

---

## Comentario

---

La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)<sup>(1)</sup>.

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez .

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(1) El contenido de la citada Resolución Administrativa aparece en el anexo del trabajo

## TÍTULO IX

### IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN, EXCUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

#### CAUSALES DE IMPEDIMENTO

##### ARTÍCULO 305

*El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:*

- 1. Ha sido parte anteriormente en este;*
- 2. El o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un Abogado que interviene en el proceso;*
- 3. El o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;*
- 4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; o,*
- 5. Ha conocido el proceso en otra instancia.*

*El impedimento previsto en la segunda causal solo se verifica cuando el Abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al Abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez.*

---

##### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 303, 315 párr. 1.  
**D.S. 017-93-JUS** art. 196 inc. 2.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** art. 51.  
**C.P.C. Colombia** art. 150.  
**C.F.P.C. México** art. 39.

---

#### Comentario

Una de las condiciones para administrar justicia es la imparcialidad del juzgador, caso contrario, estaríamos asistiendo al ejercicio de la autodefensa procesa-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

lizada, donde el juez asumiría tanto el papel de parte como de juez. El juez al aplicar el derecho, no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado y de absoluta imparcialidad. Una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia. Para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez.

El impedimento es el hecho legalmente previsto, por el cual el juez está imposibilitado para conocer de un proceso judicial. Los impedimentos descritos en el presente artículo, se sustentan en cinco causales.

Si un juez está sometido bajo cualquier causal descrita en el artículo 305 del CPC, está obligado a declararse impedido tan pronto advierta la existencia de ella. Tales causales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente. Si no lo hace, cualquier parte podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso. En ese sentido léase el artículo 312 del CPC.

Las causales de impedimento del juez se refieren a actividades procesales (véase el inciso 1 y 5); a razones de parentesco y representación (véase el inciso 2 y 3) y las que atribuyen beneficios o dádivas (véase el inciso 4).

Los que refieren a la actividad procesal ubicamos al inciso 1 y 5, esto implica que está impedido de intervenir si ha sido parte en el proceso o haber intervenido como juez en otra instancia. Aquí opera el prejuizgamiento, en cuya virtud es admisible apartar del conocimiento del proceso al juez que ya ha exteriorizado su opinión acerca de la forma de resolver las cuestiones debatidas en aquel. Tampoco puede intervenir si el juez ha sido abogado defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.

No es aplicable argumentar el prejuizgamiento con respecto a las opiniones expresadas por los jueces en sus sentencias, aun en el supuesto que se plantearan nuevamente cuestiones idénticas o análogas a las ya resueltas, ni a las opiniones abstractas, vertidas en trabajos de índole teórico. El prejuizgamiento debe ser expreso y recaer sobre la cuestión de fondo a decidir, no configurándose cuando el juez se halla en la necesidad de emitir opinión acerca de algún punto relacionado con la materia controvertida, lo que ocurre, entre otros, al decidirse sobre la admisión o rechazo de una medida cautelar, resolver excepciones o adoptar medidas tendientes a encausar el procedimiento, etc.

El inciso 4 hace referencia al supuesto que el juez que hubiere recibido beneficios de alguna de las partes: se halla comprendidos en este inciso, no solo los beneficios de orden material sino también todas aquellas actitudes de las partes que objetivamente apreciadas, sean susceptibles de comprometer la gratitud del

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

juez, como generar un puesto de trabajo a los familiares del juez. Además cabe considerar incluidos en esta causal a los beneficios recibidos por la cónyuge o por los hijos, vivan o no, con el magistrado, sin embargo, no se podría considerar como causal de impedimento la relación crediticia que pudiera tener el magistrado con la institución bancaria demandada. Bajo esa misma óptica, tampoco es impedimento para que el juez se aparte de conocer un proceso donde una de las partes sea una empresa de servicios básicos (luz, agua, teléfono, etc). La generalidad de los servicios que brinda, no justifican ni la recusación ni el impedimento.

Situación especial merece el caso del juez que asume el proceso en la que su antecesor había designado curadora procesal a una abogada, íntima amiga del nuevo juez, por tanto, si bien ello no constituye causal de impedimento porque no está en las causales del 305 debemos ubicar como un causal de recusación según el inciso 1 del artículo 307, de ahí que para evitar la recusación de parte, la abogada, podría renunciar al cargo de curadora o el juez abstenerse de intervenir en el proceso por el vínculo amical que le une con la representante procesal, como es, la curadora.

## TRÁMITE DEL IMPEDIMENTO

### ARTÍCULO 306

*El Juez que se considere impedido remitirá el expediente a quien deba reemplazarlo. Si este estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta, para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al Juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al Juez que venía conociendo.*

*En las Cortes, el Juez que se considere impedido informará a la respectiva Sala expresando la causal invocada. La Sala resolverá, sin trámite, integrándose con el llamado por ley. Aceptada la abstención, pasa el conocimiento del proceso al que corresponda. La resolución que resuelve la abstención es inimpugnable. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 313, 324 párr. 2.  
**D.S. 017-93-JUS** arts. 150, 263 inc. 6.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

**C.P.C. Italia** arts. 52, 53.  
**C.P.C. Colombia** art. 149.  
**C.F.P.C. México** arts. 40-46.

---

## Comentario

La norma regula el procedimiento de lo que Carnelluti denomina “competencia por remisión”.

Este fenómeno promueve el desplazamiento de la competencia hacia otro juez frente a las hipótesis de impedimentos y recusaciones de acuerdo con las cuales el juez natural, el predeterminado por ley como competente, es separado del conocimiento, luego de agotar un trámite incidental, desplazándose el proceso hacia el juez que debe sucederle en ese conocimiento; ello no implica que este juez que recibe el expediente deba acceder automáticamente a la excusación, sino que luego de apreciar los hechos expuestos puede considerar que no constituyen causal de impedimento, procediendo a remitir el expediente al superior en consulta.

---

(\*) Texto según artículo 1 de la Ley 26634 (23/06/96).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La norma señala que el superior resolverá sin mayor trámite sobre su legalidad del impedimento. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al Juez que venía conociendo. Si se estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad.

Como se aprecia la traslación de competencia está regulada de antemano en abstracto, de tal manera, que el proceso pasa al conocimiento del juez que la ley indica con antelación, ante la ocurrencia de la hipótesis citadas, permaneciendo incólume el principio del juez natural.

La norma también regula el supuesto que en las Salas de las Cortes, uno de los Vocales estuviere impedido de conformar colegiado, pero, no regula la posibilidad que todos los integrantes de una Sala estuvieren impedidos. En este supuesto, opinamos que deben conocer de esos impedimentos la sala que sigue en el orden de turno o la asignada de manera aleatoria.

Por último, debe apreciarse que la recusación no se admite en los procesos no contenciosos, tal como lo señala el inciso 1 del artículo 761 del CPC; en tan sentido, tampoco puede ser extensiva las causales de impedimento u abstención, al juez que conoce un procedimiento no contencioso porque no hay contienda, no hay litis que dilucidar que requiera de la garantía de la cosa juzgada.



## JURISPRUDENCIA

---

*Contraviene lo dispuesto en el artículo 306 del CPC, el Juez que estimando que los hechos expuestos por el remitente no constituyen causal de impedimento, declara sin lugar la inhibición y devuelve los autos al originario (Exp. N° 667-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 249-251).*

## CAUSALES DE RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 307

*Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:*

- 1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos;*
- 2. El o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;*
- 3. El o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes;*
- 4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;*
- 5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y*
- 6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 303, 315 párr. 1.
<b>C. de P.P.</b>	art. 29.
<b>LEY 27444</b>	art. 88.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 289.
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	arts. 14-17.

---

## Comentario

---

1. El proceso jurisdiccional es bilateral y garantiza escuchar a ambas partes, otorgándoles la posibilidad de probar la verdad de sus proposiciones de hecho frente a un juez imparcial. En ese sentido, una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez no idóneo.

Palacio<sup>(1)</sup> define a la recusación como “el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situa-

---

(1) Op. cit. T. II, p. 304.

ción con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquel, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial". Para Montero Juan<sup>(2)</sup>, la imparcialidad no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado solo (...)por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio.

Como se ha señalado líneas arriba, la imparcialidad del juez es un presupuesto básico del derecho procesal y la ley establece el procedimiento para el ejercicio de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

En el pedido de recusación, el sujeto activo es la parte y el pasivo el juez, todos los auxiliares jurisdiccionales y los órganos de auxilio judicial. Véase sobre el particular lo regulado en el artículo 315 del CPC.

2. La recusación tiene que fundarse en algún motivo, esto es debe ser causada. Promueve un incidente contra el juez, invocando hechos y situaciones jurídicas tipificadas en la norma procesal, con el objeto de obtener la separación del proceso. Entre las causas de recusación que señala la norma encontramos las siguientes:

El inciso 1 alude a un estado de apasionamiento de amistad o adverso del juez hacia la parte. Esta amistad, enemistad, odio o resentimiento, debe manifestarse por hechos conocidos, a través de actos directos y externos, como señala la norma debe ser "expresión manifiesta de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos" esto por la necesidad de impedir la creación artificial de causales de recusación. La amistad del juez con alguno de los litigantes debe manifestarse por la gran familiaridad o frecuencia de trato, pero, esta última no es suficiente, por sí sola, para justificar la recusación, desde que puede derivar de circunstancias ajenas a la amistad. Cabe añadir que no constituye causal de recusación la amistad con el letrado de la parte.

El inciso 2 hace referencia al parentesco por consanguinidad y afinidad del juez, cónyuge o concubino así como a las relaciones de crédito que tenga con alguna de las partes. El fundamento de esta causal radica en la posibilidad que, el afecto que normalmente suscita el vínculo familiar, comprometa la imparcialidad del juez. Nótese que la norma no alude expresamente a los casos del cónyuge divorciado o del matrimonio anulado, ellos encuadran sin duda el sentido del precepto analizado, aunque ya no influiría, desde luego, la idea de afecto, sino la de un sentimiento posiblemente adverso al recusado.

---

(2) Op. cit. p. 105.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Este inciso contempla la posibilidad que la actuación del juez se encuentre afectada por intereses económicos susceptibles de crear presiones o favoritismos con relación a cualquiera de las partes; situación que no puede ser extensiva a procesos, en los que estén involucrados servicios públicos, del cual, el Juez es un usuario; por citar, una demanda contra la Empresa Telefónica SA, siendo el juez cliente de ella por ser titular de una línea telefónica. Especial situación se contempla en el caso que una de las partes litigantes, sea una entidad bancaria, en la que el Juez tenga registrado cuentas de ahorros o créditos a su favor. En tales circunstancias, tampoco se justifica la recusación por la generalidad y extensión de las operaciones que realizan dichas empresas.

El inciso 4 refiere al caso que el juez haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o abogado. Ello se justifica en el hecho que cabe presumir en ellos un lógico interés en el triunfo de la parte a quien representaron o patrocinaron. En caso de haber ejercido la defensa de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado conllevan a un prejuizgamiento en cuya virtud es atendible apartar del conocimiento del proceso al juez

El inciso 5 refiere al interés directo o indirecto en el resultado del proceso. Este interés no solo puede provenir del juez sino de sus consanguíneos o afines dentro del grado que expresa el inciso 2. El interés puede ser directo o indirecto, material o moral y se configura toda vez que la sentencia a dictar sea susceptible de beneficiar o de perjudicar al juez o a sus parientes, como ocurriría en el supuesto que aquella engendrara una responsabilidad subsidiaria o refleja para uno u otros, es legítimo presumir que el resultado del pleito no es indiferente para aquellos.

El inciso 6 señala la existencia de un proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes. Es necesario para que opere esta causal que el proceso se haya promovido antes de haber tomado el juez intervención en la causa, pues, en caso contrario estaría en manos de cualquiera de las partes crear una causal de recusación mediante el simple arbitrio de entablar una demanda contra el juez. Distinto sería el caso, naturalmente, si fuese el propio juez quien iniciase la demanda.



## JURISPRUDENCIA

---

*Resulta evidente que la recusación interpuesta contra el Juez que ya ha expedido sentencia se hace valer en reacción de represalia, con falta de probidad y buena fe, sobre todo si se apoya en consideraciones del mismo fallo.*

*El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria (Exp. N° 2428-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 88-89).*

## OPORTUNIDAD DE LA RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 308

*Solo puede formularse recusación hasta cinco días antes de la audiencia donde se promueve la conciliación. Después de ella se admitirá únicamente por causal sobreviniente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 307, 310, 311, 315, 316.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 151.

C.P.C.N. Argentina art. 18.

---

### Comentario

---

La recusación no se trata de un trámite del proceso sino de una derivación de carácter administrativo judicial tendiente a regularizar la composición del órgano jurisdiccional. En ese sentido, esa composición puede ser afectada en plazos y modos preestablecidos, caso contrario precluye la posibilidad de su cuestionamiento.

La norma regula precisamente una de las condiciones, el plazo, señalando “solo puede formularse recusación hasta cinco días antes de la audiencia donde se promueve la conciliación,” sin embargo, no todos los procesos ingresan a esa etapa, por citar, el proceso ejecutivo. Felizmente el art. 309 CPC hace referencia a ello y considera, de manera excepcional, la recusación siempre que “la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción”.

Tampoco se regula la oportunidad para recusar a los jueces de segunda instancia; esa misma limitación también rige a los magistrados de la Corte Suprema cuando conocen en casación. Las causales de impedimento y recusación se aplican a los jueces de todas las instancias, los mismos que al enterarse de estar afectos a las causales, deberán abstenerse y declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ellas, en ese sentido léase el artículo 311 del CPC.

En conclusión, podemos afirmar que la recusación puede ser deducida por cualquiera de las partes en la oportunidad que fija la ley; después de ella se admitirá únicamente por causal sobreviniente. La norma no señala un plazo en este caso, como si lo hacen otras experiencias legislativas que consideran “si la causal

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

fuere sobreviviente solo podrá hacerse valer dentro del quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante y antes de quedar el expediente en estado de sentencia". En otras palabras, el límite temporal impuesto está dado por el momento en que el expediente queda en estado de sentencia, el cual difiere según la clase de proceso y la instancia en que aquel se encuentre.

## IMPROCEDENCIA DE LA RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 309

*No son recusables:*

- 1. Los Jueces que conocen del trámite de la recusación;*
- 2. Los Jueces comisionados y quienes deben dirimir conflictos de competencia; y*
- 3. Los Jueces que conocen de los procesos no contenciosos.*

*Solo procede recusación en los procesos cuyo trámite prevea la audiencia de conciliación. Excepcionalmente, en el proceso ejecutivo procederá recusación siempre que la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción. No se admitirá segunda recusación contra el mismo Juez en el mismo proceso, excepto si se acompaña documento fehaciente que pruebe la causal. En ningún caso se puede recusar por tercera vez al mismo Juez en el mismo proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 7, 36, 43, 297.  
*D.S. 017-93-JUS* art. 163.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C. Italia* art. 54.  
*C.P.C. Colombia* art. 152.

---

### *Comentario*

---

La norma enumera los casos en que no procede la recusación del juez, por citar, en los casos de declaración voluntaria, en los de comisión, en los que conocen del trámite de la recusación; y en los que tienen que dirimir conflictos de competencia. Debemos agregar que tampoco procede la recusación contra el juez, por las manifestaciones formuladas en la audiencia de conciliación (ver artículo 324 del CPC).

La regla general que se aprecia es: "Solo procede recusación en los procesos cuyo trámite prevea la audiencia de conciliación" ello resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 308 "la recusación se puede formular hasta cinco días antes de la audiencia, donde se promueva la conciliación".

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Frente a la regla general citada, aparece una excepción, los procesos ejecutivos. Procede la recusación en ellos, siempre que la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción; luego de ello, la parte pierde el derecho de deducir esta clase de recusación en el supuesto de no haberlo ejercido, sin embargo, podríamos aplicar por extensión lo regulado en el artículo 308 del CPC cuando se refiera a una causal sobreviviente.

Entre otras limitaciones que concurren al ejercicio de la recusación, Palacio<sup>(1)</sup> hace referencia “cuando sean varios los actores o los demandados y operará litisconsorcio, solo uno de ellos podrá ejercer la facultad de recusar. Esta limitación es razonable y reside en el hecho que si se reconociese individualmente a cada litisconsorte la facultad de deducir recusación, no solo podría diferirse indefinidamente la radicación definitiva del juez, con grave menoscabo de la celeridad procesal, sino que además existiría el riesgo que, a través de sucesivas recusaciones, resultaran inhabilitados todos los jueces que integran el fuero correspondiente”.

---

(1) Op. cit. T. II, p. 310.

## FORMULACIÓN Y TRÁMITE DE LA RECUSACIÓN

### ARTÍCULO 310

*La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso, fundamentando la causal alegada. En el mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios, excepto la declaración del recusado, que es improcedente.*

*Cuando el Juez recusado acepta la procedencia de la causal, debe excusarse de seguir interviniendo a través de resolución fundamentada, ordenando el envío del expediente a quien deba reemplazarlo.*

*Si no acepta la recusación, emitirá informe motivado y formará cuaderno enviándolo al Juez que corresponda conocer, con citación a las partes. El trámite de la recusación no suspende el proceso principal, pero el recusado deberá abstenerse de expedir cualquier resolución que ponga fin al proceso. El Juez a quien se remite el cuaderno tramitará y resolverá la recusación conforme a lo previsto en el artículo 754 en lo que corresponda. Su decisión es inimpugnable.*

*Interpuesta recusación contra un Juez de órgano jurisdiccional colegiado, se procede en la forma descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, la recusación será resuelta por los otros integrantes de la Sala, sin necesidad de integración, debiéndose llamar a otro Juez solo en caso de discordia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 308, 314, 754.  
D.S. 017-93-JUS art. 150.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 290, 291.

---

### Comentario

La recusación no se trata de un trámite propio del proceso sino de una derivación de carácter administrativo judicial tendiente a regularizar la composición del órgano jurisdiccional. Para que se admita a trámite la recusación es necesario que esta se proponga por escrito ante el juez que conoce del asunto, se adjunte en el mismo escrito las pruebas de los hechos en los cuales se funda y se expongan los motivos alegados para recusar.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La recusación debe deducirse ante el juez recusado y ante la Sala de la Corte cuando se trata de uno de sus miembros. Cualquiera sea la instancia en que se promueva la recusación no suspende el trámite del principal y su tramitación se halla estructurada bajo razonables pautas de celeridad y concentración.

Como ya se ha señalado líneas arriba, dicho incidente se inicia con un escrito en el que se expresarán las causas de recusación y se propondrá y acompañará toda la prueba que el recusante intentará valerse.

El recusante debe ante todo señalar en forma precisa la causa de la recusación a fin que el juez recusado se encuentre en condiciones de defenderse adecuadamente y el nuevo juez pueda resolver de manera concreta sobre los hechos alegados, no siendo suficiente, la mera mención de las normas que el recusante considera aplicables.

En el mismo escrito debe proponerse toda la prueba, salvo la declaración del recusado, la misma que es improcedente. Si esta no estuviera a disposición del recusante debe individualizarse e indicarse su contenido, el lugar, archivo, oficina, persona en cuyo poder se encuentre.

Habiéndose formulado recusación en tiempo y causa legal, el trámite varía según el juez acepte o niegue la exactitud de los hechos invocados por el recusante. En el primer caso, se tendrá al juez por excusado de la causa; en el segundo, se tramitará bajo las reglas del proceso no contencioso.

La recusación genera como efecto la competencia por remisión; en atención a ello, asumen determinados órganos judiciales de igual categoría, el conocimiento de otro expediente, en virtud de los impedimentos de los jueces titulares. Esta competencia, que es eventual o secundaria, tiene lugar si dejare de desempeñar su cargo por tiempo prolongado sin que haya quien lo remplace legalmente el funcionario que ejerce el oficio judicial de primera instancia, o cuando por recusación u otro motivo, no exista un número suficiente de magistrados expeditos en un Colegiado o Sala.

En caso de recusación contra un juez de un Colegiado, señala la norma, que ella será resuelta por los otros integrantes de la Sala. En ese mismo sentido, también refiere el artículo 150 LOJP "la recusación o inhibición de un Vocal se tramita y resuelve por los otros miembros de la Sala. Dos votos conformes hacen resolución en las Cortes Superiores y tres en la Corte Suprema"

Ello resulta coherente con lo que regula la norma en comentario: no será necesario integrar el Colegiado, salvo en caso de discordia que justifica llamar a otro juez. El artículo 145 LOPJ hace referencia al mecanismo de conformación de una Sala, en caso de discordia de uno o más Vocales.

En el caso del Distrito Judicial de Lima, mediante la Res. Adm. N° 09-2006-P-CSJLI/PJ, publicada en Enero de 2006, en el diario oficial El Peruano, se ha esta-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

blecido que en caso de impedimento, recusación, inhibición o discordia de uno o más vocales de determinada sala civil, el Presidente del Colegiado procederá a llamar al vocal menos antiguo de la misma especialidad, tal como se detalla a continuación. La 1ª Sala llamará al vocal de la 2ª Sala; la 2ª Sala llamará al vocal de la 3ª Sala; la 3ª Sala llamará al vocal de la 4ª Sala; la 4ª Sala llamará al vocal de la 5ª Sala; la 5ª Sala llamará al vocal de la 6ª Sala; la 6ª Sala llamará al vocal de la 1ª Sala.

Asimismo, se ha establecido que en caso de impedimento, recusación, inhibición o discordia de uno o más vocales de la 1ª Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, el presidente del Colegiado procederá a llamar al vocal menos antiguo de la 2ª Sala de la misma especialidad y viceversa.

Finalmente, la norma materia de comentario precisa que en caso de que el Vocal llamado a reemplazar no pudiera intervenir por abstención, excusa o recusación debidamente comprobada y aceptada, se procederá a llamar al magistrado de la sala competente que precede en antigüedad al llamado por Ley.

## IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

### ARTÍCULO 311

*Las causales de impedimento y recusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación. El Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 305, 307, 309, 315, 316.

---

### Comentario

---

El sistema de impedimentos y recusaciones ha sido construido dentro del derecho procesal para que los ciudadanos y especialmente las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez. El Código Procesal en los artículos 306 y 310 del CPC establece el procedimiento para el ejercicio de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

La recusación es el medio por el cual las partes exteriorizan su voluntad para que un juez determinado se separe de su conocimiento por sospechar de su imparcialidad. El sujeto activo siempre es la parte y el pasivo el juez de todas las instancias, aún los de la Sala de Casación. La recusación tiene que fundarse en algún motivo como razones de parentesco, de sentimientos, entre otras causas que detalla el artículo 307 del CPC, caso contrario se rechazarán liminarmente tal como hace referencia el artículo 314 del CPC.

El Código Procesal admite la recusación con expresión de causa y promueve un incidente contra el juez invocando hechos y situaciones jurídicas tipificadas en la norma procesal con el objeto de obtener la separación del proceso; sin embargo existen algunas legislaciones foráneas que admite la recusación sin causa, pero es cuestionada en la doctrina por considerarla abusiva.

La excusación o impedimento del juez es la espontánea declaración del juez de encontrarse impedido para conocer de un asunto.

El impedimento es el hecho legalmente previsto que imposibilita al juez conocer de un proceso judicial. Los impedimentos están fijados en el artículo 305 del CPC para asegurar la imparcialidad del juez y ofrecer garantía a los administrados y litigantes.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Cuando concurre una de las causales del citado artículo 305 del CPC, el juez está obligado a declararse impedido tan pronto se advierta la existencia de ella. Tales casuales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente. Si no lo hace, cualquier persona podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso.

La recusación y el impedimento persiguen el mismo fin: apartar del juez sospechoso como garantía del justiciable. Cuando el juez siente afectada su imparcialidad, desde ese mismo momento de la manifestación surge una condición impeditiva para el ejercicio de la jurisdicción en el respectivo proceso. En ese sentido dice la norma: “el Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella”.

La abstención del juzgador también puede ser extensiva a motivos que perturban la función de este, por decoro o delicadeza, tal como refiere el artículo 313 del CPC. La abstención es pues el deber de cada Juez de apartarse del conocimiento de un proceso en concreto, por considerarse parcial.

Por otro lado, adviértase que las razones de impedimento y recusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación, esto es, desde el juez lego (juez de paz) hasta el juez supremo; ello es coherente porque todos los jueces de todas las instancias ejercen función jurisdiccional y una de las garantías del ejercicio de esta función es la imparcialidad. Tanto la recusación como el impedimento constituye una garantía indirecta para el justiciable como plataforma del ejercicio de la función jurisdiccional con rectitud e imparcialidad. Ello es atendible porque en toda actuación de la jurisdicción existen dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, llamado juez, para que decida el conflicto. Esa potestad jurisdiccional del tercero para definir los conflictos exige que este no sea al mismo tiempo juez y parte. La razón de ello se explica en la concepción misma de justicia. Si la justicia está constituida para dar a cada uno lo que le corresponde, el juez al aplicar el derecho en ejercicio del poder jurisdiccional, no puede lícitamente inclinar la balanza de la justicia a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado e imparcial. El único interés que les guíe debe ser la recta administración de Justicia, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, enemistad, simpatías y antipatías respecto a litigantes, o por posibilidades de lucro personal, o por razones políticas, entre otros.

En conclusión, podemos afirmar que la norma en comentario hace hincapié a que corresponde presumir en los jueces las condiciones de honestidad e imparcialidad necesarias para el desempeño de sus funciones, siendo razonable suponer que, en la hipótesis de mediar un impedimento legítimo, el juez ha de abstenerse de intervenir en el asunto.

## RECUSACIÓN POR IMPEDIMENTO

### ARTÍCULO 312

*El Juez que no cumple con su deber de abstención por causal de impedimento, puede ser recusado por cualquiera de las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 305, 307, 311.
LEY 27444	art. 91.

---

### Comentario

---

El juez al aplicar el derecho, no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales. Su criterio tiene que ser equilibrado y que se manifieste en una absoluta imparcialidad. Una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia. Para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez.

El impedimento es el hecho legalmente previsto, por el cual el juez está imposibilitado para conocer de un proceso judicial. Las causales para el impedimento están descritas en el artículo 305 del CPC.

Si un juez está sometido a una causal de impedimento, está obligado a abstenerse tan pronto advierta la existencia de ella. Tales causales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente.

La norma prevé que si el juez se resiste a retirarse del proceso, la parte podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso. Para que proceda la recusación se requiere que se proponga por escrito ante el juez del proceso, se expongan los motivos alegados para recusar que señala el artículo 307 del CPC y se adjunte las pruebas de los hechos en los cuales se funda. Sobre el particular léase el artículo 310 del CPC que describe el procedimiento para la recusación.

# SECCIÓN CUARTA

## POSTULACIÓN DEL PROCESO

### TÍTULO I

#### DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

#### REQUISITOS DE LA DEMANDA

##### ARTÍCULO 424

*La demanda se presenta por escrito y contendrá:*

- 1. La designación del Juez ante quien se interpone;*
- 2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante;*
- 3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo;*
- 4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda;*
- 5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;*
- 6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;*
- 7. La fundamentación jurídica del petitorio;*
- 8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse;*
- 9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda;*
- 10. Los medios probatorios; y,*
- 11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto. (\*)*

(\*) Texto del inciso según el art. 2 de la Ley N° 28439 (28/12//2004)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. VII, 58, 101, 130, 131, 132, 133, 158 párr. 3, 165, 189, 442, 445, 495, 505, 520, 535, 695, 751.
<b>C.T.</b>	art. 137.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 27, 42, 69, 86, 101, 102.
<b>C.N.A.</b>	art. 164.
<b>LEY 26572</b>	art. 112.
<b>LEY 26636</b>	art. 15.
<b>LEY 26662</b>	arts. 5, 17, 22, 25, 36, 39.
<b>D. LEG. 823</b>	arts. 40, 87, 94, 105, 138, 198, 230.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 288 inc. 10, 290.

### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C. Italia</b>	arts. 163, 164
<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 78, 110, 155
<b>C.P.C. Colombia</b>	arts. 75, 84
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 330
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 322-326

---

## *Comentario*

---

1. La demanda es toda petición formulada por las partes al juez. Es un acto de iniciación procesal, no implica necesariamente el planteamiento de un conflicto suscitado entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia de fondo que lo dirima, sino que se configura, con motivo de la petición formulada ante el órgano judicial, por una persona distinta de este, a fin que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso.

Montero Aroca<sup>(1)</sup>, define a la demanda como, el acto procesal de parte, por el que se ejercita el derecho de acción y contiene la pretensión; por ello, se dice que la demanda como acto es un continente; por medio de ella se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión.

La acción supone, entre otras cosas, el derecho del particular a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y ese derecho se ejercita en el acto de la demanda por el actor y por el demandado, a través de la contrademanda.

Hay por tanto diferencia conceptual entre pretensión y demanda, a pesar que, se presenten fundidos en un acto único, es decir, el actor al mismo tiempo que solicita la apertura del proceso (ejerce el derecho de acción) formula la pretensión que ha de constituir el objeto de esta.

---

(1) MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional, t.II proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p.129

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La demanda se orienta al logro de dos objetivos: el inmediato que persigue el inicio del proceso y el mediato, busca el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción.

La demanda es importante porque es el vehículo, a través del cual, el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues, solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios.

2. Podemos agrupar, según el objetivo, en demandas de conocimiento, ejecución y cautelares.

Desde el punto de vista subjetivo se distingue en demandas unipersonales y colectivas, según sea interpuesta por uno solo o varios actores.

Por la necesidad de su postulación, concurren demandas obligatorias y facultativas; en el primer caso se ubican las que han logrado medida cautelar fuera de proceso y tienen diez días para la interposición de la demanda (ver artículo 636 CPC).

Por la pretensión que persiguen concurren, demanda de prestación o de condena; demanda declarativa y demanda de formación o constitutiva. En el primer caso, la petición de la demanda se orienta a buscar una sentencia que condene al demandado a la prestación debida, ejemplo, el pago de un mutuo; en la demanda declarativa, busca esclarecer una situación incierta o dudosa, esto es, que se declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica; por citar, la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad del acto jurídico; y la demanda constitutiva se orienta a crear, modificar, extinguir una relación jurídica a través de la sentencia, véase el caso de la demanda de divorcio.

La demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia, la carga del actor de impulsar el proceso para evitar el abandono, determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia; fija el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros. (Véase en ese sentido el artículo 438 CPC).

3. Cuando se recurre a la jurisdicción a buscar tutela, no se acude con las manos vacías, sino con un instrumento llamado demanda, que contiene una o varias pretensiones. Ella se presenta por escrito y contiene los siguientes requisitos:

3.a) La designación del Juez ante quien se interpone. Esta designación es genérica, sin referirse a la persona concreta que tenga la potestad jurisdiccional. Puede darse el caso que en la localidad donde se deba presentar la demanda exista más de un juzgado, como es el caso de Lima que reúne 67 jueces civiles; al no tener información, en ese momento a cuál le corresponderá por reparto aleatorio conocer la demanda, se hace necesario invocar genéricamente al “señor juez especializado en lo civil de Lima” sin perjuicio que en los escritos posteriores se indique el número de juzgado asignado.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Según Montero Aroca<sup>(2)</sup>, “la presentación de la demanda en un juzgado concreto, determina qué órgano jurisdiccional estima el actor que es sujeto pasivo de su derecho de acción y también cual cree competente para pronunciarse sobre la pretensión. Después, puede que se declare la incompetencia de ese órgano, pero la presentación por sí sola supone, por ejemplo, sumisión tácita para el demandante”.

3.b) Los incisos 2, 3 y 4 se ocupan de la designación de las partes. Es importante esa designación porque sirve para delimitar subjetivamente la pretensión, fijando entre quienes nace el proceso y en su momento quienes se verán afectados por la cosa juzgada

Las partes son sujetos de derechos y deberes que no están situados frente al juez como súbditos, sometidos a su potestad y obligación a obedecerlo pasivamente, sino como ciudadanos libres y activos que tienen ante el juzgador no solo deberes de cumplir sino también que hacer respetar; por lo que el juez no debe estimarse únicamente como autoridad dotada de poderes, sino como un funcionario sujeto a deberes y responsabilidades frente a las partes, las que tienen derecho de hacer valer libremente sus razones y de ser escuchadas, con atención

En el caso del demandante debe identificarse este, su representante o apoderado, si fuere el caso. La representación del actor por medio de representante obliga a este a expresar su nombre y acompañar los documentos que acreditan *ab initio* esa representación (ver artículo 425 inciso 2 CPC)

Respecto al demandado, el actor debe brindar los datos necesarios para que la demanda no se considere dirigida contra persona indeterminada, situación que prevé el artículo 435 CPC. El inciso 4 del artículo en comentario impone la carga de indicar, en la demanda, el nombre y domicilio del demandado. Ello se justifica por la circunstancia de ser áquel sujeto pasivo de la pretensión y quien habrá de quedar jurídicamente vinculado por la sentencia que se dicte.

Las deficiencias que pudieran mediar acerca de este extremo, carecen de relevancia cuando la demanda se contesta espontáneamente, pues el hecho de la presentación del demandado, demuestra que el cumplimiento de la exigencia no fue imprescindible para individualizarlo

Por otro lado, debe precisarse que la demanda no se dirige, formalmente contra el representante del demandado, sino contra la propia parte y esta es la que debe ser emplazada. Esto nos lleva a decir que, no es necesario hacer constar el nombre del representante legal de la persona natural o del órgano de una persona jurídica

---

(2) Op. cit. p. 131

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

3.c) El domicilio procesal a que se refiere el inciso 2 es aquel que dentro de determinado perímetro establecido por la Ley, deben constituir las partes o sus representantes en la primera presentación en el proceso, a fin que en él se practiquen todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real de las partes. Este domicilio procesal puede ser también designado a través de los servicios que brinde, una corporación o un gremio como es el caso del Colegio de Abogados.

El domicilio procesal debe ser designado en forma clara y precisa, de manera tal que la sede elegida a tal efecto sea susceptible de exacta determinación. No cabe eficaz constitución de domicilio cuando tratándose de edificios con pluralidad de unidades no se señala precisamente un determinado departamento u oficina

El Código hace referencia al domicilio procesal y la dirección domiciliaria; ello nos podría permitir que este último domicilio pueda funcionar como supletorio del domicilio procesal siempre que se encuentre ubicado dentro del perímetro urbano. Bajo el concepto de dirección domiciliaria podemos apreciar al domicilio real, legal y especial .

En relación a la dirección domiciliaria del demandado, puede darse el caso que el actor ignore el domicilio, en esos casos, debe expresar esa circunstancia bajo juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda; ello va generar la citación por edictos.

El domicilio real del demandante no debe confundirse con el domicilio procesal. El domicilio procesal es aquel que se fija dentro de determinado perímetro y lo constituyen las partes o sus representantes en la primera intervención en el proceso. En este domicilio se van a practicar todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real de las partes.

Es un domicilio cuyos efectos se circunscriben a la sustanciación de un determinado proceso y que carece de relevancia jurídica fuera de este, esto es, tiene efectos exclusivamente procesales.

Como notas saltantes de este domicilio encontramos las siguientes: solo puede constituirse dentro del perímetro determinado por la ley; y, subsiste durante toda la sustanciación del proceso mientras no se varíe este.

El Código no dice nada sobre la omisión de designar domicilio procesal. Frente a ello, advertimos que la práctica judicial condiciona el apersonamiento de la parte al proceso hasta que designe domicilio procesal. En otras legislaciones, dicha omisión trae aparejado el efecto, que la notificación de los actos procesales se reputa efectuada automáticamente.

3.d) El inciso 5 hace referencia al objeto de la pretensión o petitorio. Este debe ser jurídicamente posible y debe hallarse debidamente precisado con toda exactitud, en forma clara y concreta; por ejemplo, si la pretensión versa sobre la pres-

cripción adquisitiva de un bien inmueble, al actor debe indicar su ubicación, superficie, linderos, etc; si refiere al pago de una suma dineraria, debe precisarse el monto reclamado. Contra la demanda que adolece de petitorio claro puede oponerse la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, por no establecer con precisión y coherencia lo que se pide.

La petición es el requisito mas importante de la demanda, por las consecuencias que produce, sobre todo con relación a la congruencia. Juegan como requisito de admisibilidad de la demanda y de estimación de la pretensión.

Montero Aroca<sup>(3)</sup> señala “antes de formular una demanda el actor debe tener claro qué tutela se pide (declaración pura, condena, constitución) y con relación a qué bien.

De conjugar estos dos elementos resultará, por ejemplo, que se ejercita una pretensión de condena con relación a un bien consistente en un hacer, y entonces será preciso determinar que bien se trata, quién tiene que realizarlo, en qué circunstancia de cantidad, tiempo, lugar, etc, por ejemplo, si se trata de una pretensión de constitución habrá de fijarse el cambio de situación jurídica que se solicita”.

3.e) El inciso 6 del artículo regula la fundamentación, causa o título de la pretensión. Ello significa que la demanda debe contener hechos claros y precisos, expuestos enumeradamente.

La claridad y enumeración de los hechos tiene fundamental importancia por cuando el demandado tiene la carga de reconocerlos o negarlos categóricamente (véase el inciso 2 artículo 442 CPC); además los medios de prueba serán calificados de pertinentes en la medida que guarden relación con los hechos del proceso y porque la sentencia solo puede apreciar los hechos alegados por las partes, caso contrario, se adolecería de incongruencia. Además es el límite para el ejercicio del *iura novit curia*, pues, el juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (ver artículo 7 del Título Preliminar)

3.f) El inciso 7 se refiere a la fundamentación jurídica. El actor debe, fundar en derecho la pretensión contenida en la demanda, pero las normas alegadas no condicionan en modo alguno la estimación o desestimación de la pretensión, pues el órgano jurisdiccional puede estimarla con base en normas no alegadas por el demandante

Para Palacio<sup>(4)</sup>, “la norma jurídica no es la que individualiza la pretensión procesal sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir deter-

---

(3) Op. cit. p. 139

(4) Palacio Lino, Op. cit., t.IV, p. 296

minado efecto jurídico, por lo tanto, el órgano judicial debe limitarse a decidir si ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, con prescindencia de la designación técnica que este haya acordado a la situación fáctica descrita como fundamento de la pretensión o de la norma, porque por aplicación del principio del *iura novit curia*, el juez cuenta con absoluta libertad en lo que atañe a la elección de la norma que conceptualizan al caso”.

A mayor abundamiento dice: “aunque la exposición del derecho viene en cierta medida a complementar la causa de la pretensión, no se trata de un requisito imprescindible de la demanda y susceptible como tal, de autorizar el rechazo. Su cumplimiento es conveniente en la medida que facilita el ejercicio de la función judicial y propende al mejor encauzamiento del litigio”.

3.g) Los incisos 8 y 9 refieren que el actor debe fijar la vía procedimental por la que ha de tramitarse el asunto que inicia con la demanda, para lo cual, toma como referencia dos aspectos: la cuantía y la naturaleza de su pretensión (ver inciso 3 del artículo 475 e inciso 8 del artículo 486 del CPC); sin embargo, debe advertirse de la posibilidad que el juez del proceso pueda modificar la vía procedimental propuesta. Es una facultad que aparece regulada en el inciso 1 del artículo 51 del CPC, por la que se permite a los jueces “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible”. Por otro lado es importante precisar que no todas las pretensiones son susceptibles de una expresión pecuniaria, situación que permite superar esta exigencia y considerarla bajo lo establecido en el inciso 3 del artículo 475 e inciso 8 del artículo 486 del CPC ya citados.

3.h) Los medios probatorios que se exige se ofrezcan con la presentación de la demanda, está ligado al principio de oportunidad de la prueba, esto es, las partes deben mostrar su acervo probatorio en el primer acto. El inciso 10 se orienta hacer realidad lo señalado. Este enunciado encierra la preclusión en el ofrecimiento de pruebas. La no producción de la prueba a tiempo agota la posibilidad de hacerlo posteriormente.

Otro de los principios que concurren es el de igualdad, pues, toda prueba debe ser comunicada al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción. A la preclusión citada concurre el denominado principio de eventualidad, por la que los litigantes deben hacer valer conjuntamente sus defensas, sus medios probatorios, en la primera oportunidad que lo tengan. Es importante precisar que el derecho a la prueba, como parte de un proceso justo, no se agota en la posibilidad de ofrecer el medio de prueba, sino que implica la admisión, la actuación, la conservación y la valoración de los medios de prueba. En ese sentido, sería necesario que cuando se ofrece los medios de prueba, el juez se pronuncie admitiendo, rechazando o declarando inadmisibles el ofrecimiento. Véase el caso de la declaración de testigos: se declararían la improcedencia del ofrecimiento, si el testigo no es una persona natural sino una persona jurídica. Ante la imposibilidad material de la existencia de ese medio probatorio, se debe declarar liminarmente

la improcedencia del ofrecimiento; situación diversa sería si habiéndose ofrecido dicha declaración, no se cumple con precisar la ocupación del testigo o no se especifica el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el testigo propuesto (ver artículo 223 del CPC). Aquí se postergaría la admisibilidad del ofrecimiento hasta que la parte, subsane dichas omisiones, para luego proceder a la admisión del ofrecimiento, como tal.

Apreciése que no nos referimos a la admisión de la actuación de los medios de prueba, sino del simple ofrecimiento. En este último supuesto, se tendrá en cuenta lo normado en el artículo 190 del CPC para declarar la pertinencia e improcedencia de estos. Véase el supuesto donde habiéndose admitido el ofrecimiento de los medios de prueba, posteriormente, en la contestación se admite los hechos de la demanda. Aquí, no procederá la actuación probatoria, pues, como señala el inciso 2 del artículo 190 del CPC: son improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer “hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda (...)”.

3.i) El inciso 11 exige la firma del demandante y del abogado. La firma del abogado es la única manera de acreditar su intervención.

La necesidad que intervenga un abogado en el proceso se justifica porque las partes no poseen conocimientos de derecho y la técnica del proceso para materializar su defensa; de ahí que la Ley procesal, por exigencias de interés privado y público, exige que operen en el proceso a personas particularmente expertas en conducir y exponer las razones de los litigantes con aquella competencia específica que les falta a las partes. Para patrocinar se requiere tener título de abogado, hallarse en ejercicio de sus derechos civiles y estar inscrito en un Colegio de Abogados de algún Distrito Judicial. El artículo 286 LOPJ, señala que el abogado suspendido en el ejercicio de la abogacía, sea por mandato judicial o por medida disciplinaria del Colegio donde se encuentra inscrito o por no hallarse hábil según el Estatuto de la Orden no puede patrocinar. En igual forma, si halla inhabilitado por sentencia judicial, por haber sufrido destitución de un cargo judicial o público; y sufriendo una condena privativa de libertad, tampoco puede ejercer la defensa.

En caso que se actúe la parte por representante o por apoderado, serán estos los que suscribirán la demanda. La norma regula la posibilidad que el actor sea analfabeto; en tal caso, señala que le corresponderá al secretario certificar la huella digital del demandante analfabeto. Nótese que el artículo no recoge la posibilidad de la firma a ruego en la demanda, figura que si opera para el reconocimiento de medios probatorios suscritos en esas condiciones (véase el artículo 248 CPC).

Ante esta deficiencia, podríamos extender dicha constatación a otros supuestos que hagan imposible que la parte actora suscriba documento alguno. En este caso se podría recurrir a la firma de un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente. Esta clase de firmas debe ser legalizada por el secretario.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Adicionalmente a ello, tenemos que fijar la fecha de la demanda, aunque, existe también otro mecanismo determinante como es el cargo de presentación de la demanda.

También se tiene que contemplar otros requisitos de forma, como que sea redactada en castellano y por escrito, con las exigencias que detalla el artículo 130 CPC.

Por último, un aspecto que hasta hoy genera polémicas se relaciona con la impugnabilidad del auto admisorio. La Casación N° 1561-98-Lima señala que ante la ausencia de norma procesal que regule la impugnación del auto admisorio, la doctrina ha establecido presupuestos que regulan la inimpugnabilidad del auto admisorio, señalando como característica principal que promueve un proceso y fija el canal procesal que se inicia cuando se interpone la demanda, generando una controversia jurídica cuya resolución es la finalidad inmediata del órgano jurisdiccional.



## JURISPRUDENCIA

---

*La validez del contrato no puede ser cuestionada prima facie por el juzgador al realizar la calificación de la demanda. Éste debe limitarse a la concurrencia de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, pues se debe permitir al demandante ejercer su derecho de acción (Exp. N° 521-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 261).*

*El argumento para oponer derechos reales sobre inmuebles, a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone; será aplicado en la sentencia por cuanto se trata de cuestiones de fondo que no pueden ser materia de pronunciamiento en el admisorio de la demanda (Exp. N° 47386-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 262).*

*El juez no puede modificar a su criterio la manifestación de voluntad contenida en la demanda, pues su calificación constituye una revisión preliminar de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción (Exp. N° 4483-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 263).*

*Es improcedente la nulidad, si los hechos en que se funda no se refieren a aspectos estrictamente procesales, sino, constituyen medios de defensa.*

*Si la demanda ha sido calificada positivamente, en el supuesto de configurarse la falta de los presupuestos procesales o de las condiciones de la acción, es improcedente la nulidad, porque ella debe determinarse en la etapa del saneamiento (Exp. N° 34664-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 210)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Los jueces de mérito aprecian la procedencia de la demanda en el momento de calificarla, al resolver las excepciones si se han producido, y nuevamente al momento de pronunciar el auto de saneamiento. Excepcionalmente, como autoriza el artículo 121º del Código Procesal Civil, los jueces en sentencia pueden pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, lo que quiere decir que pueden hacerlo no obstante haber precluido las etapas anteriores; en el caso de un proceso ejecutivo, esta facultad no queda limitada ni disminuida por el hecho de que el demandado no impugnara el mandato ejecutivo, no formulara contradicción ni apelara del auto de saneamiento, pues los jueces de mérito, en primera y segunda instancia, como directores del proceso, aplican la norma pertinente (**Cas. Nº 1304-99-Cusco, El Peruano, 18/12/99, p. 4326**).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Existe una salvedad con respecto a los procesos de conocimiento y proceso abreviado en los que pueden presentarse junto con el escrito de apelación (**Cas. Nº 2177-97-Lima-Cono Norte, El Peruano, 18/10/98, p. 1976**).

Para calificar la demanda es necesario verificar la capacidad para intervenir en el proceso, la competencia del juez, como presupuestos procesales, siendo necesario determinar la existencia del derecho sustantivo, el interés y la legitimidad para obrar que son las condiciones de la acción, que van ageneran una relación procesal válida (**Exp. Nº 18413-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 477-478**).

Debe admitirse a trámite la demanda, independientemente del nombre que lleva el título emitido en blanco, si se advierte que lleva la firma del emitente. En la etapa contradictoria se podrá alegar los supuestos de la integración del título (**Exp. Nº 47246-392-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 456-458**).

El juez en la calificación de la demanda no puede pronunciarse sobre el fondo de la causa. Debe proceder a verificar si la pretensión reúne los requisitos de fondo y de forma para admitirla.

Si los hechos alegados por el actor son susceptibles de probanza, ella se realizará en la etapa procesal correspondiente (**Exp. Nº 2889-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 458-459**).

Por la legitimidad para obrar se habilita al sujeto a ser parte en el proceso, debiendo haber identificación entre los sujetos que intervienen en la relación sustantiva con los sujetos de la relación jurídica procesal (**Exp. Nº 43395-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 451-452**).

Nuestra normatividad permite apelar del auto que admite a trámite la demanda. El artículo 365 del Código Procesal Civil es claro al señalar qué resoluciones tienen el carácter de inimpugnables, no estando incluidas dentro de ellas las que se expidan al momento de admitir una demanda. No se puede distinguir donde la ley no distingue (**Exp. Nº 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 346-347**).

El principio de tutela jurisdiccional efectiva franquea la oportunidad al justiciable de hacer valer su derecho sin restricciones. Si los hechos alegados en la demanda se encuadran en

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

el supuesto de usurpación de nombre, corresponde a la parte demandante, probar que tales hechos existieron, situación que no puede establecerse en el acto de calificación de la demanda (**Exp. N° 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 311**).

Por la acción causal, el actor tiene la obligación de acreditar el origen de la prestación puesta a cobro.

Si bien se ha aportado como instrumento probatorio la letra de cambio no protestada, la declaración de la propia demandada de su aceptación y su no pago al vencimiento, otorgan legitimidad al accionante para reclamar el pago así como el propio origen de la obligación (**Exp. N° 4128-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 601**).

Si bien el artículo 424 inc. 11 del CPC previene expresamente que la huella digital del analfabeto sea certificada por el secretario de la causa, también es, que no se prohíbe que otro funcionario con igual o similar credibilidad lo haga, en la medida que certifique que es la demandante la que propone la demanda.

Dicho mandato legal se satisface con la intervención del Juez de Paz, que aun no siendo letrado, está investido de funciones notariales (**Exp. N° 5404-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 404**).

El hecho que se haya ordenado el pago de una reparación civil en un proceso penal, no impide que puede hacerse valer en sede civil la pretensión indemnizatoria cuando la víctima no se hubiera constituido en parte civil en el proceso penal.

El monto indemnizatorio no puede fijarse en moneda extranjera (**Exp. N° 3536-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 260-261**).

Si la demanda está dirigida a obtener la nulidad de la letra de cambio aceptada por el actor, cuya existencia ambas partes la admiten; se pueden definir la controversia aún cuando no obre en autos el referido título, siempre y cuando de la prueba actuada se advierte elementos suficientes para definirla (**Exp. N° 1349-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 629-630**).

Los medios probatorios a los que se refiere el Inc. 10 del artículo 424 del C.P.C., son precisamente los anexos de la misma que deben acompañarse, tal como lo contempla el Inc. 6 del artículo 425 del CPC (**Exp. N° 881-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 150-151**).

El Juez no puede exigir la presentación de la minuta de transferencia de particiones, bajo el argumento que constituye requisito esencial para demandar el otorgamiento de escritura. La compra-venta es un acto típicamente consensual, no solemne que no necesita estar documentado. Debe disgregarse el concepto "acto" del concepto "documento" (**Exp. N° 911-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 110-111**).

Las personas jurídicas son independientes de las personas naturales que las integran o representan. Las personas jurídicas solo tienen que indicar el nombre social adoptado para cumplir con la obligación de identificarse (**Exp. N° N-305-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 555**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La demanda es un acto procesal postulatorio que contiene la pretensión procesal, y aun cuando dicho acto requiere como requisito de admisibilidad que el petitorio debe comprenderla determinación clara y concreta de lo que se pide, y como tal, las peticiones que se reclamen deben expresarse en el requisito acotado, ocurre que la demanda y la pretensión principal constituyen un todo, que deben ser interpretados en conjunto, ya que básicamente esta última categoría procesal se compone de los siguientes elementos: sujetos (actor y demandado), objeto (petitorio) y causa (fundamentación fáctica y jurídica); de ahí que el juzgador debe examinar la existencia de la pretensión desde el contexto de sus elementos afirmados en la demanda a efecto de fallar congruentemente con ella (Cas. N° 379-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 28/09/99, p. 3608).*

*La pretensión indemnizatoria, pese a ser accesoria, en el caso que la principal sea la de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, debe fundamentarse, es decir debe indicarse en qué consisten los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, qué derechos subjetivos se han afectado como consecuencia de la actividad dañosa e incluso qué monto de dinero se estima necesario para resarcirlo; la sola enunciación en el petitorio de la pretensión indemnizatoria no es suficiente para cumplir los requisitos de admisión de la demanda (Cas. N° 1079-98-Puno, El Peruano, 31/01/99, p. 2560).*

*La acción de filiación extramatrimonial debe intentarse contra el presunto padre o contra quienes hayan sido declarados herederos más no dirigirse contra los padres del causante (Exp. N° 816-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 210-211).*

## ANEXOS DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 425

*A la demanda debe acompañarse:*

- 1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante;*
- 2. El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado;*
- 3. La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas;*
- 4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso;*
- 5. Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso; y,*
- 6. Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.*
- 7. Copia certificada del Acta de Conciliación Extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 58, 72, 81, 130 inc. 6, 133, 189, 217, 258, 263, 442, 444, 495, 505, 520, 695, 751.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 27, 42, 69, 86, 101, 102.
<b>C.N.A.</b>	art. 164.
<b>LEY 26572</b>	art. 131.
<b>LEY 26636</b>	art. 16.
<b>LEY 26789.</b>	

(\*) Inciso incorporado por la 5ª disp. comp., trans. y final de la Ley N° 26872 (13/11/97).

### LEGISLACIÓN COMPARADA

<i>C.P.C.M. Iberoamerica</i>	<i>arts. 111, 79</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 77, 84</i>
<i>C.P.C.N.. Argentina</i>	<i>art. 333</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>arts. 276, 277</i>

---

## *Comentario*

---

1. La demanda no debe presentarse sola, sino que debe acompañarse documentos que permitan identificar al actor y la representación que se ejerce, si fuere el caso; los medios probatorios a los hechos que sustenta la petición y demás documentos relacionados con la admisibilidad de esta.

El contenido de este artículo resulta aplicable, a los documentos emanados de cualquiera de las partes, sea demandante o demandado. En ese sentido, el artículo 444 CPC señala “a la contestación de la demanda se acompañan los anexos exigidos para la demanda en el artículo 425, en lo que corresponda”.

Por otro lado, los anexos serán acompañados con tantas copias sean las partes. La falta de copias origina la postergación de la demanda

2. Por razones didácticas podemos agrupar los anexos de la demanda en procesales y materiales. En el primer caso, ubicamos a los supuestos del inciso 1 al 4, como son el documento de identidad del demandante o su representante; el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado; la acreditación de la representación si se trata de personas jurídicas o naturales, que no puedan comparecer por sí mismas

La persona que se presenta al proceso, por un derecho que sea propio aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten la condición que alega.

En el caso de los representantes de las sociedades o asociaciones deben justificar tal carácter mediante presentación del testimonio de constitución o del acta de la asamblea o reunión de socios que los hayan designado.

El inciso 4 permite se inserte la prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante.

Este medio de prueba se relaciona con la posibilidad de la diligencia preparatoria recogida en el artículo 293 CPC (no como prueba anticipada). Lo que busca este tipo de medidas es abreviar futuros procedimientos, comprobar determinadas circunstancias cuyo conocimiento resulte ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar adecuadamente una eventual pretensión y

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

asegurar la regularidad de los trámites correspondientes a tales actos. Bajo el contexto descrito apreciamos que se puede pedir la exhibición del testamento del causante por parte de quien se considere sucesor.

En relación a los anexos relativos a la cuestión de fondo, se ubican en los incisos 5 y 6. Aquellos operan como prueba en el proceso y se acompaña a la demanda

El inciso 6, regula la imposibilidad de agregar prueba documental.

Cuando concurre la referida imposibilidad, la parte debe, determinar con la mayor precisión posible el contenido del documento.

Se debe individualizar indicando su contenido, el lugar, el archivo, dependencia pública y persona en cuyo poder se encuentre.

También es necesaria la mención del lugar en que el documento se encuentra, y en su caso, el nombre de la persona que lo tenga en su poder.

Cuando se trata de documentos en idioma extranjero se debe acompañar su traducción realizada por traductor público oficial.

5. El inciso 7 al referirse a la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial incorpora un elemento de procedibilidad para recurrir a la jurisdicción. La conciliación se intenta con antelación a la procesalización del conflicto. Se orienta a evitar que el conflicto se judicialice o dicho en otros términos, a prevenir los litigios, intentado resolver los conflictos sin recurrir a la fuerza ni a la tradicional decisión judicial.

La conciliación previa al proceso constituye un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual, las partes pueden acudir a un tercero para que les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. Se trata –como señala Gozaini– de la actuación de formulas compositivas a través de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados<sup>(1)</sup>. Debemos tener en cuenta que la actividad del tercero conciliador para solucionar el conflicto, persigue atenuar temperamentos extremados procurando limar sus asperezas y favoreciendo proposiciones de autocomposición, pero, teniendo en claro que la solución depende siempre de las partes, solo de ellas, y no de la fórmula que el tercero conciliador propicie.

La mera presentación de la demanda supone el ejercicio del derecho de acción. En sentido amplio puede ser sinónimo de petición o solicitud, pero en sentido

---

(1) Gozaini Osvaldo, "La conciliación en el Código Procesal Civil del Perú, teoría y técnica", en Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Nº II, 1998, p. 404.

técnico, demanda es acto iniciador del proceso; hacemos esa precisión porque no cabe hablar de demanda en la etapa de conciliación extrajudicial porque no hay proceso, mal podríamos pedir congruencia procesal entre lo que se invita a conciliar con lo demandado. Especial situación viene generando la omisión en acompañar el acta de conciliación previa ó el no haberlo realizado, con antelación a la interposición de la demanda. Frente a ello, hay pronunciamientos judiciales que -de plano- ordenan el rechazo de la demanda, ante la ausencia del intento por conciliar, por atribuirle según ellos, la ausencia de una condición procesal, cual es, la falta de interés para obrar; otros no rechazan la demanda, pero otorgan un plazo tan reducido para subsanar su omisión, como es, dos días en el mejor de los casos, para que acompañe el documento que acredite haber intentado la conciliación, sin embargo, hay criterios razonables, que otorgan un mayor plazo para que se materialice el intento conciliatorio, porque en dos días, sería imposible ejecutarla. Por otro lado, cuando se aprecia el acta sin acuerdo conciliatorio, éstas son objetadas porque no guarda congruencia la calificación jurídica -entre los hechos que se intentó conciliar con lo que hoy se demanda- por citar, se invita a conciliar bajo la calificación de rescindir el contrato de arrendamiento al inquilino que no paga la renta, sin embargo, cuando se demanda, se califica como desalojo por falta de pago.

Frente a ello hay algunos desafortunados criterios que consideran que son cosas distintas y por tanto, su intento conciliatorio no tiene mayor validez para el ingreso al proceso judicial. Tremenda situación no puede tolerarse porque las partes no están obligadas a conocer el derecho y por tanto la calificación jurídica que ellas quieran dar a sus hechos -en el intento por conciliar- no puede generar la invalidación de dicha actividad. El único referente que debe tener el juez -de manera general- son los hechos que describen en la solicitud conciliatoria que también deben ser los de la demanda.

Existen otras observaciones al intento previo por conciliar, como la exigencia que estén presentes ambas partes para el conciliatorio, otros consideran que es suficiente la invitación a conciliar aunque ambas partes estén ausentes en la audiencia fijada. La intervención de apoderados en la invitación a conciliar viene llevando a que se rechace ese intento pues, la Ley de Conciliación señala que es un acto personalísimo, por tanto, no cabe ningún intento por apoderado, criterio que ha motivado el pronunciamiento acertado de la Sala de la Corte Suprema (ver casación N° 632-2002-Lima de fecha 10 de julio de 2002) en el sentido, que ese intento por conciliar a través de apoderado es viable, porque no hay norma que lo prohíba.

Hay casos en los que encontrándose las pretensiones en plena discusión procesal, son luego declaradas nulas en el saneamiento procesal porque no se intentó el conciliatorio previo a la demanda. Otros porque se intentaron luego de presentada la demanda y no previamente a su postulación. Otros desafortunados

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

criterios judiciales, como la que señala la Casación N° 632-2002 citada, se remiten a invocar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, como si la actividad privada conciliatoria fuera un acto de la administración, confundiendo el rol netamente privado de esta. En esa línea, para postergar el ingreso a la jurisdicción, invocan la defensa previa, argumento que no resiste el mayor análisis pues ella opera para determinados derechos sustantivos, como es el beneficio de excusión o el de inventario, por citar. Otros criterios enfocan al acto conciliatorio previo como una expresión de la instancia judicial sin proceso, en un símil con la prueba anticipada, craso error, porque con la invitación a conciliar no se materializa el derecho de acción, hecho que si ocurre con la prueba anticipada.

Lo señalado líneas arriba, es solo una pequeña muestra de algunos dislates que se viene advirtiendo en los criterios jurisdiccionales para justificar postergar el ingreso del conflicto a la jurisdicción. Criterios como los que señalo nos muestra, no solo la poca estima por el conocimiento jurídico, sino algo más trágico, la insensibilidad de quien posterga el acceder a la justicia, en aras de un culto a un procedimentalismo trasnochado.

Por último debemos tener presente que existen procesos especiales en que los documentos materiales sí se refieren a la admisibilidad de la demanda, como sería el caso de la tercería. Según el artículo 535 CPC, "no se será admitida la tercería (...)si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta...".



## JURISPRUDENCIA

---

*El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta General debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, la que quedará obligada a mantener en depósito hasta la conclusión del proceso, debiendo el actor acompañar a su demanda como un requisito de admisibilidad, la constancia del depósito que le expedirá el depositario.*

*Esta exigencia formal prueba la legitimidad para obrar del accionista, no siendo necesario acreditar mediante otros elementos de juicio el interés económico o moral (Exp. N° 624-93-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 646-647).*

*El juzgador esta obligado a exigir para los actos procesales, la exhibición de la libreta electoral con la constancia de sufragio en las últimas elecciones o la respectiva dispersa (Exp. N° 1932-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 225-226).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si el derecho de posesión que alegan las demandadas se sustentan en escritura pública, en tanto que el de la actora se apoya en un documento privado que por su naturaleza no tiene el valor que si tiene las escrituras públicas, no cabe amparar su pretensión (Exp. N° 441-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-  
ma, 1997, pp. 139-141).*

## INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 426

*El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando:*

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

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

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 424, 425, 551 párr. 1.
<b>C.T.</b>	art. 140.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 48, 88, 103.
<b>C.N.A.</b>	art. 165.
<b>LEY 26636</b>	art. 17.
<b>LEY 26789.</b>	
<b>LEY 27444</b>	art. 124.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 184 incs. 2 y 10.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 112
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 85
<b>C.P.C.N. Argentina</b>	art. 337

---

## Comentario

---

1. El carácter publicístico del proceso se expresa desde la postulación de la demanda. El juez tiene que velar porque la relación procesal que se quiere entablar reúna los presupuestos procesales, para que produzca los efectos jurídicos que se busca; por ello, el juez debe examinar con cautela si se encuentran o no cumplidos dichos presupuestos, antes de darle curso a la demanda.

Si no se cumplen, se niega la tramitación por dos caminos: la inadmisibilidad y el rechazo in limine de la demanda.

Frente a ellos, el presente artículo solo se ocupa del primer caso, de la inadmisibilidad. Esta opera cuando le falta algún requisito o anexo o tenga algún defecto subsanable con el fin que sea corregido, en un plazo no mayor de 10 días, por citar, la omisión en adjuntar la copia del documento de identidad del recurrente.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Es una medida transitoria frente al rechazo que es una medida definitiva. Esta última opera en dos casos: a posteriori a la inadmisibilidad, cuando no se subsana oportunamente el defecto que motivó la inadmisibilidad y de plano o in limine cuando concurren los supuestos que regula el artículo 327 CPC.

Como señala la última parte del artículo, si el demandante no cumple con lo ordenado, el juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente. Adicionalmente a ello, aunque la norma no lo señale, el juez debe ordenar la devolución de los anexos presentados con la demanda

Antes de dar trámite a cualquier petición, es potestad de los jueces señalar los defectos u omisiones que se adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, por tanto, si la demanda adolece de alguna omisión o defecto subsanables, como “petitorio incompleto o impreciso” corresponde al juez otorgar al demandante un plazo para suplir la omisión o corregir la deficiencia.

Por citar, son defectos subsanables la falta de poder, la falta de representación procesal, la falta de firma de abogado; sin embargo, hay casos mas complejos, donde la norma hace referencia a determinados documentos que debe inevitablemente concurrir, caso contrario, no se admitirá la demanda; véase el caso de la tercería, a que se refiere el artículo 535 CPC. Según la citada norma, se declara inadmisibile la tercería si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, dar garantía suficiente para responder por los daños que la tercería pudiera irrogar. Adicionalmente al control que hace el juez al calificar la demanda, nada impide que este se vuelva a reproducir en el saneamiento y la contraparte en el plazo para interponer excepciones.

2. Como se puede apreciar, este artículo permite al juez postergar la admisión de la demanda bajo la justificante de subsanar algunas observaciones de orden formal que refieren los 4 incisos de la norma. Esta limitante debe ser ejercida con prudencia y ponderación, por la afectación inmediata a la tutela jurisdiccional. Si bien se requiere de un debido proceso para solucionar los conflictos, este no puede limitar –por aspectos meramente formales– el acceso a la justicia para la búsqueda de la tutela<sup>(1)</sup>.

Las anomalías de orden formal deben ser tales, que efectivamente requieran hacer un alto al camino procesal; por citar, si se busca tutela y la persona que la invoca no se identifica con su Documento Nacional de Identidad (DNI), esto es, no acompaña copia de este ni hace referencia a su código único de identificación; si el demandante tercerista no prueba su derecho sobre el bien afectado con documento público o privado de fecha cierta; el accionista que impugna judicialmente

---

(1) Parte de los comentarios a este artículo aparecen reproducidos en "Ayacucho, jueces e independencia : ¿Qué es lo que pasa allí?" en Diálogos con la Jurisprudencia, Nº 84, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 165

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

el acuerdo de la Junta General debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, la que quedará obligada a mantener en depósito hasta la conclusión del proceso, debiendo el actor acompañar a su demanda como requisito de admisibilidad, la constancia del depósito que le expedirá el depositario.

Situación contraria, es el caso del litigante que se identifica con su DNI, pero la copia que adjunta no es legible; o su DNI ha caducado. En estos casos no procedería postergar la tutela, por una anomalía que perfectamente puede ser suplida en el camino, salvo que además de esta observación concurren otras diferencias que corregir, en las que se bien podría incorporar esta exigencia.

Las facultades que se concede al Juez para declarar la inadmisibilidad de la demanda, deben utilizarse con prudencia y ponderación. No pueden agotarse en la lectura generalizada del mero enunciado, sin hacer una aplicación particularizada a la anomalía del caso concreto. ¿la copia no legible de un DNI justifica postergar admitir a trámite una demanda? ¿un DNI caduco es justificante para postergar la admisión de una demanda? No se puede postergar el ejercicio del derecho de acción, so pretexto de cuestionamientos formales, sin apreciar la afectación de otros derechos constitucionales que dicho razonamiento conlleva. La ponderación en la decisión solo puede justificarse cuando estas deficiencias no puedan suplirse en el camino o sean determinantes para la admisión de la demanda. Se debe tener en cuenta que el derecho de acción, es el poder jurídico que goza toda persona para recurrir a la jurisdicción en busca de tutela judicial y no admite restricciones ni limitaciones, para su ejercicio, tal como lo señala el artículo 3 del CPC. En ese sentido, el Tribunal Constitucional<sup>(2)</sup> ha señalado que los jueces deben tener en cuenta que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; e inclusive, en materia de pruebas, ha instado al cumplimiento del artículo 201 del CPC, que dice: el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad para prescindir de un medio de prueba. Ello no significa –dice el Tribunal Constitucional– “que se esté invitando al juez ordinario a quebrar el orden formal que caracteriza a los procesos de los que conoce, sino a orientarlos en provecho de la finalidad elemental o concreta para la que estos existen. De no ser así el proceso se tornaría en un instrumento meramente formal, sin ningún referente de contenido justo o propiamente razonable”.

En ese orden de ideas, un juez en ejercicio de su función jurisdiccional puede asumir el criterio de admitir la demanda, si la única observación que tuviera para ello, fuera la caducidad del DNI o la copia ilegible de este, por citar. En la motiva-

---

(2) Véase el pronunciamiento recaído en el expediente N° 613-2003-AA/TC Lima, en los seguidos por Pedro Miranda Vásquez y otra, de fecha 21 de abril de 2003

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

ción del admisorio señalará que privilegia el acceso a la justicia frente a la postergación de la tutela, so pretexto que la copia del DNI no está legible, sin que ello impida que requiera a la parte interesada acompañe una copia legible o del DNI renovado.

La razón de ser del DNI en el proceso, es la identificación, y esta se ha cumplido, pues, la parte ingresa al proceso con la copia de este. Se debe tener en cuenta que el único referente para identificar a la persona es el Código Único de Identificación, el mismo que se mantiene invariable hasta el fallecimiento de la persona, por tanto, el documento que se emite (llamado DNI) debe tener asignado de manera legible el citado código, para que cumpla la finalidad de la identificación del litigante. Si este Código es perfectamente legible en la fotocopia, al margen que el documento haya caducado, no justificaría declarar la inadmisibilidad de la demanda, sin que ello impida al juez que solicite luego una mejor copia; aún más, con el servicio de la informática y la interconexión que existe en algunas dependencias judiciales con el padrón de la RENIEC, el juez y la contraparte, si tuvieren dudas, podrían verificar la identificación con el Código que registra la cuestionada fotocopia.

Por otro lado, bajo dicho razonamiento se debe apreciar que toda persona, es sujeto de derechos y de deberes; para que esta pueda ejercitar sus derechos debe contar con la capacidad de ejercicio; en tanto ello no suceda, su personalidad jurídica solo podrá desenvolverse dentro de la capacidad de goce. La capacidad de ejercicio se obtiene a partir que el sujeto es ciudadano, esto implica, ser peruano mayor de 18 años. Para ejercer dicha ciudadanía requiere inscribirse en el registro electoral del país, el mismo que está a cargo del Registro Nacional de Identificación y estado civil (RENIEC) por mandato constitucional (vert. artículo 183 Constitución).

RENIEC tiene dos funciones primordiales: a) la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifiquen el estado civil; y b) la identificación de personas, para lo cual, prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Cuando una persona concurre a los Registros a declarar el nacimiento de su hijo, esa declaración como acto va a estar recogida en un documento, que forma parte del archivo o registro. Como consecuencia de ese acto, se expide una copia de dicha inscripción, pues, constitucionalmente se ordena que la RENIEC emita las constancias correspondientes, por dichos registros.

Es importante describir todo ello, para distinguir el documento del acto en sí. Ellos son dos supuestos diferentes, a tal punto que tanto el artículo 225 CC y el artículo 237 del CPC, al referirse a ellos dicen: “son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir este, aunque el primero sea declarado nulo”. En ese sentido, el acto declarativo del nacimiento o del matrimonio, va a estar contenido en un registro, del que podemos extraer todos los datos necesarios que pueda brindar ese medio; podemos obtener tantas copias del registro de nacimiento o defunción, pero siempre teniendo en cuenta que son distintos el acto y el documento.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Hay algunas organizaciones, que otorgan a los documentos plazos de vigencia, para reafirmar la seguridad de la información que se brinda en el documento; por citar, en las inscripciones en Registros Públicos, el acto de la inscripción es uno y la constancia de dicha inscripción es otro. Los documentos que se emitan haciendo referencia al contenido de las inscripciones en registros públicos están sujetos a un plazo de caducidad, por la naturaleza pública de la información registral.

En igual sentido si uno concurre a la RENIEC para inscribirse en el Padrón Electoral y ejercer sus derechos como ciudadano, encontramos la misma distinción entre acto y documento. La inscripción es el acto y el documento, es la constancia que emite RENIEC como consecuencia de la inscripción, tomando como referente la información contenida en sus archivos o registros.

Lo fundamental en la inscripción ante la RENIEC, es que se nos asigna un Código Único de Identificación, el mismo que se mantendrá invariablemente hasta el fallecimiento de la persona, como Unico Referente Identificatorio de la Misma. (ver artículo 31 de la Ley Orgánica del RENIEC)

Este Código constituye la base sobre la cual la sociedad y el Estado la identifica para todos los efectos. En tal virtud será adoptado obligatoriamente por sus distintas dependencias como número único de identificación de la persona en los registros de orden tributario y militar, licencias de conducir, pasaportes, documentos acreditativos de pertenencia al sistema de seguridad social y en general a todos aquellos casos, en los cuales se lleve un registro previo trámite o autorización. (Ver artículo 35 de la citada Ley Orgánica Reniec). Bajo ese norte, luego de la inscripción en el padrón electoral, la RENIEC nos entrega una constancia u documento que contenga los datos necesarios para la identificación. Ese documento es conocido como DNI (documento nacional de identificación), el mismo que debe portar toda persona para sus actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado.

Ese documento, hoy está sujeto a caducidad. Tiene validez de 6 años (como documento) situación que antes de la implementación de este sistema computarizado no tenía restricciones temporales para la validez del documento, al margen de la gratuidad de este.

En el caso de la copia de un DNI ilegible, si bien, el inciso 1 del artículo 425 del CPC requiere la presentación de la copia legible del DNI del actor o de su representante, ante el supuesto que ello sea la única observación a la demanda, no sería recomendable postergar el acceso a la justicia, hasta que acompañe copia legible. El juez podría admitir la demanda, y requerirle en el camino a la parte, bajo un plazo, acompañe una mejor copia del DNI; sin embargo, si hubieren otros cuestionamientos más, para la admisibilidad de la demanda, se podría postergar, ya no por el mero hecho de la copia DNI sino por otras observaciones de

mayor trascendencia. Vemos pues, que la razón de ser de la exigencia del DNI, no solo está ligado a un criterio de identificación sino de verificación del ejercicio de la ciudadanía. En tal sentido, perfectamente se puede suplir dicha deficiencia, en tanto, sea legible el Código Único de Identificación del documento que se acompaña.

En igual forma, cuando se ejerce el patrocinio se requiere estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente (ver inciso 3 artículo 285 LOPJ). Cuando un profesional se inscribe en el Colegio, dicho acto es recogido en un archivo del que se entregará una constancia. Para identificarse como abogado en el patrocinio, es vital señalar el número de colegiación y presentar el documento (carné) sin embargo, en el supuesto que se extravíe o sea no legible este, lo que se cuestiona es la eficacia del documento, mas no el acto en sí de su incorporación a la orden. En cualquier momento, se puede verificar la identificación de este abogado con el Registro del Colegio que asigna, por más que su carné o la copia de este se deterioren.

Otro aspecto a considerar es la ausencia de la constancia de sufragio de las últimas elecciones. El juez no es un simple aplicador de normas, sino que trasciende mas allá de ello, es una persona que cumple un fin valorativo en su función, la búsqueda de la justicia, para lo cual, pondera el incumplimiento del deber de votar y la realización del derechos constitucional al nombre y a la identidad. En esa línea de opinión, la misma RENIEC, mediante Resolución Jefatural N° 454-2000-JEF-RENIEC publicada el 01-08-2000 precisa que "en la inscripción de nacimiento y en el de reconocimiento administrativo posterior a las inscripciones, el DNI del padre inscribiente o reconocente que carezca de la constancia de votación, no perderá el efecto identificadorio que le confiere la Ley, por tanto, se procederá a inscribir tales actos civiles".

3. Otro aspecto a destacar del artículo es la regulación del inciso 3. Cuando el petitorio es incompleto o impreciso se declara inadmisibles las demandas, para que lo precise. Ello es importante porque la demanda fija los límites de las pretensiones en el proceso, en atención al principio dispositivo que ejercen solo las partes; y además porque una demanda que contenga un petitorio incompleto o impreciso no va a permitir que la demandada realice en mejor forma su defensa. Las dudas e interpretaciones de lo que aparentemente se podría solicitar estarán presentes al momento de contestar; por citar, se pide el desalojo de una parte del inmueble, sin embargo, no se precisa sobre que área o interior de este se pretende el desalojo. Si bien el juez puede admitirla a trámite, la parte emplazada podrá interponer la excepción de oscuridad o ambigüedad de la demanda. Si bien, el efecto que genera dicha excepción es suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos, dentro del plazo que el juez fije (ver inciso 3 artículo 451 del CPC); en esas condiciones, la parte demandada tendrá que asumir su defensa contestando la demanda, bajo un petitorio nada claro, que se hubiera podido co-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

regir desde el inicio, si el juez lo hubiera advertido desde la calificación de la demanda. Nótese que el diseño del artículo 451 del CPC, no permite que luego de corregida esta deficiencia se pueda volver a absolverla. La oscuridad de esta, limita al demandado a tener que asumir una contestación “a tientas” bajo las deficiencias de la demanda.

Por otro lado, conforme se aprecia del inciso 9 del artículo 424 del CPC, uno de los elementos que contiene la demanda es la vía procedimental; sin embargo, puede darse el caso que la propuesta no corresponda a la naturaleza o cuantía de la pretensión. En esas circunstancias, opera dos alternativas: a) instar a la facultad del Juez para que adapte la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación (Ver inciso 1 artículo 51 DEL del CPC); b) declarar la inadmisibilidad de la demanda, a fin que la demandante corrija esta deficiencia, tal como refiere la norma en comentario.

Las observaciones que se pueda hacer a la admisibilidad de la demanda, bajo este artículo, está sujeto a una condición temporal: el rechazó de la demanda si no se subsana las deficiencias en el plazo que fije el juez, el mismo que no podrá ser mayor de diez días.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si se declaró inadmisibile la demanda de tercería, concediendo el plazo de tres días para que subsane las omisiones, es nula la resolución que rechaza la demanda apresuradamente, antes que transcurra el plazo.*

*El hecho de que la demandante haya presentado el escrito ofreciendo garantía para la suspensión del remate, no significa haber vencido el plazo concedido (Exp. Nº 2231-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 284).*

*Si el juez declaró inadmisibile el apersonamiento, otorgando un plazo para que se subsanen las omisiones advertidas; atenta contra el derecho de defensa, si deniega de plano la intervención antes que venza dicho plazo. En todo caso, si no le merecía convicción el apersonamiento podía solicitar documento idóneo que acredite interés económico y legitimidad para obrar y no denegar de plano su intervención (Exp. Nº 111-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 312-314).*

*Si el petitorio versa sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta respecto a la sentencia expedida en primera instancia, obviando comprender a la ejecutoria suprema, la cual ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede considerarse como un petitorio implícito, más aún si no se hace alusión alguna dentro del contexto de la causa petendi.*

*No obstante que el proceso busca la invalidez de la última resolución que pone fin al proceso, empero, la imposibilidad descansa en la aplicación expresa de la ley que prohíbe emitir pronunciamiento sobre un punta no demandado, de modo que a priori no se puede sustituir a la demandante y elegir en el mejor de los casos sobre qué resolución debe*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*dirigirse la demanda (Exp. N° 385-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 314-316).*

*Cuando se actúa en el proceso mediante poder otorgado en el extranjero, debe expresarse la aceptación del mismo en el escrito de apersonamiento.*

*Siendo éste un requisito formal, pasible de subsanación, debe ser dispuesto por el juez en la etapa postulatoria (Exp. N° 979-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 286).*

*Si la actora ha invocado las causales de nulidad de cosa juzgada fraudulenta pero no las ha fundamentado en forma individual cada una de ellas, el Juez debe hacer uso de la facultad del artículo 426 del C.P.C. y ordenar la inadmisibilidad de la demanda, por tratarse de omisiones subsanables y no rechazar liminarmente, pues, ello importa denegar la tutela jurisdiccional a que tienen derecho todos los justiciables (Exp. N° 21104-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 352-353).*

*Si el juez ordena al actor subsane la omisión o defecto que contiene su demanda y no cumple con lo ordenado dentro del plazo concedido, se rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente (Exp. N° 203-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 258-259).*

*No es posible ventilar, dentro de un proceso de desahucio tramitado en la vía sumaria, cuestiones que afecten el mejor derecho de propiedad sobre bienes Inmuebles, materia que debe ventilarse en una vía declarativa más lata (Cas. N° 656-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 266, Julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.1-A.2).*

*La nulidad de la cosa juzgada no implica la revaloración de las pruebas que hubieran actuado en el proceso anterior para obtener una decisión sustitoria, sino la nulidad de la sentencia cuestionada.*

*Si la actora ha invocado las causales de nulidad de cosa juzgada fraudulenta pero no las ha fundamentado en forma individual cada una de ellas, el Juez debe hacer uso de la facultad del artículo 426 del C.P.C. y ordenar la inadmisibilidad de la demanda, por tratarse de omisiones subsanables y no rechazar liminarmente, pues, ello importa denegar la tutela jurisdiccional a que tienen derecho todos los justiciables (Exp. N° 21104-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 352-353).*

## IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 427

*El Juez declarará improcedente la demanda cuando:*

- 1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;*
- 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;*
- 3. Advierta la caducidad del derecho;*
- 4. Carezca de competencia;*
- 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;*
- 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o,*
- 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.*

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

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

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. IV, 6, 50 inc. 6, 85, 424 incs. 5 y 6, 500, 551 párr. 1.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 2, 5, 88.
<b>C.N.A.</b>	art. 165.
<b>LEY 26636</b>	art. 18.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 184 inc. 11.

---

## Comentario

1. La demanda da inicio a la instancia y obliga al juez –de manera oficiosa– a calificarla previamente para decidir su admisibilidad o rechazo liminar de esta, como expresión del sistema publicístico que acoge el modelo procesal. En esta calificación ingresa el concepto de presupuesto procesal, como requisito para la constitución y desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda.

Devis Echeandía<sup>(1)</sup> califica a los presupuestos procesales como los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente. Ellos son “la capaci-

---

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, t.I, DIKE, Medellín, 1993, p. 284

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

dad jurídica y capacidad procesal de la parte actora y su adecuada representación; la jurisdicción y la competencia; la postulación para pedir, y, la no caducidad de la acción". Según dicho autor, los presupuestos procesales son "condiciones que deben existir a fin que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la pretensión, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito".

Para Véscovi<sup>(2)</sup>, los presupuestos procesales son "los supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida". Explica, que el juez no solo estudia la razón o la sin razón de las partes, el fondo o el mérito del asunto sino también el propio proceso. Aquí es cuando examina los presupuestos procesales: hace un "proceso sobre el proceso", examina su regularidad como requisito necesario para proveer en el fondo del negocio.

Con esta calificación se busca entablar una relación procesal válida a fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, desarrollando un inútil y anormal proceso, con elevados costos y desperdiciada actividad procesal.

2. El problema que se presenta en el tratamiento de los presupuestos procesales, recae en el cuestionamiento si su concurrencia debe examinarse de oficio por el juez o puede dejarse que sean las partes las que, en su actividad descubran, en su caso, su falta o ausencia de ellos.

Las opiniones contrarias al actual sistema procesal, se orientan por la admisión generalizada de la demanda, porque considera que el rechazo in limine litis constituye una forma de indefensión. Señalan que los riesgos evidentes de autorizar al juez a rechazar demandas llevan a la conclusión que aquél debe admitirlas todas, aunque le parezca que se trata de demandas sin posibilidades de éxito.

Para Fairen Guillén<sup>(3)</sup>, la tendencia moderna, es la de entender que corresponde a los jueces velar por la existencia de los presupuestos procesales, no solo en beneficio de las partes, sino en el de la economía procesal, que interesa en todo caso a la comunidad social, lo cual según dicho autor, no tiene nada que ver ideologías políticas autoritarias.

Estas facultades de dirección del juez no constituyen un abuso o quizá una violación constitucional al derecho de acción que tiene todo ciudadano, cuyo género es el derecho de petición, señala Peyrano. Cuando alguien intenta una demanda al ejercer el derecho de acción y obtener una respuesta inmediata cancelatoria de su expectativa, no se estará cuestionando, desplazando o violando tal derecho, pues, según Peyrano una cosa es el derecho de acción y otra cosa es la

---

(2) VESCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis, 1987, p. 83.

(3) FIAREN Guillén Víctor, Doctrina General del Derecho Procesal, Bosch, Barcelona, 1990, p.338

pretensión. El derecho de acción ya se ejerció con la demanda. Si su pretensión no tiene fundamento, si busca un absurdo legal, no tiene por que merecer agotar toda la secuencia procesal. Bajo esa hipótesis, el juez deberá emitir una resolución suficientemente motivada y fundada en cualquiera de las causales expresamente prevista en esta norma. La facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta, sea, porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada.

3. Para que toda persona pueda ingresar al proceso, necesita de legitimidad para hacerlo. La legitimación no opera invocando la existencia del derecho, que es el tema de fondo en el proceso, sino en las afirmaciones que el actor realiza acerca de la titularidad del derecho. Si no afirma esa titularidad carecerá de legitimación activa para interponer la pretensión. Montero justifica ello en un ordenamiento basado en la autonomía de la voluntad y en la libre disposición, el único que puede formular la pretensión con legitimación es quien afirme su titularidad activa en la relación jurídico material.

Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya sea por medio de sentencia favorable o desfavorable. Por otro lado, no solo el actor debe limitarse a afirmar su titularidad del derecho sino también debe afirmar que el demandado es el titular del deber contrapuesto a su derecho

Las normas determinan quienes están autorizados jurídicamente para accionar o para contradecir, en la hipótesis que se proceda a la declaración de certeza de una relación jurídica sustancial. Puede existir la posibilidad que haya otros sujetos legitimados para demandar o contradecir, pero que no figuran como demandantes o demandados en el proceso. En este supuesto, al calificar la demanda se contempla la oportunidad para que intervengan y formen parte del proceso, se integren a él, pues, quien tiene legitimación tiene aptitud suficiente para intervenir. Véase sobre el particular el caso del litisconsorcio necesario sea activo o pasivo.

Hay algunos autores que distinguen entre "legitimatio ad causam" de la "legitimatio ad processum". La primera es un elemento sustancial de la litis y, por lo tanto, no constituye un presupuesto procesal. En cambio, la legitimatio ad processum se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal.

La ausencia de la legitimatio ad causam, impide que la sentencia resuelva sobre el fondo de la litis, pero no invalida el proceso, y la sentencia inhibitoria es absolutamente válida; la falta de la legitimatio ad processum, constituye un motivo de nulidad, que vicia el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Existen dos corrientes de opinión en relación a la legitimación en la causa. La primera que liga a la legitimación con la titularidad de la relación jurídica sustancial objeto del proceso; la segunda que no encuentra ligazón entre estas dos nociones, de tal manera, que puede existir legitimación sin que exista titularidad del derecho. La doctrina procesal contemporánea se inclina por esta última, pues considera que la legitimación es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda o resistida por el demandado en la contestación; forma parte de la fundamentación de la demanda en sentido general; las partes pueden estar legitimadas para la causa tengan o no el derecho o la obligación sustancial, sea demandante o demandado; la legitimación no es requisito de sentencia favorable sino de una sentencia válida de fondo.

La legitimación puede ser ordinaria y extraordinaria. Según Montero Aroca, la legitimación ordinaria es la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, recae en las afirmaciones que realiza el actor; en cambio, la legitimación extraordinaria, no afirma la titularidad del derecho material subjetivo. La sustitución procesal regulada en el artículo 60 CPC, la acción directa contra el asegurador recogida en el artículo 1987 Código Civil y los intereses difusos regulados en el artículo 82 CPC son expresiones de esta legitimación extraordinaria. La sentencia que declare fundada la demanda será obligatoria para todos, incluso para quienes no han participado en el proceso (véase el artículo 82 CPC)

4. El concepto de interés ha sido influenciado con la visión publicista del proceso civil. Frente al clásico esquema de considerar al proceso bajo una función represiva se plantea la posibilidad del proceso bajo una función preventiva.

Tradicionalmente el concepto de interés para obrar, que enarbola el trabajo de Rocco<sup>(4)</sup>, consideraba que "se tiene interés para obtener la simple declaración de certeza positiva o negativa cuando el actor o el demandado reciban una utilidad o cuando de la falta de la declaración de certeza, positiva o negativa reciban un perjuicio".

Si bien se sostenía que la acción era un derecho autónomo, independiente, al derecho material, se consideraba que el interés para obrar no es otra cosa que el elemento sustancial del derecho de acción.

Un criterio que se utilizaba para determinar el interés para accionar es el "juicio de utilidad actual para su titular" y si la falta de pronunciamiento jurisdiccional

---

(4) Rocco Ugo, Tratado de derecho procesal, tomo 1, Depalma, Buenos Aires, 1982, p.343

pedida produciría un daño. Solo si se infería la existencia del daño se admite el interés, si tal perjuicio no existe, no hay duda que tampoco existe dicho interés. Según Rocco<sup>(5)</sup>, el interés tanto para accionar o contradecir debe ser concreto y actual. No concebía interés para accionar concerniente a derechos futuros o eventuales, que no constituyan ya objeto y materia de tutela por parte del derecho material objetivo.

En esa línea otros autores consideran que "el particular no puede pretender que los tribunales del Estado le presten su trabajo sino en cuanto tenga necesidad de la tutela y en la medida de esa necesidad". La necesidad de tutela jurídica exige un interés procesal, es decir, un interés a la actuación del derecho y al mantenimiento de la paz mediante la invocación de los órganos de la tutela jurídica. Para Liebman<sup>(6)</sup>, "el interés para accionar está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la utilidad de la providencia, como medio para adquirir por parte del interés lesionado la protección acordada por el derecho."

El concepto clásico del interés para obrar ha sido superado por la tutela jurisdiccional preventiva. Adelantándose a la violación del derecho, se permite transitar por el proceso de cognición y obtener una sentencia que solo podrá desplegar sus efectos una vez producida la violación de aquel. En esta línea se presenta el caso de la condena a futuro regulado en el artículo 594 CPC.

Aquí ya no opera el juicio de utilidad de la concepción clásica de interés para obrar sino que frente a cualquier deber de prestación y ante el temor del incumplimiento por parte del deudor, puede el acreedor sin esperar que el incumplimiento se materialice, promover un proceso tendiente a obtener una sentencia que condene al cumplimiento de la prestación debida, aun cuando el crédito no es exigible, no ha habido aún incumplimiento, en suma, no ha habido aun violación del derecho sustancial.

5. La caducidad es un derecho de acción con un plazo establecido. Como señala Albadalejo<sup>(7)</sup>, significa que algo (generalmente una facultad o un llamado derecho potestativo tendientes a modificar una situación jurídica) nace con un plazo de vida y que pasado este, se extingue. Se trata, pues, que la facultad o el derecho que sea, es de duración limitada. En la caducidad el tiempo se cuenta desde el nacimiento y no admite interrupción ni suspensión, como señala el artículo 2005 Código Civil.

---

(5) Op. cit. p. 345

(6) Liebman Enrico Tullio, Manual de Derecho Procesal Civil, Ejea, Buenos Aires, 1980, p.116

(7) Albadalejo Manuel, Derecho Civil. T. 2, 14 ed, Bosch, Barcelona, 1996, p. 506-507

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Para Albadalejo, la caducidad se aplica generalmente no a los derechos, propiamente hablando, sino a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover el cambio de situación jurídica (por ejemplo el poder de impugnar un contrato o el matrimonio o un estado de filiación, etc) tengan o no carácter patrimonial mientras que la prescripción se aplica a los derechos patrimoniales.

La caducidad se justifica porque es conveniente que las situaciones jurídicas no estén permanentemente sometidas a la posibilidad de revisión. El que está facultado para ello, ha de hacerlo prontamente (según el plazo que en cada caso la ley estime adecuado) o pierde tal posibilidad. El efecto del plazo de caducidad se produce automáticamente, es decir, una vez transcurrido, el derecho que sea, se extingue ipso iure y no es necesario que ello sea alegado por el interesado sino que el juez lo apreciará de oficio al calificar la demanda. Véase sobre el particular el artículo 2006 Código Civil.

6. La norma autoriza el rechazo in limine de la demanda cuando la incompetencia del órgano se infiere en forma manifiesta y evidente de la propia exposición de los hechos formulada por el actor.

La competencia constituye uno de los presupuestos procesales. Esta se determina de acuerdo a criterios de materia, cuantía, jerarquía, turno y territorio.

Para nuestro Código, constituyen presupuestos procesales la competencia por razón de materia, cuantía, jerarquía y turno, en cambio, la competencia por razón de territorio configura solo un impedimento procesal, que no se encuentra sujeto a trámite de oficio sino únicamente cuando el demandado ha interpuesto la excepción de incompetencia porque podría operar la prórroga tácita de la competencia al contestar la demanda. Ello es atendible porque en orden descendente, la competencia por materia, es absoluta e improrrogable; la competencia por cuantía o por valor, también es absoluta; en cambio, la competencia por territorio es prorrogable porque es dispositiva, está confiada a la autonomía de la voluntad privada, cuya vulneración apenas produce nulidad relativa. Esta competencia se sana por preclusión, a través de la prórroga tácita. La competencia territorial es un criterio pragmático. Su fin tiene una connotación económica de facilitar y acercar al juez al justiciable, a los dos o a alguno de ellos.

La incompetencia en razón de la cuantía, jerarquía y materia puede ser declarada no solo al momento de calificar la demanda sino en el saneamiento procesal; en ambas circunstancias se archivan el proceso, pero con respuestas diversas según el momento procesal en que se declare. Al calificar la demanda se declara la improcedencia liminar de la demanda (ver inciso 4º artículo 427); en el saneamiento la nulidad de todo lo actuado (ver inciso 5º artículo 451 CPC). Las respuestas diferentes se sustentan en las nulidades procesales. Estas comprenden dos sistemas, prevención y sanción. Esto explica porque el juez incompetente al calificar la demanda no sanciona la nulidad sino que la previene declarando improce-

dente la demanda; en cambio, en el saneamiento, se sanciona la nulidad, declarando concluido el proceso.

7. La norma regula en el inciso 6 el caso de los conflictos eunucos o inertes que provoca la no admisión de la demanda porque el ordenamiento jurídico no protege el interés alegado por el demandante.

Estos son casos muy limitados, donde el ordenamiento niega el derecho de acción. Se trata de conflictos, que por más relevancia jurídica que tengan, es el propio ordenamiento jurídico el que sustrae de la posibilidad de ser exigidos judicialmente. Son supuestos de conflictos jurídicos pero sin acción. Sobre el particular podemos citar las deudas que provengan del juego y la apuesta no autorizados. Según el artículo 1943 Código Civil estos no son pasible de reclamo judicial. Es el propio ordenamiento el que de modo expreso y general, señala que el interés del actor no está protegido y, por tanto, que el proceso es inútil pues nunca se podrá llegar a una sentencia estimatoria de la pretensión. Bajo esta misma óptica véase el caso que recoge el artículo 1892 CC sobre la pérdida de acción del fiador contra el deudor principal, sino comunicó el pago efectuado al acreedor.

Montero Aroca<sup>(8)</sup> hace referencia a la demanda que exige el cumplimiento de la promesa de matrimonio; no se admite a trámite, porque dicha promesa no produce obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración, además porque la legislación de manera expresa así lo señala. En esta línea también se agregan las demandas absurdas, como las que piden se condene al Presidente del Gobierno a cumplir su programa electoral.

8. La acumulación sirve para la satisfacción de dos o mas pretensiones, en un mismo proceso; por citar, la resolución de contrato, devolución de bien y entrega de frutos.

Hay razones que justifican la acumulación como la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo, darían lugar a diferentes procesos. Por otro lado, la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también la justifica.

En el primer caso se obtiene una ventaja desde el punto de vista de la economía; en el segundo, en el de la justicia o de la certeza. Que sentido tendría tener tres petitorios para reclamar en tres procesos distintos, con mayor tiempo, esfuerzo y dinero; pero además, fundamentalmente –como ya se ha señalado– sirve para evitar fallos contradictorios. Podría darse el caso que se tramite dos proce-

---

(8) Montero Aroca Juan, Derecho jurisdiccional, t.II, Bosch, Barcelona, 1995, p.140

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

sos distintos y en ellos se resuelva distinto, por citar, frente a dos deudores solidarios, en un proceso se condena al pago y en el otro se declara extinguida la obligación. Las reglas de la acumulación están detalladas en los artículos 83 al 90 del Código Procesal.

Por último debemos reafirmar al comentar este artículo, que la facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos en los que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es improcedente la demanda, para la convocatoria judicial a junta general de accionistas, si la solicitud para tal fin, presentada por la propia accionante, ha sido admitida.*

*Una vez denegada o transcurrido los quince días a la recepción de la solicitud se podrá solicitar judicialmente su convocatoria en proceso no contencioso (Exp. Nº 12729-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 431).*

*Si la demanda ha sido recaudada con un contrato de subarrendamiento financiero, el mismo no permite que el subarrendatario pueda ejercitar su derecho de opción, desde que el subarrendador no tiene la titularidad o dominio del bien, razón por la que deviene improcedente la demanda, pues, no constituye título ejecutivo, a tenor del D.Leg.299.*

*El juez está obligado a calificar de oficio el título con la interposición de la demanda y en la sentencia (Exp. Nº 99-2516-1623, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 352).*

*Si la minuta de compra venta se encuentra pendiente de elevación a escritura pública en la Notaría, faltando únicamente la firma de la codemandada en la citada escritura, no puede declararse la improcedencia de la demanda bajo el argumento que corresponde tramitarse bajo la vía no contenciosa, en atención a la Resolución Jefatural Nº 122-98-AGN/J.*

*Dicha resolución es aplicable cuando falten las firmas de los comparecientes, del Notario o de los testigos y la escritura pública se encuentre en el Archivo General de la Nación (Exp. Nº 21028-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 312).*

*Es improcedente la demanda que pretende, a través de una declaración judicial, posibilitar el otorgamiento de escrituras públicas de un demandado a otro y del último a la demandante, con el evidente propósito de sanear la titulación y proceder a la inscripción del dominio.*

*Con esta pretensión se desnaturaliza el instituto legal del contrato, y, más aún persigue que un juez se sustituya en el derecho de unos y en la obligación de otros de ser suscriptores de una escritura pública (Exp. Nº 694-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 314).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Trabada la medida cautelar, el hecho de que se haya interpuesto demanda fuera del plazo previsto en el artículo 636 del CPC, no afecta ésta, sino, la caducidad de la medida. Declarar la improcedencia de la demanda atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional (Exp. N° 47492-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 142).*

*Si la demandada ha cumplido con remitir la carta conforme a lo acordado por las partes al suscribir el contrato de prestación de servicios, el actor no puede pretender resolverlo, si antes ya lo hizo la empresa demandada (Exp. N° 193-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 101).*

*Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra ley procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia (Cas. N° 724-99-Lambayeque, El Peruano, 12/11/99, p. 3902).*

*La legitimado ad causam o legitimación para actuar es un elemento sustancial de la litis más no de la acción y, por tanto, no constituye un presupuesto procesal, pero la carencia de dicha calidad por su íntima relación con el interés sustancial de la pretensión impide obviamente una decisión de fondo (Cas. N° 2296-98-Cajamarca, El Peruano, 19/03/99, p. 2836).*

*El contrato cuya formalización se pretende contiene una obligación de construir, esto es, una obligación de hacer, que solo compromete a los otorgantes, significando que cuando el deudor lo incumple, el acreedor está facultado a exigir la ejecución forzada del hecho prometido; pero, estando la obra concluida resulta improcedente formalizar un contrato ya ejecutado; sin perjuicio de dejar a salvo el derecho que pudiere tener la demandante para discutir en distinta acción el derecho de propiedad que invoca (Exp. N° 112-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 539-541).*

*Si se advierte del contrato que se pretende elevar a escritura pública que la codemandada no lo ha suscrito, no puede compelerse a una persona a llenar una formalidad requerida si no ha intervenido en la celebración del acto jurídico.*

*Al acceder al proceso se hace en los mismos términos que las partes han celebrado el acto jurídico, no siendo posible modificación alguna, pues, importaría variar la voluntad de las partes (Exp. N° 1358-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 535-538).*

*La demanda de otorgamiento de escritura, además del pronunciamiento por parte del juez respecto a la validez del acto jurídico que origina la transferencia del mismo, es improcedente, pues no resulta factible a través de un proceso de otorgamiento de escritura emitir tal pronunciamiento (Exp. N° 3243-1999, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 521-522).*

*Es improcedente la demanda sobre mejor derecho, si no se han interpuesto los recursos impugnatorios hasta agotar la vía administrativa o causar estado, para luego, demandar la acción contencioso administrativa.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Al no haberse reconocido el derecho que alega tener la demandante, mal podría esta parte, pretender obtener ese mismo derecho, por la vía que no es la que la ley regula para el efecto (Exp. N° 1098-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 495-497).*

*Es improcedente la demanda por falta de legitimidad para obrar, si el accionante no acredita su calidad de asociado de la Cooperativa, cuyos acuerdos pretende impugnar.*

*El debido proceso se conceptúa procesalmente como aquel en el que se brinda a las partes las condiciones mínimas para comparecer al proceso, defenderse, probar su defensa a im-pugnar las decisiones judiciales (Exp. N° 4342-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 463-464).*

*Habiéndose amparado la pretensión de ineficacia de la inscripción de anticipo de legítima otorgado por los demandados a sus hijos; sin embargo, se plantea otra demanda para que se declare la invalidez del asiento registral que contiene la inscripción del anticipo de legítima, el que ya ha sido materia de pronunciamiento, situación que lleva a la improcedencia de la demanda, pues, no existe conflicto que resolver (Exp. N° 17322-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 466).*

*El hecho que el demandante esté siguiendo una querrela por difamación, no puede entenderse que el actor esté haciendo valer, en ambas vías, un mismo derecho, puesto que la querrela persigue la imposición de una pena al denunciado y la pretensión indemnizatoria que la misma conllevaría, debe ser solicitada, hecho que no aparece realizado en la querrela. La pretensión indemnizatoria es facultativa de la parte que se cree agraviada y persigue además el resarcimiento por el daño moral (Exp. N° 1383-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 455-456).*

*Si del contrato de arrendamiento se advierte que existe adicionalmente al actor otra persona que forma parte de la relación material y no ha intervenido en el proceso, la relación jurídica procesal no ha quedado válidamente establecida por no haberle incluido como sujeto activo de la relación; por lo que deviene en improcedente la demanda (Exp. N° 587-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 353-354).*

*El titular de la acreencia de los servicios de luz, agua y teléfono es un tercero por lo que la parte actora ésta facultada a requerir el pago en vía de repetición, luego de honrados dichos pagos.*

*Si no ha cumplido con el pago, carece de legitimidad para obrar (Exp. N° 4229-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 204-205).*

*Si el actor ha probado ser propietario del lote de terreno pero no de la fábrica existente sobre dicho terreno, no tiene legitimidad activa en el proceso. Dicha probanza es fundamental, pues, solo así el actor está habilitado para pedir la restitución de lo edificado (Exp. N° 453-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 469).*

*La demanda es improcedente cuando es evidente la falta de legitimidad para obrar del actor. Si no es viable la excepción, el Juez al momento de sentenciar está en aptitud de*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

pronunciarse sobre la legitimidad para demandar de la parte actora, en observancia a la última parte del artículo 121 del CPC (**Exp. N° 994-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 417**).

No puede obligarse al pago de la suma reclamada, a quien no ha intervenido en la obligación. No existe legitimidad para obrar pasiva, si la parte demandada no ha suscrito obligación alguna con los accionantes (**Exp. N° 3411-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 418**).

Constituye requisito de procedibilidad para la Convocatoria de Asamblea General extraordinaria, que la demanda sea interpuesta por los mismos asociados que cursan la carta notarial, como lo establece el artículo 85 del C.C.

La legitimidad para obrar de los accionantes deriva de la carta notarial suscrita por ellos (**Exp. N° 416-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 419**).

Para amparar la falta de legitimidad del demandante debe darse la circunstancia, que el actor no sea el titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta o que carezca de un interés jurídico tutelable.

Estar legitimado en la causa supone tener una situación procesal, que le permita al justiciable tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto (**Exp. N° 3920-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 420**).

La legitimidad para obrar es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide en la mayoría de los casos, con la titularidad de la relación jurídico-sustancial.

Existe falta de legitimidad cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley, habilita especialmente para pretender o para contradecir, respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (**Exp. N° 509-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 416**).

Tratándose de interdictos de retener, la legitimidad activa de la parte demandante, está sustentada en el solo hecho de considerarse perturbado en su posesión.

La relación jurídica sustantiva se da entre el poseedor y el agente perturbador, independientemente de no existir entre ambos relación contractual alguna. Son el poseedor y el perturbador los conformantes de la relación jurídica procesal (**Exp. N° 912-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 412-413**).

La legitimación en la causa, es la titularidad de la relación jurídica sustancial objeto del proceso o el derecho a la tutela jurisdiccional sobre la existencia o no del derecho material pretendido, que se traduce en la falta de coincidencia entre las personas habilitadas para accionar y los sujetos procesales, respecto a una materia controvertida.

No puede aceptarse petitorios de resoluciones declarativas o constitutivas de derechos, cuando no se exponga y se pruebe que las razones que sirven de sustento para ellas, afectan de modo directo o indirecto los derechos del demandante (**Exp. N° 60778-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 410-411**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La declaración de improcedencia debe darse al momento de la calificación de la demanda. Pasada dicha etapa, será en el saneamiento donde se emitirá el pronunciamiento sobre la validez de la relación procesal y excepcionalmente podrá efectuarse en la sentencia.

Se contraviene el procedimiento si, habiéndose declarado inadmisibile la demanda y subsanadas las omisiones se vuelve a conceder nuevo plazo, para luego declarar la improcedencia de ella (**Exp. N° 2767-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 405**).

Debe declararse improcedente la demanda si no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio. Si ellos están dirigidos a obtener una inscripción registral y no una declaración de propiedad, constituye un imposible jurídico declarar propietario a quien ya ostenta dicha calidad (**Exp. N° 4084-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 406-407**).

Es improcedente la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, si el autor no describe el sustento fáctico de cada una de las causales en forma independiente.

Resulta irregular demandar a un Juzgado y a una Sala sin precisar a los autores de la resolución que se cuestiona (**Exp. N° 2090-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 366**).

Si bien la caducidad se produce de pleno derecho, lo que supone que no hay necesidad de resolución judicial que la declare; empero, no hay impedimento legal para que el Juzgador la declare cuando esté convencido de la caducidad de la medida.

La extinción del derecho y la acción es solo parcial, siempre que se distinga que la medida está dirigida y ordenada contra varios bienes y que solo se ha ejecutado sobre uno de ellos (**Exp. N° 232-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 275**).

Resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva, si se afirma haber adquirido ésta por contrato de compraventa (**Exp. N° 3992-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 163**).

“... En la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda; (...). dichos requisitos están vinculados estrictamente a cuestiones de forma y capacidad procesal en el modo de interponer la demanda; no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas recaudadas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de un resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda” (**Cas. N° 1691-99-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 166-168**).

Las causales de improcedencia están vinculadas a aspectos de forma de la demanda y a criterios de caducidad o de capacidad procesal de quien la interpone, más no puede existir permisión para que apoyándose en pruebas recaudadas se rechace la demanda y menos aún se sustente en un supuesto legal absolutamente impertinente (**Exp. N° 386-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 270-271**).

La no coincidencia entre el monto de la letra de cambio y el saldo señalado en la carta notarial, no es razón para no admitir la demanda ejecutiva (**Exp. N° 1792-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 324-325**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es improcedente la impugnación de paternidad del actor, si de la revisión de la partida de la menor, se advierte que es una hija extramatrimonial reconocida solo por la madre. No existiendo reconocimiento del vínculo paterno-filial, el actor carece de legitimidad para obrar.*

*Si no ha intervenido el demandante en la declaración del nacimiento, ni obra su consentimiento expreso para tal declaración, debe ampararse se excluya el nombre del actor de la partida de nacimiento (Exp. Nº 2221-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 126-127).*

*Si de la revisión de la partida de nacimiento de la menor se advierte que se trata de una hija extramatrimonial solo reconocida por la madre, carece de legitimidad para obrar el actor, pues, no existe reconocimiento del vínculo paterno-filial. Por tanto, la pretensión del actor dirigida a negar ser el padre de la hija de la demandada es improcedente (Exp. Nº 1765-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 121-122).*

*Es improcedente la demanda, para el cobro de las cuotas a que están obligados los propietarios de las unidades inmobiliarias bajo el régimen de la propiedad horizontal, si no se acompaña copia certificada del acta de la Junta que acredite los poderes de representación para actuar en nombre de la misma; así como, copia de la carta notarial que la Junta debe enviar al propietario requiriéndole el pago del monto adeudado.*

*No existe interés para obrar, al no haber agotado los actos destinados a procurar satisfacer su pretensión material antes de iniciar el proceso (Exp. Nº 2606-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 145-146).*

*Del contrato de transferencia que se pretende elevar a escritura pública se advierte que la codemandada no ha suscrito el contrato, ello denota la inviabilidad de la demanda, pues, no puede compelerse a una persona a llenar la formalidad requerida si no ha intervenido en la celebración del acto jurídico (Exp. Nº 1358-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 491-493).*

*Si las obligaciones cuyo pago pretende la demandante en el proceso de ejecución de garantías no están cubiertas por la hipoteca, deviene en improcedente la demanda.*

*La Ley 26702 expedida con posterioridad a la celebración del contrato de hipoteca sublimitis, no resulta de aplicación (Exp. Nº 61724-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 539-540).*

*Es esencialmente declarativa la sola pretensión dirigida al cambio de régimen de la sociedad de gananciales por el de separación patrimonial. En aras de mantener la unidad de las decisiones judiciales no resulta procedente la demanda de separación de patrimonios si se encuentra pendiente de resolución la invalidación del matrimonio de la actora con el demandado, pues la sentencia final repercutirá sobre la sociedad de gananciales (Exp. Nº 1151-94-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 162-163).*

*La contestación de la paternidad según el Código Civil de 1936 solo estaba permitido tratándose de filiación legítima. La pretensión de nulidad de partida de nacimiento no es viable por no estar tutelado por el vigente Código Civil ni por el Código de 1936 (Exp. Nº 350-95-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 215-216).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La acción de filiación extramatrimonial debe intentarse contra el presunto padre o contra quienes hayan sido declarados herederos más no dirigirse contra los padres del causante (**Exp. N° 816-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 210-211**).

Si una persona jurídica diferente a la accionante es la directa y única beneficiaria de la obligación de pago imputada a la demandada, y si la accionante no ha demostrado que ésta le haya formulado algún requerimiento, con el objeto que ella asuma el cumplimiento de la obligación, ni menos que se haya visto obligada a efectuar algún pago por tal concepto, de forma tal que tenga expedito su derecho para hacerlo valer contra la demandada, conlleva a declarar la improcedencia de la pretensión pues evidencia no solo ausencia de interés para obrar, sino ausencia de legitimidad para interponer la presente demanda (**Exp. N° 1125-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 424**).

El hecho que en otro juzgado distinto se esté ventilando un proceso de impugnación de acuerdo societario que tendría relación con este proceso, no puede considerarse como un supuesto de falta de interés para obrar, porque nada impide al juzgador valorar adecuadamente todos los medios probatorios incluyendo las copias certificadas de otro proceso, que puedan llevar a la convicción que los actos societarios que se cuestionan en la demanda sean nulos o, si es posible establecer válidamente la relación procesal, lo que no puede hacerlo en la etapa postulatoria (**Exp. N° 33544-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 434-435**).

El argumento que la accionante carece de interés para obrar, porque ha debido demandar previamente la declaratoria de herederos debe desestimarse, pues, no resulta válido establecer requisitos de procedibilidad que la propia Ley no exige.

No existe impedimento legal para que una Sucesión pueda ser demandada. En caso se desconosca sus integrantes, el emplazamiento está previsto en el artículo 435 del CPC. (**Exp. N° 21342-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 433**).

La legitimidad para obrar es un concepto lógico de relación que implica que los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva sean los sujetos que participan en la relación jurídica procesal (**Exp. N° N-114-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 423**).

En las acciones sobre interdicto de retener carece de legitimidad para obrar el accionante que no tenga la posesión inmediata del bien.

La posesión es una relación de hecho entre la persona y la cosa (**Exp. N° 364-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 597-598**).

La legitimidad para obrar de quien pretende el pago de la renta derivado de un contrato de arrendamiento requiere no solo ser el arrendador, sino también tener como tal la calidad de propietario, o por lo menos estar facultado por el propietario para arrendar el bien materia de la propiedad.

No habiéndose acreditado que el actor tuvo autorización para arrendar el bien a favor del ejecutado, carece de legitimidad para obrar al plantear la demanda (**Exp. N° 262-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 510-511**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Procede amparar la adopción, cuando se ha demostrado que el peticionante ha cumplido con el período de prohijamiento y la madre biológica ha prestado su consentimiento. El padre biológico que no reconoce al menor por adoptar, carece de legitimidad pasiva, por lo tanto no debe ser emplazado con la demanda ni designarse curador procesal en su representación (Exp. N° 1387-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 124).*

*Si del cobro del adeudo contenido en las letras de cambio se observa que la relación procesal entablada, difiere en parte de la relación sustantiva pre-existente, pues, en tres de las treinta letras demandadas la firma del aval no se ha consignado; ello no amerita pronunciarse ni respecto a la existencia de una indebida acumulación de pretensiones ni a la invalidez insubsanable de la relación procesal, pues, no afecta las exigencias sustantivas ni procesales en su integridad (Exp. N° 19482-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).*

*La legitimidad para obrar está referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandante o demandados, la ley les autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz a intervenir en el proceso por asistirles un interés en el resultado. Asimismo, la legitimidad activa, denominada "legitimado ad causam", se refiere a la licitud jurídica de accionar, que corresponde a quien afirma ser titular de derechos, lo que constituye un concepto procesal, que no debe confundirse con la titularidad misma del derecho material (Cas. N° 3218-98-Lima, El Peruano, 18/10/99, p. 3763).*

*La rescisión de un contrato solo la pueden interponer los intervinientes en el contrato, sus sucesores o causahabientes; mas la nulidad de un acto jurídico puede interponerla cualquier persona que tenga interés, esto es, que le afecte directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso (Cas. N° 2381-97-Tacna, El Peruano, 31/02/99, p. 2560).*

*Si la demandada no ha intervenido como parte contratante en la transferencia del bien inmueble, no puede ser compelida a perfeccionar dicho acuerdo (Exp. N° 3876-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 526-527).*

*La compraventa es un contrato que se perfecciona con la voluntad de las partes. Si bien no se ha elevado a escritura pública, ello no significa que la propiedad no haya sido transmitida. Carece de legitimidad para obrar la actora, pues, al momento de interponer la demanda, ya no era propietaria del inmueble cuya desocupación pretende (Exp. N° 1315-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 507-509).*

*La acción de cumplimiento declarada improcedente, no le priva al demandante de intentar por la vía ordinaria que el órgano jurisdiccional expida luego de un proceso válido una sentencia de mérito.*

*El actor tiene interés para obrar, pues, ha agotado los medios a su alcance para lograr fuera del proceso lo que pretende en éste, conforme se verifica de los requerimientos efectuados a la emplazada (Exp. N° 39834-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 282-283).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No carece de legitimidad para obrar el demandante, si en el título con se apareja la demanda constan los números de las libretas electorales de los accionantes, que son los mismos que se indican en la demanda (**Exp. N° 1015-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 164-165**).

El representante legal de una persona jurídica es su órgano de actuación, formando parte de su estructura jurídica.

La demandante incurre en falta de legitimidad para obrar pasiva cuando dirige su pretensión al Presidente de la Institución demandada a título personal (**Exp. N° 1110-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 289-291**).

Si existen actos del administrador que no responden a las facultades legales o estatutarias; y, si esos actos perjudican al accionista en forma directa y personal, se configura la lesión directa, por tanto, no existe falta de legitimidad para obrar del demandante (**Exp. N° 2750-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 418-419**).

El hecho que en otro juzgado distinto se esté ventilando un proceso de impugnación de acuerdo societario que tendría relación con este proceso, no puede considerarse como un supuesto de falta de interés para obrar, porque nada impide al juzgador valorar adecuadamente todos los medios probatorios incluyendo las copias certificadas de otro proceso, que puedan llevar a la convicción que los actos societarios que se cuestionan en la demanda sean nulos o, si es posible establecer válidamente la relación procesal, lo que no puede hacerlo en la etapa postulatoria (**Exp. N° 33544-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 434-435**).

La acción de heredación es aquella por la que el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiere incurrido en alguna causal previsto en el artículo 742 del Código Civil.

Solo después de haberse desheredado a una persona en un testamento puede promoverse juicio para justificar su decisión (**Exp. N° 369-93-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 237-238**).

La legitimidad para obrar, como condición de la acción, consiste en la adecuación lógica entre las partes que intervienen en la relación jurídico material, con las que pretenden constituir la relación jurídica procesal; adecuación lógica que no significa identificación sino concordancia.

No puede aplicarse el artículo 827 del C.P.C. si la materia controvertida no esta referida a lograr la rectificación de una partida, sino a determinar si la sentencia en la cual se determinó la rectificación de partida fue expedida con fraude (**Exp. N° 52736-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 422-423**).

Es improcedente la impugnación de paternidad del actor, si de la revisión de la partida de la menor, se advierte que es una hija extramatrimonial reconocida solo por la madre. No existiendo reconocimiento del vínculo paterno-filial, el actor carece de legitimidad para obrar (**Exp. N° 2221-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 126-127**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*“... En la acción reivindicatoria, la probanza de la propiedad de la fábrica existente sobre el terreno es fundamental en este proceso. pues solo así el actor está habilitado para pedir la restitución de lo edificado; contrario sensu, si no lo prueba, no tiene legitimidad activa en el proceso...” (Exp. N° 453-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 506).*

*Carece de interés para obrar en este proceso, el actor que por los mismos hechos ha interpuesto acción de amparo, pretensión que viene siendo tutelada a su favor (Exp. N° 23-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 281-282).*

*La legitimidad para obrar es la cualidad emanada de la Ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide en la mayoría de los casos con la relación jurídico sustancial (Exp. N° 792-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 287-289).*

*El representante legal de una persona jurídica es su órgano de actuación, formando parte de su estructura jurídica.*

*La demandante incurre en falta de legitimidad para obrar pasiva cuando dirige su pretensión al Presidente de la Institución demandada a título personal (Exp. N° 1110-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 289-291).*

*Debe declararse improcedente la demanda sobre pago de honorarios por servicios de gestión en un procedimiento judicial de expropiación, si el actor no podía asumírselos por su profesión de ingeniero agrónomo, pues ello implica el riesgo de incurrir en el delito de ejercicio ilegal de profesión (Exp. N° 1905-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 261-262).*

*No estando demostrado la legitimidad para accionar de la actora con el demandado, pues no acreditar de manera fehaciente ser la propietaria del predio cuya restitución solicita, debe desestimarse la demanda (Exp. N° 1379-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 266-268).*

*Si no existe identidad de la persona del accionante con la que a cuyo favor el artículo 1179 del Código Civil le otorga los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, debe desestimarse la demanda pues el ejecutante no posee título que lo inhabilite para seguir el proceso (Exp. N° 1342-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 268-269).*

*Carecen de interés para obrar, si los interesados ante el testamento observado sucesivamente por el registrador público, no volvieron a presentar su título a efectos de una nueva calificación. Los interesados tienen siempre expedito su derecho para interponer el respectivo recurso de apelación, a efecto que la autoridad superior registral revise y expida el pronunciamiento debido (Exp. N° 733-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 436-440).*

*Los acuerdos societarios que se rigen bajo la derogada Ley General de Sociedades, están sujetos al plazo de caducidad de sesenta días contados a partir del cuestionamiento. Habiendo transcurrido con exceso el plazo, ha operado la caducidad de la acción, el mismo que extingue el derecho y la acción.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Carece de legitimidad para obrar porque la pretensión no encuentra respuesta en la norma material (**Exp. N° 1369-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 684-685**).

La caducidad de la acción o la caducidad del derecho no siempre puede ser determinada prima fase en el acto de calificación de la demanda.

Ello determinaría que dicha calificación podría hacerse sin base cierta, sin posibilidad de que el demandante alegue lo conveniente a su derecho y sobre bases probatorias que no han sido sometidas al contradictorio, afectándose indebidamente el acceso del justiciable a la adecuada tutela jurisdiccional (**Exp. N° 3163-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 431**).

La caducidad, como hecho jurídico, supone que el derecho subjetivo que nace en favor del ciudadano debe ser reclamado dentro de dicho plazo.

Es jurídicamente imposible iniciar paralela y coetáneamente la acción resolutoria y la diligencia preparatoria, por lo que se da el presupuesto excepcional de suspensión del plazo de caducidad que refiere el artículo 1994 Inc. 8 del CC. (**Exp. N° 631-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 171-172**).

Es improcedente la demanda si la rendición de cuentas del albacea se plantea cuando ha transcurrido en exceso el plazo de caducidad de 60 días que prevé el artículo 794 del C.C.

El plazo de caducidad no admite interrupción ni suspensión y puede ser declarado de oficio por el juez (**Exp. N° 2386-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 271-272**).

La caducidad no puede plantearse en vía de acción, pues, dicho medio de defensa solo puede hacerse valer dentro de un proceso y con el propósito de lograr la improcedencia de la demanda (**Exp. N° 2880-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 273-274**).

Es improcedente la demanda si las partes no han fijado su domicilio conyugal en la República, ni se ha inscrito el matrimonio cuya nulidad se pretende en el país.

Las causas sobre el estado y la capacidad de las personas naturales, se rigen por la Ley de su domicilio, siendo necesario tener en consideración que los Tribunales Nacionales son competentes siempre y cuando la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República (**Exp. N° 98-1114, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 289**).

No es idóneo solicitar la restitución de pago al IPSS, en vía de conocimiento, por tener dicha pretensión trámite propio en la vía administrativa (**Exp. N° 322-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 282-283**).

Conforme la uniforme jurisprudencia, la pretensión sobre deslinde se refiere a predios rústicos.

Es necesario que la accionante precise si se trata de un predio rústico o urbano, para determinar la competencia del juez agrario o del juez ordinario (**Exp. N° 2088-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 305-307**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda, si el accionante pretende que su cónyuge le pague una suma de dinero, producto del alquiler del inmueble que pertenece a la sociedad conyugal, que viene siendo administrado por la demandada, bajo el juramento que el contrato no ha sido autorizado por su persona.

No es lógico que ahora pretenda fundamentar su demanda en el artículo 313 del CC, que está referido a los casos en que uno de los cónyuges faculta al otro para que asuma la administración de los bienes sociales (**Exp. N° 1425-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 21**).

No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio, si el pretensor pretende el cumplimiento de una obligación nacida del contrato de locación de servicios, sin embargo, en la propia demanda acredita el pago por el perjuicio económico a consecuencia de un hurto agravado que señala haber sufrido (**Exp. N° 4049-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 461-462**).

“... En esta inicial etapa (postulatoria), no es posible determinar semejante hecho (falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio), que necesita de dilucidación mediante la actuación de la prueba correspondiente, por lo que la inconexión alegada resulta prematura...” (**Exp. N° 1212-96, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minquez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 169**).

Cabe declarar la improcedencia de la demanda si se advierte la falta de congruencia entre los extremos que contienen las pretensiones demandadas y la documentación que les sirve de amparo (**Exp. N° 181-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 415**).

Para calificar la posesión precaria, no cabe análisis respecto de la forma como la demandada adquirió la posesión, sino, si tiene título o no que justifique su permanencia en el bien sub-litis al momento de la interposición de la demanda (**Exp. N° 1453-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 153**).

Para calificar la improcedencia de la pretensión es necesario que del tenor del escrito de la demanda no exista correspondencia entre los hechos expuestos y el petitorio; o lo que se pida sea física o jurídicamente imposible.

Es inadmisibles la demanda si de ella se advierte una evidente falta de información en relación a los hechos alegados y una ausencia de orden en la narración de los mismos (**Exp. N° 1717-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 264**).

Existiendo un proceso anterior, seguido entre las mismas partes sobre otorgamiento de escritura, el mismo que ha quedado firme según ejecutoria suprema, constituye un imposible jurídico que da lugar al rechazo liminar de la demanda, incoar nuevamente similar pedido (**Exp. N° 37913-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 266**).

Es improcedente la demanda de prescripción adquisitiva de dominio contra el Estado, pues contiene una pretensión jurídicamente imposible. Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles (**Exp. N° 2992-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 268**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Encontrándose en discusión, en sede judicial, la eficacia de la asamblea general que eligió al comité electoral y que designó a la junta directiva, es decir la eficacia de lo que constituye el actual petitorio de la demanda, no resulta procedente admitir la demanda, a efecto de evitar decisiones contradictorias.*

*La demanda incoada deviene en prematura (Exp. N° 49737-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 464-465).*

*Es improcedente el pedido del actor para que se declare judicialmente su verdadero nombre e identidad, si en el propio recaudo que aparea la acción está acreditado su verdadero nombre.*

*Se cumple el precepto contenido en el artículo 19 del Código Civil, en cuanto reza que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, con inclusión de sus apellidos (Exp. N° 15048-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 65).*

*Al no haberse acreditado la existencia de una unión de hecho que origine una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, resulta impertinente solicitar la división y partición de los bienes que la conforman (Exp. N° 98-547, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 105-106).*

*Para la reivindicación, el demandante debe acreditar a plenitud y de modo indubitable el dominio del bien cuya restitución pretende.*

*Si los demandados admiten ocupar el inmueble como propietarios, debe establecerse el otro proceso, quién tiene el mejor derecho de propiedad sobre el bien (Exp. N° 2550-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 170-171).*

*Es improcedente la demanda del Sindicato de Artistas Intérpretes del Perú para requerir el pago por el otorgamiento de un Pase Intersindical, como condición para la presentación de un artista extranjero, por no ser un pago amparado por Ley.*

*Si bien el D.S. N° 013-87-DE y Resolución Ministerial N° 053-91-TR facultan a la demandada a otorgar dicho Pase, no se advierte que los mismos autoricen a cobrar por su expedición, no constituyendo sus estatutos de la demandada fuente de obligaciones para terceros, dado que su ámbito es de aplicación institucional (Exp. N° 3086-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 188-189).*

*La donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad, por tratarse de un acto ad-solemnitatem.*

*El pedido que el contrato privado de donación se eleve a escritura pública constituye un imposible jurídico. Los efectos del artículo 1412 del C.C. no le resultan aplicable, porque dicha norma sirve para dar forma al acto constituido y no para constituir el acto mismo (Exp. N° 32827-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 226-227).*

*Si la demandante actuó como gestora de negocios, carece de capacidad para asumir la posición contractual de compradora en el negocio celebrado con la demandada (Exp. N° 2780-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 239-241).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Constituye un petitorio jurídicamente imposible, modificar una expresión de voluntad hecha o consentida por las partes contratantes ante un Notario Público sin que éstos no lo exterioricen en la forma que manda la Ley. La rectificación o aclaración de una escritura pública debe hacerse de la misma manera y ante quien se extendió (**Exp. N° 25292-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 409**).

Si bien el contrato de compraventa es un acuerdo con prestaciones recíprocas, siendo una de ellas el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad del bien a cargo del vendedor; al haberse declarado judicialmente la nulidad del contrato privado de adjudicación, la prestación de formalizar la transferencia deviene en imposibilidad jurídica.

El argumento que el contrato de adjudicación en venta ha sido celebrado a título oneroso y de buena fe, razón por la cual debe otorgársele la escritura pública, debe ser dilucidada en otro proceso. La buena fe del tercero se presume y subsiste mientras no se demuestre que conocía la inexactitud del Registro (**Exp. N° 1343-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 494-495**).

No resulta posible jurídicamente que el demandante en su calidad de éndosatario y tenedor de la letra de cambio, pretenda hacer valer la acción causal no contra su inmediato endosante, sino contra el aceptante original.

Le asiste al endosatario el derecho de iniciar la acción causal contra su inmediato endosante, siempre que el endoso fuere absoluto y derivase de una relación causal en la que uno y otro tuvieren las calidades de acreedor y deudor respectivamente (**Exp. N° 3298-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 575**).

Sí se ha embarcado la carga contratada en forma parcial, la Ley para evitar el perjuicio del fletante, faculta a este último a exigir el cumplimiento total de la prestación, es decir, requerir el pago total del flete. En el supuesto que el fletador no embarque la carga ni siquiera en forma parcial no se le puede exigir el pago; porque ello implicaría el derecho de una de las partes, el fletante, de exigir el cumplimiento de la contraprestación, esto es el pago del flete, cuando la suya no ha sido cumplida.

Ante supuestos de incumplimiento obligacional que acarreen la imposibilidad de la prestación por culpa del deudor, el artículo 1154 del C.C. establece como consecuencia la resolución de la obligación, quedando el acreedor exento de cumplir su contraprestación y con el derecho expedito a exigir a la otra parte el pago de la indemnización que corresponda.

Si el demandante no pretende que se le indemnice por los daños causados por el incumplimiento sino el pago total del flete pactado, cuando el embarque no se ha realizado, es improcedente su demanda por constituir un imposible jurídico (**Exp. N° 2954-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 643-644**).

Las leyes en materia procesal civil no son retroactivas. El deudor no puede ser ejecutado con títulos caducos, pues se desconocerían los derechos subjetivos nacidos en su favor (**Exp. N° 1200-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 208-209**).

No cabe que un llamado "comité de defensa de la Asociación" suplante las atribuciones que le corresponda a la Asamblea General por más que deba su origen a una asamblea general extraordinaria (**Exp. N° 572-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 13-14**).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El Banco de la Nación no es un órgano administrativo colegiado ni autoridad unipersonal de carácter local o regional, para que la impugnación de un acto administrativo sea conocida por la Sala Civil de la Corte Superior en primera instancia (Exp. N° 1026-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 259-260).*

*Si bien el demandante luego de interponer la demanda sobre el mejor derecho al ejercicio de la patria potestad reconoce a sus hijos, dicho reconocimiento no retrotrae sus efectos a la formulación de la demanda.*

*La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido (Exp. N° 3077-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 262-263).*

*Si no se ha acreditado el cambio del sexo con la exhibición de la historia clínica no es posible autorizar un nombre femenino a quien está inscrito como varón.*

*El cambio de nombre importa también la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto al sexo (Exp. N° 870-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 108-109).*

*Es improcedente la demanda de prescripción adquisitiva si se discute en el proceso el derecho de propiedad que recíprocamente invocan las partes. Tratándose del derecho de propiedad no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos personas titulares del derecho real de propiedad por cuanto este es excluyente (Exp. N° 614-93-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 277-279).*

*La propietaria del inmueble de litis mal puede entablar demanda de reivindicación contra la inquilina. Es improcedente la demanda (Exp. N° 11-96-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 291-293).*

*El que ejercita la acción reivindicatoria debe probar su dominio y demostrar además que el demandado posee indebidamente el bien.*

*Bien la actora y la demandada alegan tener título de propiedad, la reivindicación no es la vía adecuada para discutir el mejor derecho a la propiedad (Exp. N° 245-95-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 293-294).*

*El pago de los beneficios sociales derivado de una relación laboral es consecuencia de una relación contractual, en tal virtud, el cumplimiento de su pago se enmarca dentro de la responsabilidad contractual y no extracontractual.*

*Es improcedente la demanda de indemnización si la empresa demandada en el proceso sobre pago de beneficios sociales, ha abonado el monto del derecho reclamado más los intereses correspondientes por el no pago oportuno (Exp. N° 1395-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 326-328).*

*En los contratos con prestaciones recíprocas no puede una de las partes demandar su ejecución, si ella no ha cumplido con las obligaciones que le conciernen.*

*Si las partes han acordado la suspensión del pago mientras no cumpla el vendedor con sanear y perfeccionar la titulación de la propiedad cuyas acciones y derechos han transferido, resulta*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*improcedente la demanda que exige el pago del saldo del precio (Exp. N° 773-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 361-362).*

*Las argumentaciones que hace la demandante que la indemnización fijada no ha sido pagada por el Estado, que el monto indemnizatorio se ha vuelto irrisorio y que el fallo no es ejecutable, porque no discrimina el capital de los intereses, no dan mérito para una acción por los mismos hechos, que persiga una indemnización adicional (Exp. N° 823-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 555-556).*

*Si el agraviado se ha constituido en parte civil en el proceso penal en el que se ha condenado a los demandados y fijado una reparación civil a favor del demandante, no procede que este posteriormente en la vía civil inicie la acción indemnizatoria por los hechos que han sido materia del proceso penal (Exp. N° 22-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 556-557).*

*Existe indebida acumulación si los contratos celebrados entre los demandados constituyen distintos títulos, en razón que en dichas relaciones jurídicas no ha intervenido el demandante. Aun cuando éste es el último adquirente del vehículo, no puede compeler a los demás codemandados, a excepción de su vendedor inmediato, a que le otorguen la transferencia correspondiente.*

*Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (Exp. N° 1725-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 168).*

*Se declara la improcedencia de la demanda cuando la acumulación de pretensiones no cumple con los requisitos catalogados para la debida acumulación de las mismas y no cuando no se precisa el tipo de acumulación (Cas. N° 1688-98-Ucayali, El Peruano, 09/08/2000, p. 5798).*

*Es indebida la acumulación de pretensiones que pretende se le declare como única heredera a la actora, con exclusión de dicha calidad a la demandada, pues, esta última no tiene conexión con la pretensión principal.*

*La exclusión se refiere a los bienes que se encuentran en posesión de la persona a quien se demanda, mas no a las personas que tienen la calidad de herederos (Exp. N° 43-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 347-348).*

*No es jurídicamente posible acumularla ineficacia y la nulidad, a la vez, de un mismo acto jurídico. La ineficacia de un acto jurídico no cuestiona la validez intrínseca del acto celebrado, sino las consecuencias del mismo; mientras que, con la pretensión de nulidad, se busca la restitución de las cosas hasta antes del acuerdo impugnado. Esa acumulación conlleva a solicitar, en la realidad, la nulidad del acto jurídico, pues, para que se ordene la restitución de las cosas al estado anterior al acto impugnado, necesariamente se debe declarar la nulidad (Exp. N° 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).*

*Existe una indebida acumulación de pretensiones cuando se solicita la nulidad de actos absolutamente independientes entre sí, involucrándose con ello a personas totalmente distintas. Debe contemplarse los presupuestos que contienen los artículos 85 y 86 del CPC.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Cada uno de los Decanos Nacionales elegidos por períodos, responden de manera individual por los actos practicados (Exp. Nº 204-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 307-308).*

*La reivindicación es una acción que dirige el propietario no poseedor contra el poseedor u ocupante no propietario. No se puede pretender la reivindicación de un bien que contiene vías y bienes de dominio público, para lo cual únicamente procedería el pago del justiprecio de la indemnización.*

*Existe una indebida acumulación alternativa de pretensiones si no es viable la acción reivindicatoria propuesta como alternativa al pago de una suma de dinero (Exp. Nº 2726-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 311-312).*

*Sí se ha celebrado el contrato de mutuo, con intervención de ambos cónyuges, para cancelar el saldo del precio de la compraventa del inmueble gravado, el mismo que es un bien social, no puede producirse la resolución del contrato, en tanto, no se comunique a los representantes de la sociedad conyugal, y no solo a uno de ellos.*

*La comunicación de resolver el contrato, cursada solo a uno de los cónyuges, hace inexecutable la obligación reclamada, pues no ha operado la resolución contractual por falta de comunicación idónea (Exp. Nº 45514-1722-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 239-241).*

*La legitimidad para obrar, como condición de la acción, consiste en la adecuación lógica entre las partes que interienen en la relación jurídico material, con las que pretenden constituir la relación jurídica procesal; adecuación lógica que no significa identificación sino concordancia.*

*No puede aplicarse el artículo 827 del CPC si la materia controvertida no esta referida a lograr la rectificación de una partida, sino a determinar si la sentencia en la cual se determinó la rectificación de partida fue expedida con fraude (Exp. Nº 52736-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 422-423).*

*La legitimidad para obrar es un concepto lógico de relación que implica que los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva sean los sujetos que participan en la relación jurídica procesal (Exp. Nº N-114-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 423)*

## MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 428

*El demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada.*

*Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.*

*Iguals derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 438, 445, 559 inc. 4, 761 inc. 6.
C.N.A.	art. 166.
D. LEG. 823	arts. 44, 140.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 114
C.P.C. Colombia	art. 89
C.P.C.N. Argentina	art. 331

---

## Comentario

---

1. La norma regula la transformación de la demanda, la misma que puede expresarse en la modificación y ampliación de esta.

La transformación implica la alteración de alguno de los elementos objetivos integrantes de la pretensión contenida en aquella. Esta alteración esta sujeta a límites temporales y al ejercicio del titular de la acción.

2. En relación a la modificación de la demanda, señala el Código que ella le está concedida al demandante, es decir, al titular del derecho de acción es el único apto para producir un cambio en la demanda; y solo puede ejercer esa facultad antes que esta sea notificada; sin embargo, consideramos que dicha facultad también puede ser extensiva al demandado cuando esté interponga una contrapretensión o como lo denomina el Código reconvencción, pues, el principio de igualdad que debe regir la actividad procesal justifica el ejercicio de dicha reserva. Cabe por tanto la posibilidad –a través de la modificación de la demanda–

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

se produzca la ampliación de la demanda y de la reconvencción si fuere el caso. En tal sentido resulta coherente lo que señala la última parte de este artículo "iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción".

Ella se configura cuando el actor, en lugar de acumular todas las pretensiones que tiene frente al demandado en la demanda inicial, lo hace en un momento procesal posterior. El límite para ello está dado por la notificación con la demanda, cumplido este acto, el demandante pierde la facultad de proponer nuevas pretensiones dentro del mismo proceso. La ampliación se halla sujeta a los mismos requisitos de la acumulación objetiva de pretensiones, la cual puede ser originaria o sucesiva, según se acumulen en la demanda o se incorporen al proceso con posterioridad a ese acto, aunque antes de la notificación.

Se debe destacar que la ampliación procede siempre y cuando "antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional" en tal sentido, si nos referimos al cobro de alquileres, perfectamente podría ampararse la ampliación del monto demandado por los períodos de la renta impaga que se devenguen luego de la notificación de la demanda, pues, devienen de la misma relación obligacional, reserva de ampliación que no puede ser extensiva al cobro de cheques por falta de fondos, provenientes del pago de diversas relaciones por más que el girado y el girador sean los mismos.

3. Si bien un efecto de la litispendencia, es el relativo a la prohibición de transformar la demanda, esta prohibición está basada en razones de muy diversa índole como la afectación del derecho de defensa, pues, si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos constitutivos determinantes de su petición o las personas demandadas, se estaría colocando a estas personas en situación de indefensión o, por lo menos, vulnerando el principio de igualdad. Otra razón se refiere al desarrollo ordenado del procedimiento, que se vería alterado si dichos cambios fueran posibles.

En ese sentido coincide Monroy<sup>(1)</sup> al señalar "una vez conocidas por el demandado las pretensiones que la demanda contiene, una modificación del contenido de la demanda implicaría dos situaciones alternativas pero igualmente perjudiciales: un severo caso de indefensión para el demandado o, en todo caso, un injustificable retraso en la tramitación del proceso, dado que la modificación realizada con posterioridad al emplazamiento tendría que ser nuevamente notificada".

4. La ampliación del petitorio contenido en la demanda, también puede ser intentada por el demandante, pero siempre y cuando en la demanda haya expresado que se reserva el derecho de hacerlo durante el camino procesal.

---

(1) Monroy Juan, Introducción, op. cit. p. 275

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Hay algunos criterios en la judicatura que consideran que no es suficiente señalar la reserva para que opere automáticamente la ampliación, sino que tiene que justificarse dicha reserva, argumentando que se trata de una pretensión que contiene como exigencia una obligación de cumplimiento sucesivo, la que se va a ir venciendo o devengando con posterioridad a la notificación de la demanda o emplazamiento

Debe tenerse en cuenta que no solo se transforma la demanda por la simple alteración cuantitativa del objeto mediato sino que puede operar está como resultado necesario de la integración. Mientras en el primer supuesto los trámites procesales ya cumplidos con respecto al reclamo originario son comunes a su ulterior cambio y solo es necesario para resguardar el derecho de defensa, un previo traslado a la otra parte, en el segundo, se puede alegar otros hechos en contraposición a los nuevamente alegados y la prueba puede recaer sobre los hechos nuevos alegados por ambas partes. (ver artículos 440 y 429 CPC)

Asimismo, la simple petición ampliatoria de la cuantía originariamente reclamada puede formularse en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia; en cambio, el acto de integración puede operar hasta antes del inicio del debate probatorio.

No existe en el ordenamiento procesal, regla general que prohíba la transformación de la demanda, todo lo contrario, hay una serie de supuestos que lo permiten, pero, reside en los límites temporales que la ley determina, pues, mientras la ampliación o modificación puede verificarse solo con anterioridad a la notificación de la demanda; la alteración del objeto mediato puede tener lugar en cualquier momento del proceso, antes que sea resuelto, como sería los casos: a) desistimiento parcial subjetivo pasivo, esto es, el no dirigir la demanda contra algún o algunos demandados; b) los hechos nuevos, no alegados en la demanda, pero que no establezcan una causa petendi nueva; y, c) los fundamentos de derecho también pueden ser transformados, siendo posibles todas las variaciones, en atención al principio *iura novit curia*.

5. Hay algunos criterios que si bien no asumen la tesis de la sustitución de la petición inicial por otra, ni añaden una nueva, sin embargo, sí consideran posibles peticiones complementarias, accesorias, dependientes de la primera y principal; en ese sentido Montero Aroca<sup>(2)</sup> considera que es posible la petición de intereses hecha en la réplica o en la comparecencia, cuando en la demanda se pidió una cantidad como principal; la petición de cancelar una inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando en la demanda se pidió la nulidad de un contrato de compra-

---

(2) Montero Aroca, op. cit. p. 145

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

venta; la petición de nulidad de un contrato entre dos codemandados, cuando en la demanda se había reivindicado la cosa frente a los dos.



## JURISPRUDENCIA

---

*Se puede ampliar la cuantía de lo pretendido siempre y cuando se refieran a vencimiento de nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional. Para ello debe reservarse el derecho en la demanda. (Exp. N° 1099-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 295)*

*Si se ha emitido sentencia el 26 de julio de 1995 procede ampliar la demanda por la renta devengada en los meses de junio y julio mas no por el de agosto del referido año (Exp. N° 1808-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 272-273).*

## MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORÁNEOS

### ARTÍCULO 429

*Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. De presentarse documentos, el Juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 189, 374, 440, 559 inc. 4, 761 inc. 6.
C.T.	art. 141.
C.N.A.	art. 167.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 182
C.P.C.N. Argentina	arts. 335, 367, 368

---

### Comentario

---

1. La prueba se orienta a verificar lo afirmado por las partes y versa sobre el elemento fáctico afirmado por ellas. El actual diseño del procesal, en materia probatoria, se orienta a promover la buena fe y la lealtad en el proceso; todo ello con el fin de prevenir, posibles sorpresas procesales. Esto conlleva a exigir –de ambas partes– la carga de acompañar inicialmente toda la prueba con que contaren en ese momento.

Una de las consideraciones para la admisibilidad de la prueba se relaciona con la oportunidad de su ofrecimiento. Según el artículo 189 CPC, "los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios," luego de ella, precluye la oportunidad para ofrecerlos; sin embargo esa regla general permite alterarse -de manera excepcional- cuando "refieran a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir".

2. Hecho nuevo es todo acontecimiento que llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado en los términos de la causa y objeto de la pretensión deducida en el proceso.

La admisibilidad de un hecho nuevo en primera instancia se encuentra subordinada a que se haya producido con posterioridad a la contestación de la demanda, o que, aun siendo anterior, hubiese llegado recién a conocimiento de la parte

en ese momento; además, que tenga relación con la cuestión que se ventila, y hubiese sido alegado oportunamente en el proceso.

Esta alegación de hechos nuevos es excepcional y procede, en tanto, los mismos sean conducentes y se encuadren en los términos de la litis y del objeto de la pretensión

3. El artículo en comentario regula la incorporación extemporánea de los medios de prueba, como consecuencia de los hechos nuevos. Se permite ello –de manera excepcional– para evitar cercenar injustificadamente el derecho de defensa de las partes y porque el fin de todo proceso es resolver el conflicto que lo motiva, por ello, todas las cuestiones relacionadas con ese conflicto deben ser susceptibles de invocarse con anterioridad al pronunciamiento final; sin embargo, esto se enerva en los procesos sumarísimos donde no es procedente la prueba extemporánea por hechos nuevos (ver inciso 4 artículo 559 CPC)

Esta situación excepcional –de incorporar nuevos hechos– configura un "caso de integración de la pretensión", pues, sin alterar ninguno de los elementos de esta (sujeto, objeto y causa) se incorporan al proceso una o más circunstancias de hecho tendientes a confirmar o complementar la *causa pettendi*; por ello debemos destacar que los hechos nuevos no solo deben tener relación con la cuestión controvertida, sino que además deben hallarse encuadrados dentro de los términos de la causa y el objeto de la pretensión, ya que de lo contrario, esta no resultaría integrada sino transformada.

Nótese que la norma no exige más, que se afirme la novedad del hecho, siendo innecesaria la presentación de juramento o la presentación de pruebas referidas a la fecha exacta en que el hecho se conoció, aunque la parte contraria puede desvirtuar la concurrencia de esa "novedad" en el traslado (si se refiere a prueba documental) o en debate que se abrirá al respecto.

4. En los medios de prueba extemporáneos, consideramos que se debe agotar el principio de bilateralidad, sin discriminación. En ese sentido, consideramos que el traslado a la otra parte, debe ser para todo medio de prueba que se pretenda incorporar de manera extemporánea y no solo a la prueba documental, como se aprecia de la redacción de la última parte del artículo en comentario.

Con el traslado a la otra parte, ella podría asumir las siguientes posiciones frente a los hechos nuevos alegados y a los medios probatorios ofrecidos.

a. negar la existencia de los hechos, los mismos que se convierten a partir de esa negación en hechos controvertidos, siendo por tanto objeto de prueba, conjuntamente con los originarios

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

b. admitir la existencia del hecho, en este caso, las alegaciones coincidentes de ambas partes excluyen la necesidad de la actividad probatoria al respecto

c. alegar hechos en contraposición a aquellos, tendientes a neutralizar sus efectos jurídicos.

d. alegar que los nuevos hechos no guardan conexidad con los elementos de la pretensión originaria

e. cuestionar su novedad o su condición de hecho nuevo. En ese sentido, sí resulta en forma manifiesta de las propias constancias del expediente, que no se refiere a un hecho nuevo, el juez está facultado para desestimar dicha alegación sin mayor trámite.

5. La facultad de alegar hechos nuevos también corresponde a la parte que se abstuvo de contestar la demanda o respecto de la cual medió declaración de rebeldía, siempre, que aquéllos se relacionen con los hechos expuestos en la demanda y no importen, el planteamiento encubierto de una defensa no opuesta en su oportunidad.

Mientras que el presente artículo hace referencia al ofrecimiento extemporáneo de medios probatorios, sustentado en hechos nuevos; también concurre la posibilidad que las partes y los terceros legitimados puedan incorporar –no hechos nuevos– sino nuevos medios de prueba. En tal sentido, léase al artículo 374 CPC, que dice: "cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de **hechos relevantes** para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso", esto es, ocurridos con posterioridad a la demanda o contestación o reconvenición, pero que recién llegan a conocimiento de la parte que los invoca.

Otro supuesto diverso a los hechos nuevos es el referente a los hechos no considerados en la demanda. Aquí se admite la ampliación de la prueba solo a la parte actora. En ese sentido véase la redacción del artículo 440 CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia que toma como sustento un documento presentado extemporáneamente y notificado por nota.*

*Al haber concluido la probatoria, por el principio de preclusión procesal, ya no cabría la admisión de otras pruebas y menos considerarlas como sustento de la sentencia, de pleno valor probatorio (**Exp. Nº 4192-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 221**).*

*Conforme lo señala el artículo 429 del Código Procesal Civil, se corre traslado en el supuesto que los medios probatorios ofrecidos sean referidos a hechos nuevas y a los men-*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cionados por la otra parte, al contestar la demanda o reconvenir.

*Incurrir en error el juez al señalar, sin debida motivación, en primer lugar, que los medios probatorios son extemporáneos y muy por el contrario se resuelve correr traslado a la otra parte, dándose con ello trámite a las pruebas ofrecidas (Exp. Nº 508-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 422-423).*

*“... No es factible pretender que las instancias de mérito valoren pruebas ofrecidas extemporáneamente...” (Cas. Nº 1840-99-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 121-122)*

*“... La regla del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal (Civil) toma sentido en cuanto el Juez valora prueba ofrecida extemporáneamente, sin audiencia de la contraria, mas si no lo hace, no causa perjuicio a la defensa contraria ni afecta el derecho al debido proceso, por lo que son de aplicación los principios de Conservación y Subsana-ción previsto (sic) en el artículo ciento setenta y dos cuarto párrafo del mismo Código” (Cas. Nº 982-97-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 123-124)*

*“... La denuncia in procedendo tampoco puede prosperar pues fluye que la prueba ofrecida fue emitida con anterioridad ala presentación de la demanda por lo que mal puede calificarse como un hecho nuevo en los términos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Civil...” (Cas. Nº 765-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 127-128)*

*“... La resolución de vista hace referencia (...) a la ficha registral (...), documento ofrecido por la demandante en calidad de prueba después de la etapa postulatoria, a pesar de que había precluido la oportunidad para presentar medios probatorios.*

*(...) Que, en consecuencia, se ha afectado el derecho al debido proceso...” (Cas. Nº 2402-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 129-130).*

*“... La denuncia in procedendo tampoco puede prosperar pues fluye que la prueba ofrecida fue emitida con anterioridad ala presentación de la demanda por lo que mal puede calificarse como un hecho nuevo en los términos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Civil...” (Cas. Nº 765-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 127-128)*

## TRASLADO DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 430

*Si el Juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 55, 157 inc. 1.
C.N.A.	art. 168.
LEY 26636	art. 19.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica	art. 83
C.P.C. Colombia	arts. 87, 318
C.P.C.N. Argentina	art. 338

---

### Comentario

---

1. La norma señala que se confiere traslado de la demanda para que el demandado comparezca al proceso. Este traslado, debidamente notificado, tiene para quien la recibe el efecto de emplazamiento.

No se le obliga a concurrir al debate, porque la pretensión que contiene la demanda no contrae un deber de comparecer, tampoco constriñe dar fundamentos jurídicos a su defensa, porque no es una obligación legal. Para el sujeto demandado, el comparecer es una carga procesal. Esta se define como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.

La omisión de comparecer al proceso permite aplicar los efectos de la preclusión, esto es, quién no cumple en tiempo y forma los actos pertinentes, pierde la oportunidad de hacerlo en lo sucesivo. La incomparecencia no es un acto irreversible, pues, el demandado puede presentarse en cualquier momento al proceso; lo que ha perdido, es la ocasión de contradecir puntualmente los hechos alegados en la demanda.

2. Nótese que la norma hace referencia al emplazamiento y no a la citación. Mediante el emplazamiento se busca involucrar a la parte en el proceso, es una carga para el emplazado, caso contrario, asumirá el rol y los efectos de la rebeldía (ver artículo 461 CPC); en cambio, la citación se orienta hacia el tercero, quien no es parte en el proceso. Busca notificarle de la existencia del proceso porque puede

ser afectado, no solo con la decisión final, sino que sin llegar a ella, en el camino procesal, su patrimonio puede ser afectado, con la única condición: haber sido citado con la demanda. (véase el caso del artículo 623 CPC). Citación, es el acto mediante el cual se dispone que una persona comparezca ante el órgano judicial a fin de realizar o presenciar una actividad en determinado día y hora, por ejemplo la citación de testigos o peritos, en cambio el emplazamiento es el llamado que se hace al demandado para que dentro del plazo señalado se presente al proceso como parte y conteste. Con la citación simplemente se comunica la pretensión que se entabla, con el emplazamiento se constituye la relación procesal entre el juez y las partes.

Además, con el traslado de la demanda, se materializa la dualidad de partes en el proceso, elemento imprescindible para equilibrar la tutela judicial.

Si la demanda se refiere a una pretensión de cognición, el juez dará traslado de aquélla al demandado para que comparezca y la conteste dentro del plazo pertinente; en cambio, si se refiere a una pretensión de ejecución, ordenará las medidas previstas para que el ejecutado cumpla su obligación; y, en la pretensión cautelar, dispondrá la inmediata realización de las medidas asegurativas, para luego conferir traslado de esta.

3. Es importante señalar que con ese traslado, no solo se busca hacer conocer la demanda, sino también se pone en conocimiento los medios probatorios que ofrece la actora para sustentar su pretensión; de tal forma, que la parte demandada no solo se limitará a cuestionar los hechos de la pretensión sino los medios probatorios que se ofrecen a ella, recurriendo a las tachas u oposiciones, dentro de los plazos de ley fijados según la vía procedimental.

En conclusión podemos afirmar –de la redacción del presente artículo– que se busca brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su actuación. El vehículo para viabilizar este principio es la notificación con las formalidades requeridas en la Ley. Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción, si desea.

4. La notificación del traslado de la demanda tiene especial trascendencia en el proceso porque marca el inicio de la relación jurídico-procesal, para lo cual, la ley le reviste de formalidades específicas a fin de resguardar la garantía constitucional del debido proceso. Se dice que estas formas tienen en las notificaciones una finalidad precisa, y si bien no vale, ni son exigibles por sí mismas, constituyen una garantía de eficacia. En esa línea, tanto los artículos 431 al 436 regulan los diversos supuestos de emplazamiento, pero en todos ellos está sujeto su diligenciamiento a la formalidades que precisa el artículo 161 CPC. Por último, tenemos

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que señalar que en el emplazamiento descansan dos principios: nadie puede hacerse justicia por sí mismo, sino que debe reclamarla ante el juez y nadie puede ser condenado sin que haya podido defenderse.



### JURISPRUDENCIA

---

*La diferencia principal entre emplazamiento y citación reside en que esta última señala día y hora para presentarse ante la autoridad judicial, mientras que el emplazamiento que se concreta con un traslado está sujeto a un plazo dentro del cual se puede absolver el trámite de la demanda admitiéndola o rechazándola (Cas. Nº 2310-98-Arequipa, El Peruano, 16/04/99, p. 2907).*

## EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO DOMICILIADO EN LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUZGADO

### ARTÍCULO 431

*El emplazamiento del demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real, si allí se encontrara.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 157 inc 1, 437.  
LEY 26636 art. 20.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 116  
C.P.C.N. Argentina art. 339

---

### Comentario

---

1. La norma invita a distinguir entre el demandado domiciliado en la competencia territorial del juzgado, del domiciliado fuera de ella. En el primer caso, la citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real, si allí se encontrará, juntamente con las copias; en el segundo supuesto, la citación se hará por medio de exhorto dirigido a la autoridad judicial de la localidad en que se halle.

El emplazamiento y su validez tienen el carácter de un verdadero presupuesto procesal; sin ellos no hay litis válida. Eso explica porqué se exige que la demanda se notifique en el domicilio real del demandado para su conocimiento fehaciente y que las cuestiones que se susciten en torno a su validez, se interpreten del modo que mejor asegure el derecho de defensa.

El emplazamiento es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra.

Según Monroy<sup>(1)</sup> “es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada”.

---

(1) Monroy Juan, Introducción..., op. cit. p. 276

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. La norma señala que “el emplazamiento se hace por cédula que se entregará en el domicilio real del demandado”.

La validez de la notificación practicada en el domicilio real del demandado se halla supeditada a la circunstancia que esta resida efectivamente y permanentemente en el lugar donde se realiza aquel acto de comunicación

Frente a ello, se dice que no altera la eficacia de la notificación ni la excusa, el hecho que este se encuentre circunstancialmente ausente de su domicilio real, salvo el caso que la ausencia haya a fuerza mayor o a causas provistas de suficiente gravedad para imposibilitar la comparecencia.

Por la trascendencia procesal que reviste la notificación del traslado de la demanda, se justifica optar por una formalidad, como es, la cédula en su domicilio real.

Ahora bien, si el notificador no encontrara la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado.

La falta del aviso previo, produce la nulidad de la notificación; salvo que luego este se convalidada. Si no obstante haber mediado el aviso previo el demandado no se encuentra en su domicilio, la cédula debe entregarse a otra persona de la casa, departamento u oficina o al encargado del edificio; caso contrario, se adhiere en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares. Ver en este extremo lo señalado en el artículo 161 CPC. Por otro lado, se dice “en el caso de cónyuges que viven en el mismo domicilio, el traslado de la demanda de divorcio, pedido por uno de ellos, debe notificarse personalmente al demandado, pues su recepción por el encargado del edificio, no indica inequívocamente que el interesado se enterase de la acción deducida”.

3. A pesar que la norma hace solo referencia al domicilio real, consideramos que también se puede practicar en el domicilio especial fijado de mutuo acuerdo por las partes o en el domicilio legal del demandado.

El domicilio legal se define como el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, como es el caso de las personas jurídicas y sociedades. Por citar, el artículo 17 CPC dice: si se demanda a una persona jurídica, es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal; tratándose de persona jurídica irregular es competente el juez del lugar donde se realiza la actividad que motiva la demanda, dice el artículo 18 CPC.

Cuando el demandado tiene un domicilio legal, es en este donde corresponde diligenciar la notificación, con prescindencia que el destinatario del traslado resida o no de hecho en ese lugar, pues la ley, con excepción del caso contemplado supone la presencia del interesado en aquel.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El domicilio especial está regulado en el artículo 34 del Código Civil y opera para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial.

Si este ha sido constituido en un documento privado carece de eficacia procesal hasta tanto la firma que aparece en este no haya sido reconocida o declarada judicialmente válida, razón por la cual, en caso de no mediar tales circunstancias el traslado debe notificarse en el domicilio real del demandado. Existen otros criterios que dicen “la invalidez de la notificación practicada en domicilio constituido en instrumento privado cuya firma no ha sido reconocida o dada judicialmente por reconocida, no juega si el demandado al contestar a la demanda reconoció en forma expresa los términos del boleto de compra venta en el cual se constituyó el domicilio especial, pues ello importa un reconocimiento implícito de la firma puesta en ese documento”.

En relación a la notificación de la demanda de quien cumple condena penal, hay opiniones divergentes al responder a la cuestión sobre si la demanda debe notificarse en el domicilio de su familia o en el lugar donde cumple la condena. Tomando como referencia la experiencia argentina, la misma que es transmitida por Rivera<sup>(2)</sup> “si se trata de un condenado a mas de tres años, la demanda ha de notificarse en el domicilio y a la persona del curador, si se refiere a cuestiones por las cuales el penado está declarado en interdicción; si se trata de un condenado a menos de tres años, o de asuntos para los cuales el penado conserva su capacidad civil, la notificación debe hacerse en el lugar donde cumple la condena; si la persona se halla detenida, las notificaciones deben practicarse en el domicilio real”. En este último supuesto, hay otros criterios que remiten a lo que señala el artículo 33 CC “el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en el lugar” por tanto, son emplazados los demandados en los lugares de reclusión.

Por último, la norma hace referencia al emplazamiento y no a la citación, a lo largo de los artículos 431 al 436. Esta última se puede apreciar como, el acto mediante el cual se dispone que una persona comparezca ante el órgano judicial a fin de realizar o presenciar un acto en determinado día y hora, por ejemplo la citación de testigos o peritos; el emplazamiento es el llamado que se hace al demandado para que dentro del plazo señalado se presente al proceso como parte.

---

(2) Citado por Maurino, op. cit. p. 218



### JURISPRUDENCIA

---

*Habiendo dispuesto la disolución y liquidación de la cooperativa emplazada debe entenderse la demanda con el comité liquidador de la misma, para que en representación de ésta se apersona al proceso y ejerza el derecho de defensa de dicha cooperativa.*

*Si la persona jurídica no ha sido válidamente emplazada en el proceso, se incurre en causal de nulidad contemplada en el artículo 171 del Código Procesal Civil (**Exp. Nº 3789-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 377-378**)*

*La variación efectuada mediante comunicación indubitable resulta oponible ni demandante en aplicación del artículo 40 del Código Civil.*

*Al no haberse emplazado al demandado en su domicilio real, como lo señala el artículo 431 del Código Procesal Civil, resulta evidente el estado de indefensión de los ejecutados, lo que vulnera el debido proceso (**Exp. Nº 2243-1417-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 84-85**)*

*Es nula la sentencia si no se le ha notificado al codemandado el mandato ejecutivo, en su domicilio real que conocía la accionante. La dirección consignada en el pagaré como lugar de pago solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (**Exp. Nº 704-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 203-204**)*

*Es fundamental para un debido proceso, la existencia de un emplazamiento válido que acredite el pleno ejercicio de los derechos de las partes.*

*Es nula la sentencia si el juzgador no ha tomado las medidas necesarias que permitan el desarrollo del proceso con las garantías pertinentes (**Exp. Nº N-163-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 340**).*

## EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO DOMICILIADO FUERA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUZGADO

### ARTÍCULO 432

*Cuando el demandado no se encontrara en el lugar donde se le demanda, el emplazamiento se hará por medio de exhorto a la autoridad judicial de la localidad en que se halle.*

*En este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al Cuadro de Distancias que al efecto elaborará el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 7, 151, 152, 162, 437.  
D.S. 017-93-JUS arts. 156, 164.  
R.ADM. 1325-CME-PJ art. 1 y ss.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 142  
C.P.C.N. Argentina art. 340

---

### Comentario

1. Para el emplazamiento del demandado debe distinguirse si este domicilia o no, dentro del ámbito territorial del juzgado. El primer supuesto, es recogido en el artículo 431 CPC y la citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real; pero si nos situamos en el supuesto que el demandado domicilie fuera del ámbito territorial del juzgado, la citación se hará por medio de exhorto a la autoridad judicial de la localidad en que se halle el demandado (véase artículo 432 CPC) pero en ningún caso puede liberarse exhorto al juez que radica en la misma localidad, tal como expresamente lo dispone el artículo 156 in fine LOPJ. Los exhortos recogen, una competencia delegada, cuando jueces no originarios conocen de ciertas actuaciones, como el emplazamiento de la demanda, por encargo de otros jueces, dentro de los límites que el juez delegante fija.

2. El exhorto es un medio de comunicación entre órganos judiciales. Según Palacio<sup>(1)</sup>, “evoca la idea de rogar o de requerir un favor a autoridades judiciales

---

(1) Op. cit. t.V, p.397

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cuyas atribuciones emanan de un poder político distinto de aquel en que se originan las ejercidas por el juez requiriente, quien, de acuerdo con la fórmula tradicional ofrece reciprocidad para casos análogos, aunque en rigor aquella solo se justifica en el caso de comunicaciones dirigidas a órganos judiciales extranjeros”.

El libramiento del exhorto se halla supeditado a su competencia territorial y a la jerarquía por razón del grado, según la organización judicial. Decimos ello porque el artículo 156 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que “los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”.

El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del Juez. Señala el artículo 168 LOPJ “cuando se comisione a un juez extranjero para la práctica de una diligencia judicial, se envía exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el respectivo Tratado, y a falta de este por el Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Cuando los exhortos se libren a Cónsules y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores”.

3. En cuanto al plazo que para comparecer y contestar la demanda de quien domicilia o reside fuera de la circunscripción del juzgado, este se computará con arreglo al Cuadro de distancias que al efecto elaborará el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el mismo que revisa, cuando menos cada cinco años. (ver décima tercera disposición final del Código Procesal)

Este cuadro de distancias nos lleva a hablar de plazos ordinarios y extraordinarios, en atención con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer. Son plazos ordinarios los que se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. Son plazos extraordinarios aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial, e inclusive fuera de la República.

En relación al cómputo de los plazos de notificación realizada mediante exhorto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la acción de amparo N° 1034-2002-AA/TC<sup>(2)</sup> interpuesta por Flor de María Enciso Siviriche de la siguiente forma: “La tercera regla del Cuadro de Términos de la Distancia aprobado por Acuer-

---

(2) Sentencia pronunciada el 4 de diciembre del 2002 contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia que declara improcedente la acción de amparo.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

do de Sala Plena del día 30 de enero de 1986, establece que, cuando las provincias pertenecen a departamentos distintos, al efectuarse el cómputo del término de la distancia se sumarán los días de cada provincia a la capital de su respectivo departamento, y a esa suma, se añadirá el término entre las dos capitales departamentales. El mismo cuadro fija el término de 1 día entre la Provincia Constitucional del Callao y su capital, y 1 día entre la Provincia de Lima y la Capital del Departamento de Lima, que sumados al término de 1 día que media entre esta última y la Capital de la Provincia Constitucional del Callao, hacen un total de 3 días; en tal virtud, habida cuenta de que el domicilio de la recurrente se encuentra ubicado en el distrito del Callao, el término de la distancia, en su caso, es de 3 días, que sumado al término de 3 días previsto en el artículo 722 del Código Procesal Civil, hacen un total de 6 días para formular contradicción a la ejecución, la cual fue interpuesta al quinto día siguiente a la fecha de la notificación con la demanda, esto es, dentro del término de ley”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Cuando el demandado se halla fuera del país, debe ser emplazado mediante exhorto consular. La notificación realizada a través de su apoderado no puede surtir efecto respecto del representado, pues, éste carece de facultad expresa y literal para ser emplazado en nombre de su poderdante (Exp. Nº 689-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 370-371)*

## EMPLAZAMIENTO FUERA DEL PAÍS

### ARTÍCULO 433

*Si el demandado se halla fuera del país, será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 7, 151 párr. 2, 152, 162, 437.  
D.S. 017-93-JUS art. 168.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 342

---

### Comentario

---

1. El emplazamiento es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra

Según Monroy<sup>(1)</sup> “es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada” Para ese emplazamiento, la norma hace referencia a un demandado que no reside dentro del ámbito territorial del juzgado y que además, a diferencia del supuesto que regula el artículo 432, se encuentra fuera del país.

En este caso, el demandado será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie, no correspondiendo aquí la notificación por edictos.

El exhorto es un medio de comunicación entre órganos judiciales. Según Palacio<sup>(2)</sup>, “evoca la idea de rogar o de requerir un favor a autoridades judiciales cuyas atribuciones emanan de un poder político distinto de aquel en que se originan las ejercidas por el juez requiriente, quien, de acuerdo con la formula tradicional ofrece reciprocidad para casos análogos, aunque en rigor aquella solo se justifica en el caso de comunicaciones dirigidas a órganos judiciales extranjeros”.

2. La norma refiere que cuando el demandado se halla fuera del país, será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más

---

(1) Monroy Juan, Introducción..., op. cit. p. 276

(2) Op. cit. t.V, p.397

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cercano donde domicilie, esto implica, que el exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del Juez. Señala el artículo 168 LOPJ "cuando los exhortos se libren a Cónsules y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores".

El diligenciamiento de los exhortos se realiza conforme a las disposiciones consulares contenidas en el Reglamento Consular del Perú. Esta consiste según el oficio RE (LEG) N° 4/1 de fecha 21 de Marzo de 2005<sup>(3)</sup>, en remitir a los destinatarios los instrumentos judiciales respectivos, por la vía del correo certificado del sistema postal del país. Al momento de efectuarse la notificación respectiva y de no encontrarse físicamente al destinatario, el funcionario del sistema postal del país concernido dejará un aviso, a efectos que el interesado acuda a la oficina postal a recoger su notificación. Si el interesado no se apersona se le dejará un pre aviso y si no acude se le considera por bien notificado y se devuelve al Consulado del Perú. La práctica consular, no permite realizar notificaciones personalísimas a los destinatarios. La regla de las oficinas postales es la de no dejar los envíos en caso de no hallarse el destinatario, aún cuando se hubieran dejado los pre avisos respectivos, procediéndose a efectuar la devolución al remitente. Por tanto, refiere la citada comunicación, el hecho que los destinatarios no concurran al local de la oficina postal, luego de los pre avisos a que se ha hecho referencia, no puede significar que al ser puesto en conocimiento de los juzgados, estos puedan considerar que la notificación no estuvo bien realizada, toda vez que el trámite de notificación se realizó de acuerdo a las disposiciones consulares vigentes concordantes con las disposiciones de los diferentes países concernidos.

---

(3) Esta comunicación fue remitida por la Oficina de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores, comunicando el diligenciamiento de los exhortos, el mismo que fue puesto en conocimiento de todas las instancias judiciales por oficio circular N° 029-2005-SG-CS-PJ.

## EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADOS CON DOMICILIOS DISTINTOS

### ARTÍCULO 434

*Si los demandados fuesen varios y se hallaren en Juzgados de competencia territorial diferente, el plazo del emplazamiento será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 344

---

### Comentario

---

La norma regula el supuesto de la pluralidad de sujetos que conformar la parte demandada y que tuviesen su domicilio en diferentes competencias territoriales judiciales.

En este caso, cuando concurren varios demandados, debe notificarse la demanda a todos ellos y en forma independiente. En la hipótesis de varios demandados con domicilios en distintas competencias territoriales, el plazo de la citación será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas, ni cuando venza para el que se encontrare a mayor distancia.

Situación distinta es, si todos los demandados tienen su domicilio en el mismo lugar donde se tramita el proceso. En este caso, la circunstancia que hayan sido notificados del traslado en fechas distintas, no altera el carácter individual del plazo, con que cada uno de aquellos cuenta para comparecer y contestar; sin embargo, el proceso no puede avanzar hasta que venza el plazo concedido al demandado que fue notificado en último término.

Ello se explica porque en estos casos concurren los plazos ordinarios y extraordinarios. En el primer caso, se fijan sobre la base que la persona emplazada tenga su domicilio dentro de la circunscripción territorial del órgano actuante y son extraordinarios, cuando se conceden atendiendo a la circunstancias que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción territorial e inclusive fuera de la República. En estos casos, el plazo de la citación será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas.

## EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO INDETERMINADO O INCIERTO O CON DOMICILIO O RESIDENCIA IGNORADOS

### ARTÍCULO 435

*Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los artículos 165, 166, 167 y 168, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.*

*Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.*

*El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 14 párr. 3, 61 inc. 1, 65 párr. 3, 165, 166, 167, 168, 437, 479, 492, 506 párr. 2, 550, 758.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

**C.P.C. Italia** art. 143  
**C.P.C. Colombia** art. 320  
**C.P.C.N. Argentina** art. 343

---

## Comentario

---

1. La norma recurre a la notificación por edictos para lograr la comparecencia al proceso de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore.

La notificación por edictos solo tiene por finalidad emplazar o citar al demandado para que comparezca a estar a derecho, en consecuencia una vez publicado los edictos y vencido el plazo fijado por el juez (que en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país) para obtener el apersonamiento del demandado, corresponde al juez tomar una decisión en atención a la comparecencia o no de este.

2. Si comparece, el juez debe disponer se le corra traslado de la demanda a fin que la conteste dentro del plazo legal, correspondiendo que la notificación de la

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

respectiva providencia se notifique en el domicilio procesal que el compareciente tiene la carga de constituir. El domicilio procesal es aquel que dentro de determinado perímetro, deben constituir las partes o sus representantes en la primera presentación en el proceso, a fin que en él se practiquen todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real.

Si no comparece, vencido el plazo de los edictos, se nombrará curador procesal para que lo represente en juicio.

Compareciendo con posterioridad el demandado, cesa la intervención del curador procesal teniendo plena eficacia los actos cumplidos por este.

La figura del curador procesal está recogido en el artículo 66 CPC. De manera general podemos decir que Curador es quien cuida de algo. Un curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir los procesos y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad. Su rol es importante frente a lo confrontacional del proceso.

3. En conclusión, ante el demandado incierto o con domicilio o residencia ignorados, rigen las reglas de la notificación edictal recogidas en los artículos 165 al 169 CPC. La notificación por edictos en el emplazamiento genera los siguientes efectos:

a) si el demandado no comparece, se le da intervención al curador procesal; b) si comparece con posterioridad, cesa la intervención del curador procesal teniendo plena eficacia los actos cumplidos; c) si comparece, luego de haberse citado por edictos, y no contesta cuando es notificado personalmente por cédula, a este se lo declara rebelde.



## JURISPRUDENCIA

---

*El argumento que la accionante carece de interés para obrar, porque ha debido demandar previamente la declaratoria de herederos debe desestimarse, pues, no resulta válido establecer requisitos de procedibilidad que la propia Ley no exige.*

*No existe impedimento legal para que una Sucesión pueda ser demandada. En caso se desconozca sus integrantes, el emplazamiento está previsto en el artículo 435 del CPC. (Exp. N° 21342-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 433)*

*Solo en atención a una cuantía reducida puede el juez facultativamente exonerar de las obligaciones de las publicaciones, caso en el que debe adoptar las medidas adecuadas, a fin de asegurar la difusión del emplazamiento.*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La Ley procesal pone a disposición de los litigantes un mecanismo orientado a asistir a aquél que probablemente careciera de medios económicos suficientes para litigar (Exp. N° 577-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 135-137).*

*Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado; ex emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrarsele curador procesal (Exp. N° 1902-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 186-187).*

*No es legal declarar rebelde a la demandada, respecto de quien se ha ordenado la notificación por edicto.*

*Haciéndose efectivo el apercibimiento precisado en los edictos debe nombrarsele curador procesal, órgano de auxilio procesal, con quien se entenderá el proceso y cuya actuación concluye cuando la parte o su representante legal comparecen al proceso (Exp. N° 2113-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 295-296).*

*Como la Ley de Sociedades Mercantiles no contempla con quién debe entenderse la acción que se promueve contra una sociedad anónima disuelta, recurriendo a la doctrina y a los principios generales del derecho resulta que debe entenderse la acción con los exaccionistas de la sociedad disuelta (Exp. N° 1002-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 420-421).*

*El curador procesal es un abogado nombrado por el juez, a pedido del interesado, que interviene en el proceso cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados.*

*Que, desconociendo el domicilio del demandado, su emplazamiento se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrarsele curador procesal.*

*Es nula la sentencia dictada sin emplazamiento, pues se ha privado al demandado del legítimo derecho de defensa (Exp. N° 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18).*

## EMPLAZAMIENTO DEL APODERADO

### ARTÍCULO 436

*El emplazamiento podrá hacerse al apoderado, siempre que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del Juzgado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 68, 75, 437

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 117

C.P.C. Colombia art. 329

---

### Comentario

---

1. Para el emplazamiento del demandado, no es necesario que la notificación se materialice directamente con este, sino que la norma permite que se realice a través de su apoderado, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: que éste tenga facultad para ello y que el demandado no se halle en el ámbito de competencia territorial del Juzgado. Esta última condición, por exclusión, también permite que opere en el supuesto que se encuentre fuera del país. (véase estas dos modalidades de emplazamientos a que refiere el artículos 432 y 433 CPC).

Adviértase que el emplazado no es el apoderado, sino el propio demandado, pero que para dar viabilidad al desarrollo del proceso y lograr el inicio de la relación procesal, se permite que el conocimiento de la demanda se haga a través del apoderado del demandado, y se considere válida.

## EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO

### ARTÍCULO 437

*Será nulo el emplazamiento si se hace contraviniendo lo dispuesto en los artículos 431, 432, 433, 434, 435 y 436. Sin embargo, no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que este Código regula. Tampoco habrá nulidad si el emplazado comparece y no la formula dentro del plazo previsto, o si se prueba que tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IX, 172, 431, 433, 434, 435, 436.  
D.S. 017-93-JUS art. 184 inc. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 345

---

## Comentario

1. El emplazamiento es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra. Este emplazamiento puede realizarse por diversas modalidades, en atención a si el demandado domicilia o no dentro de la competencia territorial del juzgado, si se encuentra fuera del país, si tiene domicilio incierto o si este, es indeterminado, entre otros. Estos supuestos han sido recogidos en los artículos 431 al 436 CPC.

El objetivo de toda esta actividad, es generar un emplazamiento válido, caso contrario, no puede haber pronunciamiento sobre el fondo. En estas circunstancias, el juez de oficio, debe declarar la nulidad del acto de notificación; por ejemplo, si el emplazamiento se realizó a una persona fallecida. Efectuado ese emplazamiento no queda constituida la relación procesal porque se trata de una persona inexistente no susceptible de contraer derechos ni obligaciones. Opera aquí los efectos de la nulidad implícita de los actos procesales a que refiere el artículo 171 CPC.

Por otro lado, si el emplazamiento al demandado se hizo en un domicilio en el que no vive este, o en el domicilio procesal que aparece de otro expediente, correspondería anular todo lo actuado de oficio, pues dicha irregularidad ha conculcado el derecho de defensa del demandado; sin embargo, ella no es una verdad absoluta, pues cabría aquí invocar la convalidación tácita, si es que se cumple el supuesto fáctico que señala la última parte de la norma en comentario: "si el em-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

plazado comparece y no formula nulidad dentro del plazo previsto, o si se prueba que tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente". Opera aquí los alcances del artículo 172 CPC.

2. El efecto principal, en el caso de invalidez del acto procesal de notificación, es retrotraer el proceso al momento inmediatamente anterior a la notificación nula. Los actos procesales posteriores dependientes al acto de notificación se dejan sin efecto, pero no los anteriores.

Ello se explica por la aplicación del principio de interpretación restrictiva de las nulidades (regulado en el artículo 173 CPC) y en razones de economía y celeridad procesal.

3. La notificación, como acto procesal, está sometido a los principios generales que rigen las nulidades del proceso.

Uno de ellos, el de la conservación, recogido en la última parte del artículo 171 CPC dice: "cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito".

En esa línea, el artículo 437 CPC en comentario, hace referencia al principio de trascendencia de la nulidad, de la siguiente manera: "no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que este Código regula". Esto significa que si no obstante el vicio, el destinatario pudo conocer a tiempo el acto judicial, su objeto esencial y el juzgado de procedencia, la notificación ha logrado su finalidad específica y no hay motivo para declararla inválida.

4. Por otro lado, el que impugna de nulidad un acto de notificación debe expresar y acreditar la existencia de un perjuicio; esto es, la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto cuestionado. (ver artículo 174 CPC). El perjuicio deberá traducirse en el quebrantamiento del derecho al debido proceso, en el estado de indefensión que genera el acto de notificación que se cuestiona.

La indefensión tiene que traducirse en una situación de la cual fluya directa y necesariamente la imposibilidad de hacer valer los derechos, lo cual le irroga, un perjuicio irreparable. Si bien se ha señalado líneas arriba, es un requisito la demostración del perjuicio, ello se exceptúa en la notificación del admisorio de la demanda, pues se debe inferir que el accionado se ha encontrado impedido de contestar y oponer sus medios de defensa, toda vez, no tuvo conocimiento de la acción instaurada en su contra.

En conclusión, para la procedencia de la nulidad del emplazamiento, será necesario apreciar, si el acto de notificación ha cumplido o no su finalidad, si ha causado perjuicio, si ha mediado o no convalidación y en definitiva si se dan los

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

presupuestos básicos para las nulidades procesales a que refieren los artículos 171, 172 y 174 CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es exigible el interés moratorio si se hubiere convenido su pago. No puede exigirse a la demandada el cumplimiento de una prestación no asumida, pues para ser exigible tiene que estar pactada expresamente.*

*El cuestionamiento de la validez del emplazamiento solo puede ser alegado por la parte a quien afecta, mas no por un tercero (Exp. N° 4489-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 211-212).*

*Si se prueba que el domicilio donde aparentemente se ha venido notificando a la parte demandada pertenece a otra persona, resulta evidente que la demandada no ha sido emplazada con arreglo a Ley, pues se ha privado del derecho a una más amplia defensa (Exp. N° 608-94-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 536).*

*No obstante que el demandado tiene la condición de casado y suscribe el contrato como propietario del inmueble en su condición de soltero, la sociedad de gananciales es irrenunciable.*

*La acción de otorgamiento de escritura debe entenderse con la cónyuge del demandado quien es la actual ocupante del bien a efecto de garantizar un debido proceso (Exp. N° 1011-95-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 164-165).*

*Se atenta contra la garantía del debido proceso, si al demandar la nulidad del título de propiedad otorgado por la Municipalidad de Lima Metropolitana, no se ha emplazado a esta.*

*Debe admitirse la intervención del litis consorte, si es previsible que la decisión a recaer en el proceso, lo afectaría en forma ineludible (Exp. N° 388-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 226-227).*

*“...solamente será posible expedir una resolución válida cuando todas las partes afectadas sean debidamente emplazadas, ya que de lo contrario se les estaría condenando sin ser oídos, afectando el derecho de defensa” (Cas. N° 1952-98-Ica, El Peruano, 17/09/2000, p. 6319).*

*Siendo de orden público y preceptivo cumplimiento el emplazamiento del demandado, si este se hace en forma defectuosa invalida las actuaciones subsiguientes y retrotrae el proceso al momento en que se produce la nulidad (Cas. N° 080-94-Lima-Cono Norte, Editora Normas Legales S.A., Tomo 249, Febrero 1997, Trujillo-Perú, p. A.22).*

*Se atenta contra la garantía del debido proceso, si al demandar la nulidad del título de propiedad otorgado por la Municipalidad de Lima Metropolitana, no se ha emplazado a esta.*

*Debe admitirse la intervención del litisconsorte, si es previsible que la decisión a recaer en el proceso, lo afectaría en forma ineludible (Exp. N° 388-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 226-227).*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si se prueba que el domicilio donde aparentemente se ha venido notificando a la parte demandada pertenece a otra persona, resulta evidente que la demandada no ha sido emplazada con arreglo a Ley, pues se ha privado del derecho a una más amplia defensa (Exp. N° 608-94-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 536)*

*Que, desconociendo el domicilio del demandado, su emplazamiento se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.*

*Es nula la sentencia dictada sin emplazamiento, pues se ha privado al demandado del legítimo derecho de defensa (Exp. N° 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18).*

*Habiendo dispuesto la disolución y liquidación de la cooperativa emplazada debe entenderse la demanda con el comité liquidador de la misma, para que en representación de ésta se apersona al proceso y ejerza el derecho de defensa de dicha cooperativa.*

*Si la persona jurídica no ha sido válidamente emplazada en el proceso, se incurre en causal de nulidad contemplada en el artículo 171 del Código Procesal Civil (Exp. N° 3789-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 377-378).*

*Se infringe el principio de legalidad si se ha emplazado al demandado consignando erróneamente el nombre de éste y si las notificaciones no cumplen con el objeto que señala el artículo 155 del CPC (Exp. N° 328-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 227-228).*

*Merece declarar la nulidad de la sentencia si ésta decide un punto ajeno a la controversia y se ha omitido emplazar con la demanda a quien tiene interés en la presente causa (Exp. N° 309-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 206-207).*

*Es nula la sentencia si no se le ha notificado al codemandado el mandato ejecutivo, en su domicilio real que conocía la accionante. La dirección consignada en el pagaré como lugar de pago solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (Exp. N° 704-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 203-204).*

## EFFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO

### ARTÍCULO 438

*El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:*

- 1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.*
- 2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código.*
- 3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.*
- 4. Interrumpe la prescripción extintiva.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 8, 28, 31, 32, 354, 428.
<b>C.T.</b>	art. 45.
<b>LEY 27287</b>	art. 96.3.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 115
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 90
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 327, 328

---

## Comentario

---

1. La demanda debidamente notificada produce diversos efectos. Uno de ellos es la *perpetuatio iurisdictionis* que significa que la situación de hecho existente en el momento del emplazamiento, es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron; por citar, el objeto litigioso puede sufrir alteraciones, sea en su valor comercial, en su deterioro, entre otras razones, pero nada de ello puede alterar la competencia del juez. El valor que tenía el objeto de litigio al momento del emplazamiento, regulará el proceso hasta su terminación. En igual forma, las partes pueden variar de domicilio durante el proceso, pero la competencia señalada en base al que se tenía en el momento del emplazamiento continuará hasta finalizar el proceso

2. El inciso 2 de la norma, delimita el objeto del proceso e indirectamente el *thema decidendum*, ya que si bien la sentencia solo puede girar en torno a las cuestiones planteadas en la pretensión que contiene la demanda, la regla no rige cuando el demandado ha deducido reconvenición, pues, esta viene a incorporar al proceso por vía de acumulación sucesiva, un objeto distinto al originario.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

3. El inciso 3 autoriza oponer la excepción de litispendencia en otro proceso, que tenga como objeto una pretensión cuyos elementos coincidan con los de la pretensión contenida en la demanda. La existencia de un proceso impide la existencia de otro, en que se den las identidades propias de la cosa juzgada, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo.

4. Por último, el inciso 4 se refiere a la interrupción de la prescripción. Al respecto decimos que la prescripción se sustenta en la seguridad jurídica, pues, existe un interés social en liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución, por obra del tiempo. Los efectos de la prescripción se orientan a extinguir la acción pero no el derecho mismo señala el artículo 1989 CC.

La prescripción significa el no ejercicio de la acción por parte del titular del derecho, por lo que, si tal causa ocurre o si el sujeto obligado en la relación jurídica da cumplimiento a la prestación que le concierne, queda sin efecto el decurso prescriptorio; sin embargo, la prescripción se interrumpe –no se suspende– con "citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor" (ver inciso 3 artículo 1996 CC) Nótese que se exige el emplazamiento con la demanda y no la interposición de esta.

Por otro lado, señala el Código Civil, que la interrupción opera "aún cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente". El artículo 438 CPC no hace mayor diferencia al respecto, solo exige que el emplazamiento sea válido para que produzca el efecto de la interrupción. El efecto que provoca la interrupción de la prescripción es conseguir la ineficacia del tiempo transcurrido.

A pesar que la norma regula los supuestos enunciados arriba como efectos del emplazamiento, podemos señalar además otros, como que el actor no puede desistirse del proceso sin la conformidad con el demandado (sea tácita o expresa); que el demandado asume la carga procesal de defenderse y los bienes se convierten en litigiosos.



## JURISPRUDENCIA

---

*Las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución del predio deben ser abonadas al poseedor, no siendo esto así cuando las mejoras fueran hechas después de la citación con la demanda, en cuyo caso son de reembolso las mejoras necesarias.*

*Es nula la sentencia si el juez no ha tenido en cuenta el tipo de mejoras valorizadas, ni el tiempo de construcción a efecto de determinar su abono, teniendo en cuenta la fecha de la citación con la demanda (Exp. N° 1124-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 339).*

*Se interrumpe la prescripción por citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aún cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente (Exp. N° 1199-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 2, *Cuzco*, 1995, pp. 172-174)*

## INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN

### ARTÍCULO 439

*Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando:*

- 1. El demandante se desiste del proceso;*
- 2. Se produce el abandono del proceso; y,*
- 3. La nulidad del proceso que se declare, incluye la notificación del admisorio de la demanda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 340, 346, 354, 428.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 91

---

### Comentario

1. Como ya se ha señalado al comentar el artículo 438, la prescripción extintiva se interrumpe con el emplazamiento válido con la demanda; sin embargo, puede darse el caso que sobrevengan circunstancias que hagan que el proceso iniciado y que ha interrumpido la prescripción, concluya sin declaración de fondo.

2. La norma regula tres supuestos sobre el particular: la nulidad del admisorio de la demanda, el abandono y el desistimiento del proceso; sin embargo, consideramos que no se puede agotar en esos tres supuestos sino que puede permitirse incorporar otras causales como la conclusión del proceso por inconcurrencia reiterada a la audiencia de prueba (ver artículo 203 CPC)

El Código Civil, en el artículo 1997, al referirse a las causales para la ineficacia de la interrupción tiene coincidencia con la redacción al Código Procesal, en particular sobre el abandono, sin embargo, considera como sujeto legitimado para invocar la ineficacia al "deudor no citado con la demanda"; por otro lado, cuando hace referencia al desistimiento, no solo se limita al proceso sino "a los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvencción o de la excepción con la que ha opuesto la compensación".

3. Nótese que la norma hace referencia al desistimiento del proceso y no de la pretensión. El desistimiento del proceso solo se admite como argumento para la conclusión del proceso sin declaración de fondo. Desistirse de la pretensión implica una renuncia al derecho sustantivo discutido en el proceso. Este desistimiento se sustenta en un derecho efectivamente existente y produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada, conforme lo regula el

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

artículo 344 del Código Procesal, situación que no es extensiva al desistimiento del proceso.

El desistimiento del proceso es una renuncia, no al proceso sino a continuar con él. Si el desistimiento opera luego de la sentencia no hay desistimiento sino renuncia del derecho reconocido en la sentencia.

El abandono también concurre a conclusión del proceso. Es una medida razonable porque si la inactividad dura tanto y se manifiesta de tal modo, que deje presumir que ha desaparecido la voluntad de litigar, es justo que la demanda pierda sus efectos.

El principio es el mismo que opera en la prescripción. Si la fuerza que mantiene vivo el proceso es la acción, es atendible que el proceso se extinga, cuando a la acción sucede la inacción.

4. La declaración de abandono no se presume, debe ser expresa y firme, para que la prescripción interrumpida por el emplazamiento siga transcurriendo, tal como si la interrupción no se hubiese producido, en sentido véase la redacción del artículo 354 CPC.

En conclusión, si bien la prescripción se interrumpe con la citación judicial al deudor, sin embargo, esta carece de eficacia cuando se materializan los supuestos que describe los tres incisos de la norma en comentario.

## HECHOS NO INVOCADOS EN LA DEMANDA

### ARTÍCULO 440

*Cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 189, 196, 429, 478 inc. 6, 491 inc. 6, 559 inc. 4.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 334

---

### Comentario

1. La norma regula, los hechos no considerados en la demanda, a diferencia de los nuevos hechos que menciona el artículo 429 CPC.

Los hechos no considerados en la demanda, no son sucesos o acontecimientos posteriores a la demanda o reconvencción, sino a hechos que no fueron considerados en las mismas y que introducen, por ende, nuevas cuestiones en el debate. Por tal razón, solo debe admitirse la ampliación de la prueba por la parte actora. Ella será la parte legitimada para ofrecer los medios probatorios referentes a los hechos no expuestos, invocados en la contestación o en la reconvencción. En ese sentido, la norma permite al actor, que en un plazo no mayor de diez días, ofrecer medios probatorios que permita acreditar hechos que le incumbía afirmar a dicha parte y proponer su prueba con la demanda inicial. Esta norma permite no modificar o transformar la demanda, sino ampliar la prueba documental, que fuera ya ofrecida por la actora para comprobar sus hechos alegados en su demanda. Por citar, véase el caso, en que el demandado reconoce no haber devuelto la suma de dinero reclamada en préstamo, porque el demandante a su vez es su deudor, en otra relación, por una suma igual, habiendo operado la compensación con la anuencia expresa del propio demandante.

2. A diferencia de los “hechos no invocados”, el hecho nuevo es un acontecimiento que llega a conocimiento de las partes, después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado, en los términos de la causa y objeto de la pretensión, deducida en el proceso.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La admisibilidad de un hecho nuevo en primera instancia se encuentra subordinada a que se haya producido con posterioridad a la contestación de la demanda, o que, aun siendo anterior, hubiese llegado recién a conocimiento de la parte en ese momento, tenga relación con la cuestión que se ventila, y hubiese sido alegado oportunamente

La alegación de hechos con posterioridad a la traba de la litis es excepcional y procede en tanto, los mismos sean conducentes y se encuadren en los términos de la litis y el objeto de la pretensión.

## SANCIÓN POR JURAMENTO FALSO

### ARTÍCULO 441

*Si se acredita que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del delito y al Colegio de Abogados respectivo para la investigación por falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese Abogado.*

*Adicionalmente, se impondrá una multa individual no menor de diez ni mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 4.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. IV, 4, 50 inc. 5, 109 inc. 1, 110, 165, 424 inc. 4.

**C.P.** arts. 412, 416.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

**C.P.C. Colombia** art. 80, 319

---

## Comentario

1. Cuando el demandante recurre a la jurisdicción y postula la demanda que contiene sus pretensiones, debe este indicar el nombre y dirección domiciliaria del demandado, conforme lo exige el inciso 4 del artículo 424 CPC, sin embargo, esta regla general puede verse alterada cuando –bajo juramento– falte a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado.

En sentido general podemos decir que juramento judicial es la afirmación solemne que una persona hace ante el juez, de decir la verdad en la declaración que se rinde. Este juramento, en el caso del emplazamiento se entiende prestado con la presentación de la demanda, no siendo necesario se formule en presencia del juez. Para que el juramento tenga eficacia, es necesario verse sobre un derecho propio o sobre el conocimiento que se tiene de un hecho ajeno; no puede versar sobre cuestiones de derecho y cuando una parte está conformada por varios litisconsortes necesarios, es indispensable que todos lo presten.

Por otro lado, la circunstancia que esa afirmación se haya hecho bajo juramento no impide que este se retracte. Estamos partiendo de la base que quien revoca el juramento o confiesa en contra del hecho jurado, goza de capacidad general y de la especial para disponer del hecho o del derecho que de aquél emana, puesto que para prestar el juramento era indispensable que las tuviera.

2. Históricamente el juramento ha tenido una motivación religiosa que se materializaba en el hecho de tomar a Dios por testigo de la verdad de una afirmación, de un testimonio, de una promesa; de ahí que la fórmula diseñada para los juramentos decían: "juro por Dios desempeñar fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido".

Posteriormente a la revolución francesa se le asignó un carácter estrictamente civil, al despojar su fórmula de toda invocación a la divinidad, para convertirlo en un compromiso legal de decir la verdad ante un funcionario público, con prescindencia de toda creencia religiosa, como un acto puramente civil. En ese sentido se orienta la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, (véase artículo 227) la misma que guarda coherencia con lo que regula el presente artículo "¿Jura (o promete) decir la verdad?". Podemos decir que el juramento, es una promesa solemne que compromete la conducta futura del que lo presta.

El juramento falso responde a dos supuestos descritos en el artículos 165 y 424 CPC. Tiene de común, la aplicación de sanciones pecuniarias, diferenciándose entre ambos, según el contexto en el que ha operado, por citar, si la afirmación se prueba falsa respecto de haber agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar, el juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de 5 ni mayor de 50 URP (ver artículo 165 CPC); en cambio si se faltó a la verdad respecto a la dirección domiciliaria del demandado, se le impondrá una multa individual no menor de 10 ni mayor de 30 unidades de referencia procesal, sin perjuicio del desembolso de los gastos procesales ( ver artículo 441 CPC).

3. Por otro lado, señala la norma, si se acredita la falsedad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del delito y al Colegio de Abogados respectivo para la investigación por falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese Abogado. También señala la posibilidad de la imposición de multas. Estas son sanciones pecuniarias que se impone a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso, sino procede bajo una especie de sanción por haber actuado bajo el supuesto de la falsedad.

## TÍTULO II

### CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

#### REQUISITOS Y CONTENIDO DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

##### ARTÍCULO 442

*Al contestar el demandado debe:*

- 1. Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda;*
- 2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;*
- 3. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos;*
- 4. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara;*
- 5. Ofrecer los medios probatorios; y,*
- 6. Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandado analfabeto.*

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 130, 131, 132, 133, 189, 190 inc. 2, 282, 424, 425, 522.
<b>C.P. Const.</b>	arts. 15, 43, 91, 107.
<b>LEY 26572</b>	art. 112.
<b>LEY 26636</b>	art. 21.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 184 inc. 10, 288 inc. 10, 290.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	arts. 120, 121
<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 92
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	arts. 336, 355, 356
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 329, 330, 331

 *Comentario*

---

1. La contestación de la demanda es la posibilidad que tiene la parte de contradecir o no a la demanda. El principio de bilateralidad brinda esa oportunidad y no exige la materialización de la contradicción, este se agota, en esa posibilidad de contradecir o no.

El derecho de contradicción, lo mismo que el derecho de acción pertenece a toda persona natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada y se identifica con el ejercicio del derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante.

Se fundamenta en un interés general como el que justifica la acción, porque no solo mira a la defensa del demandado y la protección de sus derechos sometidos al proceso sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos; y el que niega el derecho de hacerse justicia por sí mismo.

Sobre el derecho de acción y contradicción hay corrientes de opinión que consideran que este último es una modalidad del derecho de acción, como la de Devis Echeandía y Peyrano; otros consideran que ambos son autónomos, como Monroy Galvez, que dice: “el derecho de contradicción carece de libertad en su ejercicio, esto es, puedo ejercitar mi derecho de acción cuando yo quiera, en cambio, solo puedo emplear el derecho de contradicción cuando alguien exija al Estado tutela jurídica y a través de tal plantee una exigencia concreta dirigida contra mí”. En otras palabras, el ejercicio del derecho de acción marca el inicio del proceso, en cambio, el derecho de contradicción solo es posible ejercitarlo cuando un proceso ya se ha iniciado.

2. Una diferencia muy interesante –entre acción y contradicción– se encuentra en el interés. Según Monroy<sup>(1)</sup>, el interés para obrar debe ser invocado por el demandante, de lo contrario no será posible que posteriormente se expida un pronunciamiento válido sobre el fondo, sin embargo, bien puede este carecer de aquel. Es imposible concebir la idea de un demandado sin interés para contradecir, porque este es consustancial a su calidad de emplazado.

3. Con la contestación de la demanda se precluye una etapa del proceso y se pasa a la siguiente. La contestación encierra el ejercicio de una facultad que es

---

(1) Op. cit. p. 286

incompatible con la anterior; por citar, si luego de contestada la demanda se interpone excepciones porque todavía se encuentra pendiente el término para interponerlas, ello no puede prosperar pues ha operado automáticamente la preclusión con la contestación de la demanda.

4. Otro de los aspectos a resaltar en la contestación es marcar la diferencia, entre el ejercicio de defensa y la facultad de reconvenir. Se suele confundir como si fuera un todo porque regularmente se ejerce conjuntamente. El artículo 445 CPC así lo dispone "la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para esta" sin embargo, ello no es así, porque en la contestación se ejerce la defensa de fondo, contradiciendo la pretensión dirigida contra él, a fin que sea liberado de la exigencia del demandante; en cambio, el demandado al reconvenir, no es que este contraatacando al actor, en lugar de defenderse, sino que al interponer una pretensión contra el actor, podría conseguir –en el supuesto que se declara fundada– vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvencción.

Hay razones de economía procesal que permiten la concurrencia de la reconvencción en el proceso ya iniciado; sin embargo, ella no es excluyente, del uso de los medios de defensa por parte del demandado, respecto de la pretensión hecha valer en su contra. El demandado puede realizar simultáneamente ambos actos, defenderse y demandar al demandante.

5. El inciso 1 exige que se observen los requisitos previstos para la demanda, entre los que destacamos la designación del domicilio procesal, que se realiza dentro de determinado perímetro y lo deben constituir las partes o sus representantes en la primera presentación al proceso, a fin que en él se practiquen todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real. Es un domicilio que se circunscriben a la sustanciación de un determinado proceso y que carece de relevancia jurídica fuera de este.

El inciso 2 de la norma hace referencia a la necesidad que el demandado se pronuncie respecto de "cada uno de los hechos expuestos en la demanda" Ello puede generar respuestas que lleven a la admisión de hechos o al silencio sobre ellos.

La admisión de hechos debe tomarse como un acto de alegación que solo puede provenir del demandado. A diferencia de la confesión, que recae sobre hechos personales o del conocimiento del confesante, en la admisión puede versar sobre hechos ajenos a quien emite la declaración. Dicha admisión es espontánea y no requiere tener mandato o facultades especiales como si se requiere de quien confiese. Los hechos admitidos no resisten la actividad probatoria, pues, no generan controversia que dilucidar; en ese sentido véase el inciso 2 del artículo 190 CPC.

El allanamiento también es una de las posibles actitudes que puede asumir el demandado en la contestación. Implica abdicar el ejercicio del derecho de defensa. Se diferencia de la admisión de hechos, que puede resultar de inferencias ante respuestas evasivas o del silencio; en cambio en el allanamiento siempre será expreso, de quien lo produce.

6. El demandado puede ingresar a reconocer o negar la autenticidad de los documentos que se acompañan como medios de prueba. Recordemos que cuando se trata de documentos privados, para que estos tengan validez deben ser reconocidos, situación que no opera con los documentos públicos, cuya autenticidad se presume.

7. El demandado puede negar los hechos expuestos en la demanda, exponiendo los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara; esto es vital para el proceso porque va a permitir construir los puntos controvertidos para la futura actividad probatoria. Por ejemplo, si se pretende el pago del saldo de una acreencia, proveniente de un mutuo; el demandado puede admitir como cierto el origen de la deuda pero no el mutuo que se le imputa. Aquí encontramos un punto en discrepancia, el monto de la acreencia y el punto en coincidencia, el mutuo.

Por otro lado, el derecho de contradicción se expresa en la necesidad que el demandado tenga el derecho a presentar alegatos y medios probatorios destinados a sustentar sus posiciones, por ello, resulta atendible la regulación del inciso 5 del presente artículo. Ello es coherente para un real ejercicio del contradictorio, porque sería poco trascendente que al demandado se le comunicara el inicio de un proceso en su contra, si no se le permitiera expresar su posición dentro del proceso, y por cierto, si no se le concediera la facultad de ofrecer medios probatorios para sustentar la certeza de sus afirmaciones.

8. El inciso 6 de la norma exige la firma del demandado y del abogado. La firma del abogado es la única manera de acreditar su intervención. En caso que actúe la parte por representante o por apoderado, serán estos los que suscribirán la demanda.

La norma regula la posibilidad que el actor sea analfabeto; en tal caso, señala que el corresponderá al secretario certificar la huella digital del demandante analfabeto. Nótese que el artículo no recoge la posibilidad de la firma a ruego en la demanda, figura que si opera para el reconocimiento de medios probatorios suscritos en esas condiciones. (véase el artículo 248 CPC).

Ante esta deficiencia, podríamos extender dicha constatación a otros supuestos que hagan imposible que la parte actora se encuentre imposibilitada de suscribir documento alguno. En este caso se podría recurrir a la firma de un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente. Esta clase de firmas debe ser legalizada por el secretario.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Sobre este particular, aparece de la Casación N° 1103-2003-La Libertad publicado en El Peruano el 01 de marzo de 2004 que considera como válido exigir la firma del ejecutado y de su abogado en el escrito de contradicción, bajo sanción de tenerlo por no presentado. Señala la citada ejecutoria que el derecho de defensa exige un mínimo de razonabilidad en la observancia de las formas procesales por parte de los justiciables.

9. Otro aspecto a considerar en la contestación de la demanda, es la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de esta, por la ausencia de algún requisito de la demanda (ver inciso 1), ello en atención al principio de igualdad que debe acompañar a la dinámica procesal. Aunque dicha noción está presente en el principio de contradicción, ella no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. En tal sentido, si bien se permite al demandado subsanar algunas omisiones relacionadas con los requisitos para la demanda, para lo cual se le otorga un plazo prudencial, invocando el artículo 426 CPC, sin embargo, dicho plazo no tiene que ser el mismo que se le fijó a la demandante para la subsanación. Ese desnivel en el plazo es de poca intensidad, que no viola la esencia del contradictorio, pues, la Ley le fija un tope para tal fin, no mayor de diez días.



## JURISPRUDENCIA

---

*Al contestar la demanda debe pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en ella. El silencio, la respuesta evasiva y la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juzgador como reconocimiento de verdad de los hechos alegados.*

*Si el ejecutante, en su absolucón a la contradicción del ejecutado, no cuestiona ni tacha los documentos que sustentan la cancelación, limitándose a invocar la abstracción del título, resulta evidente que la letra en cobranza ha sido cancelada (Exp. N° 98-39697-2852, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 270)*

*Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar implicate para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta (Exp. N° 1123-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 159)*

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Existe una salvedad con respecto a los procesos de conocimiento y proceso abreviado en los que pueden presentarse junto con el escrito de apelación (Cas. N° 2177-97-Lima-Cono Norte, El Peruano, 18/10/98, p. 1976)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El hecho de que uno de los codemandados aún no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no proroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues, el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda.*

*La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su rebeldía (Exp. N° 614-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 340-341)*

*El hecho de haber comparecido al proceso el apoderado de la demandada, no obstante haber omitido sufragar en las elecciones municipales del año 1995, no es motivo para que se convalide dicho apersonamiento, si el propio juzgado no lo advirtió. Debe declarar su inadmisibilidad a fin que dicho compareciente obtenga la habilitación correspondiente con el simple pago de la multa, como se establece regularmente en este tipo de casos (Exp. N° 62486-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 296-297)*

*En la sentencia, excepcionalmente, se puede emitir pronunciamiento sobre la relación procesal cuando estos defectos no ha sido advertidos y subsanados en las etapas correspondientes.*

*Para que los demandados puedan precisar los alcances de su contestación, no basta requerir la posesión del inmueble sino que debe precisarse la causal de su pretensión (Exp. N° N-115-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 341)*

*Si el emplazado no ha hecho uso del derecho de contradicción, ello no impide que vea restringidos sus derechos de proceder en la forma prevista en el artículo 700 del CPC, cuando se amplía el monto de la ejecución al presentarse nuevos títulos (Exp. N° 584-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 514)*

*De acuerdo a las normas procesales las pruebas de descargo deben ser ofrecidas oportunamente. La omisión en el ejercicio de dicha facultad en la oportunidad legal, no puede considerarse como una violación del derecho de defensa.*

*Si los hechos constituyen grave falta disciplinaria, los mismos que han servido de fundamento para la sanción administrativa del demandante, se desvirtúa la afirmación que se le haya sancionado subjetiva, arbitraria y desproporcionadamente a los cargos formulados (Exp. N° 807-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 506-508)*

*“... Tampoco resulta procedente formular tacha contra un instrumento público consistente en una partida de nacimiento, la cual solamente puede ser declarada ineficaz en vía de acción...” (Cas. N° 3237-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 361-362)*

## PLAZO DE LA CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

### ARTÍCULO 443

*El plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 445, 478 inc. 5, 491 inc. 5, 523.

---

### Comentario

---

1. El hecho que el plazo sea el mismo para ambos casos, esto es, para contestar y reconvenir, encuentra su justificación en el principio de igualdad o bilateralidad del proceso, que no se agota en que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que busca que se otorgue igualdad de posibilidades a las partes en el proceso, de tal forma, que lo que se conceda a un litigante lo mismo se debe conceder al otro.

Existiría quebrantamiento al principio de bilateralidad, si se permitiera sólo al actor alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado o viceversa.

Con la redacción del artículo de otorgar el mismo y simultáneo plazo, se busca acentuar la igualdad de las partes, las que si bien como señala Couture “puede no ser una igualdad numérica sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa”.

2. Debemos resaltar la diferencia, entre el ejercicio de defensa (a través de la contestación) y la facultad de reconvenir. Se suele confundir –como si fuera un todo– porque regularmente se ejerce conjuntamente. El artículo 445 CPC así lo dispone “la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para esta” sin embargo, ello no es así, porque en la contestación se ejerce la defensa de fondo, contradiciendo la pretensión dirigida contra él, a fin que sea liberado de la exigencia del demandante; en cambio, el demandado al reconvenir, no es que este contraatacando al actor, en lugar de defenderse, sino que al interponer una pretensión contra el actor, podría conseguir –en el supuesto que se declara fundada– vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvencción.

Hay razones de economía procesal que permiten la concurrencia de la reconvencción en el proceso ya iniciado; sin embargo, ella no es excluyente, del uso de los medios de defensa por parte del demandado, respecto de la pretensión hecha

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

valer en su contra. El demandado puede realizar simultáneamente ambos actos, defenderse y demandar al demandante.



## JURISPRUDENCIA

---

*El hecho de que uno de los codemandados aún no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no proroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues, el plazo para dichos codemandados, se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda.*

*La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su rebeldía (Exp. N° 614-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 340-341)*

## ANEXOS DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

### ARTÍCULO 444

*A la contestación se acompañan los anexos exigidos para la demanda en el artículo 425, en lo que corresponda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 425, 565.
LEY 26636	art. 22.

---

### *Comentario*

---

La noción de igualdad está presente en el principio de contradicción, que se va a expresar en la contestación de la demanda. En tal sentido, la norma exige que se acompañen los anexos que también se exigió al actor al interponer su demanda, los mismos que aparecen descritos en el artículo 425 CPC.

Esto implica que la contestación no se presente sola, sino que se acompañe documentos que permitan identificar al actor y la representación que se ejerce, si fuere el caso; los medios probatorios a los hechos que sustenta la petición y demás documentos relacionados con la admisibilidad de esta. Un aspecto fundamental en acompañar los anexos, con tantas copias sean las partes.

Como el artículo en comentario hace hincapié, no todos los requisitos que exige el artículo 425 CPC deben ser contemplados, sino los que corresponda a la actividad del demandado; en tal sentido, el acta de conciliación a que refiere el inciso 7 no será materia de exigencia en la contestación, pues, ella responde a una actividad previa del actor a recurrir a la jurisdicción, lo que no implica que la parte emplazada, en el supuesto que desee intentar conciliar, lo puede invocar al amparo del artículo 324 CPC.

## RECONVENCIÓN

### ARTÍCULO 445

*La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para esta, en lo que corresponda.*

*La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.*

*La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.*

*El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 84, 424, 425, 428 párr. 3, 430, 442, 463, 478 inc. 7, 523, 559 inc. 1.
<b>LEY 26887</b>	art. 146.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	art. 184 incs. 10 y 11.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 126
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	arts. 357, 358, 359
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 332, 333

---

## Comentario

---

1. La reconvencción es la pretensión procesal que se halla facultado para deducir el demandado frente al actor. Hay una posición unánime en toda la doctrina de calificarla como una demanda nueva y autónoma que se acumula –por el demandado– a un proceso en curso.

La reconvencción no debe ser considerada como un medio de defensa frente a la acción, sino una nueva demanda que formula el demandado en el mismo proceso ya iniciado.

El derecho a reconvenir de la parte demandada sólo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda y ha de conducirse contra el que demandó. En otras palabras, "es jurídicamente imposible aceptar la presencia de un tercero, dado que las partes en la reconvencción tiene que ser las mismas que figuran en el proceso originario, si bien con los papeles invertidos, porque en ella el actor reconvenacional (sujeto activo) solamen-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

te puede serlo el demandado, y demandado reconvenional (sujeto pasivo) única y exclusivamente puede serlo el actor, nunca cualquier otra persona que no sea parte en el proceso principal<sup>(1)</sup>.

2. Como la reconvenición reviste los caracteres de una verdadera demanda, es aplicable los elementos y requisitos de éstas, sin embargo, el hecho de tratarse de una pretensión que se incorpora un proceso ya iniciado determina que su admisibilidad se halle supeditada a varios factores, entre ellos, la oportunidad de su incorporación.

Es importante que se fije una etapa en el camino procesal para que el demandado haga uso de su facultad a ingresar una pretensión al proceso ya iniciado. La admisión ilimitada de la facultad de reconvenir puede convertirse en un factor perturbador del orden en la sustanciación de las causas, el mismo que se torna incompatible, con el principio de economía procesal que justifica este tipo de acumulación sobrevenida

Sobre el particular, señala el artículo en comentario “solo puede interponerse en el mismo escrito en que se contesta la demanda” esto implica que en caso contrario, no podrá deducirla después, salvo para hacer valer su pretensión en otro proceso.

Nótese que la redacción del artículo pone énfasis a que la reconvenición se formalice “en el mismo escrito en que se contesta la demanda” Esto tendría una explicación en la tendencia a considerar que la oportunidad para reconvenir está ligada al acto de contestación y no al plazo para hacerlo; de ahí que se exige que la reconvenición se materialice en el mismo escrito de la contestación y no en el plazo de ésta. En ese sentido, Monroy<sup>(2)</sup> señala “si un demandado contesta la demanda antes del vencimiento del plazo, en tal fecha deberá interponer reconvenición, de lo contrario, aun cuando hubiera un plazo adicional para contestar (y por tanto para reconvenir), este se habrá perdido por efecto del acto de contestación de la demanda”.

3. El hecho de incorporar una pretensión al proceso determina que su admisibilidad se halle supeditada a los siguientes requisitos:

a) no afecte la competencia de la pretensión originaria; esto implica, que por razón de la materia, le corresponda conocer al juez de la pretensión inicial; por razón de la cuantía, debe apreciarse solo si no excede la competencia cuantitativa

---

(1) Sentencia emitida por el Tribunal Supremo Español el 21 de Mayo de 1969, citado por Tapia Fernandez Isabel, La reconvenición, límites y jurisprudencia, Editorial General De Derecho, Valencia, 1994, p.133

(2) Monroy Juan, Introducción al proceso civil, op. cit, p.283

de la originaria; por razón del territorio importa una derogación de las reglas que rigen la competencia territorial, de manera que el actor no puede oponer la excepción de incompetencia fundada en el distinto domicilio.

b) la reconvencción debe sustanciarse por los mismos tramites que corresponden a la pretensión originaria, esto es, se debe apreciar el tipo de proceso y la pretensión que se demanda. En caso de pretensiones tramitadas bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, no cabe la reconvencción (ver artículo 559 inciso 1 CPC).

c) La posibilidad que el demandado introduzca nuevas demandas, se sustenta en razones de economía procesal y equilibrio de poderes que debe reinar entre las partes procesales.

Monroy<sup>(3)</sup> explica el principio de economía procesal que rige en la reconvencción, así: “el desarrollo de un proceso importa un consumo de tiempo, gasto, y esfuerzo; siendo así, concederle al demandado la oportunidad de demandar a quien lo haya emplazado utilizando el mismo proceso, va a significar, en principio, que no se requerirá de otro proceso; es decir, al mismo tiempo que cada una de las partes cumple con su rol original (demandante y demandado) puede invertir su calidad, sin dispendio de tiempo y tampoco de esfuerzo”.

d) En relación a la reconvencción surgen dos posiciones, sobre la compatibilidad que debe o no existir, con la pretensión de la actora.

Existen al respecto dos líneas diversas. Una que no admite el ingreso indiscriminado de diversas materias en un único procedimiento, sino que limita la posibilidad de la reconvencción a aquellos casos en los que entre la demanda principal y la reconvenccional exista una conexidad; la otra posición considera que la reconvencción puede ser propuesta aunque no tenga ninguna conexión material con la actora.

Frente a ellas, nuestro Código acoge a la primera posición, pues favorece la unidad de criterio y evita el riesgo de fallos contradictorios.

La reconvencción debe interponerse como pretensión principal y no en forma subsidiaria.

4. La reconvencción suele confundirse con la contrapretensión, la misma que es calificada de especie, frente al género que es la reconvencción. Para Monroy – a pesar que se califique de reconvencción el presente artículo– lo que ha normado es la contrapretensión, pues, solo se puede reconvenir una pretensión ligada por

---

(3) Op. cit. p. 277

conexidad con la pretensión contenida en la demanda. Señala el citado autor<sup>(4)</sup> “la contrapretensión es la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal. Dado que los hechos y el derecho configuran la llamada razón de pedir o *iuris petitio*, que es uno de los elementos de la pretensión, en el caso de una contrademanda, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que respecto de la misma situación de conflicto, es el demandante, quien tiene una obligación incumplida con él. Así, por ejemplo, si una persona demanda a otra el perfeccionamiento de un contrato de compraventa, habrá contrademanda si el demandado pretende la resolución del contrato. Como se advierte, mientras el demandante pretende perfeccionar una relación contractual, el demandado busca dejarla sin efecto”.

5. Es importante compartir la diferencia que trabaja Devis Echeandía<sup>(5)</sup> entre reconvencción y excepción. Según dicho autor, la excepción contradice y ataca la pretensión del demandante y persigue su desestimación por el juez; en cambio, en la reconvencción aparece la petición para que se reconozca una pretensión propia, autónoma del demandado contra su demandante, que se tramita en el mismo proceso. Si Pedro, al contestar la demanda alega que el derecho pretendido por el actor está prescrito, o que hubo pago, o que debe desestimarse por radicar en un contrato nulo, estará formulando excepciones; pero si por su parte pide al juez que se declare que su demandante le debe una suma de dinero, por razón de otro contrato celebrado entre ellos, estará reconviniendo. De ahí que en ese caso se habla de demanda de reconvencción.

6. Por último, debemos precisar que es incongruente la sentencia que no contiene pronunciamiento relativo a la reconvencción planteada por el demandado ya que el principio de congruencia implica que el juez tenga en cuenta también las peticiones del demandado que contiene fundamentos autónomos pero conexos con los deducidos por el demandante, que exige por ello un pronunciamiento específico. Además, las pretensiones planteadas a través de la reconvencción también son materia de pronunciamiento en el saneamiento procesal, pues, ellas tienen implicancia en la validez de la relación jurídica entablada.

---

(4) Op. cit. p. 280

(5) Devis Echeandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal-Teoría General del Proceso, t.I, 13 ed, Dike, Medellín, 1994, p.251



### JURISPRUDENCIA

---

*La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexas con la relación jurídica invocada en la demanda.*

*Es improcedente la indemnización por daños y perjuicios propuesta en la reconvencción, conexas con la pretensión de resolución de contrato, pues la misma no se fundamenta en la relación jurídica producto del referido contrato (Exp. Nº 1199-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 272)*

*La reconvencción es procedente si su pretensión tiene conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda; sin embargo, la improcedencia de esta última no determina necesariamente la improcedencia de la reconvencción en tanto ésta constituye una demanda que debe ser resuelta en la sentencia (Cas. Nº 2428-98-Lima, El Peruano, 15/08/99, p. 3180)*

*La reconvencción es procedente, si la pretensión en ella contenida, fuese conexas con la relación invocada en la demanda. Si se solicita en la reconvencción que la actora otorgue a los emplazados la transferencia vehicular, ésta no puede encontrarse condicionada a la procedencia o no de la pretensión demandada, ya que en caso que la misma sea amparada o no, resulta evidente que el pronunciamiento sobre la reconvencción deberá ser también materia de pronunciamiento con relación a la declaración sobre el principal (Exp. Nº 1292-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 466-468)*

*Es improcedente la pretensión sobre nulidad de documentos, si está sustentada en normas relativas al acto jurídico. No puede confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. La pretensión subordinada de ejecución de garantía prendaria, se tramita en una vía procesal distinta a la nulidad del acto jurídico, por lo que no puede ser demandado en vía de reconvencción (Exp. Nº 458-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 92-93)*

*Para que opere la reconvencción es necesario que la pretensión contenida en ella, sea conexas con la relación jurídica invocada en la demanda.*

*La prescripción adquisitiva no resulta conexas con la reivindicación, pues, en aquella se invoca el tiempo de posesión, mas no un derecho de propiedad, que pueda ser opuesto a la pretensión de la demanda (Exp. Nº 63-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 408)*

*La reconvencción solo puede oponerse contra quien es parte demandante en un proceso y no contra terceros, más aún si éstos han sido ofrecidos como testigos (Exp. Nº 3803-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 409)*

*Es improcedente la indemnización solicitada vía reconvencción por los daños y perjuicios materiales y morales que está causando la interposición de la demanda (Exp. Nº 32826-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 410)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si bien los demandados pueden reconvenir contra el actor, constituyendo así una demanda distinta que puede o no tener relación con la demanda del actor; no menos cierto es que cuando se pretende la nulidad de un acto jurídico, debe comprenderse a todos los intervinientes en la relación jurídica sustancial (Exp. N° 957-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 565-568)*

*Si bien los demandados pueden reconvenir contra el actor, constituyendo así una demanda distinta que puede o no tener relación con la demanda del actor; no menos cierto es que cuando se pretende la nulidad de un acto jurídico, debe comprenderse a todos los intervinientes en la relación jurídica sustancial (Exp. N° 957-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 565-568).*

*La reconvencción es procedente si su pretensión tiene conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda; sin embargo, la improcedencia de esta última no determina necesariamente la improcedencia de la reconvencción en tanto ésta constituye una demanda que debe ser resuelta en la sentencia (Cas. N° 2428-98-Lima, El Peruano, 15/08/99, p. 3180).*

## TITULO III

### EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

#### EXCEPCIONES PROPONIBLES

##### ARTÍCULO 446

*El demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:*

1. *Incompetencia;*
2. *Incapacidad del demandante o de su representante;*
3. *Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;*
4. *Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;*
5. *Falta de agotamiento de la vía administrativa;*
6. *Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;*
7. *Litispendencia;*
8. *Cosa Juzgada;*
9. *Desistimiento de la pretensión;*
10. *Conclusión del proceso por conciliación o transacción;*
11. *Caducidad;*
12. *Prescripción extintiva; y*
13. *Convenio arbitral.*

---

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.C.</b>	art. 1127 inc. 2.
<b>C.P.C.</b>	arts. 35, 37, 123, 321 inc. 6, 326, 328, 334, 340, 344, 450, 451, 452, 700.
<b>C. de P.P.</b>	art. 5.
<b>C.P. Const.</b>	art. 10.
<b>C.D.I.P.</b>	arts. 394, 396.
<b>LEY 26636</b>	art. 23.
<b>D.S. 054-97-EF</b>	art. 38 literal b).

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C.M. Iberoamerica</b>	art. 122
<b>C.P.C.N.. Argentina</b>	art. 347
<b>C.F.P.C. México</b>	arts. 334-340

---

### *Comentario*

---

1. Couture<sup>(1)</sup>, define a la excepción como “el poder jurídico de que se haya investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”. Para Alsina<sup>(2)</sup>, la excepción “es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento”.

Monroy<sup>(3)</sup>, considera a la excepción como “un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción”.

De lo expuesto líneas arriba podemos señalar que la excepción es un medio de defensa ejercida por el demandado, con la finalidad de poner de manifiesto la deficiencia o inexistencia de una relación jurídica válida, a fin de paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia.

2. La validez de la relación procesal es controlada a través de tres momentos: al calificar la demanda, al resolver las excepciones y al sanear el proceso.

Estos operan como filtros de la relación procesal procurando que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción: legitimidad e interés para obrar, para que el Juez al momento de expedir sentencia, emita un pronunciamiento que resuelva el fondo del conflicto. Como bien lo establece el artículo 121 CPC, último párrafo, “mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes...”.

La norma en comentario regula el segundo control que se realiza a través de las excepciones. El emplazado con la demanda busca liberarse de la relación procesal, ya sea por que no existen los presupuestos procesales o no existen las condiciones de la acción. Según Monroy<sup>(4)</sup>, “los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio”.

---

(1) COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 89

(2) ALSINA, Hugo. Defensas y excepciones, Buenos Aires, EJE, 1958, p. 17.

(3) MONROY Juan, Temas de Proceso Civil, Studium, Lima, 1987, p. 119-122.

(4) MONROY Gálvez, Juan. Temas del Proceso Civil, op.cit. pp. 102-103

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

A través de las excepciones, se denuncia la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; y la falta de interés para obrar, en las excepciones siguientes: falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral.

Por otro lado debemos precisar que la actividad saneadora no solo se agota con las excepciones sino que puede recurrir a la defensa previa. Esta última, no cuestiona la pretensión, tampoco la relación procesal. Contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo. Busca dilatar el proceso y su eficacia, a veces incluso de manera definitiva. (véase en ese sentido el comentario a los artículos 455 y 456 CPC).

3. La competencia es la distribución de la jurisdicción entre los diversos órganos jurisdiccionales. Para distribuir la competencia según Fairen Guillen<sup>(5)</sup>, se utilizan tres criterios: el de la "función" que desempeña cada tribunal en relación con los demás de su orden; el del "objeto material" o jurídico del proceso; y el del "territorio", que dicho tribunal cubre, en relación con los territorios de los demás del mismo orden. Para Chiovenda<sup>(6)</sup> los límites de la competencia se determinan por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio; ello supone que si se interpone una demanda ante un juez que carece algunos de estos elementos, nos encontramos frente a un proceso iniciado ante un juez incompetente.

El estudio de la competencia comprende el examen de los criterios que sirven para determinarla, como la materia, cuantía, territorio y grado. En caso de incompetencia, el juez de oficio sin necesidad de pedido de parte puede rechazar la demanda cuando se vulnera la materia y la cuantía; dejando el cuestionamiento a la parte, lo relacionado con el territorio, al no someterse a la prórroga de la competencia; la razón radica en que la competencia del juez, es un presupuesto procesal, siendo su presencia y exigibilidad, un deber del juez. En el supuesto que pasara inadvertida esta contingencia, el demandado se encuentra facultado para denunciar la omisión de este presupuesto, a través de la excepción de incompetencia, que recoge el inciso primero de la norma.

El demandado que no aduce la excepción de incompetencia, no implica que celebre un pacto tácito con su adversario para ser juzgado por un juez incompetente, sino que se limita a no hacer valer, dentro de tiempo, una facultad procesal que la ley le confiere. Ella encierra la idea del principio de preclusión, pero, solo debe entenderse este, aplicado a la competencia territorial, pues, cuando existen elementos para cuestionar la competencia objetiva o funcional. El hecho que no

---

(5) Fairen Guillen Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p.247

(6) Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas Editor, Vol. II, 1989, p. 174.

se hubiere observado, vía excepción, no convalida la intervención de un juez incompetente en el proceso. Conforme señala el artículo 9 del CPC la competencia solo puede ser establecida por Ley, por tanto, puede ser materia de apreciación la incompetencia de un juez, al momento del saneamiento procesal o de emitir sentencia, por incidir ella en la validez de la relación entablada.

Cuando se cuestiona la competencia territorial por haber convenido someterse a la jurisdicción de un juez diverso; se debe tener en cuenta que la Constitución Política del Estado (ver artículo 62) consagra la libertad de contratar, lo que implica que las partes pueden pactar válidamente la competencia territorial; que esos términos no pueden ser codificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, pues, el contrato es ley entre las partes, por tanto, si las partes anteladamente han establecido el órgano jurisdiccional competente para resolver el conflicto derivado de la ejecución de un contrato, debe respetarse dicho acuerdo.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la competencia –por regla general– no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma, que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta o insubsanable; sin embargo, excepcionalmente –como ya hemos señalado líneas arriba– se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación. Bajo este último supuesto, el artículo 26 CPC, consagra la prorrogación tácita de competencia. Esta opera cuando el demandante vulnera la norma de competencia y el opositor o demandado se somete a esa vulneración sin impugnar. Hay una actitud pasiva de quien pudiendo impugnar el defecto de competencia no lo hace y de esta manera la prorrogación.

4. La excepción que regula el inciso 2 de la norma en comentario se encuentra referida a la ausencia de capacidad procesal en el demandante o en su representante. Esta constituye un presupuesto procesal fundamental y debe ser entendida como la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales y para desarrollarlas por sí mismo.

La capacidad para ser parte es definida por Palacio<sup>(7)</sup> como, “la idoneidad reconocida por el ordenamiento jurídico para ser titular de derechos y de deberes procesales”.

La delimitación de esta clase de capacidad la podemos encontrar en las leyes sustanciales. El Código Civil, establece que “toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley” (Ver artículo 3 del Código Civil), capacidad de goce que también es extensiva al conce-

---

(7) Palacio, Lino Enrique, op. cit., t III, p. 20

bido, a las personas jurídicas, a los organismos autónomos del Estado y a los patrimonios autónomos.

Como ya referimos, la capacidad jurídica es la posibilidad que tiene la persona de gozar de las situaciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico; sin embargo, no todas las personas que tienen capacidad para ser parte, se hallan dotadas de aptitud idónea para realizar por sí mismas, actos procesales válidos. Esta aptitud, que constituye uno de los requisitos de admisibilidad de la pretensión, se denomina capacidad procesal. Este tipo de capacidad supone la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte.

Esto implica que la capacidad jurídica, esto es la capacidad de ser parte en el proceso, no determina que pueda obrar en el proceso de manera directa e independiente. Ingresamos a lo que se denomina capacidad procesal, que es la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte.

Lo señalado líneas arriba nos lleva a decir que se puede tener capacidad para ser parte en un proceso, pero no tener capacidad procesal; la persona tendrá la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas pero no tendrá la aptitud de ejercerlas, por sí misma, sino a través de representantes legales, como sería el caso de los menores de edad, por citar.

Por otro lado, es importante precisar que la capacidad procesal no solo debe gozar el demandante sino el representante de este. En ese sentido véase lo regulado en el inciso 2 del artículo 561 CPC que permite ejercer la representación en caso de alimentos “al padre o madre del menor alimentista aunque ellos mismos sean menores de edad”.

5. La aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales y para desarrollarlas por sí mismo, no siempre es coincidente en una misma persona. Puede ocurrir que por razones voluntarias, legales o judiciales, las partes no realicen directamente actos jurídicos procesales, pudiendo delegar dicha actividad en un tercero, desde luego con capacidad de ejercicio, con la finalidad de que actúe procesalmente en nombre y lugar de la parte. Cuando nos encontramos ante esa situación podemos calificarla de representación procesal.

La representación procesal, atendiendo a la fuente que emana la autorización para actuar por otro puede ser legal, voluntaria y judicial.

La representación legal esta ligada a la incapacidad procesal de obrar. Es el ordenamiento jurídico el que establece quienes, que no tienen aptitud para poder desarrollar las situaciones jurídicas de la que son titulares, deban ser representados, por citar, los padres son representantes legales de los hijos menores de edad. En la representación voluntaria, serán las propias partes las que decidan

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

que persona es la que va actuar por él y bajo determinadas facultades. Estas facultades van a estar contenidas en el poder para litigar y se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso y no requiere estar inscrito en los Registros Públicos. (ver artículo 72 CPC)

En el caso de la representación judicial, es el juez el que nombra al representante de una parte en el proceso, como es el caso del curador procesal. Una figura especial en este tipo de representación es la procuración oficiosa, regulada en el artículo 81 CPC. Aquí opera una autorización legal genérica que permite a una persona, comparecer en nombre de otra, de quien no se tiene representación expresa.

Los representantes necesarios o voluntarios, tienen la carga de acreditar *ab initio* la personería que invocan.

La persona que se presenta al proceso, por un derecho que sea propio aunque le compete ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste.

En el caso de los representantes de las sociedades o asociaciones deben justificar tal carácter mediante presentación del testimonio de constitución o del acta de la asamblea o reunión de socios que los hayan designado.

Los administradores de una sucesión, albacea, síndicos, etc, deben presentar el testimonio de su designación por los interesados o por el órgano judicial correspondiente, así como, la aceptación del cargo.

Puede suceder que por inadvertencia del juzgado se constituya como representante a quien ha omitido el cumplimiento de la referida carga. En tal hipótesis es admisible la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o demandado; sin embargo, puede darse el caso que no se justifique la personería, el juez debe exigir de oficio el cumplimiento de ese requisito y fijar un plazo para ello bajo apercibimiento de concluir el proceso, esto en aplicación del inciso 3 del artículo 465 CPC.

6. La excepción que recoge el inciso 4 de la norma en comentario, constituye el medio acordado para denunciar la omisión o la formulación imprecisa o ambigua de las enunciaciones legalmente exigibles al interponer la demanda.

Para Alsina<sup>(8)</sup> la referida excepción procede cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara, de tal forma, que si la demanda adoleciera de

---

(8) ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª ed, t. III. Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 112

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

oscuridad o insuficiencia, tal que no permita con precisión y seguridad las personas involucradas en el reclamo o el objeto que se pretende o los hechos que valen de título o causa de pedir, no existiría el presupuesto de un proceso válido.

Esta excepción es conocida en otros ámbitos como “excepción de defecto legal”. Según Caravantes<sup>(9)</sup> “no se refiere al fondo o justicia de la demanda, sino que solo tiene lugar cuando la forma de la demanda, esto es, el modo de formular la pretensión, adolece de vicio o no se ajusta a los requisitos y solemnidades que prescribe la ley para que pueda ser admitida por el juez. Tal sucederá cuando no se fije con precisión lo que se pida o no conste la persona contra quien se proponga o la que la entable o no se exponga suscintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho...”.

Para Palacio<sup>(10)</sup>, lo importante es que las falencias que pueda adolecer la demanda deben ser suficientes como para afectar el derecho de defensa del demandado, privando a este de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándola la eventual producción de la prueba

Procede esta excepción cuando no aparecen debidamente individualizados los nombres del actor o del demandado, impidiendo fijar inicialmente en forma inequívoca a los sujetos del proceso, por citar, no individualiza el nombre del propietario del automóvil causante del daño; también procede cuando no denuncia su domicilio real, salvo que la ubicación de este resulte de los documentos acompañados.

También procede cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud la cosa demandada y no media obstáculo para ello, o reclama el pago de cantidades globales sin discriminación, por ejemplo, si en la demanda de expropiación no se determina con exactitud, la ubicación, linderos y medidas perimétricas del terreno; si el actor no especifica la suma que reclama por el incumplimiento contractual que imputa al demandado, no bastando para suplir esa omisión la eventual determinación del valor de los bienes que aquél pretende diferir al momento de ejecutar la sentencia; si se demanda el pago de honorarios profesionales sin precisar en que época y dónde se prestaron.

Existen ciertos requisitos formales cuyo incumplimiento por parte del actor, podría permitir amparar la excepción citada; véase el caso de no acompañar la traducción de los documentos prestados en idioma extranjero (véase sobre este aspecto lo regulado en el artículo 241 CPC); no sería procedente esta excepción si la actora omitió acompañar las copias para el traslado de la demanda o estas no

---

(9) CARAVANTES, José de Vicente, Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig Ediciones, 1856, Tomo II, p.6

(10) Palacio Lino, op. cit., t.6, p.111

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

se entregaron en el acto de la notificación; tampoco la omisión de prueba documental al escrito de la demanda autoriza a interponer esta excepción, por cuanto el artículo 426 CPC regula un efecto específico, cual es, la inadmisibilidad de la demanda; en todo caso, la presentación posterior permite al demandado oponerse por extemporánea, conforme señala el artículo 189 CPC

Lo importante de esta excepción es que la imprecisión en el planteamiento de la demanda dificulta en mayor medida la posibilidad de una defensa adecuada; sin embargo, ello no justifica que se ampare esta excepción ante la omisión o la errónea invocación de las normas legales en que se funda la demanda, ya que por aplicación del *iura novit curia*, el juez está facultado para suplir ese tipo de deficiencias.

En relación a esta excepción, señala Morales<sup>(11)</sup> que el demandado se coloca en un verdadero estado de indefensión, al tener que contestar la demanda antes que el juez resuelva esta excepción, contestación que como lo argumenta el propio demandado, lo tiene que realizar sobre una demanda oscura o ambigua, violentando el debido proceso, pues, se obliga al demandado a formular su defensa sin tener exacto conocimiento de los alcances de la demanda. En estas circunstancias, en caso se ampare la excepción la norma debería haber propuesto se conceda un plazo extraordinario al demandado para que absuelva la demanda corregida de sus vicios originales.

7. La excepción contenida en el inciso 5 exige la habilitación previa de la instancia judicial, sin embargo, esta exigencia actualmente es fuertemente criticada por diversas razones:

a) aparece concebida contra el sentido común de las personas, al exigir que se tenga que demostrar previamente que la administración no le quiere dar la razón. Es incongruente esta exigencia, porque nadie asumiría ir a un proceso judicial, con los costos y la demora que implica, renunciado a un procedimiento más barato y de menos tiempo que sería el administrativo, si es que no tuviera la convicción que no le darán la razón.

b) se exige un dispendio administrativo inútil y sobre todo porque se deniega el acceso a la justicia y se afecta la búsqueda de una solución pronta y eficaz. Priori<sup>(12)</sup>, se ubica en esta tendencia al señalar "un régimen mucho más acorde con el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sería aquel conforme al cual

---

(11) Morales Godo Juan, "La inconstitucionalidad del trámite establecido en el Código Procesal Civil para resolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda" en Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 56, Dic. Lima, 2003, p. 531-545

(12) Priori Posada Giovanni, Comentarios a la ley del proceso contencioso-administrativo, 2ª ed, Ara editores, Lima, 2002, p. 20.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

se le dé al ciudadano la facultad de acudir al ente administrativo o al Poder Judicial sin imponerle la obligación de agotar la vía administrativa, régimen al cual tendremos que llegar en un corto plazo”.

Los que justifican el agotamiento de la vía administrativa consideran un privilegio forzado que la administración impone a los particulares para que tengan que someter ante ella, previo a la jurisdicción; sin embargo, señala Gordillo<sup>(13)</sup> en la judicatura se viene superando este problema “al dar traslado de la demanda, si la administración opone la falta de reclamo administrativo previo pero también contesta oponiéndose al progreso de la acción en cuanto al fondo, entonces está demostrado, con la doctrina de los propios actos, que el reclamo previo es en ese caso particular efectivamente un ritualismo inútil, ya que si está contestando en forma adversa la demanda, obvio es concluir que lo mismo hará con un reclamo administrativo del mismo tenor”.

Carrión Lugo<sup>(14)</sup> al referirse a esta excepción considera que es un tema de discusión porque “se podría llegar a la conclusión, que en el fondo, esta es una modalidad de la excepción de incompetencia, pues válidamente podemos sostener que un juez no sería competente para conocer de una demanda sobre impugnación de una resolución administrativa si previamente el actor no ha agotado los recursos impugnatorios previstos en la vía administrativa”.

En estos últimos tiempos, se ha instaurado la actividad conciliatoria como un paso previo al proceso judicial. Dicha actividad es personalísima pues no se admite representación, salvo la legal. A pesar de ello, la Casación N° 632-2002-Lima, de fecha 10 de junio del 2002, hace referencia al caso de haberse intentado la actividad conciliatoria mediante representante, situación que no observó la parte demandada en su momento en el proceso, para plantear la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, pues el trámite de la conciliación no se había agotado válidamente. No compartimos el criterio expuesta en la citada casación, pues, el acto previo al ingreso a la jurisdicción no constituye un acto administrativo.

Si bien las reclamaciones previas en vía administrativa han sido equiparadas a los actos de conciliación, precisamente por tener como nota común, de ser ambas actuaciones previas a la iniciación de la vía judicial; sin embargo, entre ellas existen notorias diferencias. En los actos de conciliación los destinatarios son órganos judiciales, en la reclamación previa, son órganos administrativos. La conciliación tiende a obtener un acuerdo entre las partes en conflicto, en la reclamación previa es la administración la que acepta o rechaza unilateralmente la petición. En la

---

(13) Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t.2, Fundación de Derecho Administrativo, Ara editores, Lima, 2003, p.

(14) Carrión Lugo Jorge, Tratado de derecho procesal, t.II, Grijley, Lima, 2000, p.476

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conciliación se sigue un procedimiento oral contradictorio, en la reclamación previa el procedimiento es escrito y la decisión se adopta unilateralmente por la administración.

8. Para Montero Aroca la actividad procesal se puede iniciar por persona distinta al titular de la relación jurídico-material o frente a persona distinta, bien porque existe error o se falta a la verdad por quien interpone la pretensión, bien porque el ordenamiento jurídico permite pretender la actuación del derecho objetivo a quien no es titular de la relación jurídico-material. La acción se ejerce al margen de la legitimación que pueda invocarse en el proceso.

La legitimación es definida como la relación sustancial que se denuncia que existe entre las partes del proceso y que es el objeto de la decisión reclamada. Bajo esa óptica, se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido. Devis Echeandía<sup>(15)</sup> ilustra la definición con el siguiente ejemplo: “quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda”.

En los procesos contenciosos, refiere el citado autor, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda y respecto del demandado en ser la persona que conforme a ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante. En ese sentido, considera acertado el pronunciamiento judicial de falta de legitimación pasiva, cuando se demanda en petición de herencia a quien no ocupa los bienes como heredero, sino por haberlos adquirido de un aparente heredero o de otro heredero.

La legitimación puede ser ordinaria y extraordinaria. Según Montero Aroca, la legitimación ordinaria es la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, recae en las afirmaciones que realiza el actor. Si no afirma su titularidad del derecho carecerá de legitimación para interponer la pretensión contra el comprador; en cambio, la legitimación extraordinaria, no afirma la titularidad del derecho material subjetivo. Los intereses difusos son una expresión de esta legitimación. La sentencia que declare fundada la demanda será obligatoria para todos, incluso para quienes no han participado en el proceso, tal como lo señala la última parte del artículo 82 CPC.

---

(15) Op. cit. t. I, p.269-270

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Por otro lado, doctrinariamente se establece la existencia de dos tipos de legitimación: la *legitimatio ad proessum* y la *legitimatio ad causam*. Gozaini<sup>(16)</sup>, califica a ellas de la siguiente manera:

La legitimación procesal, viene a ser la aptitud que tiene la persona para obrar directamente en un proceso ya sea como demandante o como demandado. Estas aptitudes que deben tener las partes se relacionan íntimamente con los presupuestos procesales, en especial con aquellos que se exigen para el ejercicio de la acción.

La *legitimatio ad causam*, viene a ser la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda, esto es, la calidad de propietario que tiene la persona sobre el derecho que invoca en su acción.

Según Gozaini, ambas se diferencian porque: a) la *legitimatio ad causam*, constituye un elemento del derecho sustantivo para que se ampare la pretensión jurídica demandada; en tanto que la *legitimatio ad proessum*, es un presupuesto necesario para que la relación procesal nazca válida; b) en la *legitimatio ad causam*, el actor será parte en sentido formal, pero no lo será en sentido sustancial, por lo que, será válido el proceso pero sin ninguna eficacia en cuanto al derecho civil accionado, ya que la demanda será declarada infundada; c) la ausencia de legitimación procesal genera la nulidad de lo actuado, razón por la que no debe el juez admitir a trámite la acción; d) si el actor no tiene la *legitimatio ad causam*, la acción queda extinguida, no pudiéndola renovar posteriormente, salvo que se indique un título distinto; en cambio, si el actor no tiene la *legitimatio ad proessum*, la acción puede volverse a invocar por el sujeto que tenga dicha legitimación.

En el caso del demandado, ambas legitimaciones funcionan con iguales alcances, ya que si aquél no es el obligado a responder de la pretensión demandada, carece de la *legitimatio ad causam*, declarándose por tanto la acción infundada; en cambio, si el titular a responder, es titular de la obligación, en consecuencia la demanda será amparada. En cuanto a la *legitimatio ad proessum*, si el demandado no tiene esa capacidad, por ser menor de edad o incapaz, o al atribuírsele una representación indebida, lo actuado devendrá en nulo al igual que cuando el actor carece de dicha legitimación.

Frente a las legitimaciones citadas, consideramos acertada la posición de Devis Echeandía de eliminar la *legitimatio ad proessum* para hablar solo de la capacidad general y especial para ciertos actos procesales y no correr el riesgo de confundir indebidamente las dos nociones.

De lo expuesto líneas arriba coincidimos con Gozaini<sup>(17)</sup> que la excepción de falta de legitimidad para obrar, puede prosperar en las siguientes circunstancias:

---

(16) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Teoría general del derecho procesal, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 373

(17) GOZAINI. Op. cit. p. 86

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

el actor o demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión con prescindencia de la fundabilidad de esta; y, mediando la hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesta por o frente a todos los legitimados. En ese sentido también se orienta la opinión de Palacio<sup>(18)</sup> precisando además, que no procede oponer esta excepción cuando concurre la sustitución procesal que regula el artículo 60 CPC.

9. El inciso 7 regula la excepción de litispendencia. Se califica a esta excepción cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto, es decir, frente a la coexistencia de dos pretensiones cuyos elementos son idénticos.

Esta identidad que existe entre los elementos de la pretensión, lleva a diferenciar la litispendencia de la acumulación de procesos. Así, mientras, la primera supone la existencia de la triple identidad entre las pretensiones, la acumulación puede decretarse por la mera conexión entre la causa o el objeto de aquéllas.

Por otro lado, la litispendencia tiene por efecto la eliminación del segundo proceso, que busca archivarlo; en cambio la acumulación, cuando los procesos conexos se tramitan ante órganos judiciales distintos, solo produce un desplazamiento de la competencia por vía de adquisición. La excepción es un medio estratégico, que tiende a ganar el proceso, mientras la acumulación, es una simple táctica, cuya finalidad es situarse mejor en el proceso, pero no ganarlo de inmediato. Sí la excepción de litispendencia es amparada se concluye el proceso, por el contrario, la acumulación no tiende a ganar directamente al segundo proceso (a hacerlo desaparecer) sino a unirlo al primero.

La razón de esta excepción se sustenta en la necesidad de evitar que una misma pretensión sea objeto de un doble conocimiento, con la consiguiente posibilidad que sobre ella recaigan sentencias contradictorias.

Como ya señalamos líneas arriba, constituye requisito primordial para que proceda esta excepción, la concurrencia de tres identidades procesales: identidad de sujeto, objeto y causa; sin embargo, aparte de esta triple identidad, se requiere la existencia de otro proceso en giro pero de naturaleza jurisdiccional; esto es, no generan litispendencia los actos previos o preparatorios de la demanda, por más que el inicio de aquélla pueda retrotraerse excepcionalmente al momento en que se realizan, como efectivamente ocurre cuando se trata de actuaciones que al actor debe necesariamente llevar a cabo antes de demandar. Tampoco produce litispendencia los procedimientos administrativos pero sí el arbitraje y los actos de jurisdicción voluntaria que se llevan a cabo en presencia de un juez.

---

(18) PALACIO. Op. cit. t.VI, p.132-133

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La falta de regulación clara sobre el momento de inicio de la litispendencia, lleva a que concurren dos criterios: unos consideran que se inicia con el emplazamiento del demandado; otros, con la presentación y admisión de la demanda. En opinión de Málaga<sup>(19)</sup> la litispendencia comienza siempre cuando el demandante realiza el primer acto procesal que el ordenamiento le exige para poder ejercitar su acción. Ese acto es la presentación de la demanda, por lo que el inicio de la litispendencia no se retrasa a la admisión de la misma, ni al emplazamiento del demandado, ni mucho menos a la eventual contestación de este último”.

Por otro lado, la litispendencia no existe si el proceso anterior concluyó por sentencia firme, desistimiento, transacción, conciliación y abandono. Tampoco es necesario que el primer proceso se encuentre en giro ante el mismo órgano jurisdiccional, sino que puede encontrarse pendiente ante otro órgano diverso.

En relación a la excepción en comentario, aparece el caso Municipalidad de Miraflores con el Ministerio de Salud sobre desalojo, en el que la Sala Civil Suprema, mediante Casación N° 1793-2004-Lima, de fecha 9 de setiembre de 2005 se ha pronunciado amparando la excepción de litispendencia propuesta.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud interpuso demanda de desalojo por ocupante precario contra la citada Municipalidad, solicitando que la entidad emplazada cumpla con desocupar el inmueble de su propiedad, por haber sido afectado en uso a favor del Ministerio de Salud; sin embargo, en el año 1992, ante el 60 juzgado civil de Lima, el Ministerio de Salud demandante interpuso contra la citada Municipalidad demanda de entrega del inmueble de litis.

Frente a los hechos descritos, la Sala Suprema señala que si bien se pretende en vía ordinaria (según el Código de Procedimientos Civiles derogado) la obligación de entregar o devolver el bien inmueble de propiedad del Ministerio de Salud, y por otro lado, en proceso sumarísimo la desocupación y entrega del inmueble de litis; dado que en los dos procesos se pretende la desocupación y entrega del bien inmueble de litis, es irrelevante que en ambos casos se hayan planteado con expresiones distintas y en vías procedimentales diferentes, por lo que debe declararse fundada la excepción de litis pendencia propuesta, declarando la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.

10. La excepción de la cosa juzgada regulada en el inciso 8 de la norma, esta íntimamente relacionada con la función jurisdiccional, es decir, que las decisiones que se logren en su interior son definitivas e inmutables, pues, buscan acabar para siempre con el conflicto.

---

(19) Málaga Diéguez Francisco, La litispendencia, Bosch, Barcelona, 1999, p.615

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Se expresa en el hecho que no se puede volver a discutir ante un órgano jurisdiccional una decisión dada por este, así como, el deber de cumplir lo expresado en el fallo judicial. Si bien es un efecto natural de toda sentencia, su imperio y obligatoriedad, también concurre a ella, la propia utilidad de la función judicial del Estado, unida a consideraciones de seguridad jurídica, que determinan la necesidad de asegurar del atributo que su contenido no puede ser alterado en ningún otro proceso ulterior, tornando por lo tanto inadmisibles toda nueva discusión o resolución acerca de las cuestiones ya decididas o resueltas con carácter firme.

Este mencionado atributo recibe el nombre de cosa juzgada, a la que puede definirse, en general, como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no proceda ningún recurso susceptible de modificarla.

En ese sentido, coincidimos con la opinión de Palacio<sup>(20)</sup> cuando califica a la cosa juzgada como una cualidad que la Ley le agrega a determinados actos, a fin de acrecentar su estabilidad y tiene la misma validez con respecto a todos los efectos que puede producir.

La excepción de cosa juzgada se encuentra regulada en el inciso 8 del artículo 446 del CPC. Supone la existencia de dos procesos: un proceso que ha terminado con decisión firme sea mediante sentencia o composición de partes homologada; y, otro proceso en trámite. En ambos, las partes, las pretensiones procesales y el interés para obrar son los mismos. El artículo 453 inciso 2 del CPC considera que la excepción de cosa juzgada es fundada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme.

Según Ticona<sup>(21)</sup> esta excepción “permite denunciar que el interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia”.

Esta excepción no puede dejar de vincularse con la litispendencia. Ambas figuras tienen como presupuesto, la existencia de dos procesos absolutamente idénticos, por ello es admisible la excepción de litispendencia porque constituye una especie de anticipación de la cosa juzgada; ambas excepciones producen, en caso de ser admitidas, la eliminación del proceso en el cual se formulan, cuyo objeto de litis, queda sin pronunciamiento; además, en ambas subyace un interés jurídico-público, que en doctrina se considera que puedan ser apreciadas de oficio y no solo por control de partes. La trascendencia de esta intervención es justificada por Couture<sup>(22)</sup> en atención a que ambas excepciones “procuran impedir

---

(20) PALACIO. Op. cit. p.499

(21) Ticona Víctor, Análisis y comentarios al Código Procesal Civil, Grijley, t. 1, Lima, 1996, p.577

(22) Couture Eduardo, Fundamentos del derecho procesal civil, 3º ed, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 118

que se siga adelante un juicio que, en definitiva, provocará resultados gravosos: si las dos sentencias (la del juicio anterior y la del nuevo juicio) son iguales, la segunda es innecesaria; si son distintas, aparejarán la colisión de dos decisiones pasadas en cosa juzgada”.

La excepción de cosa juzgada consiste en alegar, en un pleito determinado, la existencia de otro proceso sobre el mismo objeto terminado por sentencia firme, mientras que la excepción de litispendencia implica que ese proceso, que en este caso deberá haberse iniciado con anterioridad se encuentra todavía en curso. Dicho de otro modo, la excepción de litispendencia requiere la simultánea pendency de los dos procesos afectados, en tanto que la de cosa juzgada solo puede utilizarse cuando uno de ellos ya ha finalizado. Para Málaga,<sup>(23)</sup> “La litispendencia y la cosa juzgada tienden por igual a la protección de la eficacia de la sentencia y ambas lo hacen desplegando sus efectos de un modo similar, de suerte que la litispendencia constituye una especie de anticipación de la cosa juzgada o, si se prefiere, una suerte de retroacción de los efectos de esta al momento de la presentación de la demanda”. Entre ambas excepciones no median diferencias profundas, pues, ambas procuran impedir que siga adelante un proceso que, en definitiva, provocará resultados gravosos: si las dos sentencias (la del proceso anterior y la del nuevo proceso) son iguales, la segunda es innecesaria; si son distintas, aparejada la colisión de dos decisiones pasadas en cosa juzgada, señala Málaga<sup>(24)</sup>; sin embargo, como ya hemos señalado líneas arriba, la distinción entre ambas se va a expresar, en que la excepción de cosa juzgada consiste en alegar, en un proceso determinado, la existencia de otro proceso sobre el mismo objeto terminado por sentencia firme, mientras que la excepción de litispendencia implica que ese proceso, que deberá haberse iniciado con anterioridad se encuentra todavía en curso.

Por otro lado, en caso se quiera hacer valer una sentencia extranjera para sustentar la excepción de cosa juzgada, en un proceso civil en giro en el Perú, no requiere el exequator. Es suficiente que se presente la copia legalizada de la sentencia extranjera pues conforme establece el artículo 2109 CC las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos no requiriendo el exequator. La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un proceso, si cumple con los requisitos establecidos en los artículos 2103 y 2104 CC, en tal sentido, será el juez de la contienda en giro, quien verificará si la sentencia se ajusta a dichas exigencias, contribuyendo con la unidad y celeridad procesal.

---

(23) MÁLAGA Op. cit., pp.296

(24) Ibidem

11. El desistimiento siempre se produce en el ámbito del proceso y se expresa bajo dos supuestos: desistirse del proceso y desistirse de la pretensión, este último también es conocido como desistimiento del derecho y es acogido por el inciso 9 de la norma en comentario como excepción.

El desistimiento de la pretensión se califica como la abdicación, renuncia o dejación del derecho material producida en el ámbito del proceso. Su naturaleza es un acto jurídico dispositivo tendiente a extinguir derechos. En el proceso se inclina como un acto unilateral de abdicación al derecho en el proceso.

El desistimiento de la pretensión, si es procedente dará por terminado el litigio. En lo sucesivo las mismas partes no podrán promover otro proceso por el mismo objeto y causa. En caso de intentar un nuevo litigio con las identidades descritas, el demandado podría oponer la excepción del desistimiento de la pretensión con la prueba documental de la existencia del proceso donde exista la resolución que admite dicho desistimiento, pero, siempre y cuando hubiese operado dicho desistimiento en un proceso contencioso.

El desistimiento, necesariamente está sujeto al control jurisdiccional para apreciar si se trata de un objeto disponible para luego en caso de ser positivo, proceder a la homologación para validar su existencia y sus efectos. Como señala el artículo 344 CPC “la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada”.

El desistimiento de la pretensión debe ser apreciado bajo dos supuestos a actuar: que la demanda haya sido notificada y que tal acto no haya tenido lugar.

En el primer caso, es obvio que habrá de notificarse la resolución que se dicte. Producido el desistimiento del derecho, el juez dictará una resolución homologatoria en tanto lo admita. Dictada esa resolución, ella deberá notificarse.

Las dudas aparecen cuando la demanda no ha sido notificada y el actor se desiste. El Código procesal civil no regula nada al respecto, pero consideramos que producido el desistimiento del derecho antes de notificarse la demanda, el juez podrá tenerlo por válido si corresponde a la naturaleza del derecho y la resolución que recaiga será comunicada a la contraparte a los efectos que tome conocimiento de su liberación y puede a futuro oponer a través de la excepción del desistimiento de la pretensión.

En este mismo sentido también se orienta Forniciari cuando señala que debe notificarse al accionado aun cuando no este integrado a la litis. Las razones son prácticas. Cuando se renuncia al derecho material, este no puede volver a ejercerse en otro proceso, generándose la defensa del desistimiento del derecho.

El demandado a quien no se le dio traslado de la demanda, nada sabe de la existencia de esta. Si antes de la notificación el actor desiste de su pretensión, la pregunta elemental que surge es el cómo podrá enterarse de tal desistimiento.

Omitir la notificación de la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, podría permitir a futuro la generación de un nuevo proceso sustentado en un derecho que no existe.

12. La excepción de conclusión del proceso por conciliación o transacción está regulada en el inciso 10 de la norma. La transacción y la conciliación en el proceso judicial tiene como objetivo aportar a la litis un medio de definición del conflicto con el fin que el juez decreta la terminación del proceso.

Si partimos del supuesto que tanto la transacción como la conciliación tienen efecto extintivo sobre la cuestión controvertida, impidiendo que las partes puedan volver sobre ella, la redacción que contiene este inciso podría llevar a entender que solo operaría para poner fin al proceso, situación que no necesariamente involucra poner fin al conflicto. Son dos categorías totalmente diferentes, cuyas consecuencias señalan lo siguiente: la transacción o la conciliación ponen fin al conflicto y consecuentemente al proceso en el que se discute; pero puede darse el caso que se ponga fin al proceso, mas no al conflicto, situación que puede permitir reanudar su discusión posteriormente, en otro momento y en otro proceso.

Tanto la transacción como la conciliación judicial, consideran que el conflicto ha sido dilucidado por composición de partes, y la Ley le ha otorgado a ese acuerdo la calidad de cosa juzgada siempre y cuando sea aprobado dicho acuerdo por el órgano jurisdiccional. (véase artículos 328 y 337 CPC) Recién allí se puede oponer, para futuros procesos en el que exista triple identidad, la excepción citada.

En ese mismo sentido Carrión<sup>(25)</sup> señala "...cuando un proceso civil hubiera concluido mediante conciliación y no obstante ello se inicia un nuevo proceso idéntico a aquél, el demandado, en el segundo proceso, puede deducir la excepción de conclusión del proceso por conciliación o simplemente la excepción de conciliación. En este caso es esencial determinar la identidad de los procesos –que es distinto de las pretensiones– tomando como referente lo dispuesto en el artículo 452 del CPC que dice: hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos".

Por otro lado, debemos precisar que los efectos de la conciliación extraprocesal es totalmente diferente a la conciliación procesal, porque a esta última le es extensiva la cosa juzgada (véase artículo 328 del CPC). Como señala el dictamen de la Comisión de Justicia al debatir el proyecto de Ley de conciliación, "el título de ejecución, puede ser cualquier documento que la Ley le confiera dicha calidad y

---

(25) Carrión Lugo, Jorge, "La postulación en el proceso" en Análisis del Código Procesal Civil, Cuzco ed, Lima, 1994, p.352

(26) Gozaini Osvaldo, "La conciliación en el Código Procesal Civil del Perú, Teoría y técnica, Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998, p. 412

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

no tiene que ser necesariamente cosa juzgada". El único ente que se encuentra facultado para administrar justicia con efecto de cosa juzgada es el Poder Judicial, conforme lo señala el artículo 139 de la Constitución del Estado.

En esa misma línea Gozaini<sup>(26)</sup> señala que "la cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes". Ello justifica que frente a una actividad dolosa estos acuerdos homologados puedan ser revisados, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta que recoge el artículo 178 CPC.

Desde otra óptica, que no comparto, Hinostrza<sup>(27)</sup> considera que nada obsta para que esta excepción pueda operar tratándose de conciliación extrajudicial, la cual, pese a no concluir en un proceso judicial impide que se promueva el juicio si el objeto de este y el asunto conciliado coinciden. "...por cumplir tanto la conciliación judicial como la extrajudicial la misma función (poner fin al conflicto de intereses por acuerdo de partes) esta última, es susceptible de ser considerada como presupuesto de la excepción que analizamos". El referido autor supedita la excepción fundada en la conciliación extrajudicial siempre que sea facultativa y lo explica así: "...siendo el acta de conciliación extrajudicial anexo exigible a la demanda en los procesos cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo (que adquiere carácter obligatorio) resulta muy sencillo para el órgano jurisdiccional determinar durante la calificación de la demanda si hubo o no conciliación preprocesal. En el primer caso, rechazará la demanda por ser notoriamente improcedente; en el segundo, falta el presupuesto de la excepción. Es por ello que no puede concebirse la excepción basada en la conciliación extrajudicial que no sea de carácter facultativo (en cuyo caso se está ante un asunto que puede ser ventilado judicialmente sin exigirse la copia certificada del acta respectiva) salvo las hipótesis del error judicial al verificar el acta de conciliación o del planteamiento malicioso de la excepción".

13. El inciso 11 y 12 regulan las excepciones de caducidad y prescripción extintiva.

La caducidad significa según Albadalejo<sup>(28)</sup> generalmente una facultad o un llamado derecho potestativo tendentes a modificar una situación jurídica- nace con un plazo de vida y que pasado este, se extingue. Se trata, de una facultad de duración limitada.

La prescripción no es un medio de extinción, ni de la acción ni del derecho subjetivo, sino de la pretensión. No significa la prescripción que algo nazca con un plazo de vida, sino que, si durante determinado tiempo está inactivo, no se puede luego imponer.

---

(27) Hinostrza Alberto, Las excepciones del proceso civil, 2oed, San Marcos, Lima, 1998, p. 344

(28) Albadalejo Manuel, Derecho Civil, vol.2, 14ed, Bosch, Barcelona, 1996, pp.506-507

En la caducidad, el tiempo se cuenta necesariamente desde el nacimiento; en la prescripción, desde que hay inactividad del derecho; y por eso, si después de nacer se le ejercita, el tiempo se cuenta desde que la actividad cesa. Señala Albadalejo, que la caducidad se aplica generalmente no a los derechos, propiamente hablando, sino a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover el cambio de situación jurídica; por ejemplo, el poder de impugnar un contrato o el matrimonio o un estado de filiación, etc. tengan o no carácter patrimonial mientras que la prescripción se aplica a los derechos patrimoniales.

14. El inciso 13 de la norma regula la excepción de convenio arbitral. Sobre el particular diremos que el arbitraje es un medio extraordinario de administrar justicia.

Importa un equivalente jurisdiccional, que tiene un origen contractual, expresado en el convenio arbitral. Este convenio es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, porque como convención supone el libre acuerdo de la voluntad de los contratantes, aún en los contratos con el Estado, en los que opera la contratación por adhesión.

En la teoría del proceso, el arbitraje, es un fenómeno de desplazamiento de la competencia, como excepción a la regla de la competencia permanente. Este desplazamiento de la competencia opera a través del convenio arbitral.

El artículo 9 de la Ley General Arbitral define al convenio arbitral como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial”.

La excepción de convenio arbitral, a que se refiere la norma, esta definida en el artículo 16 LGA de la siguiente manera: “si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso”.

El hecho que las partes hayan acordado someter su conflicto a arbitraje, no impide que estas, luego puedan renunciar al arbitraje ya pactado, mediante nuevo convenio, sea de manera expresa o tácita. Esto último va a operar cuando se ha interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso. En ese sentido léase lo regulado en el artículo 15 LGA.

Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable. (véase artículo 16 LGA)



### JURISPRUDENCIA

---

*La excepción es un instituto procesal por la cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor; con ella cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anular la acción incoada (Cas. Nº 1429-98-Piura, El Peruano, 16/01/99, p. 2479)*

*Las excepciones denuncian invalidez de una relación procesal.*

*No obstante que el artículo 722 del C.P.C no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas por que no hay disposición que lo prohíba.*

*El no permitir oponer dichas medios de defensa, supone que en todos los casos los procesos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción (Exp. Nº 1339-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 156-157)*

*Las excepciones se resuelven conjuntamente y el auto que declara fundada una excepción debe anular lo actuado en lo principal, mas cuando hay demandas y reconveniones, tal nulidad se entiende referida a las acciones afectadas por la excepción, en este caso las demandas, pues las reconveniones son acciones contra las cuales no se ha deducido excepciones y que por tanto son independientes (R.N. Nº 6-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 259, Diciembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10)*

*Caduca la acción de divorcio por adulterio a los seis meses de conocida la causar por el cónyuge ofendido (Exp. Nº 3298-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 46-47)*

*La demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la ex empleadora, por haber dañado su salud, a consecuencia de realizar trabajos en ambientes altamente contaminados de gases tóxicos, humos y polvos debe ser apreciado por los juzgados de trabajo, por lo que debe declararse fundada la excepción de incompetencia (Exp. Nº 3326-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 294-295)*

*La excepción de incompetencia ataca la validez de la competencia del juzgado en razón del grado jerárquico y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa ataca la relación procesal desde el punto de vista de la vía previa administrativa antes de recurrir al órgano jurisdiccional (Exp. Nº 1663-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 276-277)*

*La representación defectuosa se configura cuando se carece del poder, es nulo, falso o le faltan cualidades propias e intrínsecas para su eficacia. La representación insuficiente se refiere a situaciones que alcanzan a su contenido o sentido específico a tenor de la literalidad que exige la norma o en su caso si éste ha sido revocado (Exp. Nº 1027-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 274)*

*La excepción de representación insuficiente o defectuosa no se puede confundir con la de falta de legitimidad para obrar, pues esta última se contrae a la facultad legal de los sujetos del proceso, demandantes o demandados, para formular una pretensión determinada o contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirle un interés en su resultado legitimado ad causam (Cas. Nº 1751-96-Piura, El Peruano, 07/06/98, p. 1263)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El cuestionamiento a la representación de la parte demandante debe efectuarse a través de la excepción respectiva y dentro del plazo legal (Exp. Nº 1392-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 418).*

*Todas las operaciones y las personas que intervienen en el Mercado de Valores se encuentran supervisadas y controladas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. Este organismo tiene la atribución de resolver en última instancia, en vía administrativa, las controversias que se susciten entre las bolsas de valores y las entidades emisoras o los agentes de intermediación en el mercado de valores.*

*No se puede pretender determinar obligaciones indemnizatorias, si antes no se ha discutido en la vía administrativa (Exp. Nº 27960-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 294)*

*Si los actores pretenden el reconocimiento como propietarios de las acciones, y acumulativamente que la empresa extienda los certificados y pague los dividendos, es errada la exigencia del juez, que para dar trámite a la demanda sea necesario agotar un procedimiento administrativo, pues los actores tienen interés para obrar.*

*El interés para obrar es la necesidad de aquel que recurre al órgano jurisdiccional como última vía para hacer valer algún derecho (Exp. Nº 2145-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 258).*

*La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es aquella en la cual se establece que los jueces no deben admitir la demanda, sino después de agotados los recursos jerárquicos establecidos en la vía administrativa (Cas. Nº 1429-98-Piura, El Peruano, 16/01/99, p. 2479)*

*La ley obliga a agotar una vía administrativa previa cuando el Estado actúa como ente del gobierno y no como persona de derecho privado; y, cuando la norma procesal condicione el ejercicio de la acción civil al tránsito por esa vía de una determinada reclamación (Exp. Nº 30-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 438)*

*Se da una falta de interés para obrar, si las reclamaciones, impugnaciones y quejas de los usuarios de SEDAPAL no agotan la vía administrativa.*

*Se entiende agotada dicha vía cuando el reclamo del usuario es resuelto en última instancia por la Superintendencia Nacional de Servicio de Saneamiento.*

*Debe exonerarse de pago de costas y costos judiciales si al actor se le pretende cobrar en la factura por consumo de agua, una obligación que proviene de título distinto, pues, ha tenido razones atendibles para litigar (Exp. Nº 3001-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 423-424)*

*La legitimidad para obrar es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide con la relación jurídico procesal. Los demandantes acreditan legitimidad para obrar con la suscripción de la escritura pública de constitución de fianza, respaldada con garantía hipotecaria otorgada a favor del Banco emplazado.*

*El debate para determinar si la empresa afianzada es aún deudora del banco emplazado, corresponde al fondo de la controversia y no a una discusión que se deba dilucidar vía excepción (Exp. Nº 48004-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 260)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si la legitimidad para obrar se funda en la interpretación del acto jurídico que va a incidir sobre el fondo del asunto controvertido y que está sujeto a probanza, no puede ser resuelto vía excepción (Exp. N° 2697-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 256)*

*La legitimidad para obrar es el derecho en cuyo favor está la ley sustantiva, para lo cual se requiere invocar titularidad respecto del derecho mismo, ello constituye un aspecto de fondo, que deberá dilucidarse en la sentencia que ponga fin a la controversia (Exp. N° 361-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 257)*

*El juzgador no puede pronunciarse en la vía excepcional sobre el derecho de propiedad que es materia de la preteni slón, adelantando juicio sobre la inexistencia de ese derecho a favor del demandante o su conversión en un crédito que lo desautoriza a reivindicar el bien, ya que ello es objeto más bien de la sentencia, luego de agotados los medios probatorios actuados por las partes y concluido el debate de sus posiciones (Cas. N° 492-96-La Libertad, El Peruano, 04/01/2000, p. 4496)*

*La circunstancia de admitirse, en un proceso, una excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, no impide que durante el proceso el demandado acredite derechos que puedan oponerse a los del actor (Cas. N° 1804-98-Lima, El Peruano, 12/01/99, p. 2462)*

*La distinción entre la legitimidad para obrar y la representación procesal radica en que la primera se verifica con la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, que otorga la calidad de parte procesal; en cambio, el representante legal actúa en nombre del titular de un derecho subjetivo, por tanto no tiene calidad de parte. Siendo esto así, la falta de legitimidad para obrar es una causal de improcedencia de la demanda, mientras que la representación es un requisito subsanable, que puede ser cuestionado vía excepción (Cas. N° 1205-99-Lambayeque, El Peruano, 24/11/99, p. 4170)*

*Si el juez declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, debió precisar las personas entre las que el actor debía establecer la relación jurídica procesal, en observancia del inc. 4 del artículo 451 del Código Procesal Civil. No puede imputarse el ejecutante el incumplimiento, cuando el juez ha omitido ordenar, entre que personas debe fijarse la relación (Exp. N° 45912-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 469-471)*

*La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante se plantea como medio de defensa, cuando el actor careciera de la debida identificación entre su persona y la de a quien la ley sustantiva le faculta hacer use de su derecho de acción.*

*Es infundada la excepción si el demandante acciona en su condición de abogado el cobro de sus honorarios profesionales (Exp. N° 4479-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 452-453)*

*Los padres carecen de legitimidad activa para plantear la interdicción civil, invocando como causal la toxicomanía. La legitimidad para obrar es atribuida al cónyuge y a los familiares que dependen de él y –por excepción– al Ministerio Público, por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (Exp. N° 5501-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 453-454)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, el juez debe suspender el proceso y darle un plazo a la demandante para que pueda establecer la relación jurídica procesal entre las personas que el resolutorio ordene. Es errado declarar la nulidad de todo lo actuado y concluido el proceso (Exp. Nº 4169-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 454-455)*

*No es de amparo la excepción de falta de legitimidad para obrar si existe coincidencia en la relación sustantiva y la procesal basada en el endoso en procuración, como acto jurídico cambiario.*

*La sola manifestación del obligado, respecto a que la letra la firmó en blanco, no resulta atendible si no prueba que posteriormente se hubiere completado transgrediendo los acuerdos expresamente adoptados (Exp. Nº 97-6573, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 617-618)*

*La oposición de derechos reales condicionado a la inscripción anterior de iguales derechos a favor del oponente, tiene su restricción en el artículo 2013 del Código Civil, cuando dispone que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.*

*El argumento de la excepción de legitimidad para obrar, de no tener derecho inscrito que respalde el dominio reclamado, debe desestimarse porque toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional y porque no se puede limitar el derecho del ciudadano de controvertir el contenido de una inscripción, aun cuando no tenga precedente registral (Exp. Nº 271-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 414)*

*Debe desestimarse la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante pues es suficiente que el actor invoque (no que acredite) la legitimidad para demandar. El juez al sentenciar evaluará la calidad de acreedor respecto a la pretensión procesal en base a los elementos probatorios que se aporten al proceso (Exp. Nº 507-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 422)*

*La legitimidad para obrar se da cuando existe correspondencia entre la norma sustantiva y la pretensión demandada, esto es, cuando asiste el derecho a quien reclama el mismo.*

*Cuando el alimentista es un menor de edad, el ejercicio de la acción personal de reclamar alimentos corresponde a su representante legal, esto es, al padre o madre que ejerza la tenencia (Exp. Nº 1373-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 421)*

*Si existen actos del administrador que no responden a las facultades legales o estatutarias; y, si esos actos perjudican al accionista en forma directa y personal, se configura la lesión directa, por tanto, no existe falta de legitimidad para obrar del demandante (Exp. Nº 2750-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 418-419)*

*Para que pueda considerarse la existencia de legitimación en la causa basta la afirmación sustentada en la apariencia que se es titular de una relación sustancial dejando al debate probatorio de fondo, la acreditación de la referida condición, salvo que la ausencia de la misma, por ser manifiesta pueda ser declarada así, antes de la sentencia (Exp. Nº 112-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 425)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No existe legitimidad para obrar cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la Ley habilita para pretender o para contradecir (**Exp. N° 19339-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 428**)

La falta de legitimidad para obrar es un concepto lógico de la relación de adecuación que implica que los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva sean los sujetos que participan en la relación jurídica procesal.

Si el actor dirige su demanda contra la entidad bancaria por ser quien solicitó sus servicios profesionales para cobranzas judiciales y extrajudiciales de los créditos que le adeudaban terceros; y, la cesionaria de la entidad bancaria, en virtud del contrato de transferencia de carteras de créditos y cesión de derechos, se evidencia en cuanto a esta última, la falta de legitimidad para obrar porque la relación jurídica procesal debe establecerse solo con la entidad bancaria demandada (**Exp. N° 2428-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 430-432**)

“... La circunstancia de haberse admitido la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante no impide que durante el proceso el demandado acredite derechos que puedan oponerse a los del actor” (**Cas. N° 1818-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 422-424**)

Debe declararse la nulidad de la sentencia si habiéndose dado trámite a la excepción de falta de legitimación para obrar, no se ha resuelto en la audiencia de Ley (**Exp. N° 424-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 216-217**)

No resulta amparable la excepción citada por existir correspondencia entre la parte actora y la pretensión demandada. En todo caso la titularidad del derecho que se irroga es cuestión de fondo que debe meritarse en la sentencia sustancial, a la luz de la prueba aportada (**Exp. N° 629-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 283-285**)

Carece de relevancia jurídica que la escritura de constitución social de la empresa demandante obre en copia simple, hecho que ha servido de fundamento al Juez para declarar fundada la excepción (**Exp. N° 367-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 285-287**)

La excepción propuesta, por su propia naturaleza, atañe a los aspectos adjetivos de los sujetos de la relación procesal y de la relación misma y no a cuestiones sustantivas que tienen que ver con la prueba (**Exp. N° 51-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 278-279**)

La legitimidad para obrar solo estriba en que el actor sea la persona que la Ley sustancial reconoce el derecho de postular, independientemente de la razón que le asista.

El derecho de postular ante los tribunales, no debe confundirse con el fundamento de la pretensión, el mismo que desde luego solo puede establecerse en la sentencia, en base a la evaluación razonada de todos los medios probatorios en conjunto (**Exp. N° 248-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 280-281**)

## JURISDICCION Y ACCION

---

*La falta de legitimidad existe cuando no media coincidencia entre las personas que actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente, para pretender o para contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (Exp. N° 1385-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 282-283)*

*La legitimatio ad causam es la cualidad emanada de la Ley para requerirse una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide en la mayoría de los casos, con la titularidad de la relación jurídico sustancial (Exp. N° 1740-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 283-284)*

*Para que se ampare la litispendencia es necesaria la existencia de un proceso idéntico a otro, en curso.*

*Si de las demandas se advierte que una busca la declaración judicial de resolución extra-judicial de pleno derecho, mientras que la otra persigue la resolución judicial de contrato, vale decir, se orienta a obtener sentencia declarativa con efecto constitutivo; se colige que los petitorios de ellas son distintos. Además, las demandas han sido interpuestas por personas jurídicas distintas, mas no por una sola de aquéllas, de modo que tampoco el interés para obrar es el mismo, no configurándose así la identidad de procesos para amparar la litispendencia (Exp. N° 28870-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 275)*

*Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso.*

*Si el demandante persigue la reivindicación del inmueble y en otro proceso pretende, sobre el mismo inmueble, la declaración de un mejor derecho a la propiedad, posesión e indemnización, no opera la litispendencia, por no existir la triple identidad, a que refiere el artículo 453 del CPC. (Exp. N° 991-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 276)*

*Si en un proceso se exige la indemnización por daños y perjuicios a raíz de la denuncia calumniosa de la cual fue víctima el demandante y en otro proceso pretende una indemnización aduciendo perturbación en el derecho de propiedad, no se da la triple identidad para amparar la litispendencia (Exp. N° 195-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 471)*

*“... El colegiado al haber amparado la excepción de litis pendencia, lo ha hecho otorgando virtualidad jurídica a un expediente fenecido e incluido (sic) iniciado con posterioridad al de autos, no concurriendo por tanto los presupuestos contenidos en el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal citado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad insubsanable” (Cas. N° 1816-98-Cono Norte, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 425-426)*

*Si se ha omitido pronunciarse sobre la excepción de pleito pendiente, tal irregularidad acarrea la nulidad de la resolución pero en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad en la administración de Justicia no es del caso declarar la nulidad, si dicho medio de defensa es notoriamente improcedente (Exp. N° 913-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 538-539)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No obstante ser idénticas la partes, es infundada la excepción de litis pendencia, si la vía procedimental y la naturaleza de las acciones difieren una de otra (**Exp. N° 233-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 425**)

Si un proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, no puede afirmarse que sea un proceso en curso y por ende mal puede ampararse la excepción de litis pendencia. Procede amparar la excepción de litis pendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (**Exp. N° 130-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 427**)

La excepción de litispendencia se configura cuando en dos procesos tramitados simultáneamente, se encuentran presentes las mismas partes, discutiendo el mismo petitorio, y tengan similar interés para obrar.

El interés deberá ser siempre actual, por ello, quien deduce una excepción de litis pendencia, está denunciado que, el interés procesal, de su oponente, se ha agotado, porque ya ha sido empleado en el proceso anterior (**Exp. N° 2984-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 441-442**)

No obstante que los co-litigantes son las mismas partes y tienen el mismo interés, los petitorios de ambos procesos no son los mismos, puesto que uno se refiere a un proceso penal por estafa y la otra a una acción civil por responsabilidad extracontractual, por lo que no se cumple la triple identidad que exige el artículo 452 del CPC. (**Exp. N° 404-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 159**)

Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentre en curso.

Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos (**Exp. N° 44-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 285-286**)

Cuando existen denominaciones diferentes de acciones no significa necesariamente que no exista identidad de acción, por lo que dichos elementos de denominaciones distintas harían de todos modos procedente la excepción de juzgada en el proceso (**Cas. N° 422-96-Huánuco, El Peruano, 13/10/98, p. 1899**)

La excepción de cosa juzgada requiere: a) que las personas que siguieron el juicio sean las mismas, b) que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos y c) que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada; pero, además, se requiere que el proceso sea idéntico al otro que ha sido resuelto con sentencia o laudo firme. Por lo tanto, en un proceso de reivindicación de propiedad no podría prosperar esta excepción, si el proceso en donde supuestamente habría recaído la cosa juzgada hubiere sido de división y partición (**Cas. N° 02-99-Piura, El Peruano, 30/09/99, p. 3627**)

La excepción de cosa juzgada supone identidad de procesos, esto es, la determinación que un proceso ya terminado, es igual al que se encuentra en trámite, debiendo verificarse la identidad de las partes, de las pretensiones y del interés para obrar. Si bien las partes son las mismas, el interés para obrar es el mismo, no hay identidad de pretensiones, por cuanto, en el proceso de ejecución de garantías hay una contradicción, únicamente una defensa, más no una pretensión, como si ocurre en el caso que en vía de acción se solicite la extinción de la garantía hipotecaria (**Exp. N° 34432-98, Sala de Procesos Abreviados**)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 472-473)**

*No resulta oponible la pretensión de la demanda con la reparación civil señalada en la vía penal, puesto que la ahora accionante no se constituyó en parte civil y tampoco hizo cobro de la suma ordenada como tal en el proceso penal (Exp. N° 1719-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 292-293)*

*Procede la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro, esto es, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, y que baya sido resuelto mediante sentencia firme o ejecutoriada (Exp. N° 732-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 290-292)*

*Hay cosa juzgada si en juicio anterior seguido entre las mismas partes se debatió la cuestión planteada como uno de los extremos de la actual demanda (Exp. N° 983-94-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 560)*

*Si la acción de nulidad de acto jurídico, entre otros, se ha declarado improcedente bajo el argumento que procesalmente el derecho expectatio de la demandante debe solicitarse en el mismo proceso en que ha sido perjudicada por una cesión ilegal del bien hecha por su propio marido; es evidente que no hubo pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones controvertidas, por lo que no se da el presupuesto de la excepción de cosa juzgada (Exp. N° 406-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 560-562)*

*Para la procedencia de la excepción de cosa juzgada se requiere que las personas sean las mismas que siguieron el juicio, que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos y que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada.*

*Si bien el actor siguió un juicio de nulidad de escritura pública, no menos cierto es que entre el indicado proceso y el que es materia sobre mejor derecho de propiedad, reivindicación e indemnización por daños y perjuicios no se da la identidad (Exp. N° 845-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 557-558)*

*La excepción de conclusión del proceso por conciliación, solo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico, situación que no se da con los procesos de privación de la patria potestad y tenencia (Exp. N° 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429)*

*No obstante que la fundamentación fáctica de la pretensión no es sobre anulabilidad del acto jurídico, sino sobre la resolución de contrato por vicios ocultos, la misma que a la fecha de interposición de la demanda ha caducado, no procede amparar dicha excepción, pues importaría sustituirse a lo expresamente peticionado por la demandante, situación que debe meritarse en la sentencia sustancial, a la luz de la prueba aportada (Exp. N° 62528-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 277)*

*Es errado considerar el plazo previsto en el artículo 92 del CC, para impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales, como prescripción. Cuando la Ley concede un plazo para el ejercicio de una determinada acción, es de caducidad (Exp. N° 35908-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 137)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Se contraviene el principio de cosa juzgada cuando en la sentencia de vista, se resuelve revocar la sentencia de primera instancia, declarar nulo todo lo actuado e improcedente la demanda por haber caducado la acción ejercida, cuando anteriormente la misma Sala, confirmando lo resuelto por el juez, se había pronunciado por declarar infundada la excepción de caducidad interpuesta por el demandado (**Cas. Nº 3338-98-Lima, El Peruano, 27/10/99, p. 3825**)

Para que empiece a correr el plazo de prescripción es requisito esencial que la acción pueda ser ejercitada de derecho, lo que dependerá de la naturaleza de esta última. Así, en el caso de la acción personal, se entiende que la acción puede ejercitarse desde el día en que se cumplen los requisitos y modalidades a los que estaba sometida la exigibilidad del derecho o, inmediatamente, si no había modalidad establecida. En el caso de que la acción personal no pueda ser ejercitada de derecho por la falta de cumplimiento de los presupuestos y modalidades pactadas por las partes, debe entenderse que el plazo prescriptorio se encuentra suspendido; por lo que, mientras exista la causa de suspensión, no podrá ser opuesto el transcurso del tiempo mediante la excepción de prescripción (**Cas. Nº 1849-98-Lima, El Peruano, 31/08/99, p. 3389**)

Si un contrato padece de un vicio igual al de otro contrato de similar naturaleza por cuya razón éste fue declarado nulo, aquél también resulta nulo, pero para que sea considerado como tal y tenga efectos erga omnes, debe recaer también declaración judicial expresa de nulidad, ya que si transcurridos diez años y dicha pretensión no es incoada, un contrato nulo deviene en convalidado por prescripción (**Cas. Nº 345-97-Huaura, El Peruano, 19/10/98, p. 1990**)

Si a la interposición de la demanda de divorcio por adulterio, ha operado el plazo mayor de caducidad, esto es, cinco años, de producida la causa, deviene en improcedente.

Dicho plazo incluye los seis meses de conocida la causa, de tal suerte, que este último plazo opera en tanto y cuanto no sobrepase el antes referido, de cinco años (**Exp. Nº 3132-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 121**)

Si bien la excepción de prescripción extintiva tan solo la ha invocado un codemandado, ella debe extenderse a los demás, en razón del principio de la unidad procesal.

No puede ampararse la caducidad si no precisa el derecho específico sobre el cual debe declararse, ello es elemento indispensable, si se tiene en cuenta que los plazos de caducidad se fijan mediante ley (**Exp. Nº 1366-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 432-433**)

Para determinar la procedencia o no de la excepción de caducidad, debe examinarse previamente, si la sentencia cuya nulidad es objeto de la demanda, es de naturaleza ejecutable o no; y si lo fuera, determinar si la sentencia se ha ejecutado o no, para hacer viable la demanda de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta (**Exp. Nº 571-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 370**)

Adolece de error insubsanable, previsto en el artículo 171 del C.P.C., la resolución que resuelve en forma conjunta la excepción de caducidad y/o prescripción, por cuanto éstas deberán ser evaluadas en forma independiente (**Exp. Nº 294-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 353**)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*En la caducidad los plazos los fija la ley; no admite pacto el contrario ni interrupción. De manera que el simple transcurso del tiempo desde que se produce el evento que la ley considera como inicio del plazo de caducidad hasta que se interpone la demanda, trae como consecuencia inevitable la extinción del derecho y la acción.*

*La comunicación respecto a la opción de resolución contractual no es forma admitida por la ley para evitar la caducidad, ni menos permite su interrupción (Exp. Nº 1690-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 274)*

*La acción de nulidad de matrimonio no caduca. La caducidad a que se refiere el inc. 3 del artículo 274 del CC. solo es aplicable al caso que el primer matrimonio contraído haya sido invalidado o disuelto por divorcio o que el primer cónyuge del bigamo hubiere fallecido (Exp. Nº 3242-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 82)*

*Si no se ejercita la acción cambiaría sino la causal, no le son aplicables las causales de caducidad y prescripción previstas en la Ley de Títulos Valores sino las que prevee el Código Civil (Exp. Nº 1695-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 418-421)*

*La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionado, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato (Exp. Nº 966-95-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 370-371)*

*Si bien es nulo el acto jurídico por el cual el codemandado transfirió la totalidad del inmueble como bien de su exclusiva propiedad, siendo su menor hijo también copropietario, también es que al haber operado la caducidad con relación a la nulidad de dicho acto jurídico, el contrato de compra-venta es válido solo en las acciones y derechos del vendedor, puesto que nadie puede transferir más derechos de los que posee (Exp. Nº 280-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 390-391)*

*La acción contestatoria de impugnación debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de caducidad de 90 días. La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte (Exp. Nº 1733-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 125)*

*Si el primer matrimonio del bigamo ha sido disuelto por divorcio, el segundo cónyuge puede demandar la invalidación del segundo matrimonio, siempre que hubiese actuado de buena fe e interponga la acción dentro del plazo de caducidad de un año, desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior (Exp. Nº 832-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 78-79)*

*Producida la caducidad de la acción, resulta innecesario referirse a la contradicción y argumentaciones de las partes sobre la obligación puesta a cobro.*

*La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte (Exp. Nº 69-1-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 238)*

*Si el cónyuge ofendido ha tenido conocimiento de la causal de adulterio y reconvino luego de seis meses de cometido el acto, procede amparar la excepción de caducidad. El auto que declara fundada una excepción, es apelable con efecto suspensivo (Exp. Nº 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Las acciones de saneamiento caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis meses si se trata de bienes inmuebles, computándose el plazo desde el momento de la recepción del bien (Exp. Nº 1283-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, p. 297)*

*La caducidad como instituto procesal, tiene por finalidad extinguir el derecho material que se ha hecho valer planteándose la pretensión procesal correspondiente (Exp. Nº 2765-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 443)*

*La excepción de conclusión del proceso por conciliación, solo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico, situación que no se da con los procesos de privación de la patria potestad y tenencia (Exp. Nº 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429)*

*El plazo lato de caducidad de la acción de divorcio basada en la causal de adulterio, se cumple a los cinco años de producida la causa; y el plazo restringido de dicha caducidad es a los seis meses de conocida ésta. La caducidad extingue el derecho y la acción, anulándose lo actuado y dándose por concluido el proceso (Exp. Nº 1085-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 430)*

*Las excepciones de prescripción y caducidad son instituciones que sancionan relaciones jurídicas por el paso del tiempo cuando los derechos involucrados deben hacerse valer judicialmente.*

*Las excepciones tienden a destruir presupuestos procesales que no inciden en la determinación del fondo de la cuestión controvertida (Exp. Nº 3167-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 432)*

*Si bien a la fecha de interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 92 del Código Civil para la impugnación judicial, la excepción propuesta debe ser rechazada desde que no se trata de un plazo de prescripción sino de caducidad (Exp. Nº 739-7-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 434)*

*La caducidad no puede plantearse en vía de acción, pues, dicho medio de defensa solo puede hacerse valer dentro de un proceso y con el propósito de lograr la improcedencia de la demanda (Exp. Nº 2880-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 273-274)*

*La caducidad como instituto procesal, tiene por finalidad extinguir el derecho material que se ha hecho valer planteándose la pretensión procesal correspondiente (Exp. Nº 2765-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 443)*

*Los derechos nacidos según la legislación civil de 1936 se rigen por ella.*

*Opera el plazo de caducidad si la demanda de filiación ilegítima, hoy filiación extramatrimonial, se interpone con posterioridad a los tres años (Exp. Nº 4452-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 26-27)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El plazo de extinción de las acciones derivadas de la letra de cambio, es a los tres años contra el aceptante y el avalista. La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil (Exp. Nº 358-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 589)*

*La obligación de saneamiento caduca en el plazo de un año a partir de la fecha en que se produjo la evicción y opera de pleno derecho como forma de conclusión de proceso sin declaración sobre el fondo (Exp. Nº 2890-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 206-207)*

*Procede amparar la excepción de prescripción si desde que se produjeron los hechos a la fecha que se notificó la demanda, ha transcurrido el plazo de prescripción establecido en dos años. La citación de la demandada, como tercero civilmente responsable en el proceso penal, no interrumpe la prescripción a que refiere el inc. 3 del artículo 1996 del CC. (Exp. Nº 1552-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 278)*

*Es fundada la excepción de prescripción extintiva, si desde la vigencia del Código Civil, ha transcurrido el término para la prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico que señala el artículo 2001 inc. 1 del acotado (Exp. Nº 1157-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 279)*

*La prescripción comienza a correr desde el día en que se pueda ejercitar la acción. No debe ampararse la excepción si se acredita que desde que la demandante conoció su enfermedad y pudo ejercitar su acción, a la fecha de la interposición de la demanda, no habían transcurrido aún los dos años que exige la ley para que prescriba la acción (Exp. Nº 560-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 280)*

*El plazo de prescripción corre desde el día en que puede ejercitarse la acción y corre también contra los sucesores del titular del derecho.*

*Prescribe la acción indemnizatoria, si computando el plazo desde la ocurrencia de los hechos a la notificación con la demanda, han transcurrido más de dos años (Exp. Nº 706-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 132)*

*La acción de nulidad de resoluciones administrativas, está comprendida como acción personal, por cuanto la misma no solo corresponde a las pretensiones que resultan de derechos creditorios, sino de todos los derechos subjetivos.*

*Al no considerarse las resoluciones administrativas dentro de la categoría genérica del acto jurídico, la misma prescribe a los 10 años y se computa el plazo desde la fecha de publicación de dichas resoluciones (Exp. Nº 2054-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 133)*

*Si desde la transferencia del inmueble a la fecha de interposición de la demanda transcurren diez años calendarios, prescribe la acción real entablada para la restitución del inmueble (Exp. Nº 1225-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 134)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No obstante, el demandante haber reclamado en forma directa una indemnización, éste se encontraba en aptitud de recurrir al órgano jurisdiccional para satisfacer sus pretensiones, lo que recién ha materializado luego de transcurrido con exceso el plazo de dos años a que se refiere el inciso 4 del artículo 2001 del CC.

La excepción de prescripción solo procede en beneficio de la parte que lo ha propuesto. Se incurre en nulidad, declarar la nulidad del proceso y la conclusión del mismo (**Exp. Nº 1733-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 135**)

Si el documento que da origen a la presente acción es el contrato de compraventa de acciones y no una ejecutoria suprema, se trata de una acción de carácter personal, para cuyo efecto el plazo de prescripción se encuentra sujeto a lo dispuesto por el artículo 2122 del CC (**Exp. Nº 2054-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 136**)

La prescripción es una excepción para repeler la acción o mejor dicho una pretensión, de tal manera que el acreedor no tiene acción, pero conserva el derecho, por lo que estamos frente a una obligación natural. En consecuencia, cuando queda consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada la excepción de prescripción extintiva, debe anularse todo lo actuado y dar por concluido el proceso (**Cas. Nº 572-97-Ica, El Peruano, 02/10/99, p. 3658**)

La prescripción extintiva es un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión procesal determinada, por haber sido interpuesto fuera del plazo establecido en la norma positiva para dicha pretensión (**Cas. Nº 807-98-Lima, El Peruano, 21/12/98, p. 2272**)

Es fundada la excepción, si desde la inscripción del acto jurídico hasta la fecha en que es notificada la demanda, transcurrió con exceso el plazo de prescripción. Dicho plazo se computa desde el momento en que es publicitado, esto es, desde el momento en que el afectado se encuentra en aptitud de conocer de la existencia del mismo y puede ejercitar la acción.

La excepción solo afecta a la parte que lo invoca, por tanto, no puede el juez fundar sus fallos en ella si no ha sido invocada y menos hacerla extensiva a la codemandada (**Exp. Nº 50332, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 473-474**)

Procede amparar la excepción de prescripción a mérito de haber transcurrido el plazo señalado por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, computados desde la fecha de la inscripción registral del acto jurídico, cuya ineficacia se solicita.

Se presume sin admitir prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones en los Registros Públicos (**Exp. Nº 3291-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 474-476**)

De conformidad con el principio *jure et de jure* que preconiza el artículo 2012 del Código Civil, el decurso prescriptorio comienza a correr desde la fecha en que se realizó tal inscripción. Es fundada la excepción, si desde la fecha de la inscripción a la data de la reconvención, ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil (**Exp. Nº 46442-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 291-292**)

Prescribe a los dos años la acción indemnizatoria de responsabilidad extracontractual. Dicho plazo comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

No interrumpe la prescripción, el hecho que entre las partes existiera un proceso por obligación de dar, que concluyera por conciliación, con la entrega del vehículo a los actores **(Exp. N° 238-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 293-294)**

Debe ampararse la excepción de prescripción, si desde que se suscitó el accidente de tránsito, a la fecha del emplazamiento con la demanda, ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el inc. 4 del artículo 2001 del Código Civil.

El ejercicio de la acción no es subjetivo sino objetivo, ya que no está condicionado a una circunstancia de hecho sino de derecho **(Exp. N° 4275-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 294-295)**

Las acciones relativas al cobro de portes, fletes, gastos y demás contribuciones de averías comunes, prescriben a los seis meses de entregados los efectos que los adeudaron **(Exp. N° 2678-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 648-649)**

La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, sin detenerse ante el cambio o modificación personal que pueda producirse respecto a la titularidad del derecho. Prescriben al año las acciones sobre entrega del cargamento en los transportes marítimos o sobre indemnización por retrasos y daños sufridos en los objetos transportados **(Exp. N° 3373-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 650-652)**

En función al principio de prelación, resulta de aplicación preferente, en la acción de cobro por avería gruesa lo dispuesto en el artículo 962 del Código de Comercio, esto es que las acciones relativas al cobro de portes, fletes, gastos, a ello inherentes y de contribución de averías comunes, prescriben a los seis meses de entregados los efectos que los adeudaron **(Exp. N° 3950-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 429-430)**

La apertura de instrucción en un proceso penal u otro acto judicial producido en esa jurisdicción, no interrumpe la prescripción en un proceso civil, porque no se trata de la citación de una demanda que persiga el reconocimiento de la calidad de deudor del atribuido como responsable del acto dañoso, ni de reclamo de pago resarcitorio **(Exp. N° 1458-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 431)**

Si del examen médico ocupacional se determina que el actor adolece de silicosis, el término prescriptorio tiene que contarse desde que se diagnostica la enfermedad, no antes **(Exp. N° 510-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 197)**

La causal de violencia física y psicológica caduca a los seis meses de producida la causa. Tratándose de agresiones que han dado lugar a un proceso judicial, el plazo de prescripción se computa recién a partir de la resolución que ponga fin al proceso que quede consentida o ejecutoriada **(Exp. N° 77-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 93)**

La prestación de un servicio médico específico, tiene su origen no en una responsabilidad extracontractual sino en una relación de naturaleza obligacional. La vigencia del derecho de acción se

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

fija en 10 años por tratarse de una acción personal (**Exp. N° 175-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 200**)

Las excepciones de prescripción y caducidad son instituciones que sancionan relaciones jurídicas por el paso del tiempo cuando los derechos involucrados deben hacerse valer judicialmente.

Las excepciones tienden a destruir presupuestos procesales que no inciden en la determinación del fondo de la cuestión controvertida (**Exp. N° 3167-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 432**)

Si bien a la fecha de interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 92 del Código Civil para la impugnación judicial, la excepción propuesta debe ser rechazada desde que no se trata de un plazo de prescripción sino de caducidad (**Exp. N° 739-7-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 434**)

La prescripción comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción. El hecho continuado del corte de los servicios de luz y agua no es causal de suspensión ni de interrupción del plazo de prescripción (**Exp. N° N-191-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 435**)

Si los demandantes alegan haber sido perjudicados por la falsedad de la denuncia imputada en su contra, es evidente que la acción ha podido ser intentada desde que se concretizó el daño, esto es, desde que se denunciaron los hechos delictuosos.

El plazo de ejercicio de la acción no es subjetivo, sino objetivo, pues, el ejercicio de la acción no está condicionado a una circunstancia de hecho sino de derecho (**Exp. N° 2668-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 266**)

Si la pretensión se origina en el incumplimiento de pago de parte de los demandados, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción; ello significa que el demandante ha tenido expedito su derecho desde que se produjo el incumplimiento de pago por los demandados, momento en que supuestamente se habría producido el provecho o ventaja económica (**Exp. N° 290-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 267**)

Opera la prescripción extintiva si la acción personal se ejercita luego de haber transcurrido más de diez años desde que se produjo el hecho que se intenta declarar como consumado. La imprescriptibilidad que consagra el artículo 985 del C.C. está prevista única y exclusivamente contra la acción de partición de bienes sujetos a las reglas de la co-propiedad, que supone un estado previo de indivisión y el derecho siempre vigente de sus partícipes de terminar con esta situación (**Exp. N° 3122-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 268**)

La excepción de prescripción extintiva es un medio de defensa de forma, destinado a acreditar que el interés para obrar del demandante ya no reviste uno de sus presupuestos principales, la actualidad o inminencia, que se sustenta en el hecho que la necesidad de tutela jurídica no puede ser prematura ni extemporánea, sino vigente o actual.

El plazo de prescripción de la pretensión de pago de dividendo, contenida en el artículo 259 del D. Leg. 295 no puede ser oponible al demandante si la misma, aún no es exigible de pago (**Exp. N° 2802-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 444-445**)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La prescripción extintiva o liberatoria, es un medio de defensa que la Ley otorga al deudor contra el titular de un crédito a fin de ser liberada de una acción tardíamente interpuesta, cuya consecuencia es la extinción de la pretensión principal. Se ejerce a través de la formulación de la excepción, no pudiendo el Juez fundar sus fallos en la prescripción si ésta no ha sido invocada en el tiempo y la forma prevista (**Exp. Nº 2194-98, Sala de Procesos Abreviados y de Cocnacimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 624**)

Debe intentarse dentro del plazo de dos años, a partir de la fecha de arribo de la mercadería, reclamo por daños en el transporte.

Las reglas del Código de Comercio y supletoriamente las del Código Civil se aplican para cualquier divergencia en el contrato de transporte aéreo (**Exp. Nº 1222-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 419-420**)

La demanda judicial admitida no interrumpe los términos de prescripción. La citación con ella o la notificación al demandado sí la interrumpen.

La acción, de anulabilidad y la indemnizatoria prescriben a los dos años computados desde el día en que pudo ejercitarse la acción. hasta vencido el último día de plazo (**Exp. Nº 293-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 147-148**)

La excepción de prescripción de la acción de reivindicación planteada por la demandada, debe ampararse si desde la fecha de adquisición del vehículo hasta la interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción adquisitiva de bienes muebles previsto en el artículo 893 del Código Civil de 1936.

Si se declara fundada la excepción de prescripción carece de objeto pronunciarse sobre la acción de reivindicación (**Exp. Nº 1662-89-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 285-288**)

Se suspende la prescripción mientras sea imposible reclamar el derecho ante un Tribunal Peruano. Desaparecida la causa de la suspensión de la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente.

En el período comprendido entre el 19 de Diciembre de 1992 hasta el 8 de enero de 1993 no podía admitirse a trámite demanda o solicitud alguna, quedando en suspenso dentro de dicho período transitorio y hasta la plena reanudación de la actividad jurisdiccional todos los plazos y términos procesales, así como los de prescripción, caducidad y abandono de los procesos (**Exp. Nº 710-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 486-487**)

La acción es imprescriptible, cuando el tiempo no le afecta ni produce su extinción.

El otorgamiento de escritura pública como formalidad para la seguridad y afianzamiento del acto o contrato que contiene, no está sujeto a término de prescripción, incluso para el supuesto de su inscripción en los Registros Públicos (**Exp. Nº 68-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 488**)

La prescripción prevista por el Inc. 3 del artículo 2001 del Código Civil se refiere a la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.

Es fundada la excepción de prescripción si se reclama el pago de honorarios insolutos después de tres años de la conclusión del servicio no laboral (**Exp. Nº 266-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 488-490**)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Las demandas relativas al cobro de la contribución de averías comunes prescriben a los seis meses desde la fecha en que hay obligación de entregar los efectos que se adeudaran. Si no se ha producido este último supuesto, dicho plazo es computable desde el momento en que la actora estuvo en la posibilidad de demandar judicialmente el pago de la obligación (**Exp. Nº 20-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 656-659**)

Tratándose de la anulabilidad del acto jurídico por simulación relativa el plazo de prescripción opera a los dos años (**Exp. Nº 490-94-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 128-130**)

Si las partes han acordado someter a la jurisdicción arbitral las controversias que pudieran surgir; se encuentra reservada única y exclusivamente a la competencia y decisión de los árbitros.

No procede amparar la actuación de medios probatorios en prueba anticipada, bajo la pretensión genérica que se va a interponer proceso ejecutivo, el acudir a la vía jurisdiccional resulta improcedente por la competencia pactada por las partes (**Exp. Nº 36249-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 387**)

Debe ampararse la excepción de convenio arbitral si en los estatutos de la empresa demandada se ha establecido, que toda clase de controversias o desacuerdos entre accionistas y la sociedad, deben ser sometidos a la decisión inapelable de un Tribunal Arbitral.

Si se declara fundada la excepción de convenio arbitral, debe abstenerse de pronunciarse de las otras excepciones planteadas (**Exp. Nº 72-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 435-436**)

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia (**Exp. Nº 217-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 436**)

Si el actor persigue la indemnización por la responsabilidad extracontractual, pero los hechos emergen de la relación laboral con la demandada, merece amparar la excepción de incompetencia, pues, fue a mérito de esa relación que se produjo el hecho generador del daño (**Exp. Nº 2589-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 328-329**).

Habiendo otorgado COFOPRI un título de propiedad, por el cual el actor pretende cuestionar su validez, este deberá acudir al sistema arbitral especial de la propiedad para el conocimiento de la nulidad planteada (**Exp. Nº 1975-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 152**).

Es nula la sentencia que sostiene que sin el fallo administrativo de la autoridad portuaria, no es posible establecer si el siniestro que se precisa en la demanda, se produjo. Si el procedimiento administrativo iniciado ante la Capitanía del Puerto no ha sido resuelto; ello sin embargo, no exime al Juzgador de emitir un fallo razonable acorde a las pruebas actuadas, toda vez que no existe impedimento legal que condicione el ejercicio de la acción propuesta al agotamiento de la vía administrativa como vía previa (**Exp. Nº 1374-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 343-344**).

## PLAZO Y FORMA DE PROPONER EXCEPCIONES

### ARTÍCULO 447

*Las excepciones se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 445, 478 inc. 3 y 4, 491 incs. 3 y 4, 552, 761 inc. 2.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 98, 99

C.P.C.N. Argentina arts. 346, 349, 350

---

### Comentario

---

1. La excepción como señala Alsina<sup>(1)</sup>, “es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento”. En ese sentido, ese medio de defensa requiere articularse en el proceso bajo ciertas condiciones de plazo y forma; esto es, proponerse dentro de los plazos fijados para cada procedimiento y tramitarse en cuaderno separado del principal.

En relación a los plazos hay que tener en cuenta que en los procesos de conocimiento los plazos se fijan en diez días, conforme los incisos 3 y 4 del artículo 478 CPC; en los procesos abreviados se fijan en cinco días, según incisos 3 y 4 del artículo 491 CPC; en el caso de los procesos sumarísimos, estas se interponen al contestar la demanda (ver artículo 552 CPC).

No es procedente interponerlas en procesos no contenciosos (ver artículo 761 inciso 2 CPC). Agotado plazos y formas, precluye la posibilidad del demandado, para oponerse a la acción promovida contra él.

En ese sentido véase la Casación 328-96-Tacna<sup>(2)</sup>, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que dice: “la excepción se debe hacer valer

---

(1) ALSINA, Hugo. Defensas y excepciones, Buenos Aires, 1958, EJEJA, p. 17.

(2) Publicada en El Peruano, el 2/12/97, p.133

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

en la etapa procesal correspondiente y en la forma establecida por ley, no se considera formulada si se plantea como argumento en la demanda”.

2. A pesar que la excepción es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia, fundada en una omisión procesal o en una norma substancial, ese fin no justifica la suspensión de la tramitación del principal por la mera interposición de la excepción, todo lo contrario, requiere de un espacio en el que se aprecien los medios probatorios ofrecidos a la excepción y la absolución de esta por la contraria, además el juez puede escuchar los informes de los abogados, para lo cual, se ha diseñado la tramitación de estas excepciones, en cuaderno separado, a fin de no suspender la tramitación del expediente principal.

En este cuaderno no solo se recogerá los actuados referentes a la excepción propuesta sino que también en él se verificará la audiencia de saneamiento procesal (ver artículo 449 CPC) en la que el juez puede declarar infunda la excepción propuesta y además declarar saneado el proceso, declaración que no estará contenida en el principal, sino en el cuaderno de excepciones.

Este diseño descrito, no es aplicable en los procesos sumarísimos y en la contradicción (basada en excepciones conforme al inciso 4 artículo 700 CPC) de los procesos ejecutivos, pues, el debate y pronunciamiento acerca de las excepciones propuestas, se realiza en audiencia única, según las reglas de actuación que describe el artículo 555 CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*El cómputo para interponer excepciones debe entenderse a partir del primer día hábil que precede a la fecha de notificación con la demanda, luego del cual, se adiciona el término de la distancia en días naturales (Exp. N° 20887-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 468-469)*

*Las excepciones y defensas previas se tramitan en cuaderno separado, sin suspender la tramitación de lo principal (Exp. N° 1922-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 162-163)*

## MEDIOS PROBATORIOS DE LAS EXCEPCIONES

### ARTÍCULO 448

*Sólo se admitirán los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven.*

*Para la excepción de convenio arbitral únicamente se admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.  
LEY 26572

arts. 189, 424 inc. 10, 446 inc. 13, 449.  
arts. 16, 99.

---

### Comentario

---

Como la excepción es un mecanismo, a través del cual, la parte demandada va a denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida, esa denuncia debe ir premunida, no solo de una argumentación fáctica sino de medios de prueba que lleven a corroborar lo que alega. El objeto de la prueba no son los hechos simplemente, sino “las afirmaciones de los hechos que hacen las partes”.

Bajo esa premisa, se advierte que las excepciones tienen un camino y reglas procesales propias, las mismas que aparecen descritas en el artículo 447 CPC y que se complementan con lo regulado en el presente artículo, sobre los medios de prueba.

Una de las consideraciones a tener en cuenta para la admisibilidad de la prueba en las excepciones se relaciona con la oportunidad y forma de su ofrecimiento. Esta se materializa en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven. Tratándose de procesos sumarísimos, solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata (ver artículo 552 PC). Es necesario precisar que en esta actividad probatoria subyacen varios principios de la prueba civil, como la inmediación, la contradicción y la adquisición procesal, entre otros.

Por otro lado, la norma de manera acertada, precisa que en la excepción de convenio arbitral la única prueba que se admite es la documental. Ello es coherente porque, en la teoría del proceso, el arbitraje, es un fenómeno de desplazamiento de la competencia, como excepción a la regla de la competencia permanente. Este desplazamiento opera a través del convenio arbitral.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Este convenio es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, porque como convención supone el libre acuerdo de las voluntades de los contratantes, aún en los contratos con el Estado, en los que opera la contratación por adhesión. El convenio, se presenta como un medio de prueba típica, que recoge un acto declarativo y *ad-probationem*.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la resolución que resuelve una excepción sin motivar la prescindencia de los medios probatorios ofrecidos y pendiente de actuación (Exp. Nº 341-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 273)*

*Para la excepción de convenio arbitral únicamente se, admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia (Exp. Nº 217-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 436)*

## AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL

### ARTÍCULO 449

*Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso.*

*De lo contrario, fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En esta se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del Juez, para resolver la excepción.*

*Al final de la audiencia el Juez resuelve la excepción, luego de escuchar los informes orales de los Abogados si fueran solicitados. Si declara infundadas las propuestas, declara además saneado el proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451.*

*El Juez puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de cinco días contado desde la conclusión de la audiencia de saneamiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 448, 450, 451, 468

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 351

---

### Comentario

---

1. El saneamiento procesal, es la actividad judicial por la que se expurga o purifica el proceso de todo vicio, omisión o nulidad que pueda afectar posteriormente una decisión sobre el fondo de la litis, o en su caso, da por concluído el proceso si verifica la presencia de una nulidad absoluta o defecto insubsanable en general.

La actividad saneadora acaece en diversos momentos en la etapa postulatoria de la demanda. Ella opera en la calificación de la demanda; la resolución de las excepciones y el saneamiento del proceso.

Tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción

(legitimidad e interés para obrar), para que el Juez al expedir sentencia, resuelva el fondo del conflicto de intereses.

2. La norma se refiere precisamente al segundo momento del saneamiento, a la valoración de las excepciones. Si el demandado ha propuesto excepciones procesales o defensas previas y el juez las declara infundadas, o en su caso improcedente, debe declarar simultáneamente en la misma resolución, saneado el proceso, como lo establece el tercer párrafo del artículo 449CPC. Además, inmediatamente, deberá examinar todos los demás presupuestos procesales y las condiciones de la acción que no hayan sido cuestionado vía la excepción resuelta, así como verifica que no existan otras causales de nulidad no alegadas.

3. Las excepciones propuestas tienen un desarrollo procedimental propio que no suspenden el principal. Cabe la posibilidad que se ofrezcan medios probatorios a las excepciones propuestas. Sí el juez admite los medios probatorios, fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En esta se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del Juez, para resolver la excepción.

Nótese, que no es regla general que se señale audiencia de saneamiento, porque puede el juez prescindir de los medios probatorios pendiente de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso.

Sobre el ofrecimiento de medios probatorios para sustentar las excepciones, aparece la Casación 592-96-Lima, publicada en El Peruano el 4/1/98 p. 362 que precisa que *“no convierte a la audiencia de saneamiento en una de pruebas, por la naturaleza distinta del acto procesal”*.

Puede darse el caso que no se haya interpuesto excepción alguna, en esa situación, no se convoca a audiencia de saneamiento, debiendo el Juez expedir una resolución que puede tener los siguientes contenidos: establece que la relación jurídica procesal es válida y continúa el proceso, con la etapa de conciliación; establece que la relación jurídica procesal es inválida, insubsanable, dando por concluido el proceso; y, establece que la relación procesal es inválida, pero subsanable, por lo que concede un plazo para que se subsanen los defectos. (Ver en este sentido el artículo 465 CPC).

Antes de concluir la audiencia de saneamiento, los abogados pueden hacer uso de la palabra ante el juez sustentando la tesis que defienden y patrocinan.

Luego de ello, el juez se encuentra en posibilidades de resolver las excepciones propuestas y pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, sin embargo, ese pronunciamiento no puede darse de manera inmediata, en la propia audiencia, sino que puede el juez reservar su pronunciamiento para expedirlo dentro del plazo de ley, esto es, cinco días contado desde la conclusión de la audiencia de saneamiento.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

4. Cuando no se ha interpuesto excepción alguna, no se convoca a audiencia de saneamiento, debiendo el Juez expedir una resolución en la que se aprecie la validez de la relación procesal. Si ha interpuesto excepción, el saneamiento se hará bajo la influencia del principio de oralidad, decimos ello, porque el juez fija día y hora para la audiencia de saneamiento. En ella se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del Juez, para resolver la excepción. Es el primer contacto que tienen las partes a través de la oralidad, antes de ello, su relación con la jurisdicción se expresaba mediante la escritura. El principio de oralidad que rige toda la actividad procesal surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan a viva voz, en audiencias. Ahora bien, esas audiencias son públicas, como regla general. Se dice que el proceso debe abrirse para permitir al pueblo el control de la jurisdicción, como cualquier otra de las funciones del Estado, al control popular; ello permite, la entrada del público a los debates judiciales. Según Devis Echeandía, la publicidad se concreta en la discusión de las pruebas, la motivación del fallo, la publicación de este y la intervención de las partes y sus apoderados. Nuestro diseño procesal, coherente con lo expresado líneas arriba, permite que la actividad saneatoria se desarrolle en audiencia pública, con los informes orales de los abogados, si fueran solicitados.



## JURISPRUDENCIA

---

*La etapa procesal para deducirse excepciones y defensas previas, dentro del Proceso Único, es al momento de iniciar la Audiencia (Exp. N° 3679-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 417)*

*La etapa del saneamiento del proceso sirve para resolver las excepciones o defensas previas que se hubieran propuesto y para evaluar nuevamente si la demanda cumple con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Si el juez considera insuficientes las copias presentadas con la demanda, de oficio, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales en la etapa correspondiente mas no disponer en la audiencia de saneamiento que en el término de 2 días cumpla el demandante con presentar los originales (Exp. N° 1188-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 437-438)*

## DECISIÓN Y RECURSO EN LAS EXCEPCIONES

### ARTÍCULO 450

*Las excepciones se resuelven en un solo auto. Si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral y el Juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás; pero si concedida apelación, el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes. El auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 121 párr. 2, 371.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 353

---

### Comentario

---

1. La norma nos ubica ante la concurrencia de excepciones, las mismas que luego de haber agotado el debate probatorio, corresponde resolverlas.

La regla general señala que todas deben ser resueltas en un solo acto y contenidas en una sola resolución, llamada auto. Este acto único, se explica por los efectos que van a producir estas en el proceso, como son, la suspensión o la conclusión del proceso, según la excepción que se ampare; por citar, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral, se anulará todo lo actuado y se dará por concluído el proceso, tal como lo señala el inciso 5 del artículo 451 CPC. En cambio, si las excepciones se refieren a la incapacidad del demandante o su representante, la representación defectuosa o insuficiente del demandante, la oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; y la falta de legitimidad pasiva, generan el efecto de la suspensión de este.

Vemos pues, que frente a la concurrencia de excepciones, con efectos totalmente disímiles (la suspensión y la conclusión del proceso), la norma ha marcado la prevalencia en el pronunciamiento, de unas frente a otras, de tal forma que cuando concurren las excepciones de incompetencia, litispendencia y convenio

arbitral (tienen un efecto fulminante como es, la conclusión del proceso), si el juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás.

Esto implica que solo resolverá una de ellas, dejando pendiente de pronunciamiento las demás concurrentes, que también pudieren tener el efecto de las citadas, como es, concluir el proceso (véase el caso del desistimiento de la pretensión o la cosa juzgada, por citar) y no por ello, habrá cuestionamientos de nulidad a su omisión.

2. Por otro lado, concedida la apelación, si el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las demás excepciones restantes. Ahora bien, la norma no precisa si las restantes, en caso fueran las citadas de incompetencia o litispendencia, deban resolverse con el conjunto restante o seguirán desarrollando la misma regla que recoge el presente artículo, que solo una de ellas es motivo de pronunciamiento, absteniéndose de resolver las demás.

La norma señala expresamente que el auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo, ello es coherente con lo regulado en el artículo 371 CPC, por dirigirse contra autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación.

3. Una de las interrogantes que plantea la redacción del artículo es la selectividad de las citadas excepciones frente al universo que contienen también el mismo efecto, la conclusión del proceso. Frente a ello señalamos que dichas excepciones están dirigidas a cuestionar en primer orden la incompetencia del juez, no solo a través de la excepción propiamente dicha sino del convenio arbitral, que busca sustraer del conocimiento del juez el conflicto remitido por delegación a la sede arbitral; sin embargo, la excepción de litispendencia, tiene también un especial significado, sobre todo con la excepción de convenio arbitral, porque el arbitraje produce litispendencia del mismo modo que cualquier proceso judicial, de suerte que, al igual que este, genera la correspondiente excepción de litispendencia.

La excepción de litispendencia solamente es admisible cuando el pleito anterior, cuya existencia se denuncia, está pendiente ante otro juzgado competente, por consiguiente, dicha excepción es de todo punto improcedente para alegar la litispendencia de un arbitraje, por mas que ello sí sería posible en estricta dogmática, siempre que concurriesen las necesarias identidades entre las dos pretensiones pendientes. El cauce adecuado para denunciar la litispendencia de un arbitraje en un proceso posterior, es la excepción de convenio arbitral, puesto que no tiene por presupuesto la pendencia del proceso arbitral anterior, a diferencia de lo que ocurre con la excepción de litispendencia.

Por otro lado, se plantea el cuestionamiento, si la excepción de litispendencia puede utilizarse para denunciar la existencia de un arbitraje, cuando se da la cir-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cunstancia que este se encuentra en la fase de ejecución judicial del laudo. Sobre el particular, hay algunos criterios que se orientan a rechazarlo, únicamente por no concurrir las necesarias identidades entre ambos juicios. Sin embargo, señala Málaga<sup>(1)</sup>, la solución correcta es la contraria: "el hecho que la Ley obligue a acudir al Poder Judicial para lograr la ejecución forzosa de laudo arbitral no "judicializa" el arbitraje, y precisamente por ello, tampoco obsta a la necesidad de denunciar su existencia en un juicio posterior mediante la excepción específica que la ley prevé al efecto, o bien, si el laudo ya es firme y solo queda pendiente su ejecución ante el juez de 1º instancia, mediante la excepción de cosa juzgada. En cualquiera de los dos casos, la excepción de litispendencia sigue siendo improcedente para resolver este tipo de supuestos".



## JURISPRUDENCIA

---

*Las excepciones se resuelven conjuntamente y el auto que declara fundada una excepción debe anular lo actuado en lo principal, mas cuando hay demandas y reconveniones, tal nulidad se entiende referida a las acciones afectadas por la excepción, en este caso las demandas, pues las reconveniones son acciones contra las cuales no se ha deducido excepciones y que por tanto son independientes (R.N. Nº 6-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 259, Diciembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10)*

*La demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la ex empleadora, por haber dañado su salud, a consecuencia de realizar trabajos en ambientes altamente contaminados de gases tóxicos, humos y polvos debe ser apreciado por los juzgados de trabajo, por lo que debe declararse fundada la excepción de incompetencia (Exp. Nº 3326-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 294-295)*

*La excepción de incompetencia ataca la validez de la competencia del juzgado en razón del grado jerárquico y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa ataca la relación procesal desde el punto de vista de la vía previa administrativa antes de recurrir al órgano jurisdiccional (Exp. Nº 1663-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 276-277)*

*Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso.*

*Si el demandante persigue la reivindicación del inmueble y en otro proceso pretende, sobre el mismo inmueble, la declaración de un mejor derecho a la propiedad, posesión e indemnización, no opera la litispendencia, por no existir la triple identidad, a que refiere el artículo 453 del CPC. (Exp. Nº 991-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 276)*

---

(1) Málaga Diéguez Francisco, la Litispendencia, Bosch, Barcelona, 1999, p. 313

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Si en un proceso se exige la indemnización por daños y perjuicios a raíz de la denuncia calumniosa de la cual fue víctima el demandante y en otro proceso pretende una indemnización aduciendo perturbación en el derecho de propiedad, no se da la triple identidad para amparar la litispendencia (**Exp. Nº 195-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 471**)

“... El colegiado al haber amparado la excepción de litis pendencia, lo ha hecho otorgando virtualidad jurídica a un expediente fenecido e incluido (sic) iniciado con posterioridad al de autos, no concurriendo por tanto los presupuestos contenidos en el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal citado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad insubsanable” (**Cas. Nº 1816-98-Cono Norte, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 425-426**)

Si se ha omitido pronunciarse sobre la excepción de pleito pendiente, tal irregularidad acarrea la nulidad de la resolución pero en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad en la administración de Justicia no es del caso declarar la nulidad, si dicho medio de defensa es notoriamente improcedente (**Exp. Nº 913-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 538-539**)

No obstante ser idénticas las partes, es infundada la excepción de litis pendencia, si la vía procedimental y la naturaleza de las acciones difieren una de otra (**Exp. Nº 233-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 425**)

Si un proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, no puede afirmarse que sea un proceso en curso y por ende mal puede ampararse la excepción de litis pendencia. Procede amparar la excepción de litis pendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (**Exp. Nº 130-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 427**)

La excepción de litispendencia se configura cuando en dos procesos tramitados simultáneamente, se encuentran presentes las mismas partes, discutiendo el mismo petitorio, y tengan similar interés para obrar.

El interés deberá ser siempre actual, por ello, quien deduce una excepción de litis pendencia, está denunciado que, el interés procesal, de su oponente, se ha agotado, porque ya ha sido empleado en el proceso anterior (**Exp. Nº 2984-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 441-442**)

Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentre en curso.

Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos (**Exp. Nº 44-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 285-286**)

Debe ampararse la excepción de convenio arbitral si en los estatutos de la empresa demandada se ha establecido, que toda clase de controversias o desacuerdos entre accionistas y la sociedad, deben ser sometidos a la decisión inapelable de un Tribunal Arbitral. Si se declara fundada la excepción de convenio arbitral, debe abstenerse de pronunciarse

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

de las otras excepciones planteadas (**Exp. Nº 72-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 435-436**)

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se, admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia (**Exp. Nº 217-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 436**)

Si el actor persigue la indemnización por la responsabilidad extracontractual, pero los hechos emergen de la relación laboral con la demandada, merece amparar la excepción de incompetencia, pues, fue a mérito de esa relación que se produjo el hecho generador del daño (**Exp. Nº 2589-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 328-329**).

La excepción de litispendencia se configura cuando en dos procesos tramitados simultáneamente, se encuentran presentes las mismas partes, discutiendo el mismo petitorio, y tengan similar interés para obrar.

El interés deberá ser siempre actual, por ello, quien deduce una excepción de litis penden-  
cia, está denunciado que, el interés procesal, de su oponente, se ha agotado, porque ya ha sido empleado en el proceso anterior (**Exp. Nº 2984-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 441-442**)

## EFFECTOS DE LAS EXCEPCIONES

### ARTÍCULO 451

*Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:*

- 1. Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.*
- 2. Suspender el proceso hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante dentro del plazo que fijará el auto resolutorio.*
- 3. Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.*
- 4. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado. Vencido los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.*
- 5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.*
- 6. Remitir los actuados al Juez que corresponda, si se trata de la excepción de competencia territorial relativa. El Juez competente continuará con el trámite del proceso en el estado en que éste se encuentre. Si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de prueba hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50(\*)*

#### CONCORDANCIAS:

(\*) Inciso adicionado por el artículo 2 de la Ley 28544 (16/06/2005).

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

**C.P.C.** arts. 171, 320 321 inc. 4, 446, 449 párr. 3.  
**C. de P.P.** art. 5 párr. 7.

### LEGISLACIÓN COMPARADA

**C.P.C.N. Argentina** art. 352, 354

---

## *Comentario*

---

1. Las excepciones, como medios de defensa de la parte demanda, se pueden agrupar, por los efectos que se busca producir en el proceso, en suspensivas o meramente conclusivas de este.

Las excepciones de representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral, anulan todo lo actuado y dará por concluído el proceso, tal como lo señala el inciso 5 del artículo 451 CPC, implicando ello un pronunciamiento sin declaración de fondo, si esta queda consentida, tal como lo señala el inciso 4 artículo 321 del CPC. Esto se justifica porque el proceso, viene a ser un conjunto concatenado de actos procesales; siendo así, la nulidad de un acto puede acarrear la nulidad de los actos procesales subsiguientes, y así, motivar la nulidad de lo actuado en el proceso. La nulidad, es el estado de anormalidad del proceso civil, originado por la falta de uno de sus elementos constitutivos, que son colocados en situación de ser declarados inválidos. En relación a la excepción de incompetencia, la modificatoria de este artículo permite distinguir los efectos de la incompetencia, siempre que esta se refiera a la competencia territorial relativa. Bajo esta circunstancia, no cabe declarar la nulidad de todo lo actuado y la conclusión de todo el proceso, todo lo contrario, se remite lo actuado al juez que corresponda. Ello permite que el juez competente continúe con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre. Si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de prueba hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50 del CPC. La excepción de incompetencia sustentada en cuestionamientos no territoriales, permiten la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso.

2. En cambio, si las excepciones se refieren a la incapacidad del demandante o su representante, la representación defectuosa o insuficiente del demandante, la oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; y la falta de legitimidad pasiva, generan el efecto de la suspensión de este, tal como se advierte de los incisos restantes.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Nótese que los efectos en el tema de la legitimidad varía según el sujeto que la sufra, pues, si esta es atribuida al actor, el efecto será fatal, la conclusión del proceso; a diferencia que esta deficiencia se advierta en el emplazado, allí se produce la suspensión del proceso.

Cuando se cuestiona la representación insuficiente del demandado genera la conclusión del proceso, pero si la deficiencia en la representación se atribuye al demandante, producirá la suspensión del proceso, hasta que se subsane el defecto; ello es explicable (en el primer supuesto) por tratarse del emplazamiento del apoderado, siempre que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del juzgado, tal como lo exige el artículo 436 CPC.

En relación a la excepción de falta de oscuridad o ambigüedad en proponer la demanda, señala Morales Godo, que el tratamiento de esta coloca al demandado en un estado de indefensión, violatorio del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, pues, el demandado debe contestar la demanda, a pesar que esta no sea clara. Efectivamente, como se aprecia de la redacción del inciso 3, al declarar fundada esta excepción, se suspende el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados, pero no implica que ese reparo o aclaración que se busca, sea motivo para que, a partir de ello, el demandado conteste corregir la demanda. Como señala Morales Godo<sup>(1)</sup>, dicha situación merece un tratamiento normativo concreto, a fin de evitar colocar al demandado en una situación de indefensión

Por último, adviértase que los efectos que describe la norma en comentario, operará una vez consentido o ejecutoriado el auto que las declara fundada.

---

(1) Morales Godo Juan, "La inconstitucionalidad del trámite establecido en el Código Procesal Civil para resolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda" en Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No 56, Dic, 2003, p. 531-545

## PROCESOS IDÉNTICOS

### ARTÍCULO 452

*Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 453.

---

### Comentario

---

1. La identidad de procesos es un elemento determinante para dilucidar la existencia de la cosa juzgada o la litispendencia. El artículo recoge los elementos que deben concurrir para la existencia de procesos idénticos: identidad de partes, petitorio e interés para obrar. Estos elementos deben apreciarse en procesos que tengan naturaleza jurisdiccional, pues, no opera la identidad en procedimientos administrativos, pero sí en el arbitraje y los actos de jurisdicción voluntaria que se llevan a cabo en presencia de un juez.

Cuando concurren a satisfacción los elementos que cita la norma en comentario, estaremos ante procesos idénticos, generando como consecuencia de ello, la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso. La identidad protege a la parte interesada en la continuación del mismo de una eventual denegación de justicia. En efecto, señala Malaga<sup>(1)</sup> “mediante este presupuesto se impide que el juez que conoce de dicho pleito deje sin resolver pretensiones formuladas en la demanda que no se hayan planteado en el primero o que la litispendencia afecte a una parte que solo litiga en el juicio posterior, puesto que a menos que existiese la posibilidad de acumular esa pretensión al proceso precedente o que dicha parte interviniere en el mismo, ambas quedarían privadas de tutela jurisdiccional”.

Como se aprecia de la norma en comentario, la triología para la identidad se va a expresar en el aspecto subjetivo, en el petitorio y en el interés para obrar. Para otros ordenamientos jurídicos la triple identidad se construye a nivel subjetivo, entre las mismas partes, el mismo objeto o petitorio y los mismos hechos o *causa petendi*. Señala Malaga<sup>(2)</sup>, que el requisito de la triple identidad tiene un doble

---

(1) Op. cit. p. 511

(2) Ibídem

fundamento: “por un lado, permite al juez invocado en segundo lugar pronosticar con una alta probabilidad de éxito que, de continuar la sustanciación del pleito, la sentencia que pronuncie será incompatible con la del juicio precedente. En principio, este elevado riesgo de resoluciones contradictorias ya justificaría de por sí el archivo de los autos, puesto que si la firmeza de la sentencia se alcanza antes en el primer juicio, el juez investido del segundo habrá de llegar a la misma solución estimando de oficio la existencia de cosa juzgada, mientras que si es el segundo proceso el que termina antes, se estará vulnerando claramente la litispendencia del primero, lo que explica la actuación de la eficacia excluyente de esta última con carácter preventivo”.

2. Uno de los elementos a tener en cuenta para afirmar la existencia de procesos idénticos es el petitorio. Consideramos que la norma debió contemplar además la *causa pettendi* como otro referente a valorar, sin embargo, si asumimos que bajo la definición de petitorio está comprendida el concepto de objeto, diremos que “dos procesos son iguales cuando su objeto es idéntico”; esto es, tanto el *petitum* y la causa de pedir deben ser iguales.

Para que concurra la identidad en el petitorio, es requisito necesario que las mismas partes hayan efectuado la misma petición en los dos procesos y que esa petición verse sobre el mismo bien corporal o incorporeal, sin embargo, en la doctrina se acepta que la identidad en el petitorio subsiste aunque se sustituya la prestación solicitada en el primer proceso por una prestación equivalente. Tampoco excluye la existencia de identidad objetiva, el hecho que el actor haya asignado distinta cuantía a cada una de las demandas, como tampoco hace la presentación de una de ellas como de cuantía indeterminada para su fijación en ejecución de sentencia. En cambio, no concurren procesos idénticos en el caso que en uno de ellos se discuta la nulidad del matrimonio y en otro, el divorcio.

Situación especial se plantea, en el caso de dos pretensiones declarativas opuestas, es decir, cuando en una se pide la declaración de la existencia del derecho afirmado y en la otra la declaración de su inexistencia. En estos casos, señalan algunos autores que la respuesta es afirmativa, porque no existe diversidad de *petitum*, habida cuenta que el tipo de tutela que se solicita es el mismo (declarativa) y en ambos casos se refiere al mismo bien, no siendo suficiente para cambiar la petición que en un caso se efectúe en sentido positivo y en el otro en sentido negativo. La razón de esta identidad es que no hay necesidad de una verdadera tutela jurisdiccional, pues, la primera sentencia declarativa resolverá —con efecto de cosa juzgada— la cuestión de la existencia o validez del derecho afirmado y dichos efectos cubrirán por igual los hechos impositivos en el otro proceso.

El otro elemento que concurre a la identidad del objeto es la causa de pedir, que comprende al conjunto de hechos aportados por el actor en su demanda, que originan e individualizan la pretensión formulada por el mismo. Para dilucidar cuando

existe identidad causal es necesario delimitar cuales son los hechos esenciales, relevantes, que han de coincidir en ambas pretensiones. Por citar, no hay identidad causal en un accidente de tránsito, cuando en un proceso se reclama la pretensión indemnizatoria sobre la base de un seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación y uso de vehículos motorizados (SOAT); frente a otro proceso en el que las mismas partes formulan reclamación por responsabilidad extracontractual frente al conductor y al propietario del vehículo, sobre la base de un contrato de seguro voluntario frente a la misma Compañía Aseguradora. Por otro lado, la calificación y argumentación jurídica no integran la *causa petendi*, sino la motivación de la demanda, ya que los elementos jurídicos alegados en la misma no vinculan al juez por obra de los aforismo *iura novit curia*.

En cuanto a la identidad subjetiva, es esencial la identificación de las partes que litigan en ambos procesos para determinar si ambos son completamente idénticos. Esta exigencia trata de evitar que una persona que no litigaba en el primer pleito, se vea privada de tutela jurídica; por otro lado, se asume que en tales casos no existe el riesgo de sentencias incompatibles que justifica la eliminación del proceso posterior.

Existe identidad subjetiva, entre dos procesos, que tienen idéntico objeto, si los demandados en el segundo proceso (que no coinciden con los del primero) son causahabientes de los mismos o están unidos a ellos por vínculos de solidaridad. Ello resulta coherente con lo que señala la norma en comentario “hay identidad de procesos, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos...” En cambio, no existe identidad de partes, cuando uno de los litigantes actúa en un proceso como representante (sea legal, judicial o convencional) y en el otro proceso, interviene defendiendo un derecho o interés propio.

3. Otro de los elementos que recoge la norma para determinar la existencia de procesos idénticos es el interés para obrar. Tradicionalmente, se concebía al interés como el “juicio de utilidad actual para su titular” y si la falta de pronunciamiento jurisdiccional pedida produciría un daño. Solo si se infería la existencia del daño se admite el interés, si tal perjuicio no existe, no hay duda que tampoco existe dicho interés. Según Rocco<sup>(3)</sup>, el interés tanto para accionar o contradecir debe ser concreto y actual. No concebía interés para accionar concerniente a derechos futuros o eventuales, que no constituyan ya objeto y materia de tutela por parte del derecho material objetivo. Este concepto clásico ha sido superado por la tutela jurisdiccional preventiva. Adelantándose a la violación del derecho, se permite transitar por el proceso de cognición y obtener una sentencia que solo podrá desplegar sus efectos una vez producida la violación de aquel. En esta línea se pre-

---

(3) Op. cit. p. 345

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

senta el caso de la condena a futuro regulado en el artículo 594 CPC. Aquí ya no opera el juicio de utilidad de la concepción clásica de interés para obrar sino que frente a cualquier deber de prestación y ante el temor del incumplimiento por parte del deudor, puede el acreedor sin esperar que el incumplimiento se materialice, promover un proceso tendiente a obtener una sentencia que condene al cumplimiento de la prestación debida, aun cuando el crédito no es exigible, no ha habido aún incumplimiento, en suma, no ha habido aun violación del derecho sustancial.

A pesar que la redacción de la norma, recoge la identidad de partes, petitorio e interés para obrar, como supuestos a considerar en los procesos idénticos, en estricta dogmática, solo puede hablarse de identidad de procesos cuando dos pretensiones, pendientes ante órganos jurisdiccionales competentes, guardan entre sí una perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal; caso contrario, existe conexidad en todos aquellos supuestos en los cuales la coincidencia se limite a alguno o algunos de dichos elementos esenciales.



## JURISPRUDENCIA

---

*No obstante que los co-litigantes son las mismas partes y tienen el mismo interés, los petitorios de ambos procesos no son los mismos, puesto que uno se refiere a un proceso penal por estafa y la otra a una acción civil por responsabilidad extracontractual, por lo que no se cumple la triple identidad que exige el artículo 452 del CPC. (Exp. N° 404-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 159)*

*Las pretensiones de petición de herencia y de nulidad de declaratoria de herederos no han sido formuladas con anterioridad, entre las mismas partes ni los petitorios son los mismos, por lo que no puede decirse que se trata de procesos idénticos al de división y partición y declaratoria de herederos ya fenecidos (Cas. N° 264-95-Cusco, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10)*

*Procede la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro, esto es, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, y que baya sido resuelto mediante sentencia firme o ejecutoriada (Exp. N° 732-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 290-292)*

*No se puede considerar como pretensiones idénticas a la de nulidad del acto de inscripción de primera de dominio hecha a favor de los eventuales demandados, al acto que lo contiene sobre el bien materia de un conflicto judicial (que sería la pretensión principal) y el de solicitud de inscripción de primera de dominio a favor de los eventuales demandantes sobre el mismo bien (Cas. N° 2923-99-San Román, El Peruano, 17/09/2000, p. 6272).*

## AMPARO DE LAS EXCEPCIONES DE LITISPENDENCIA, COSA JUZGADA, DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN O CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN

### ARTÍCULO 453

*Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:*

- 1. Que se encuentra en curso;*
- 2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;*
- 3. En que el demandante se desistió de la pretensión; o,*
- 4. En que las partes conciliaron o transigieron.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.  
LEY 26572

arts. 121 párr. 3, 328, 340, 344, 452, 496 inc. 7, 8, 9 y 10.  
arts. 16, 99.

---

### Comentario

---

1. La norma selecciona un grupo de excepciones sobre los que opera un elemento común, la identidad de procesos. El artículo 452 CPC califica como procesos idénticos, cuando las partes, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos. Bajo ese enunciado, la norma en comentario nos propone, según la excepción que se trate de supuestos especiales que permitiría se ampare esta.

2. En el caso de la excepción de litispendencia, esta opera cuando existe otro proceso pendiente, o como lo cita la norma “que se encuentre en curso” entre las mismas partes, en virtud de un mismo objeto y una misma causa. Aquí coexisten dos pretensiones cuyos elementos son idénticos. Para la admisión de dicha excepción, se requiere la mas absoluta identidad en la triología descrita, de modo que la sentencia dictada en uno de los procesos, debe producir la excepción de cosa juzgada en el otro. Solo cuando esa identidad se satisface de manera absoluta, se declarará fundada la excepción propuesta, anulando todo lo actuado y dando por concluído el proceso, sin declaración de fondo. (ver inciso 5 artículo 451 CPC e inciso 4 artículo 321 CPC).

3. Con respecto a la excepción de cosa juzgada, se expresa en el hecho que no se puede volver a discutir ante un órgano jurisdiccional una decisión emitida por este. El supuesto que opera en esta excepción es iniciar un proceso idéntico a otro, ya resuelto mediante sentencia firme. Si bien, es un efecto natural de toda sentencia, su imperio y obligatoriedad, también concurre a ella, la propia utilidad de la función judicial del Estado, unida a consideraciones de seguridad jurídica, que determinan la necesidad de asegurar del atributo, que su contenido no puede ser alterado en ningún otro proceso ulterior, tornando por lo tanto inadmisibles toda nueva discusión o resolución acerca de las cuestiones ya decididas o resueltas con carácter firme. Este mencionado atributo recibe el nombre de cosa juzgada, a la que puede definirse, en general, como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no proceda ningún recurso susceptible de modificarla. Este atributo, no solo es aplicable a las decisiones jurisdiccionales, sino a los laudos firmes provenientes del procedimiento arbitral.

4. La excepción de desistimiento de la pretensión, opera cuando el pretendiente abdica a reclamar el derecho que alega. Es un acto de disposición que va a generar efectos fatales para quien lo formula, como es, asumir los efectos de una sentencia infundada. Nótese que el desistimiento, no se refiere al proceso, sino a la pretensión, cuyos efectos son sustancialmente diferentes. De ahí, que luego que ha operado el desistimiento y aprobado este, se vuelva a interponer idéntica pretensión, se declarará fundada la excepción propuesta, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso (ver inciso 5 artículo 451 CPC). A pesar que el inciso 6 del artículo 321 CPC equipara al desistimiento del proceso con el desistimiento de la pretensión, como expresiones de conclusión del proceso sin declaración de fondo, consideramos que solo ese efecto debe atribuirse al desistimiento del proceso, pues, permite volver a discutir en nuevo proceso el mismo conflicto, situación que no es extensiva al desistimiento de la pretensión, por estar limitada por los efectos de la excepción que recoge el inciso 9 del artículo 446 CPC y porque además produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada.

5. Cuando se inicie un proceso idéntico a otro, que ha concluido porque las partes conciliaron o transigieron merece amparar la excepción propuesta. Esta excepción tiene como objetivo aportar al proceso, un medio de definición del conflicto con el fin que el juez decreta la terminación del proceso.

Si partimos del supuesto que tanto la transacción como la conciliación tienen efecto extintivo sobre la cuestión controvertida, impidiendo que las partes puedan volver sobre ella, la redacción que contiene este inciso podría llevar a entender que solo operaría para poner fin al proceso, situación que no necesariamente involucra poner fin al conflicto. Son dos categorías totalmente diferentes, cuyas consecuencias señalan lo siguiente: la transacción o la conciliación ponen fin al

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

conflicto y consecuentemente al proceso en el que se discute; pero puede darse el caso que se ponga fin al proceso, mas no al conflicto, situación que puede permitir reanudar su discusión posteriormente, en otro momento y en otro proceso.

Por otro lado, debemos precisar que los efectos de la conciliación extraproceso es totalmente diferente a la conciliación procesal, porque a esta última le es extensiva la cosa juzgada (véase artículo 328 del CPC). Como señala el dictamen de la Comisión de Justicia al debatir el proyecto de Ley de conciliación, “el título de ejecución, puede ser cualquier documento que la Ley le confiera dicha calidad y no tiene que ser necesariamente cosa juzgada”. El único ente que se encuentra facultado para administrar justicia con efecto de cosa juzgada es el Poder Judicial, conforme lo señala el artículo 139 de la Constitución del Estado. En esa misma línea Gozaini<sup>(1)</sup> señala que “la cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes”. Ello justifica que frente a una actividad dolosa estos acuerdos homologados puedan ser revisados, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta que recoge el artículo 178 CPC.

Solo cuando esa identidad se satisface de manera absoluta, se declarará fundada la excepción propuesta, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso, con declaración de fondo. (ver inciso 5 artículo 451 CPC e inciso 2 y 3 artículo 322 CPC).

6. Como se puede advertir, el efecto que genera declarar fundada cualquiera de las excepciones citadas es la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso. Esto se explica, porque el proceso, viene a ser un conjunto concatenado de actos procesales; siendo así, la nulidad de un acto puede acarrear la nulidad de los actos procesales subsiguientes, y así, motivar la nulidad de lo actuado en el proceso. La nulidad, es el estado de anormalidad del proceso civil, originado por la falta de uno de sus elementos constitutivos, que son colocados en situación de ser declarados inválidos.



## JURISPRUDENCIA

---

*No obstante ser idénticas la partes, es infundada la excepción de litis pendencia, si la vía procedimental y la naturaleza de las acciones difieren una de otra (Exp. N° 233-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 425)*

---

(1) Gozaini Osvaldo, "La conciliación en el Código Procesal Civil del Perú, Teoría y técnica, Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998, p. 412

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Si un proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, no puede afirmarse que sea un proceso en curso y por ende mal puede ampararse la excepción de litis pendencia. Procede amparar la excepción de litis pendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (Exp. N° 130-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 427)*

*La excepción de conclusión del proceso por conciliación, solo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico, situación que no se da con los procesos de privación de la patria potestad y tenencia (Exp. N° 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429)*

*El nuevo Código Procesal Civil señala en su artículo 453 que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando la materia del mismo proceso ya fue resuelto y cuenta con sentencia firme; cuyos efectos alcanzan a las mismas partes y a quienes deriven sus derechos de dichas partes (Exp. N° 1084-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 160-161)*

## IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN COMO NULIDAD

### ARTÍCULO 454

*Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 171.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 100

---

### Comentario

Cada etapa del proceso tiene un tiempo para ser cumplida y se realiza en forma sucesiva, de tal manera, que al vencer el plazo fijado para cada etapa, ella queda cerrada y no puede volverse a abrir.

Bajo ese contexto decimos, una de las etapas en el proceso para albergar el cuestionamiento de parte, a la validez de la relación procesal es la postulatoria. La excepción se constituye en el medio de defensa que debe emplear el demandado para paralizar el ejercicio de la acción o destruir su eficacia, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial.

La denuncia de esos hechos como excepción está sujeta a preclusión, de tal manera que luego no puede ser alegado como causal de nulidad. Mediante la preclusión se cierra el paso a la inseguridad jurídica en el desarrollo del proceso. Esto se explica porque las formas no tienen por sí mismo una finalidad, sino que sirven de manera inmediata para garantizar el debido proceso, excluyendo toda posibilidad de volver a debatir o cuestionar lo actuado.

Ello no implica que las nulidades no denunciadas en su momento por el demandado, puedan ser apreciadas por el Juez de oficio, en el despacho saneador, conforme lo permite el inciso 3 artículo 465 CPC. Como señala Briseño Sierra<sup>(1)</sup>,

---

(1) BRISEÑO SIERRA, Humberto, "El Saneamiento del Proceso", En: Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, No. 3, 1967, p. 74-75

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

“el despacho saneador se destina a remover las nulidades del proceso y a verificar la existencia de los requisitos legales de la acción, esto es, a determinar si su titular está en condiciones de pedir una decisión de mérito”.



### JURISPRUDENCIA

---

*No puede sustituir con pedidos de nulidad las defensas que pudieron hacerse valer en forma y modo oportunos. Quien no asistió a la audiencia está en condiciones de interponer apelación por escrito y dentro del término legal (Exp. N° 954-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 123-124)*

## PROPUESTA Y TRÁMITE DE LAS DEFENSAS PREVIAS

### ARTÍCULO 455

*Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 427, 541, 574, 661, 662, 1879 a 1884, 1888.
C.P.C.	arts. 447, 700.
D.S. 054-97-EF	art. 38 literal b)

---

### Comentario

---

1. La defensa previa, viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en proceso que corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción.

2. Las defensas previas son enunciadas en las normas materiales y en si constituyen elementos propios de una institución determinada con merito procesal. La norma en referencia cita al beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales.

En relación al beneficio de inventario, al ser demandados los herederos por los acreedores del causante, podrán solicitar aquellos que el proceso se suspenda hasta saber si la masa hereditaria tiene un saldo positivo o favorable. Esta defensa tiene su sustento en el artículo 661 Código Civil que señala “el heredero responde por las deudas o cargas de la herencia, solo hasta donde alcancen los bienes de esta...”. Con este medio defensivo no se cuestiona la pretensión del actor, tampoco se cuestiona la relación jurídica procesal, simplemente el heredero alega, que previamente se debe acreditar mediante inventario que no existen bienes suficientes para pagar las deudas del causante. Esta defensa previa se fundamenta en el principio que en ningún caso la herencia puede perjudicar al heredero.

El beneficio de exclusión, constituye otra de las referencias que hace la norma a la defensa previa. Esta defensa se sustenta en el carácter subsidiario y accesorio de la fianza; así lo establecen los artículos 1879, 1880 y 1883 del Código Civil. El fiador que hace valer este medio defensivo, no cuestiona la pretensión, no negará tener la calidad de garante, se limitará a señalar un impedimento del ejer-

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

cicio del derecho de acción del actor, oponiendo la excusión conforme lo señala el artículo 1880 CC. También concurre el beneficio de división, cuando concurren pluralidad de fiadores, tal como lo prevé el artículo 1887 CC.

La norma deja abierta la posibilidad de las defensas previas a otros casos que refieran las normas materiales; por citar, el caso de la donación a favor del tutor o curador (ver artículo 1628 CC). Aquí se priva de efectos a la donación realizada por el representado a favor de su tutor o curador, mientras no se aprueben las cuentas materia de rendición que exige el artículo 540 CC; por citar, frente a una demanda del tutor a fin que le sea entregado el bien materia de donación, podrá oponérsele una defensa previa. Con ello no estamos cuestionando la pretensión del actor, solo se acusará la omisión de un requisito previsto en las leyes de fondo ya citadas, como es la aprobación de la rendición de cuentas.

Existen diversas excepciones sustantivas enunciadas en el Código Civil, por citar, véase el caso del derecho de retención y las formas de ejecutarlo (artículo 1127 CC); la excepción de contrato no cumplido (artículo 1426 CC) la excepción de caducidad de plazo (ver artículo 1427 CC) y la excepción de saneamiento (artículo 1527 CC).

3. Debe añadirse que algunos autores admiten la existencia de defensas previas proveniente del convenio de partes, por ejemplo, pactos que implican obligación de realizar comunicaciones, requerimientos previos a cualquier acción judicial, que obren en un contrato determinado. Este tipo de defensas previas de origen convencional, sin embargo, pueden confundirse con el título de la obligación en sí, en todo caso se trataría de una interpretación extensiva del presente artículo.



## JURISPRUDENCIA

---

*El instituto de la defensa previa tiene la finalidad de postergar la pretensión, en tanto se cumpla una condición a la que está subordinado el hecho que motiva su exigibilidad. No puede ampararse la defensa previa sustentada en la existencia de un proceso de otorgamiento de escritura pública, pues ello no es condicionante de la acción de resolución del contrato (Exp. Nº 2138-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 437)*

*Es nula la sentencia que sostiene que sin el fallo administrativo de la autoridad portuaria, no es posible establecer si el siniestro que se precisa en la demanda, se produjo. Si el procedimiento administrativo iniciado ante la Capitanía del Puerto no ha sido resuelto; ello sin embargo, no exime al Juzgador de emitir un fallo razonable acorde a las pruebas actuadas, toda vez que no existe impedimento legal que condicione el ejercicio de la acción*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*propuesta al agotamiento de la vía administrativa como vía previa (Exp. N° 1374-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 343-344)*

*Las defensas previas constituyen antecedentes naturales de orden civil que deben observarse previamente para el ejercicio del derecho de acción (Exp. N° 936-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 292)*

## EFFECTOS DEL AMPARO DE UNA DEFENSA PREVIA

### ARTÍCULO 456

*Declarada fundada una defensa previa tiene como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 177, 320.

---

### Comentario

---

1. La defensa del demandado la podemos agrupar en tres modalidades: defensas de fondo, defensas de forma y defensas previas.

La primera consiste en negar y/o contradecir la demanda del actor, al momento de contestar. Sobre este particular véase el art. 442 inc: 2 CPC que regula la contradicción; sin embargo, debemos precisar que no debe confundirse la reconvencción con la contradicción, pues, a pesar que se formulen en el mismo escrito de contestación de la demanda, ella encierra una nueva demanda que se admite por un criterio de economía procesal, configurando así un tipo de acumulación objetiva sucesiva.

La otra modalidad de defensa, se aprecia a través de las excepciones. Con ella no se hace otra cosa que acusar la omisión por parte del actor de un presupuesto procesal o de una condición de la acción.

Las defensas previas constituyen otra modalidad de defensa que busca la suspensión del proceso hasta que no se cumpla un requisito o acto previo, el mismo que debe necesariamente estar previsto en las normas sustantivas. En este sentido véase la redacción de la presente norma “declarada fundada una defensa previa tiene como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción”.

2. Algunos autores califican a las defensas previas como excepciones que extinguen el derecho pero impiden su ejercicio. Se cuestiona que el Código Procesal se ocupe de ellas porque no se fundan en una omisión procesal sino en cuestiones íntimamente vinculadas a la relación sustantiva; sin embargo, como no hay un camino procesal especial para este tipo de cuestionamientos, clásicamente se consideraba que podía ser opuesta al contestar la demanda, desde que no se

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

autorizaba a deducirlas como articulaciones de previo pronunciamiento, como si lo es ahora.

La defensa previa responde a las siguientes peculiaridades: a) tiene una raíz de derecho material, por tanto, no corresponde ubicarla bajo leyes procesales; b) se dirigen al derecho de acción, esto significa que en caso de prosperar una defensa previa, el derecho de acción, aún no era expedito para ejercitarlo, por tanto el proceso iniciado debe suspenderse; y c) no implican cuestionamientos a la pretensión del actor, simplemente se denuncia la omisión incurrida por el actor, en cuanto a un requisito enunciado en las normas sustantivas, a fin de demandar en el caso concreto.

En relación a la defensa previa Monroy<sup>(1)</sup> la conceptúa como aquella que sin un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo, por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el pago de lo debido, éstos podrían alegar que desconocen aún si la masa hereditaria presenta un saldo positivo, por lo que el proceso debe suspenderse hasta conocer tal hecho. Esta es una típica defensa previa, no se ataca la pretensión, solo se dilata el proceso y su eficacia, incluso de manera definitiva.



## JURISPRUDENCIA

---

*La defensa previa constituye un obstáculo temporal, de orden legal, para la prosecución del proceso (Exp. N° 809-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 291)*

*No puede ampararse la paralización del proceso a través de una defensa previa apoyada en supuestas omisiones de tipo formal que de haber sido ciertas, hubieran llevado a la inadmisibilidad de la demanda en su oportunidad (Exp. N° 405-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 155-156)*

---

(1) Monroy Galvez Juan, "Conceptos elementales del proceso civil II" en El Peruano, Lima, 01 de julio 1992, p.B-5

## COSTAS, COSTOS Y MULTAS DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

### ARTÍCULO 457

*Las costas, costos y multas del trámite de las excepciones y defensas previas serán de cargo de la parte vencida. Adicionalmente y atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el Juez puede condenarla al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. VIII, 412.

---

### Comentario

---

1. Las costas y costos son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, que le deben ser reembolsados por la otra, en virtud de un mandato judicial. El artículo 412 del CPC recoge el principio de la derrota para el reembolso de los gastos procesales, esto es, que la parte vencida debe devolver esos gastos, la misma que no debe entenderse como una sanción contra el litigante vencido, sino el medio de retribuir los gastos que se ha visto obligado a hacer el vencedor.

La actividad del Estado para obrar la actuación de la Ley requiere de tiempo y de gastos, y dicha inversión no puede volverse contra quien acude al proceso en busca de razón, mucho menos si la tiene, de manera que la justificación de la condena en costas no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de quien se realiza. No hay relación entre el vencido y su petición, pues las costas y costos son declarados en base al hecho objetivo de la derrota; es decir que se desentienden de la existencia o inexistencia de culpa, mala fe o buena fe, ejercicio abusivo del derecho, etc.

En ese sentido, la norma en comentario guarda coherencia con el principio rector que rige los gastos procesales, esto es, el elemento objetivo de la derrota en la tramitación de las excepciones o defensas previas, condiciona la condena del gasto procesal.

2. Por otro lado, léase que la norma adicionalmente a la condena de gastos procesales regula la sanción pecuniaria, en atención a la manifiesta falta de fundamento, que hubiere expresado en la excepciones o defensas previas. Nótese que la sanción se expresa aquí como resultado del abuso en la actividad procesal,

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

realizado por quien articuló dichos medios de defensa. El abuso procesal del demandado se mide en la carencia de fundamento de su actuación. Ello resulta coherente con lo calificado por el Código Procesal, en el inciso 1 del artículo 112 del CPC, como temeridad o mala fe.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de ésta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



## JURISPRUDENCIA

---

*El reembolso de los gastos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida. Habiendo sido declarada fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, es evidente que la parte vencida en el proceso está constituida por la demandante (Exp. N° 1234-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 401-402)*

## TITULO IV

### REBELDIA

#### PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

##### ARTÍCULO 458

*Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente esta no lo hace, se le declarará rebelde.*

*También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79.*

---

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 79, 465, 524.
LEY 26572	art. 114.
LEY 26636	art. 24.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina	art. 59
--------------------	---------

---

#### Comentario

---

1. Frente al derecho que tiene toda persona de invocar tutela, emerge la carga de comparecer cuando otra persona pide al Estado lo emplace para el inicio del proceso. La resistencia a comparecer esta sancionada como rebeldía, con los efectos que dicha situación le confiere el artículo 461 CPC

La rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurrir en rebeldía.

También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La declaración de rebeldía tiene que responder a ciertos presupuestos. Uno de ellos es la notificación válida y oportuna al demandado, esto es, la citación debe ser practicada en debida forma, en el domicilio de la parte. Otra situación a contemplar es verificar que la rebeldía se declare una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda.

La declaración de rebeldía no requiere de la petición de la parte contraria; el juez debe declararlo de oficio, en aras de impulsar el proceso por sí mismo a fin de evitar la demora de este (ver artículo II del Título Preliminar).

No procede declarar la rebeldía de los terceros que son citados para intervenir en el proceso y no comparecen dentro del plazo que se les conceda al efecto, ya que la actitud solo los expone al riesgo de ser alcanzados por los efectos de la sentencia de la misma manera que las partes originarias. Solo hace excepción a esa regla la incomparecencia de quien es citado como litisconsorte necesario a fin de procederse a la integración de la litis.

2. Clásicamente no se concebía que el proceso se desarrollase en ausencia de una de las partes, razón por la cual se crearon medios compulsorios orientados a suplir la incomparecencia; sin embargo, en el derecho actual no se admite utilizar medidas coercitivas para compeler a las partes a comparecer, pues, no existe en rigor un deber de comparecencia, sino una facultad y correlativa carga de hacerlo. Palacio señala que "el incumplimiento de esa facultad solo se traduce en el desaprovechamiento de oportunidades propicias para ejecutar los actos que convingan a los intereses de la parte omisa y por lo tanto, en la perspectiva desfavorable que esa circunstancia genera acerca del contenido de la sentencia final".

Según Montero Aroca<sup>(1)</sup>, "la rebeldía descansa en el principio de contradicción y en la noción de carga. El principio de contradicción entendido como derecho fundamental de audiencia o defensa, supone que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, pero no puede jugar de la misma manera en todos los procesos. En el civil el principio se respeta cuando se ofrece al demandado la posibilidad real de ser oído, sin que sea necesario que este haga uso de esa posibilidad. La demanda, pues, no impone al demandado obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no levantar según le parezca mas conveniente".

Tomando como referencia que la ausencia de una de las partes implica una falta de cooperación que afecta la estructura normal del proceso y el ejercicio de la actividad judicial, los modernos sistemas procesales acuden al hecho de crear ciertas ficciones o presunciones en relación a la incomparecencia al proceso ten-

---

(1) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional, Bosch, t.II, Barcelona, 1995, p.153

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

diente a superar las dificultades que de tales contingencias emergen. La presunción que regula el artículo 461 del Código se orienta en ese sentido.

Por último es importante señalar que el tema de la rebeldía no afecta el principio de bilateralidad del proceso porque lo vital del principio es que toda actividad que se realice en el proceso, sea de conocimiento de las partes oportunamente, allí se agota el principio, sin que sea necesario para su materialización su intervención o su asentimiento.

3. Por otro lado, no debe confundirse la rebeldía con la omisión en que puede incurrir cualquiera de las partes en el cumplimiento de actos procesales particulares, por citar, la omisión para interponer algún recurso impugnatorio. Dicha actitud solo determina la pérdida de la oportunidad de ejecutar el acto omitido y la caducidad de la facultad no ejercida dentro del plazo pertinente, pero de ninguna manera genera –como ocurre en la rebeldía– efectos que repercuten en la estructura total del proceso, como si serían en el caso de las presunciones y medidas cautelares. (ver artículo 463 y 461 CPC).



## JURISPRUDENCIA

---

*Si el emplazado, quien tiene la condición de rebelde, en apelación y sin acompañar ninguna prueba, niega no solo la autenticidad de las facturas sino la entrega de las mercaderías y hasta los documentos que se atribuyen como sustentatorios de pago a cuenta de su aporte, no destruye la presunción relativa sobre la verdad de los hechos, tanto más si se reconoce la vinculación comercial que relacionaba a las partes (Exp. Nº 3726-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 225)*

*La rebeldía es una sanción impuesta al justiciable que incumplió en contestar un traslado o realizar un acto procesal ordenado y, es también, un medio de presunción judicial (Exp. Nº 1560-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 294-295)*

*No es legal declarar rebelde a la demandada, respecto de quien se ha ordenado la notificación por edicto.*

*Haciéndose efectivo el apercibimiento precisado en los edictos debe nombrarse curador procesal, órgano de auxilio procesal, con quien se entenderá el proceso y cuya actuación concluye cuando la parte o su representante legal comparecen al proceso (Exp. Nº 2113-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 295-296)*

## NOTIFICACIÓN DE LA REBELDÍA

### ARTÍCULO 459

*La declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos. De la misma manera se le notificarán las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento. Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

**C.P.C.** arts. 157, 158, 159, 160, 161, 165, 166, 167, 168, 460, 506, 507.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

**C.P.C.N. Argentina** art. 62

---

### Comentario

La parte que se abstiene de contestar la demanda, pese a haber sido debidamente citada le corresponde la declaración de rebeldía. La norma establece que la resolución correspondiente debe ser notificada al rebelde por cédula o en su caso, por edictos si no tuviere dirección domiciliaria.

A pesar que la norma no precise por cuantos días debe publicarse los edictos, podría entenderse por tres días hábiles, en aplicación del artículo 168 del CPC.

Por otro lado la norma advierte una limitación considerable a las notificaciones que corresponde cursar a la parte declarada en rebeldía. Estas se circunscriben a la que declara saneado el proceso, la que cita a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento.

Las restantes resoluciones que se dicten en el proceso se notifican al rebelde automáticamente, asumiendo el Código la ficción que se produce el mismo día que lo fueron a la otra parte.

## PROCESO Y REBELDÍA

### ARTÍCULO 460

*Declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el artículo 461.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 449, 459, 461, 465, 473 inc. 2.

---

### Comentario

---

1. Cuando cualquiera de las personas que intervienen o que deben intervenir en un proceso omiten el cumplimiento de los actos procesales dentro de la correspondiente dimensión temporal genera inactividad, la misma que puede ser específica y genérica.

La rebeldía es una expresión de inactividad específica. Se configura con respecto a la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de la citación. No debe confundirse la rebeldía con la omisión en que puede incurrir cualquiera de las partes en el cumplimiento de actos procesales particulares, pues esa actitud solo determina la pérdida de la oportunidad de ejecutar el acto omitido, pero no repercuten en la estructura total del proceso. En cambio, la inactividad procesal genérica implica la omisión de un número indeterminado de actos procesales. La inacción es absoluta y produce el abandono.

2. El conflicto es el elemento sobre el que va a operar el proceso judicial, entendido este como la existencia de intereses recíprocamente resistidos u opuestos, respecto de determinado bien jurídico. Los intereses recíprocamente resistidos se va a expresar en la coexistencia de una pretensión y de una resistencia; pero en esta colisión puede darse la posibilidad que el resistido no contradiga o no controvierta la pretensión, generando así un conflicto sin controversia, que recoge la figura de la rebeldía, cuando quien esta llamado a contestar una demanda no lo hace dentro del plazo señalado para ello, a pesar de haber sido notificado válidamente.

Como ya se ha señalado, uno de los efectos que genera la rebeldía en el proceso es la ausencia de controversia frente al conflicto de intereses. La controversia según Atilio González “es la contingencia procedimental consistente en la probabilidad que el conflicto sea discutido; es decir, la eventualidad que el sujeto

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

pasivo de la pretensión discuta, contradiga o controvierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte”.

A pesar que el conflicto no tiene controversia, se permite al Juez pronunciarse sobre el saneamiento del proceso, pudiendo hacer uso en esta etapa de la facultad que le confiere el inciso 3 del artículo 465 del CPC. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, produciendo con ello el juzgamiento anticipado del proceso, tal como lo señala el inciso 2 del artículo 473 del CPC, salvo las excepciones previstas en el artículo 461 del CPC.

3. La declaración de rebeldía no implica que el juez deba acoger favorablemente una pretensión que carezca de algún requisito de admisibilidad. El juez está obligado a verificar de oficio dichos presupuestos en el acto de saneamiento procesal, tal como le faculta el inciso 3 del artículo 465 del CPC.

Por otro lado, la ausencia efectiva de controversia que involucra el proceso en rebeldía no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia que contenga una solución justa al conflicto. Si el juez lo considera necesario podrá actuar medios probatorios de oficio, tendientes a verificar los hechos alegados. Las excepciones que regula el artículo 461 del Código así lo permiten, siempre y cuando el juez declare en resolución motivada, que no le producen convicción.

## EFFECTO DE LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

### ARTÍCULO 461

*La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:*

- 1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;*
- 2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible;*
- 3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda; o,*
- 4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C.* arts. 92, 188, 233, 279, 460, 465, 473 inc. 2, 524, 528 inc. 4, 746

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C.N. Argentina* arts. 60, 61

---

### Comentario

---

1. La demanda, no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no levantar según le parezca mas conveniente.

La rebeldía debe ser declarada, para lo cual, se parte de los supuestos de haberse notificado la demanda en debida forma, a persona cierta y con domicilio conocido; y la incomparecencia de esta, una vez transcurrido el plazo del emplazamiento. Si se trata de una persona incierta o cuyo domicilio o residencia se ignoran corresponde la citación por medio de edictos durante un plazo, cuyo vencimiento no determina la rebeldía del citado, sino la designación del defensor o curador procesal.

Gozaini<sup>(1)</sup>, al sostener que si el demandado contesta tardíamente o plantea extemporáneamente la reconvencción, aún sin estar declarado rebelde, sus actos son plenamente validos pues el proceso aún no ha precluído. "La declaración de rebeldía requiere de una resolución expresa. El simple vencimiento del plazo no

---

(1) Op. cit. p. 37

cierra esa etapa del proceso; es menester que el juez ya sea de oficio o a pedido de parte, declare la rebeldía. No olvidemos que el juez no solo es el director del proceso, sino también el conductor del proceso, siendo incluso responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Una posición en sentido contrario constituiría en cierta forma una premiación a la negligencia del juzgador”.

2. La inactividad que genera la rebeldía constituye fundamento para la presunción sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, tal como lo señala la norma, salvo los cuatro supuestos que a continuación se detalla:

El inciso 1 considera que la contestación de la demanda por uno de los litisconsortes beneficia a los restantes. La norma, que inspira la existencia de partes múltiples, no altera la unidad del proceso que no es susceptible de fraccionarse sobre la base del número de sujetos que actúan en una misma posición de parte, como sería el caso de los litisconsortes necesarios.

La presunción legal relativa tampoco opera en los casos que la pretensión se sustente en un derecho indisponible, como la adopción y la filiación, en los conflictos familiares.

Por otro lado, la declaración de rebeldía no implica que el juez deba acoger favorablemente una pretensión que carezca de algún requisito de admisibilidad que la Ley requiera. Véase en el caso de la tercería, en el que el artículo 535 CPC, requiere que la pretensión demandada se pruebe con documento público o privado, de fecha cierta. Ante la ausencia de esa prueba documental, exigida legalmente al interponer la demanda, no cabe aplicar al caso la presunción legal de la rebeldía, para subsanar dicha omisión.

Por último, la sentencia dictada en rebeldía debe representar una solución justa del conflicto. La rebeldía no altera sustancialmente las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba, pues, si el demandado no comparece ni contesta la demanda y se le declara rebelde, esta decisión no afecta el sustrato material en debate, pues, le corresponderá al actor probar los hechos que sostienen su demanda; de tal forma, “si dichos medios de prueba no son idóneos para producir convicción sobre lo que se alega, el juez la declarará en resolución motivada”. Esto implica que no cabe prescindir de la actuación de medios probatorios si la pretensión del actor carezca de todo respaldo probatorio; sin embargo, el juez está facultado para obviar la etapa probatoria normal cuando se ha aportado elementos probatorios suficientes para generar convencimiento del derecho que se alega. En este último caso, procederá al juzgamiento anticipado siempre y cuando la declaración de rebeldía produzca presunción legal relativa de verdad. (ver inciso 2 artículo 473 CPC).



JURISPRUDENCIA

*Si bien se ha decretado la rebeldía de la demandada, también es verdad que nuestro ordenamiento procesal no prohíbe valorar los medios probatorios presentados por el rebelde, más aún, si con su apreciación se puede llegar a solucionar el conflicto (Exp. N° 20785-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 271)*

*La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el juez en resolución motivada adopte otro criterio, de donde resulta que: a) la presunción legal es una consecuencia de dicha declaración, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; b) la presunción relativa es *juris tantum*, esto es que se sujeta a probanza y por tanto no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión; y, c) que si el juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, al momento de pronunciar sentencia, no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia, obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella (Cas. N° 1868-98-Callao, El Peruano, 22/07/99, p. 3093)*

*“... Si bien se ha declarado extemporánea la contestación de la demanda y rebelde a la parte demandada, se encuentra aún así obligado (el Juez) a revisar todos los medios probatorios...” (Cas. N° 199-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 160-161)*

*“... la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; que la presunción relativa es *juris tantum*; esto es sujeta a probanza y por tanto no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión, y que si el Juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, aplicando el inciso segundo del artículo cuatrocientos <sup>1</sup>, setentitrés del mismo Código, al momento de pronunciar sentencia, j no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia, obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella” (Cas. N° 1868-98-Callao, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 309-311)*

*“... La rebeldía solamente origina una presunción legal relativa y no definitiva...” (Cas. N° 2654-99-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 304-305)*

*La rebeldía es una sanción impuesta al justiciable que incumplió en contestar un traslado o realizar un acto procesal ordenado y, es también, un medio de presunción judicial (Exp. N° 1560-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 294-295)*

*“... La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el Juez en resolución motivada adopte otro*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*criterio, como exige el inciso cuarto del artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Adjetivo, de donde resulta: a) que la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; b) que la presunción relativa es `juris tantum ; esto es sujeta a probanza y por tanto no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión, y c) que si el Juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, aplicando el inciso segundo del artículo cuatrocientos ', setentitrés del mismo Código, al momento de pronunciar sentencia, no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia, obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella" (Cas. Nº 1868-98-Callao, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 309-311)*

*Debe declararse la nulidad de la resolución, si el juez al formular su declaración en aplicación del Inc. 4 artículo 461 del C.P.C. no cumple con motivar su resolución (Exp. Nº 1476-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 139-140)*

## INGRESO DEL REBELDE AL PROCESO

### ARTÍCULO 462

*El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que este se encuentre.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 473 inc. 2.  
LEY 26636 art. 24.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 64

---

### Comentario

---

La rebeldía es una situación permanente de la parte, a pesar que ingrese al proceso. Decimos ello porque si bien la norma en comentario regula la incorporación del rebelde, no precisa si el mero hecho de la comparecencia hace cesar la rebeldía.

Si asumimos por válido ese efecto, diremos que a partir de su ingreso comienza a regir el régimen normal de las notificaciones, restringidas según el artículo 459 del Código.

Los efectos producidos con anterioridad a su ingreso son irreversibles para el rebelde, quien debe asumir el proceso en el estado en que se encuentre; sin embargo, frente a la medida cautelar dictada, el rebelde puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial siempre que se garantice suficientemente el derecho de la otra parte, así como también la sustitución por otros bienes del mismo valor o reducción del monto por el cual la medida ha sido trabada.

## REBELDÍA Y MEDIDAS CAUTELARES

### ARTÍCULO 463

*Declarada la rebeldía, pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvención.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 608, 445.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 63, 65

---

### Comentario

---

1. Desde el momento que se declara la rebeldía podrá decretarse si la otra parte lo pidiere las medidas cautelares necesarias para asegurar el objeto del proceso y los gastos de este. Nótese que la norma no precisa que la resolución de rebeldía, se encuentre consentida o ejecutoriada para que proceda la medida cautelar.

El hecho que autoricen la adopción de medidas cautelares frente a la declaración de rebeldía, no implica la sanción correlativa al incumplimiento de un deber, sino meras disposiciones asegurativas tendientes a evitar que el rebelde rehuya eventualmente, las responsabilidades patrimoniales que pueden surgir de la sentencia definitiva.

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, crea presunción de la verosimilitud del derecho reclamado por la otra parte, por lo que en atención a dicha presunción la adopción de medidas cautelares no esta condicionada al previo examen de los elementos aportados al proceso, sin embargo, considera Palacio<sup>(1)</sup> que no cabe desconocer al juez la potestad de denegarlas en el supuesto que las constancias del proceso demuestren que su improcedencia resulta manifiesta. “si bien no se requiere de prueba de la verosimilitud del derecho, es pertinente la denegatoria del pedido cuando aquella circunstancia aparezca totalmente descartada”.

---

(1) Palacio, op. cit, t.IV, p 199

Compartimos esa opinión porque la presunción de veracidad de los hechos expuestos, es relativa, por tanto, concurre la posibilidad que el juez se aparte de dicha presunción ante pretensiones que se sustenten en derechos indisponibles; en caso de litisconsorcio necesario, en el que alguno de los emplazados hubiere contestado la demanda; cuando no se aporte la prueba documental que la ley exige se acompañe en la demanda, como sería el caso de la tercería excluyente de propiedad (ver artículo 535 CPC); entre otras situaciones cuyos medios de prueba no produzcan convicción sobre lo que se alega. Como señala Gozaini<sup>(2)</sup>, "el procedimiento cautelar no es automático sino que está equilibrado por la verificación jurisdiccional sobre los extremos típicos de las medidas. No cabe actuar mecánicamente sino subordinar la procedencia de las precautorias solicitadas a las características y condiciones de cada situación particular".

2. El rebelde cuando se incorpore al proceso, frente a la medida cautelar dictada, puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial siempre que garantice suficientemente el derecho de la otra parte, así como también la sustitución por otros bienes del mismo valor o reducción del monto por el cual la medida ha sido trabada. Son aplicables las reglas de la ampliación, sustitución o reducción de medidas cautelares al rebelde.

Por otro lado, la declaración de rebeldía debe operar ajena a alguna evidencia que la invalide por vicios de nulidad en el trámite; por citar, si en el proceso principal se advierte que el emplazamiento al demandado se realizó de manera defectuosa, por citar, no se ha notificado en el domicilio señalado, ese defecto va a originar la nulidad de la rebeldía.

No hay duda que en este caso, la medida cautelar será levantada por los efectos que ha generado, a posteriori, el acto anulado, esto es, la rebeldía invalidada.

---

(2) GOZAINI, teoría general..., op. cit. p. 38

## COSTAS Y COSTOS DE LA REBELDÍA

### ARTÍCULO 464

*Son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 410, 411, 412.

---

### Comentario

---

Las costas y costos son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, que le deben ser reembolsados por la otra, en virtud de un mandato judicial. Chiovenda decía que el proceso es un procedimiento lícito, por medio del cual la sociedad sustituye la fuerza para la defensa de los derechos por un sistema racional; por ello quien lo utiliza, hace uso de su derecho y los gastos que cause a su adversario no constituyen un daño que deba resarcirse, puesto que no se producen injustamente. El fundamento está en **el reconocimiento del derecho**, puesto que todo lo que fue necesario para ese reconocimiento es disminución del derecho y debe reintegrarse al propio sujeto del derecho, a fin que este no sufra detrimento por causa del proceso.

Para nuestro ordenamiento procesal los gastos procesales son el corolario del vencimiento y se imponen, no como sanción sino como devolución de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que hayan actuado, por haberse creído con derecho; sin embargo, se deja al magistrado un margen de libertad suficiente, para flexibilizar su decisión cuando permite que en declaración judicial expresa y motivada se exonere de estos gastos al vencido. (artículo 412 –primera parte– del CPC).

Sobre el particular se registra el siguiente pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema "el rebelde es eximido de la condena de costas y costos causados por su rebeldía si solicitó auxilio judicial, siendo irrelevante si formuló su pedido antes o después de la rebeldía (Casación 1059-96 Tacna, publicado en el Peruano 1/1/98, p. 338)

Por otro lado, cuando la norma señala "son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía" este cargo se sostiene en la presunción relativa

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda (ver artículo 461CPC) que causa la declaración de rebeldía, presunción que es acogida en la sentencia, con el consiguiente resultado adverso al demandado;

Aquí, este tiene el deber de asumir el reembolso de los gastos, por el efecto que ha generado su condición de rebelde, esto es, la presunción de veracidad de los hechos de la demanda.

## TÍTULO V

### SANEAMIENTO DEL PROCESO

#### SANEAMIENTO DEL PROCESO

##### ARTÍCULO 465

*Tramitado el proceso conforme a esta Sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:*

- 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,*
- 2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o,*
- 3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.*

*Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.*

*La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo.*

---

##### CONCORDANCIAS:

<b>C.P.C.</b>	arts. 321 inc. 8, 371, 449, 458, 460, 461, 468, 478 inc. 8, 493.
<b>LEY 26636</b>	art. 65.
<b>D.S. 017-93-JUS</b>	arts. 184 inc. 5, 24 DF.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

<b>C.P.C. Colombia</b>	art. 306
------------------------	----------

---

#### Comentario

1. El saneador es la primera sentencia proferida en el proceso y tiene contenido puramente procesal.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

El despacho saneador es, cuanto a la forma, inspiración directa del legislador portugués, más en su esencia es reproducción de las fases *in iure* y *in iudicium* del proceso formulario romano.

En el derecho portugués este instituto fue denominado primitivamente "despacho regulador" porque se destinaba a conocer de las nulidades. El profesor Alberto Dos Reis, ponderando la amplitud de ese despacho, sustituye la designación primitiva de "despacho regulador del proceso" por el despacho saneador o expurgador del proceso.

La validez de la relación procesal es condición de la validez de la sentencia final, como acto último del proceso; y como el juez no debe producir sentencias anulables, ni intrínsecas, ni extrínsecas, necesita certificarse anticipadamente si la instancia está apta a recibir la pretensión, sobre la cual él va operar para resolverla válidamente. La sentencia saneadora, con fuerza preclusiva –en casi el inicio del camino procesal– es útil a fin de evitar el desperdicio de la actividad jurisdiccional y procesal, de ahí que el despacho saneador sea consecuencia inseparable del principio de economía; sin esos fundamentos lógicos no se comprendería la necesidad de dos sentencias en un mismo hecho: una de forma y otra de mérito.

En otras palabras podemos decir que el saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Busca remover las nulidades del proceso y verifica si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo, caso contrario, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto insubsanable.

A través del saneamiento se busca que no haya distracción de la actividad jurisdiccional; que no exista pérdida de tiempo; que se eviten gastos inútiles; que hagan viable un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, evitando sentencias inhibitorias. Bajo ese contexto la Sala de Casación<sup>(1)</sup> señala "la estructura moderna del Código Procesal ha previsto las audiencias de saneamiento, que tienen por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión) ingrese a la fase probatoria y decisoria purificada y exenta de irregularidades"

2. Alfredo Buzaid<sup>(2)</sup>, considera que desde el punto de vista metodológico, el Juez debe normalmente comenzar por el análisis de los presupuestos procesa-

(1) Casación Nº 83-98- Lima, Publicado en El Peruano, 03/01/99, p. 2345

(2) BUZAID, Alfredo, "Del Despacho Saneador", En: Estudios de Derecho, Sao Paulo, Saraiva, Tomo I, 1972, pp. 18-19.

les, a fin de verificar si la relación jurídica procesal, se constituyó y desarrolló normalmente. Superada esta fase examinará si concurren los requisitos de admisibilidad de la acción, para al final estudiar el mérito de la causa, declarando si es fundada o no la pretensión interpuesta. Según Monroy “los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio”.

El legislador comprendió que si los presupuestos procesales y las condiciones de la acción pueden reunirse bajo la categoría de requisitos de admisibilidad del juzgamiento de mérito, y que tales cuestiones deben ser examinadas por el juez, de oficio; una regla elemental de política legislativa aconsejaba que, la verificación de tales elementos no fuese diferida hasta el momento de emitir sentencia definitiva, cuando ya todas las pruebas hayan sido producidas, por que la falta de cualquiera de ellos, lejos de permitir la composición del conflicto de intereses, daría lugar a la terminación del proceso sin resolución de mérito.

3. Como ya hemos señalado líneas arriba, con el saneamiento se busca remover las nulidades del proceso y verificar la existencia de los requisitos legales de la acción, esto es, determinar si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo.

La nulidad, es el estado de anormalidad del proceso civil, originado por la falta de uno de sus elementos constitutivos, que coloca en situación de ser declarado inválido. Para Devis Echandía, la nulidad se divide en las siguientes categorías: sanables e insanables; absolutas y relativas; totales y parciales; extensibles y no extensibles. Empero la mayor parte de la doctrina, dentro de la cual se adscribe nuestra legislación procesal, sostiene como regla general, que la nulidad es relativa y excepcionalmente que la nulidad es absoluta.

En el saneamiento del proceso, concurren ambas nulidades procesales. En ese sentido, véase la redacción de los incisos 2 y 3 del presente artículo. En el inciso 2 se refiere a la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación; en el caso del inciso 3, hace referencia a conceder un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables. Esto nos permite decir que el inciso 2, regula la forma en que debe sancionarse la nulidad absoluta, mientras que el inciso 3 la subsanación de una nulidad relativa.

Por otro lado, la falta de un presupuesto procesal, determina la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, por ejemplo, si el juez es incompetente por razón de materia o la cuantía, estamos ante causa de nulidad absoluta; sin embargo, en esta fase del saneamiento, lo que examina el Juez son otras causales de nulidad que pudiere albergar el proceso, pero que no provengan de la falta de un presupuesto procesal.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Lo expuesto líneas arriba, nos permite señalar dos ideas base que recoge el artículo en comentario:

a) el saneamiento procesal tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar), para que el Juez al expedir sentencia, en la estación procesal correspondiente, elabore y emita un juicio de fundabilidad, resolviendo de esta manera el fondo del conflicto de intereses.

b) La calificación de la demanda, la resolución de las excepciones y el saneamiento del proceso constituyen los tres momentos ordinarios, a través de los cuales, se materializa la actividad saneadora. Fruto de esta actividad, el juez puede declarar la existencia de una relación procesal válida; en cambio, si el Juez constata un defecto y si su omisión es subsanable, ordenará al demandante lo subsane, otorgándole un plazo para ello, según se trate cada caso; y, si el Juez verifica la existencia de un defecto u omisión de carácter insubsanable, procederá a declarar la invalidez de la relación procesal.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien es cierto que el juzgador puede declarar la improcedencia no solo al calificar la demanda, sino en la etapa del saneamiento y en forma excepcional en la sentencia, mas no en la audiencia de conciliación, pues altera la seguridad jurídica de los justiciables e incumple con el principio de legalidad (Exp. N° 3113-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 282)*

*Es improcedente la nulidad, si los hechos en que se funda no se refieren a aspectos estrictamente procesales, sino, constituyen medios de defensa.*

*Si la demanda ha sido calificada positivamente, en el supuesto de configurarse la falta de los presupuestos procesales o de las condiciones de la acción, es improcedente la nulidad, porque ella debe determinarse en la etapa del saneamiento (Exp. N° 34664-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 210)*

*Es en la sentencia donde el juzgador aprecia si la pretensión ha sido acreditada luego de analizar los fundamentos de las partes y merituar la prueba actuada, actos procesales que no proceden a efectuarse en la etapa saneamiento, en la que no cabe pronunciarse sobre el derecho de la parte actora (Cas. N° 2018-97-Puno, El Peruano, 02/10/98, p. 1723)*

*La estructura moderna del Código Procesal Civil ha previsto a las audiencias de saneamiento y conciliación, que tienen por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión) ingrese a la fase probatorio y decisoria purificado y exento de*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

irregularidades; entre dichos mecanismos se encuentra la fijación de puntos controvertidos (**Cas. Nº 83-98-Lima, El Peruano, 03/01/99, p. 2345**)

Los jueces de mérito aprecian la procedencia de la demanda en el momento de calificarla, al resolver las excepciones si se han producido, y nuevamente al momento de pronunciar el auto de saneamiento. Excepcionalmente, como autoriza el artículo 121º del Código Procesal Civil, los jueces en sentencia pueden pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, lo que quiere decir que pueden hacerlo no obstante haber precluido las etapas anteriores; en el caso de un proceso ejecutivo, esta facultad no queda limitada ni disminuida por el hecho de que el demandado no impugnara el mandato ejecutivo, no formulara contradicción ni apelara del auto de saneamiento, pues los jueces de mérito, en primera y segunda instancia, como directores del proceso, aplican la norma pertinente (**Cas. Nº 1304-99-Cusco, El Peruano, 18/12/99, p. 4326**)

Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra ley procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia (**Cas. Nº 724-99-Lambayeque, El Peruano, 12/11/99, p. 3902**)

Las normas administrativas que dispusieron que los jueces civiles dicten el auto de saneamiento, fueron dadas únicamente con el objetivo de agilizar y culminar con la tramitación de los procesos a brevedad, a efectos de no caer en dilaciones innecesarias.

No puede compararse dentro de un contexto doctrinario ese saneamiento con el que exige nuestra normatividad procesal actual (**Exp. Nº 1134-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 476-477**)

Las personas que son parte del derecho discutido, necesariamente deben ser emplazados con la demanda para establecer una relación jurídica procesal válida. Debe incorporarse a los liquidadores que intervinieron en representación de la empresa demandante, pues, la demanda tiene como sustento la causal de simulación que se atribuye al liquidador demandado y consumada con la participación de los demás liquidadores (**Exp. Nº 4143-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 478-479**)

Si del contrato de arrendamiento se advierte que existe adicionalmente al actor otra persona que forma parte de la relación material y no ha intervenido en el proceso, la relación jurídica procesal no ha quedado válidamente establecida por no haberle incluido como sujeto activo de la relación; por lo que deviene en improcedente la demanda (**Exp. Nº 587-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 353-354**)

El despacho saneador se destina a remover nulidades del proceso y a verificar la existencia de los requisitos legales de la acción, esto es, a determinar si su titular está en condiciones de pedir una decisión de mérito.

Si bajo la figura del saneamiento procesal se procede a compulsar medios probatorios que no han sido objeto de admisión o de rechazo y se analiza el fondo de la controversia, sin compulsar equilibradamente los medios probatorios aportados, merece declarar la nulidad de dicha decisión (**Exp. Nº 98-11972, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 439**)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*El Juez está capacitado para sanear el proceso permanentemente, siendo obligación de la parte acreditar la coincidencia entre ser sujeto de la relación material con la relación procesal o negarla en caso de ser emplazado indebidamente.*

*En una pretensión indemnizatoria, no opera la legitimidad para obrar del demandante, si no prueba la propiedad del vehículo dañado (Exp. N° 1204-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 415)*

*Si se acumulan indebidamente pretensiones no es posible establecer una relación jurídica procesal válida.*

*Para la procedencia de la acumulación subjetiva de pretensiones se exige que éstas provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto y exista conexidad entre ellas.*

*La pretensión de pago de una suma que proviene del contrato de préstamo celebrado entre el actor y la coemplazada y las pretensiones de indemnización y pago de honorarios provenientes de un contrato de asociación en participación celebrado entre el actor y un tercero no provienen de un mismo título, es decir, no nacen del mismo acto jurídico, motivo por el cual debe declararse la improcedencia de la demanda (Exp. N° 3767-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 314-315)*

*La etapa del saneamiento del proceso sirve para resolver las excepciones o defensas previas que se hubieran propuesto y para evaluar nuevamente si la demanda cumple con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Si el juez considera insuficientes las copias presentadas con la demanda, de oficio, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales en la etapa correspondiente mas no disponer en la audiencia de saneamiento que en el término de 2 días cumpla el demandante con presentar los originales (Exp. N° 1188-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 437-438)*

*La sentencia no es el acto procesal adecuado para intentar subsanar los defectos que acarrea la falta de legitimidad pasiva, corrección que debe hacerse en el saneamiento procesal, en aplicación del inciso 3 del artículo 465 del CPC. (Exp. N° 1252-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 416)*

*Encontrándose la causa en la etapa del saneamiento, el juez debe establecer válidamente la relación jurídica procesal incorporando a los litisconsortes necesarios que conforme el artículo 93 del CPC deban intervenir en el proceso a efecto que la decisión a recaer en el mismo sea expedida en forma válida, por afectar sus derechos directamente (Exp. N° 18280-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 446-447)*

*Las partes no pueden cuestionar la validez de la relación procesal mediante la apelación de la sentencia, alegando una indebida acumulación de pretensiones, en aplicación del principio de preclusión procesal (Exp. N° 3306-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 448-449)*

*La institución del saneamiento procesal, tiene por objeto se reexamine las cuestiones relativas al cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.*

*Si la sentencia apelada se pronuncia sobre una indebida acumulación de pretensiones, aspecto que debió advertir el Juez oportunamente, ello no constituye un elemento excepcional para dejar de resolver un conflicto, máxime que la acumulación no constituye una*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

imposibilidad para decir sobre lo pretendido (**Exp. N° 3944-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 451-452**)

Si del cobro del adeudo contenido en las letras de cambio se observa que la relación procesal entablada, difiere en parte de la relación sustantiva pre-existente, pues, en tres de las treinta letras demandadas la firma del aval no se ha consignado; ello no amerita pronunciarse ni respecto a la existencia de una indebida acumulación de pretensiones ni a la invalidez insubsanable de la relación procesal, pues, no afecta las exigencias sustantivas ni procesales en su integridad (**Exp. N° 19482-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 453-454**)

La existencia de la relación jurídica procesal está concebida en la satisfacción de exigencias de índole estrictamente procesales como competencia, capacidad, legitimidad para obrar del demandante o demandado y los demás requisitos que señala el código (**Exp. N° 1314-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 208-210**)

No existe una relación procesal válida, si a la fecha de la interposición de la demanda, el accionante carece de legitimidad para pretender el pago, pues no basta que se considere existente el derecho, sino que es necesario que éste corresponda precisamente a aquél que lo hace valer y contra aquél con quien es hecho valer (**Exp. N° 196-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 414-415**)

Para que un demandante sea sujeto de una relación jurídica procesal válida tiene que ser el titular de la relación jurídica material o sustantiva, esto es que exista "identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva".

Habiendo incautado definitivamente la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas del Ministerio del Interior el inmueble cuya desocupación se solicita, resulta tener este Ministerio legitimidad para obrar (**Exp. N° 1356-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 205-206**)

Al no haberse demandado a todos los intervinientes en la relación sustantiva, no existe esa correspondencia e identidad con las personas que deben intervenir en la relación procesal, consecuentemente se está frente a una ausencia de legitimidad para obrar pasiva, que el juzgador está obligado a subsanar (**Exp. N° 1565-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 167-168**)

El saneamiento procesal no se limita al ámbito de las excepciones, ya que el Juez de la causa tiene facultad para pronunciarse sobre la existencia de una resolución procesal válida, en aplicación del artículo cuatrocientos sesenticinco del Código Procesal Civil (**Cas. N° 753-97-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.10-A.11**)

Teniendo los demandados la condición de inquilinos a quienes además se les atribuye ser los causantes de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se demanda, es de concluir que si existe una relación jurídica procesal válida.

Los propietarios, inquilinos y demás ocupantes legítimos, tienen como obligación no afectar la seguridad o salubridad de la edificación así como no perturbar la tranquilidad y

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*normal convivencia con los demás propietarios (Exp. N° 613-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 210-211)*

*La representación defectuosa e insuficiente es perfectamente subsanable, motivo por el cual, el Juez en el saneamiento del proceso debe conceder un plazo para tal fin en aplicación del Inc. 3 del artículo 465 (Exp. N° 1085-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 450)*

## EFFECTOS DEL SANEAMIENTO DEL PROCESO

### ARTÍCULO 466

*Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts. 121, últ. párr, 468.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 101

---

### Comentario

---

El Saneamiento procesal, es un instituto a través del cual se examinan los presupuestos y las condiciones de la acción, en la relación procesal. Confiere al Juzgador una serie de deberes y facultades a fin que sean resueltas *in limine* las cuestiones que entorpezcan el pronunciamiento sobre el fondo de la causa.

La finalidad del saneamiento, es expurgar la instancia de defectos formales, para hacer viable un pronunciamiento sobre el fondo, en la sentencia, evitando sentencias inhibitorias.

La primera expresión de este principio la ubicamos cuando el juez examina los requisitos de admisibilidad y procedibilidad al calificar la demanda. La segunda expresión se muestra en la resolución de las excepciones y por último en el acto mismo del saneamiento, antes de fijar los puntos de la controversia. Como vemos, el saneamiento está presente, a través de toda la etapa de postulación.

Cuando esta etapa se concluye declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida, señala la norma que "precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada", sin embargo, no podemos dejar de advertir que pudiera darse el caso, de manera excepcional, que el juez al momento de sentenciar, volviera la mirada hacia lo recorrido y en ese mirar, descubriera un errado examen a los presupuestos y las condiciones de la acción, en la relación procesal aparentemente declarada saludable.

La norma, si bien proclama la preclusión a toda petición referida directa o indirectamente, a la validez de la relación citada; esa limitación debe entenderse

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

dirigido a las partes, quienes jamás podrán volver a alegar cuestionamientos sobre la relación procesal, situación que no es extensiva al juez, quien al momento de sentenciar podría recurrir a las sentencias inhibitorias cuando apreciaré vicios que afectan la validez de la relación jurídica procesal. En ese sentido léase la última parte del artículo 121 CPC que señala “mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”. En ese sentido, la Casación N° 724-99-Lambayeque<sup>(1)</sup>, ha resuelto con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, “nuestra Ley procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia”.



## JURISPRUDENCIA

---

*El juez cuando declara la existencia de una relación jurídica procesal válida es porque observa que con la demanda incoada concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.*

*La parte que se considere afectada con ello, debe argumentar su agravio en base a ellos, mas no debe fundarse en hechos que no tienen nada que ver con el saneamiento procesal (Exp. N° 126-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 281)*

*Si bien es verdad que, consentida o ejecutoriada que sea la resolución que declara el saneamiento procesal, precluye toda petición referida a impugnar la validez de la relación jurídica procesal, esto no limita la facultad que tiene el juez para que excepcionalmente en sentencia revise nuevamente dicha relación y se pronuncie sobre ella (Cas. N° 1136-99-La Libertad, El Peruano, 12/11/99, p. 3914)*

*Las partes no pueden cuestionar la validez de la relación procesal mediante la apelación de la sentencia, alegando una indebida acumulación de pretensiones, en aplicación del principio de preclusión procesal (Exp. N° 3306-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 448-449)*

---

(1) Casación N° 724-99-Lambayeque. Publicado en El Peruano, 12/11/99, p. 3902

## EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LA RELACIÓN PROCESAL

### ARTÍCULO 467

*Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la invalidez de la relación procesal o vencido el plazo sin que el demandante subsane los defectos que la invalidan, el Juez declarará concluido el proceso imponiendo al demandante el pago de las costas y costos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 321 inc. 4 y 8

---

### Comentario

---

1. El saneamiento procesal tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar), para que el Juez al expedir sentencia, en la estación procesal correspondiente, elabore y emita un juicio de fundabilidad, resolviendo de esta manera el fondo del conflicto de intereses.

La calificación de la demanda, la resolución de las excepciones y el saneamiento del proceso constituyen los tres momentos, a través de los cuales, se materializa la actividad saneadora.

En esa actividad, puede darse los supuestos siguientes: 1) el Juez constata un defecto, si su omisión es subsanable, ordenará al demandante lo subsane, otorgándole un plazo para ello, según se trate cada caso; y, 2) el Juez verifica la existencia de un defecto u omisión de carácter insubsanable, situación en la cual, procederá a declarar la invalidez de la relación procesal.

Los supuestos descritos permiten dos respuestas: 1) declarar de plano la validez o invalidez de la relación procesal; 2) otorgar un plazo para que la parte subsane los defectos que la invalidan. En el primer supuesto, si se declara la validez, conforme señala el artículo 466 CPC, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada. En cambio, cuando no se subsana los defectos o la resolución que declara la invalidez de la relación procesal queda consentida o ejecutoriada, va a generar la conclusión del proceso, sin declaración sobre el fondo. En este extremo, véase también lo regulado en el inciso 4 del artículo 321 CPC.

2. No solo la declaración de invalidez de la relación procesal genera la conclusión del proceso sino que además debe imponerse el pago de los gastos procesales (entiéndase los costos y costas).

Ellos son corolario del vencimiento, no se imponen como sanción, sino como devolución de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que hayan actuado por haberse creído con derecho.

La teoría objetiva que rige los gastos procesales señala que ella es de cargo de la parte vencida (ver artículo 412 CPC) por tanto, en este caso, la norma asume la ficción de la derrota del demandante al no ser diligente en subsanar –de manera oportuna– los defectos de la relación procesal.

No existe una decisión de fondo, que comunique la derrota en el derecho que se persigue, solo existe una decisión de improcedencia, la misma que conllevaría, a partir de ella, asumir la ficción de la derrota del actor.

Como el reembolso de los gastos se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, no interesa si la parte, a dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha iniciado y sostenido un proceso sin justa razón; lo que interesa es el hecho objetivo del vencimiento, sin embargo, esta posición aparentemente rígida no lo es del todo porque deja al magistrado un margen de libertad suficiente, para flexibilizar su decisión de condena, al permitir que en declaración judicial expresa y motivada exonere de esos gastos al vencido. (ver artículo 412 –primera parte– del CPC.) La norma en comentario no precisa nada al respecto, sin embargo, podría ello ser materia de reflexión, a casos particulares, en los que se pueda justificar la exoneración.

## TITULO VI

### AUDIENCIA CONCILIATORIA, O DE FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

#### OPORTUNIDAD DE LA AUDIENCIA CONCILIATORIA

##### ARTÍCULO 468

*Expedido el auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el Juez fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria.*

---

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 326, 449, 465, 466, 478 inc. 9.
C.N.A.	art. 171.
LEY 26572	art. 34 inc. 4.
LEY 26636	art. 66.
D. LEG. 823	art. 159.

---

#### *Comentario*

---

1. El proceso tiene diversas etapas que se realizan en forma sucesiva. Cada una de ellas tiene un tiempo para ser cumplido, al vencerse el plazo dicha etapa queda cerrada, y no puede volverse a abrir; esto es, precluye la posibilidad de retornar a la etapa ya agotada. Con ello se cierra el paso a la inseguridad jurídica en la evolución del proceso. La preclusión es la antítesis de la antigua teoría de la libertad absoluta de las partes, por la cual la actividad procesal podía ejecutarse en cualquier tiempo a gusto de los litigantes, resultando confundidos y desordenados todos los períodos del proceso.

En ese sentido, léase el contenido de la presente norma: agotado el saneamiento procesal con éxito, la siguiente etapa del proceso, es propiciar la conciliación entre las partes. Este momento es interesante porque la jurisdicción busca

apartarse del poder para definir el conflicto e invita –a que sean las partes– las que tengan esa potestad de hacerlo, a través del ejercicio concordado de voluntades. Vemos que la jurisdicción hace un paréntesis en el camino, para que opere el ejercicio de la autonomía privada; el éxito o fracaso que se logre con este invitado especial, va a repercutir en el desarrollo del proceso.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional, expresada en la *notio* o en la *vocatio*, se despoja de esa investidura para privilegiar la autonomía de la voluntad de las partes, propias de la autocomposición; para luego de fracasada ella, volver asumir la potestad jurisdiccional y decidir el conflicto a través de la *jurisdictio*. Si las partes, hasta antes de emitir sentencia en segunda instancia, solicitasen una audiencia conciliatoria, el Juez se despojara de su investidura de Magistrado y asumirá la del conciliador; la misma que la volverá a retomar si fracasara la conciliación. Dicho en otras palabras el Juez interpola su función conciliadora con la sentenciadora. Cuando el Juez interviene en un acto conciliatorio, no está interviniendo como tercero heterocompositor, todo lo contrario, es un tercero autocompositor donde las relaciones con las partes no se van a dar como un *supra*-ordenador, sino como un coordinador entre ellas. No cabe imposiciones ni relaciones verticales, sino expresiones bajo una misma línea, la horizontalidad, entre todos los participantes de la audiencia conciliatoria, pues, el Juez conciliador no es ya un *supra*-ordenador; ello lo tiene reservado cuando fracasare la conciliación y tuviera que continuar en la dirección del proceso judicial hasta poner fin al conflicto; si tiene éxito concluirá el proceso, con declaración de fondo (ver en ese sentido el inciso 2 del artículo 322 CPC, al igual que el artículo 474 CPC).

2. La norma señala que saneado el proceso se fija día y hora para la audiencia conciliatoria, ello podría llevar a decir que, solo a partir de la existencia de una relación procesal válida puede intentar la conciliación; sin embargo, el artículo 323 CPC señala que las partes pueden conciliar su conflicto de intereses "en cualquier estado del proceso".

Esto podría llevar a plantear la celebración de actos conciliatorios, a pedido de parte, previo al saneamiento procesal. Dicha propuesta nos conduce a discutir dos alternativas: llevar a cabo la audiencia de conciliación sin saneamiento o suspender el pedido hasta los resultados del saneamiento, toda vez que los efectos de la conciliación en relación al proceso judicial será la de una sentencia con autoridad de cosa juzgada; esta última sería la posición más viable, por los efectos que genera un acuerdo por conciliación. Recurrir al control de la jurisdicción, para los efectos de la homologación, no sería suficiente porque ella opera para los actos de disposición propios del acuerdo, mas no para el medio o contexto en que se realiza, como es, el proceso judicial. El saneamiento procesal precisamente se orienta a depurar la invalidez de la relación procesal entablada, situación que no es extensiva a la homologación.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Si bien es cierto que el juzgador puede declarar la improcedencia no solo al calificar la demanda, sino en la etapa del saneamiento y en forma excepcional en la sentencia, mas no en la audiencia de conciliación, pues altera la seguridad jurídica de los justiciables e incumple con el principio de legalidad (Exp. N° 3113-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 282).*

*Debe declararse la nulidad de lo actuado si el Juez luego del saneamiento se reservó el derecho de proponer fórmula conciliatoria.*

*La conciliación es trámite obligado en todo tipo de proceso (Exp. N° 1264-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 171-173)*

## FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

### ARTÍCULO 469

*Esta audiencia tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes. Para tal efecto, el Juez sujetará su intervención a lo dispuesto en este Código sobre conciliación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 323 a 329.

---

### Comentario

---

1. La norma regula la conciliación que se desarrolla al interior del proceso judicial donde las partes, a través de un procedimiento obligatorio y bajo la dirección del Juez, van a intercambiar sus puntos de vista sobre sus pretensiones y propuestas de composición, atribuyendo a los acuerdos que logren, los efectos de la cosa juzgada y sancionando pecuniariamente a quién se resiste a ello.

La finalidad de esta conciliación *intraproceso* no va a estar orientada a la desjudicialización del conflicto, sino todo lo contrario, va a trabajar con el conflicto judicializado para lograr una solución a base de la autonomía de la voluntad de las partes y no por decisión jurisdiccional.

La pacificación provocada por la actividad judicial, en la audiencia conciliatoria, es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito y obteniendo respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.

Para Gozaini<sup>(1)</sup>, la presencia del Juez en la audiencia significa contar con sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes. Ya no es puro voluntarismo el que decida la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuizamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta. En dichos términos radica el justo camino para la conciliación: ser un acto poder para el juzgador y un derecho absolutamente dispositivo para las partes.

Según Parra Quijano<sup>(2)</sup>, “el juez debe estimular, incitar a las partes para que busquen conciliar sus diferencias. Esta labor del juez no debe ser acartonada ni

---

(1) Gozaini Osvaldo, “La conciliación en el Código Procesal Civil del Perú. Teoría y técnica” en Revista Peruana de Derecho Procesal, t.II, Marzo, 1998, Lima, p. 407

(2) Parra Quijano Jairo, Derecho Procesal Civil, Themis, Bogotá, t.1, 1991, pp. 170-171

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

para cumplir un requisito, ni debe hacerse con pereza o con actitud demasiada flemática o lejana, ni distante con las partes. Debe ser una buena labor persuasiva, indicando y precisando a las partes la duración que tienen los procesos, lo ventajoso que resulta conciliar en ese momento antes que alimentar el futuro con paquetes de ilusiones. El juez debe instar, si se quiere, con calor humano, con amor a la obra de conciliar, con confianza en despertar en las partes el deseo de paz que anida en todos los hombres”

2. La conciliación constituye una etapa obligatoria del proceso, que va a operar luego del saneamiento procesal. Lo interesante de este proceso es la “fórmula conciliatoria” que propone el Juez, según le aconseje su prudente arbitrio (véase sobre el particular el art. 326 CPC). Hay algunos autores que cuestionan la propuesta de la fórmula conciliatoria en el curso de la audiencia respectiva porque consideran que recoge sacrificios concretos que pueden llevar a predisponer desfavorablemente a las partes acerca de la imparcialidad del Juez; Peyrano<sup>(3)</sup> se ubica en esta línea y señala que no es adecuado que el juez proponga a las partes, que rígidamente, acepten o rechacen una fórmula conciliatoria. Parece más conveniente que la fórmula sea configurada entre todos mediante ofertas, contraofertas y negociaciones de las partes y del juez; a que éste “cierre el debate” e imponga a los contendientes una fórmula conciliatoria que solamente podrán tomar o dejar. Por ello, dicho autor considera que no es aconsejable que el Juez proponga cuánto debería abonar el demandado o cuánto debería renunciar el actor, sino más bien su actividad debe apuntar a esclarecer a los litigantes acerca de posibilidades conciliatorias no advertidas por los mismos, por citar, si se debate sobre la propiedad de un inmueble, indicarles la posibilidad de enajenarlo y repartirse el precio en porcentajes que acordarán.



## JURISPRUDENCIA

---

*Resulta un exceso del Juez proponer como fórmula conciliatoria que el demandado desocupe el predio después de siete meses de iniciada la demanda y sancionar al actor con una multa por no haber aceptado la fórmula, máxime si el inquilino no se hallaba al día en el pago de la renta (Exp. N° 489-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 294-296)*

*Los Magistrados están facultados para propiciar la conciliación de las partes en cualquier estado de juicio.*

*Si de lo actuado se advierte que es necesario esclarecer si se han efectuado pagos a cuenta, es válida la audiencia conciliatoria pues va a permitir analizar lo actuado por las partes en dicha diligencia judicial (Exp. N° 941-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 439-440)*

---

(3) Peyrano Jorge, Derecho Procesal Civil de acuerdo al CPC peruano, ediciones jurídicas, Lima, 1995, p. 256

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*Es procesalmente válido el desistirse de la pretensión en una audiencia de conciliación (Exp. N° 1527-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 122-123)*

*El curador procesal es un abogado nombrado por el juez que interviene en el proceso, cuando no es posible emplazar válidamente al demandado, por ser su domicilio o residencia ignorados. Esta designación no confiere facultades especiales que le permitan conciliar, por lo que el juez debe abstenerse de propiciar la conciliación en la audiencia de ley (Exp. N° 1374-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 283)*

## AUDIENCIA CON CONCILIACIÓN

### ARTÍCULO 470

*Si se produjera conciliación, el Juez especificará cuidadosamente el contenido del acuerdo. El acta debidamente firmada por los intervinientes y el Juez equivale a una sentencia con la autoridad de cosa juzgada. Los derechos que de allí emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el solo mérito de la copia certificada del acta.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 123, 322 inc. 2, 326, 526, 555 párr. 1.
C.N.A.	art. 171.
LEY 26636	arts. 66.

---

### Comentario

---

La solución de los conflictos privilegiando la voluntad de las partes puede lograrse –entre otras formas– a través de la conciliación, la misma que debe operar en el ámbito de los "**derechos disponibles**", esto es, derechos que no afecten la ley, la moral y el orden público. (véase sobre el particular el art. V del TP del Código Civil).

La pregunta que se plantea es ¿a través de que medio, se puede cautelar que los acuerdos conciliatorios no invadan los derechos indisponibles? ¿quién debe ejecutar dicho control? Al respecto podemos decir que el proceso judicial, es el instrumento a través del cual va a operar el control, y es el juez, como tercero natural, quién lo ejercerá.

La procesalización se produce, pues, como un correctivo importante que conjuntamente con la homologación judicial tiene por objeto, luego de verificar la validez del acuerdo, equiparar a la conciliación los efectos de una sentencia judicial. Por intermedio de la homologación, el acuerdo conciliatorio obtiene un refuerzo público por parte de la jurisdicción, al atribuirle aptitud e idoneidad para ser realizada en vía de ejecución, el contenido del acuerdo conciliatorio.

Para cerrar el proceso por conciliación, tiene que someterla al Juez para que éste examine, verifique los presupuestos de validez y la admita, en su caso, como equivalente a la sentencia. En lugar de dictar sentencia para resolver la litis, dicta otro pronunciamiento llamado "resolución de homologación", que suplanta o sustituye a la sentencia sobre la litis, porque en la homologación el Juez conoce y

decide sobre la conciliación, en cambio en la sentencia el Magistrado decide sobre la litis. Según Morello<sup>(1)</sup> el Juez controla los presupuestos procesales y sustanciales que condicionan la disponibilidad sobre el objeto y la legalidad del contenido del acuerdo conciliatorio, para investirlo de imperio y de ejecución, similar a la de la sentencia.

Con la homologación la conciliación judicial cobra toda su plenitud y adquiere el carácter de verdadero "título de ejecución" y equivale, para los efectos procesales a la de la sentencia definitiva. Aprobada y homologada la conciliación, se crea un título de ejecución que deviene en inmodificable, cuyo principal efecto estará dado por la eliminación del conflicto pre-existente, pero, tiene incidencia en la relación procesal, pues no la extingue en lo inmediato.

El proceso puede continuar hasta dilucidar lo atinente a las costas si se da el presupuesto de la última parte del artículo 415 CPC o hasta lograr el cumplimiento compulsivo de los términos de la autocomposición. Tiene efecto extintivo sobre la cuestión controvertida, impidiendo que las partes puedan volver sobre ella, porque se puede oponer como excepción al igual que la transacción o el desistimiento de la pretensión. Para su viabilidad debe acompañarse el protocolo de la conciliación o designarse el expediente en que se hubiera celebrado, acreditando su pre-existencia y solicitando al mismo tiempo su remisión.

Los nexos entre la autocomposición y el proceso judicial ha sido materia de los estudios de Alcalá-Zamora<sup>(2)</sup>, quien no deja de observar las repercusiones con la denominada aprobación judicial, cuando se transige asuntos que afectan a menores o incapaces. (véase los casos que recoge los artículos 1307 y 448 inciso 3 del Código Civil).

---

(1) Morello Augusto, op. cit p. 71

(2) Alcalá-Zamora Niceto, Proceso, autocomposición y autodefensa, textos universitarios UNAM, México, 1970.

## AUDIENCIA SIN CONCILIACIÓN

### ARTÍCULO 471

*De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.*

*Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 202, 208, 326, 478 inc. 10, 491 inc. 9, 493 inc. 3, 526
C.N.A.	art. 173
LEY 26636	arts. 66, 67

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.F.P.C. México	arts. 341, 342, 343, 344
-----------------	--------------------------

---

## Comentario

---

1. No todos los conflictos pueden ser conciliados total o parcialmente, porque puede suceder que las partes no tengan ningún ánimo de arreglo, no asistan a la audiencia de conciliación, o las posiciones sean tan adversas que solo cabe esperar la decisión de la autoridad; estos supuestos conllevan a calificar la conciliación como fracasada.

La actividad conciliatoria constituye una de las etapas obligatorias del proceso, la misma que al agotarse –sea con éxito o con fracaso– permite continuar con el desarrollo del proceso. No podemos hablar en la conciliación de una etapa cerrada, que no pueda volverse a abrir; esto es, que precluya la posibilidad de retornar a la etapa ya agotada, porque las partes pueden conciliar su conflicto en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia. En este caso, puede ocurrir ante el juez del proceso, en la audiencia que este convoque cuando lo soliciten las partes para tal efecto. En ese sentido véase lo regulado en los artículos 323 y 324 CPC.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

2. Por otro lado, la norma señala que el juez procederá a enumerar los puntos controvertidos y los que van a ser materia de prueba.

Una vieja práctica judicial que viene desnaturalizando la razón de ser de los puntos controvertidos, es la de reproducir como tal, el petitorio de la demanda, a pesar que la contestación cuestiona y contradice varios hechos de la demanda. Es importante los puntos controvertidos porque en relación a él va a girar la actuación de la prueba. Lo que no es materia de controversia, no hay razón de una futura actuación probatoria; por citar, si el ejecutado acepta haber suscrito en blanco el pagaré materia de cobro, pero cuestiona el monto con el que ha sido llenado porque no se ajusta al interés pactado, el punto controvertido se orientará a dilucidar el monto de la ejecución.

Genéricamente podemos calificar de puntos controvertidos aquellos hechos que han sido afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra; por citar, véase la pretensión para el cobro de una suma dineraria ascendente a 5,000 nuevos soles, proveniente de un mutuo; el demandado al contestar la demanda, acepta el origen de la deuda y reconoce inclusive el contrato privado suscrito al respecto, pero no acepta el monto reclamado, pues considera haber venido amortizando dicho pago y el nuevo saldo que corresponde es 3,000 nuevos soles y no los 5,000 que se reclama. En el caso propuesto, el punto controvertido no se debe orientar a determinar la existencia del mutuo por que el demandado acepta la relación, sino a dilucidar el monto real del adeudo, esto es, los 5,000 nuevos soles que reclama el demandante o los 3,000 nuevos soles que sostiene el demandado.

Sobre el particular diremos que el objeto de la prueba se desenvuelve a partir de los hechos que se encuentren en contradicción. Esa contingencia depende del acto de contestación de la demanda. Del artículo 442 del CPC, se desprende que son materia de prueba las afirmaciones referidas a los hechos que son controvertidos y útiles para la solución del caso. El inciso 2 del citado artículo regula la carga de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda "otorgando al silencio, a las respuestas evasivas, o bien, a la negativa meramente general el carácter de reconocimiento de la verdad de los hechos alegados".

Estos últimos, los hechos alegados, son los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de la demanda, reconvención y sus contestaciones, sin perjuicio de aquellos que se agregan como hechos nuevos.

La norma agrega que luego de fijar los puntos controvertidos, el juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran.

En esta parte el juez valorará si los medios ofrecidos son conducentes, esto es, pertinentes y útiles al objeto de la prueba.

Con ello se busca centrar el foco litigioso, procurando que el debate se centre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante.

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. Guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba, por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer los hechos que no se encuentran en discusión.

Por otro lado, nótese que la norma señala que el juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, ellas no serán admitidas de plano, por el solo hecho de producirse. La admisibilidad se relaciona, no con la posibilidad sino con la eficacia intrínseca de la prueba.

El principio de la amplitud probatoria, tolera esta incorporación y producción de elementos que pudiesen ser inútiles o dispendiosos; en cambio la redacción del artículo prohíbe *ab initio* su ingreso a la litis, las priva de eficacia liminar cortándoles la posibilidad del debate y sustanciación. Tampoco procede la admisión de pruebas que fuesen manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias.

Hay quienes cuestionan esta prohibición *ab initio* porque crea el riesgo del prejuzgamiento, el peligro de una estimativa sobre una impresión superficial, sin un conocimiento absoluto del problema que representa; sin embargo, es posible asegurar la eficacia del proceso y de la faz deliberativa, descartando cuestiones que están fuera de la polémica.

3. Existen dos posiciones sobre el grado de difusión que debe imperar en los actos del procedimiento y de la actividad procesal: lo público o lo secreto. Nuestro código se inclina por el primero, pues permite que a través de las audiencias públicas, quien estuviere interesado en seguir el desarrollo del debate lo pueda realizar, sin limitaciones más que la facultad disciplinaria conferida al juez para velar por la seguridad del público o por el buen orden de quienes asisten a la audiencia, pudiendo limitar el número de asistentes por razones de decoro, orden, higiene, seguridad, etc.



## JURISPRUDENCIA

---

*Nuestro ordenamiento procesal privilegia el principio de preclusión, en cuya virtud, los actos procesales deben ser realizados en determinada fase del proceso y cerrada esa etapa no corresponde emitir un pronunciamiento practicado en un acto anterior.*

*Si el juez admitió el medio probatorio de cotejo en la audiencia respectiva, no corresponde que luego rechace la probanza con argumentos que antes no tuvo en cuenta, toda vez que tal rechazo importaría la denegación de un medio probatorio sin que exista un pronunciamiento válido (Exp. N° 4213-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 408-409)*

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

Habiendo el demandado formulado contradicción y solicitado además indemnización, se viola el debido proceso si al fijar los puntos controvertidos, el Juez omite la pretensión de indemnización planteada (**Exp. N° 766-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 273-274**)

“... La parte final del primer párrafo del artículo cuatrocientos setentinueve del Código Procesal Civil establece que de no llegarse a conciliar a las partes y luego de procederse a fijar los puntos controvertidos, el Juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, es decir, es en esta etapa que el Juez en general, admite o rechaza los medios probatorios ofrecidos, lo que es distinto a que el Juez tenga por ofrecidos dichos medios probatorios, lo que se verifica al proveer los actos postulatorios de las partes” (**Exp. N° 671-99-Chincha, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 76-78**)

La fijación de los puntos controvertidos es un acto procesal relevante y trascendente, pues define los asuntos o hechos cuya interpretación o entendimiento distancia a las partes y sobre las cuales se definirá la materia de la prueba.

La omisión no puede ser convalidada por el silencio de las partes, pues no habría litis ni menos puede convalidarse fijándolos en la sentencia (**Exp. N° 1141-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 441**)

El juez debe dirigir el proceso con diligenciamiento y sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

No puede el Juez pasar a la etapa de admisión y actuación de pruebas, sin haber fijado previamente los puntos controvertidos en el proceso (**Exp. N° 1481-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 188-189**)

La acción y la contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio.

Si el Juez ha fijado como único punto controvertido el determinar la ocupación precaria de la demandada; resulta obvio que las testimoniales ofrecidas por la demandada, deberán tratar sobre el punto o hecho controvertido fijado por el juez, aunque no se haya especificado el hecho controvertido respecto del cual deberán declarar (**Exp. N° 774-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 278-280**)

Se incurre en nulidad insubsanable si en la audiencia de saneamiento y conciliación, una vez concluida la admisión de medios probatorios el juez no señaló nueva fecha para la actuación de los mismos.

Si bien es principio de economía procesal que el juez dirija el proceso atendiendo a una reducción de los actos procesales, ello implica que si no considera necesario señalar nueva fecha para la actuación de los medios probatorios, debe fundamentarla y ser de aceptación por las partes (**Exp. N° 1464-7-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 442**)

El Juez debe proceder a enumerar los puntos controvertidos y en especial los que van a ser materia de pruebas, si no hay conciliación (**Exp. N° 1229-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 302-303**)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

*La fijación de puntos controvertidos tiene como propósito obtener la reducción de la controversia, de tal modo que ilustrado el juez sobre la materia controvertida, podrá resolver sobre la pertinencia y relevancia de las pruebas que se ofrezcan (Cas. N° 83-98-Lima, El Peruano, 03/01/99, p. 2345).*

*Las pruebas que se ofrezcan en el acto postulatorio del proceso, deben estar referidas a los puntos controvertidos que se originen de la evaluación de la demanda y de su contestación, de manera que solo se actúen aquellos vinculados a esos puntos y que, naturalmente, no se deriven de hechos aceptados por ambos (Exp. N° 932-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 376-377).*

*Si el Juez no se pronunció sobre el saneamiento procesal, así como tampoco fijó los puntos que debían ser materia de probanza, ni sobre la admisión de los medios probatorios ofrecidos, éstos no pueden ser materia de convalidación, por lo que procede declarar la nulidad de la sentencia (Exp. N° 1359-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 358).*

*Habiendo interpuesto la actora, acción de pago de dólares contra su hermano, el demandado, por los gastos del funeral de su padre, no puede el juez recalificar la demanda y mucho menos determinar que la actora solo tiene derecho de oposición que señala el artículo 875 del C. C., contra la partición de la herencia, que no se discute, y al pago o entrega de los legados que tampoco es punto de controversia (Exp. N° 311-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 220-221).*

## REGULACIÓN SUPLETORIA

### ARTÍCULO 472

*Para todos los efectos de su actuación, esta audiencia se regulará por lo establecido para la audiencia de pruebas, en lo que fuese aplicable.*

*No procede el archivamiento por ausencia de las partes a la audiencia de conciliación. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 202 a 212.

---

### Comentario

---

1. Señala el artículo 471 CPC, que luego de haber admitido los medios de prueba ofrecidos, se fija fecha para la realización de la audiencia de pruebas, la misma que se regulará por los artículos 202 al 212 CPC, en lo que fuese aplicable.

Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza" En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver 1 disposición final CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, pues, recurre a la misma Ley (artículo 202 al 212) para suplir el vacío en la regulación de la audiencia de pruebas referida en el artículo

---

(\*) Texto según el art. 1 de la Ley N° 26635 (23/06/1996)

## JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

---

471 CPC: “Para todos los efectos de su actuación, esta audiencia se regulará por lo establecido para la audiencia de pruebas, en lo que fuere aplicable”.

2. Por otro lado, la norma señala que no procede el archivamiento por ausencia de las partes a la audiencia de conciliación. Ello es correcto, pues, conforme señala el artículo 203 CPC, la conclusión del proceso opera en caso que las partes no concurren –por segunda vez consecutiva– a la audiencia de pruebas. En ese sentido, resulta significativa la Casación 592-96-Lima<sup>(1)</sup> que dice: “la conclusión del proceso se da cuando las partes del proceso no concurren a la audiencia de pruebas, pero no así cuando esa inasistencia se produce en la audiencia de saneamiento. El ofrecimiento de medios probatorios para sustentar las excepciones, no convierte a la audiencia de saneamiento en una de pruebas, por la naturaleza distinta del acto procesal, por lo que no resulta aplicable los efectos del artículo 203 CPC”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es procedente el archivamiento del proceso cuando no concurren las partes a la Audiencia en reiteradas oportunidades, a pesar de haberseles notificado (Exp. Nº N-332-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 374)*

---

(1) Casación publicada en El Peruano, 4 /1/98/ p.362

## TÍTULO VII

### JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

#### Capítulo I

### JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

#### JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

##### ARTÍCULO 473

*El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando:*

- 1. Luego de rechazada su fórmula conciliatoria, advierte que la cuestión debatida es solo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,*
- 2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad.*

---

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 279, 326, 461, 462.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 20

---

#### *Comentario*

---

1. El proceso es un conjunto de etapas, de pasos, orientados hacia el logro de un fin; en ese camino, cada etapa se agota para permitir el inicio de la siguiente; es así que en el proceso judicial, el procedimiento tiene que ir dejando consolidadas las posiciones alcanzadas y superadas por una nueva etapa procesal, ese es el efecto de las preclusiones

Una de las etapas que cierra este juzgamiento es el debate probatorio e inicia la etapa decisoria. Opera aquí lo que se denomina el juzgamiento anticipado del proceso, esto es, sin actividad probatoria que actuar, pero sí ofrecida, el juez comunica a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite. Esto ocurrirá en tres circunstancias: cuando se refiera a conflictos sin controversia (véase el inciso 2 de la norma) y en casos de conflictos de puro derecho y cuando no haya necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva (véase el inciso 1 de la norma). La redacción del inciso 1 no resulta adecuado jurídicamente, porque condiciona el rechazo de la formula conciliatoria para ingresar al juzgamiento anticipado cuando la cuestión debatida es solo de derecho. Consideramos que ni siquiera se debería atreverse a proponer la posibilidad de la conciliación en estos casos, porque se refieren a cuestiones de puro derecho, cuyo objeto de discusión, no está sujeto a disposición de los particulares (véase la discusión de los particulares con la administración pública, a través del contencioso-administrativo); en igual forma, tratándose de conflictos fácticos que versan sobre derechos indisponibles, tampoco se debe permitir la posibilidad de la actividad conciliatoria: véase el caso de la patria potestad. El conflicto que pueda generar la suspensión de este derecho no puede estar sujeto a la libre negociación o disposición de los particulares, para ponerse de acuerdo sobre la suspensión o no de ella. Hay un interés de orden público, que limita la intervención de los particulares sobre la disposición del derecho en conflicto, por tanto, mal se podría permitir intentar actividad conciliatoria en dichos procesos, a sabiendas que se trata de una materia de derecho indisponible. El juzgamiento anticipado debe proceder, no ante el rechazo de la formula conciliatoria, sino porque la cuestión debatida es solo de derecho.

2. Son casos de conflictos sin controversia el allanamiento (siempre que lo haga en el plazo para contestar la demanda) y la rebeldía.

Allanarse implica abdicar el ejercicio del derecho de defensa, esto es, renunciar a toda oposición. Se presume la sujeción a las pretensiones de la parte contraria; equivale a una suerte de rendición incondicional en el ámbito procesal. Asumida tal actitud de sometimiento y rendición desaparecerá la pugna de voluntades y se anticipará el dictado de una sentencia que haga mérito de la pretensión triunfante, lo que no implica que tenga que ser necesariamente favorable al demandante, pues, este no se libra de la carga de probar el derecho que alega. Véase el caso de la pretensión de desalojo por ocupante precario, en el que el demandado se allana, sin embargo, la sentencia declara infundada la demanda, por no haber acreditado debidamente el actor, ser propietario del predio cuya desocupación busca.

La rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no

contestar la demanda e incurrir en rebeldía. Tomando como referencia que la ausencia de una de las partes implica una falta de cooperación que afecta la estructura normal del proceso y el ejercicio de la actividad judicial, los modernos sistemas procesales acuden al hecho de crear ciertas ficciones o presunciones en relación a la incomparecencia al proceso tendiente a superar las dificultades que de tales contingencias emergen. Sobre el particular, el artículo 461 del Código sobre el particular refiere que "la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos en la demanda"; sin embargo, debemos tener presente que ello es una presunción relativa y que no es extensiva bajo los supuestos que recoge los diversos incisos del artículo 461 CPC citado.

Por otro lado, el juez está facultado para obviar la etapa probatoria normal cuando cualquiera de las partes ha aportado elementos de juicio suficientes para engendrar su convencimiento; también cuando la prueba aportada sea exclusivamente documental, en la que no haya necesidad de actuación en audiencia.



### JURISPRUDENCIA

---

*Se incurre en violación a las garantías del debido proceso, si el juez declara que la cuestión debatida es de puro derecho y decreta el juzgamiento anticipado del proceso, la que no es comunicada a las partes (Exp. N° 153-97-7, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 331)*

*"... La Audiencia de pruebas tiene como finalidad la actuación de las pruebas admitidas, en el orden que señala el artículo doscientos ocho del Código Procesal Civil, de tal manera que si las pruebas no requieren de actuación, ésta carece de objeto, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos setentitres inciso primero del mismo Código, no habiendo necesidad de actuar medio probatorio alguno, el Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia, sin admitir otro trámite" (Cas. N° 225-98-Cusco, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 323-325)*

*Se incurre en violación a las garantías del debido proceso, si el juez declara que la cuestión debatida es de puro derecho y decreta el juzgamiento anticipado del proceso, la que no es comunicada a las partes (Exp. N° 153-97-7, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 331).*

*Se incurre en violación a las garantías del debido proceso, si el juez declara que la cuestión debatida es de puro derecho y decreta el juzgamiento anticipado del proceso, la que no es comunicada a las partes (Exp. N° 153-97-7, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 331).*

## Capítulo II

# CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

### CONCLUSIÓN DEL PROCESO

#### ARTÍCULO 474

*El Juez declarará concluido el proceso si durante su tramitación se presentan cualquiera de los casos previstos en el artículo 321 y los incisos 2., 4. y 5. del artículo 322.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 321, 322 incs. 2, 4 y 5, 327, 328, 334, 343, 345.

---

### Comentario

1. La norma regula las posibilidades de concluir el proceso, con o sin declaración de fondo. Estas figuras que están recogidas en el artículos 321 y 322 CPC son tomadas como justificantes para concluir "de manera anticipada el proceso," esto es, sin esperar el pronunciamiento final a través de la sentencia firme.

Cuando el proceso concluye sin extinguir el conflicto nos ubicamos en todos los supuestos del artículo 321 CPC, que implica la postergación de la discusión del conflicto para otra oportunidad; sin embargo, puede darse la coincidencia de concluir el proceso y concluir el conflicto; como la sentencia, la conciliación, la transacción y la renuncia. En esos casos, nos ubicamos ante la conclusión del proceso con declaración de fondo; sin embargo, la norma en comentario regula la conclusión anticipada del proceso, supuesto en el que no debe ingresar el allanamiento y el reconocimiento que requieren de un pronunciamiento recogido en la sentencia; por ello, el artículo hace referencia expresa que solo la conciliación, la transacción y la renuncia son modos especiales de conclusión anticipada del proceso, descartando de ello, a la sentencia.

2. La conciliación es un acto jurídico bilateral, solemne, por medio del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero conciliador. Se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad. Para que este acto jurídico-procesal concluya el proceso y el conflicto es necesario que el acuerdo haya sido controlado por la jurisdicción positivamente, teniendo en cuen-

ta que dicho acto jurídico opere dentro de los límites de los derechos disponibles y se ajuste a la naturaleza del derecho en litigio. Solo si la conciliación está aprobada judicialmente se puede colegir que ha operado sus efectos conclusivos, mientras tanto, subsistirá como un acto procesal sin la eficacia de la cosa juzgada.

La transacción también es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas con carácter patrimonial. No es suficiente el acto bilateral, oneroso y consensual para que ponga fin al conflicto sino que además es necesaria la aprobación judicial para que recién pueda surtir sus efectos homologatorios. En tanto no opere el control, regulado en el artículo 337 del Código Procesal, el acto jurídico procesal no generará los efectos de la conclusión y la cosa juzgada.

Por último, la renuncia al derecho que sustenta su pretensión, es el acto jurídico mediante el cual la persona abdica, abandona, se desprende de un crédito ingresado o por ingresar en su patrimonio. Comprende todos los derechos renunciables y no solamente los creditorios. Se relaciona la renuncia con el desistimiento de la pretensión porque también implica una renuncia al derecho que se reclama. Como se aprecia del artículo 342 CPC, la oportunidad para el desistimiento opera antes de la sentencia de primera instancia, pero luego de ello y en el ínterin que esta quede firme, puede operar la renuncia al derecho ya declarado en la sentencia, situación que hace referencia el inciso 5 del artículo 322 CPC. El proceso termina aquí no por los efectos de la sentencia, aún no firme, sino por los efectos de la renuncia, generando con ello, la conclusión anticipada de este, por su puesto que quién renuncia debe ser la parte que ha obtenido una sentencia favorable, caso contrario, no tendría ningún derecho sobre que renunciar.

3. En el procedimiento arbitral, en igual forma, se permite que los árbitros promuevan la conciliación en todo momento. Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada. Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este laudo no requiere ser motivado. Cuando la conciliación o transacción fueran parciales, continúa el proceso respecto de los demás puntos controvertidos. En ese sentido véase el artículo 41 LGA (Ley N° 26572).

# SECCIÓN QUINTA

## PROCESOS CONTENCIOSOS

### TÍTULO I

#### PROCESO DE CONOCIMIENTO

#### Capítulo I

#### DISPOSICIONES GENERALES

#### PROCEDENCIA

##### ARTÍCULO 475

*Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que:*

- 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo;(\*)*
- 2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal;*
- 3. Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo;*
- 4. El demandante considere que la cuestión debatida sólo fue de derecho; y,*
- 5. La ley señale.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts.*

(\*) Texto del inciso según el art. 3 de la Ley 27155 de 11-07-1999.

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

<i>C.P.C.M. Iberoamerica</i>	<i>arts. 297-304</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 398-405</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>arts. 319, 320</i>

---

## *Comentario*

---

1. Cuando se postula un conflicto de intereses a la jurisdicción, éste discurre por diversos caminos para su satisfacción. En un primer momento se va orientar a conocer y esclarecer quién tiene la razón y quién no la tiene; luego de ello, se procederá a hacer efectivo el derecho definido. En tanto, puede concurrir la actividad cautelar, dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento de la jurisdicción con el derecho a declarar. Como se advierte, con la cognición y la ejecución, la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, a las que se agrega una tercera actividad, la cautelar.

En el proceso de cognición –como señala Liebman<sup>(1)</sup> “el órgano jurisdiccional está llamado a juzgar, esto es, a ejercitar la actividad mas característica de su función, la de declarar entre dos contendientes –con la solemnidad y con los efectos de la sentencia– quien tiene la razón y quien no la tiene”.

Además de constatar y declarar los derechos, busca que ellos sean satisfechos. Esta segunda forma de tutela jurisdiccional se cumple por medio del proceso de ejecución, que se contrapone y se coloca al lado del proceso de cognición. Como dice Liebman<sup>(2)</sup>, “además de formular la regla jurídica concreta que regula una determinada situación, es necesario proveer a actuarla, a traducirla en hechos reales, modificando la situación de hecho existente, el modo de hacerla que llegue a ser conforme a lo que debería ser”

A la cognición y a la ejecución, se agrega la cautelar. Ello se explica en atención al tiempo que transcurre, mientras se espera poder iniciar o mientras se desarrolla un proceso. Para Liebman<sup>(3)</sup>, “puede suceder que los medios que le son necesarios (pruebas y bienes) se encuentren expuestos al peligro de desaparecer o de ser sustraídos a la disponibilidad de la justicia; o, más genéricamente, puede suceder que el derecho cuyo reconocimiento se pide, resulte amenazado por un perjuicio inminente e irreparable.” Aquí los órganos jurisdiccionales, a pedido de parte, pueden conservar las pruebas o los bienes, de manera que asegure que el proceso pueda conseguir un resultado útil.

---

(1) Liebman Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 121

(2) *Op. cit.* p. 149

(3) *Op. cit.* p. 161

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En esta sección del Código Procesal se regula precisamente lo descrito líneas arriba. Así pues, apreciamos en el Título I, II y III la actividad del proceso de cognición a desarrollarse a través de las vías procedimentales de conocimiento, abreviado y sumario. Los procesos de ejecución son abordados en el título V, a través del procedimiento ejecutivo, de ejecución de resoluciones judiciales y ejecución de garantías; y por último el título IV regula el proceso cautelar.

2. Los procesos de cognición tramitados bajo la vía procedimental de conocimiento tienen las siguientes características: a) son definidos por la competencia objetiva (materia y cuantía) y por la funcional; b) el modelo, a través del cual, se realiza la actividad procesal permite una mayor amplitud en los plazos, la reconvencción y una amplia actividad probatoria, aún en segunda instancia.

El artículo en comentario hace referencia a las reglas generales para fijar la vía procedimental de conocimiento. El inciso 1 establece que los conflictos contenciosos que “no tengan una vía procedimental propia” se tramitarán bajo la vía de conocimiento. No tienen vía procedimental propia el cambio de nombre, el mejor derecho de propiedad, por citar. La norma deja también a la discrecionalidad del juez asumir dicho procedimiento cuando la naturaleza o complejidad de la pretensión así lo justifiquen. Véase el caso de la pretensión sobre extinción de hipoteca regulada en el artículo 1122 CC; la referida a la excesiva onerosidad de la demanda (ver artículo 1440 CC).

Para dichas pretensiones no se establece una vía procedimental propia, a diferencia de otras pretensiones donde la norma expresamente le asigna un mecanismo, como sucede en el caso de la ineficacia de actos jurídicos gratuitos y onerosos que refiere el artículo 200 CC o la disolución de Asociaciones (ver artículo 96 CC). En la Casación N° 3570-2002 UCAYALI publicada en El Peruano el 31 de marzo de 2004, la Sala Suprema en la pretensión de exclusión de nombre, ha señalado que el Código Procesal Civil no prevé que ella se tramite por la vía abreviada; por el contrario, como dicha acción no tiene una vía procesal específica, no cabe declarar la nulidad del proceso sosteniendo que se tramitó en una vía que no corresponde. La Sala Suprema considera que si una acción no tiene una vía procedimental específica, la decisión del juez de tramitar la causa en vía de conocimiento no acarrea nulidad procesal alguna pues, por su naturaleza, el proceso de conocimiento permite a las partes un mejor ejercicio de los derechos de acción y de contradicción.

Otro criterio a valorar –según el inciso 2– es la competencia objetiva por cuantía. Ello implica que si el petitorio de la pretensión tiene una estimación patrimonial mayor de mil Unidades de Referencia Procesal se debe recurrir a esta vía procedimental.

La Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año. Para el cálculo de la cuantía

se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 11 CPC. Tratándose de pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina en base al valor del inmueble vigente a la fecha de la interposición de la demanda. (ver artículo 12 CPC). Esta cuantía ha sido modificada por Ley 29057 (publicada el 29 de junio 2007) de su redacción original que la establecía en una cantidad mayor a trescientas Unidades de Referencia Procesal, ampliando con ello la cobertura de las vías procedimentales hacia los procedimientos sumarísimos y abreviados, los primeros de mayor incidencia en los juzgados de paz letrados. Con esto se permite que los conflictos que tengan una mayor significancia económica pueda ser debatido en un modelo amplio como es la vía procedimental de conocimiento, orientando en promedio el debate de los conflictos con una estimación económica menor a un mil unidades de referencia procesal a los procedimientos abreviados y sumarísimos. Esto podría evidenciar la tendencia a privilegiar modelos de rápido debate y de reducidos plazos procesales para hacer realidad la celeridad y economía procesal.

En oposición al citado inciso 2, aparece el inciso 3, para comprender a las pretensiones inapreciables en dinero o con duda sobre su monto, siempre y cuando, el Juez considere atendible su empleo. Véase el caso del divorcio por causal que acoge una pretensión no patrimonial (ver artículo 480 CPC). Como señala el artículo 12 CPC, aquí no se aplicará el criterio de la cuantía para fijar la competencia sino procede designar al juez civil directamente bajo la tramitación de la vía procedimental de conocimiento.

Conforme refiere el inciso 3 esta calificación está sujeta a la consideración del demandante, lo que no impide al juez –en caso de error en la calificación de parte– poder dictar las medidas para que se tramite bajo los alcances de la vía procedimental debida. Si bien el artículo 477 CPC permite la sustitución de la vía propuesta en casos del inciso 1 y 3 del artículo 475 CPC, situación que no comprende al caso en comentario, consideramos que el argumento central para este cuestionamiento es la competencia objetiva por materia y su consecuente implicancia en la vía procedimental propuesta. Lo que califica la naturaleza de la pretensión no es el criterio de la parte que lo postula sino el contenido de ella, esto es, los hechos que la sustentan o la describen (véase artículo 9 CPC), por tanto, en aplicación del artículo 6 CPC, esta competencia no puede modificarse por la mera calificación de parte.

Especial situación opera en las pretensiones de puro derecho como sería en los casos de mejor derecho de propiedad. Según el inciso 4 la vía procedimental para dichas pretensiones el camino procedimental es el de conocimiento. Las impugnación de acto o resolución administrativa es una expresión de pretensión de derecho con una vía procedimental abreviada definida en el inciso 6 del artículo 486 CPC.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El inciso 5 hace referencia a los casos establecidos por Ley. Véase el supuesto del artículo 150 de la Ley General de Sociedades que establece el procedimiento de conocimiento para la nulidad de los acuerdos de la Junta, contrarios a normas imperativas.

El Código Civil fija la vía procedimental de conocimiento para el debate de las siguientes pretensiones: en las fundaciones, la desaprobación de cuentas o balances (parte final, artículo 106 CC); desaprobación de cuentas (artículo 122 CC); ineficacia de acto jurídico oneroso (artículo 200 CC); invalidez del matrimonio (artículo 281 CC); rendición y desaprobación de cuentas del tutor (artículo 542 CC); petición de herencia (artículo 664 CC); desaprobación de cuentas de albacea (artículo 794 CC); Nulidad de partición por preterición de heredero (artículo 865 CC).



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien la formalidad del contrato de arrendamiento financiero exige que sea celebrado por escritura pública e inscrito en el registro público, también es cierto, que se constituye por un documento de fecha cierta donde hay expresión de voluntad, siempre que no se elija la vía ejecutiva, como faculta el D.Leg. 299, sino la de conocimiento. Debe ampararse la pretensión si el derecho de exigir la restitución de la cosa está prevista en el D.Leg. 299 y la fianza que forma parte del contrato, reúne la formalidad del artículo 1871 del C.C., por cuanto, recoge la voluntad del fiador frente a1 acreedor de pagar hasta una determinada cantidad en garantía de una obligación ajena (Exp. N° 56030-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 632-633).*

## REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

### ARTÍCULO 476

*El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

El proceso se inicia con la demanda. Ella es calificada como la petición formulada por las partes al juez. Es un acto de iniciación procesal, que no implica necesariamente el planteamiento de un conflicto suscitado entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia de fondo que lo dirima, sino que se configura, con motivo de la petición formulada ante el órgano judicial, por una persona distinta de este, a fin que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso. Precisamente este ulterior trámite es el que hace referencia el artículo en comentario, tratándose de procesos sometidos a la vía procedimental de conocimiento.

Este se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro. La norma exige que esta actividad se sujete a los requisitos que allí se establecen para cada acto; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones, tachas u oposiciones y la tramitación de estas (en cuaderno separado), la actividad probatoria se desarrolla a través de varias audiencias y no en audiencia única, como lo es el procedimiento sumarísimo, entre otras particularidades.

Este procedimiento tiene las características siguientes: a) ser definido por la competencia objetiva (materia) y por la cuantía de la pretensión a dilucidar; b) el modelo, a través del cual, se realiza la actividad procesal permite una mayor amplitud en los plazos procesales; c) la reconvencción así como una mayor actividad probatoria, inclusive en segunda instancia.

Por otro lado, es importante señalar que en toda pretensión debe concurrir tres condiciones: la posibilidad jurídica, el interés y la legitimación. A pesar que otros criterios la reducen a dos condiciones: interés y legitimidad, no podemos dejar de señalar que la posibilidad jurídica consiste en que la pretensión se halle regulada por el derecho objetivo, esto es, que se encuentre tutelada por este. Requiere de

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

una cierta adecuación entre el hecho alegado y la norma invocada, por citar, en un país donde no existe el divorcio no podría plantearse tal pretensión. El interés procesal consiste en el interés en el actuar, en el móvil que tiene el actor (o eventualmente el demandado para contradecir) por citar, quien tiene un crédito cuyo plazo aún no ha vencido, no lo podrá reclamar en el proceso; tampoco el caso del heredero si no ha fallecido el causante. La legitimación encierra la especial posición del que actúa en el proceso con respecto de la situación jurídica pretendida. Están legitimados para la pretensión de desalojo, el propietario, los condóminos, el arrendador, el subarrendador, etc. Los legitimados pasivos son el arrendatario, el subarrendatario.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si la ejecutada en su apelación precisa que la obligación ha sido cancelada, para lo cual acompaña un documento expedido por la ejecutante que da por cancelada la integridad de la deuda que es materia del proceso, el Juez en ejecución de sentencia debe merituar dichos documentos y establecer su eficacia como un instrumento de pago, a efectos de verificar si la ejecutada, finalmente ha cumplido o no con su obligación (Exp. N° 261-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 540)*

## FIJACIÓN DEL PROCESO POR EL JUEZ

### ARTÍCULO 477

*En los casos de los incisos 1. y 3. del artículo 475º, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

1. Montero Aroca<sup>(1)</sup>, define a la demanda como, el acto procesal de parte, por el que se ejercita el derecho de acción y contiene la pretensión; por ello, se dice que la demanda como acto es un continente; por medio de ella se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión. Hay por tanto diferencia conceptual entre pretensión y demanda, a pesar que, se presenten fundidos en un acto único: el actor al mismo tiempo que solicita la apertura del proceso (ejerce el derecho de acción) formula la pretensión que ha de constituir el objeto de esta.

La demanda es importante porque es el vehículo, a través del cual, el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues, solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. También en la demanda, el actor propone la vía procedimental a través del cual se dirigirá el debate de sus pretensiones, sin embargo, pudiera darse el caso que dicha propuesta procedimental no sea coherente con el objeto de litis, situación que permite al juez sustituirla por la del procedimiento de conocimiento, en los casos a que refiere el inciso 1 y 3 del artículo 475 CPC. Nótese que la propuesta procedimental no es ejercicio del principio dispositivo, como si lo serían los hechos y la prueba que aportan las partes al proceso. La vía procedimental hay que entenderlo como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo.

2. Hay que tener en cuenta que la demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia, determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia y el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del

---

(1) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional, t.II proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p.129.

derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros (Véase en ese sentido el artículo 438 CPC). Resulta importante, este primer acercamiento que tiene el juez de apreciar debidamente la pretensión, para fijar posteriormente la competencia objetiva (por razón de la materia y la cuantía) y su incidencia de esta en la vía procedimental. Conforme señala el inciso 9 artículo 424 CPC, el demandante propone la vía procedimental; sin embargo, frente a dicha propuesta pudiera darse el caso que por la naturaleza o complejidad de la pretensión, por tratarse de una pretensión inapreciable en dinero, porque hay duda sobre su monto, el Juez sustituya la vía procedimental propuesta por la de conocimiento.

Esta variación está contemplada como una de facultades genéricas con que cuenta el juez para “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación” En ese sentido léase el inciso 1 del artículo 51 CPC. Dichas facultades hay que entenderlas bajo el concepto publicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso.

3. Un elemento fundamental para que opere la sustitución de la vía procedimental es la motivación debida. El juez tiene el deber de justificar porqué ha decidido apartarse de la vía procedimental propuesta y optar por el de conocimiento.

Como refiere la norma en comentario, la resolución será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

Si partimos de la idea que en el admisorio de la demanda se establece la vía procedimental a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, tal como lo exige la norma en comentario; todo lo contrario, el emplazamiento del demandado contiene la notificación entre otros del admisorio de la demanda.

La fijación de la vía procedimental por el juez se explica porque es el juez, no las partes, quien fijará el escenario a través del cual, ellas debatirán sus pretensiones, bajo un escenario no reducido y tampoco limitado, todo lo contrario un medio amplio que permite en mejor forma el ejercicio del derecho de acción y de contradicción. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido publicístico, hay un fin social en el proceso, que permite al juez fijar el contexto a través del cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustentan sus pretensiones.

4. Véase que la variación de la vía procedimental encierra la sustitución de esta. Ello implica que necesariamente la parte actora ha propuesto un mecanismo de tramitación, sin embargo, para la calificación del juez, por las razones que especifican los incisos 1 y 3 del artículo 475 CPC puede ser sustituido de oficio por el juez, sin posibilidad de impugnación; situación distinta, es cuando no se ha propuesto vía procedimental. Aquí ya no operaría la sustitución sino la exigencia a que la parte actora cumpla con precisar el camino procedimental por donde se encausará el debate del conflicto jurídico, tal como lo exige el inciso 9 del artículo 424 CPC.

## PLAZOS

### ARTÍCULO 478

*Los plazos máximos aplicables a este proceso son:*

- 1. Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.*
- 2. Cinco días para absolver las tachas u oposiciones.*
- 3. Diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción.*
- 4. Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.*
- 5. Treinta días para contestar la demanda y reconvenir.*
- 6. Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, conforme al artículo 440°.*
- 7. Treinta días para absolver el traslado de la reconvencción.*
- 8. Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al artículo 465°.*
- 9. Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al artículo 468°.*
- 10. Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471°.*
- 11. Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.*
- 12. Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al artículo 211°.*
- 13. Diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

## Comentario

---

1. El tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Para Palacio<sup>(1)</sup>, tales lapsos se denominan

---

(1) Palacio Lino, t. IV, op. cit, p. 55-56

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

plazos y su existencia responde a razones de seguridad y certeza. No basta, el establecimiento del orden consecutivo en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que además es menester determinar los lapsos específicos dentro de los cuales estos deben ejecutarse, ya que de lo contrario las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde desarrollar su actividad procesal, además, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

Tomando como referencia la forma de fijación de los plazos, podemos calificarlos en legales, judiciales y convencionales. El plazo legal, es aquel cuya duración se halla expresamente establecida por Ley, por citar, diez días para interponer excepciones en procesos de conocimiento (ver inciso 3 artículo 478 CPC). La norma en comentario recoge la expresión de los plazos legales en la actividad asignada a los sujetos procesales (partes y juez). En relación a sus efectos, los plazos pueden ser calificados de perentorios y no perentorios. El primero es preclusivo, fatal, porque su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedieron, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial. El artículo en comentario acoge precisamente el plazo perentorio; no se admite la posibilidad que ambas partes con anterioridad a la expiración de un plazo determinado convengan por escrito su prolongación, estableciendo por esa vía un plazo convencional. En ese sentido léase lo regulado en el artículo 146 CPC que dice: “los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales”.

Los plazos que recoge este artículo son indivisibles. Se conceden independientemente a cada parte para la ejecución de actos procesales determinados. En tal sentido, véase los plazos fijados para oponer excepciones, contestar demandas, interponer recursos, etc. Aquí resulta indiferente que intervengan en el proceso una persona o una pluralidad de personas en la misma posición de parte, como ocurre en los casos de litisconsorcio, pues, en tal hipótesis, cada una de aquellas cuenta con plazos independientes para ejercer las facultades procesales que trate. Apreciéese que el artículo en comentario no acoge el plazo común. Este plazo se acuerda en forma conjunta para ambas partes, a fin que realicen uno o más actos procesales de la misma índole, como sería el caso de los alegatos. El artículo 212 CPC al respecto dice: “dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado”. Mientras que los plazos individuales se computan desde que se practica la respectiva notificación a la parte a quien afectan o en su caso, a cada uno de los litisconsortes, los plazos comunes empiezan a correr desde la última notificación, tal como lo señala el artículo 147 CPC.

2. Cuando se postula una pretensión, opera la carga de probar los hechos que afirman las partes (ver artículo 194 CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad estará sometido al control de la contraparte, quien podrá cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de las tachas u oposiciones.

Estos mecanismos se utilizarán en atención al medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 CPC. y constituye una carga para quien se opone la prueba, caso contrario se asume que está aceptando la veracidad de los hechos que contiene el medio probatorio. Por citar, si tenemos un documento privado y se ofrece este solicitando además el reconocimiento; la contraparte si no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito al contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver artículo 246 CPC). Como se aprecia de la redacción de la norma, la contraparte tiene 5 días para cuestionar la eficacia probatoria de los medios probatorios ofrecidos, plazo que se computará desde la notificación que se tienen por ofrecidos. Es común que estos medios se ofrezcan con la demanda; sin embargo, no se descarta la posibilidad que habiéndose dictado el admisorio, se hubiere postergado el pronunciamiento sobre el ofrecimiento de los medios de prueba, para subsanar deficiencias de orden formal, situación que generará se tome en cuenta posteriormente para fijar el cómputo del plazo para su impugnación.

El inciso 2 es la expresión del principio de bilateralidad en el proceso. Este opera siempre y cuando se hubieren interpuesto tachas u oposiciones a los medios probatorios. Brinda la posibilidad a la parte que ofreció los medios de prueba para que absuelva las observaciones realizadas por la contraparte.

El inciso 3 otorga un plazo especial para la interposición de las excepciones y defensas previas. Monroy<sup>(2)</sup>, considera a la excepción como "un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción".

La defensa previa, viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso. Corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción. Monroy<sup>(3)</sup> la conceptúa como aquella que sin un cuestionamiento a la pretensión y

(2) Monroy Gálvez Juan, Temas del proceso civil, Studium, Lima, 1987, pp. 102-103

(3) Monroy Galvez Juan, "Conceptos elementales del proceso civil II" en El Peruano, Lima, 01 de julio 1992,p.B-5

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo, por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el pago de lo debido, estos podrían alegar que desconocen aún si la masa hereditaria presenta un saldo positivo, por lo que el proceso debe suspenderse hasta conocer tal hecho. Esta es una típica defensa previa, no se ataca la pretensión, solo se dilata el proceso y su eficacia, incluso de manera definitiva.

En relación al inciso 3 en comentario apreciése que los plazos se computan bajo dos supuestos: a) con el inicio de la relación procesal, esto es, desde la notificación de la demanda; y, b) con la admisión de la acumulación sucesiva de pretensiones, como es el caso de la reconvencción. Apreciése que esta última, implica el ejercicio del derecho de acción del demandado, a través del cual, interpone una pretensión contra el demandante, provocando una acumulación de pretensiones. Esta contrapretensión también está sujeta a cuestionarse a través de la excepciones.

El inciso 4, en ejercicio del contradictorio, otorga un plazo de diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas propuestas. Es la posibilidad que se otorga al demandante para que absuelva el cuestionamiento realizado a su pretensión a través de la excepción, caso contrario, se procederá a señalar fecha día y hora para la audiencia de saneamiento, en el supuesto que se hubieren ofrecido medios probatorios pendientes de actuación. En esta audiencia es procedente escuchar los informes orales de los abogados si fueren solicitados. El juez puede reservarse la decisión sobre las excepciones por un plazo que no excederá de cinco días, contado desde la conclusión de la audiencia. Su decisión debe considerar los efectos que señala el artículo 451 CPC así como la abstención a que refiere el artículo 450 CPC, en caso se refiera a excepciones de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral. Otro supuesto en el tratamiento de las excepciones es cuando absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez en decisión motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneando el proceso

Véase que en esta vía procedimental, las excepciones se sustanciarán en cuaderno separado, sin suspender la tramitación del principal (ver artículo 447 CPC)

El inciso 5 fija el plazo de treinta días para contestar la demanda y reconvenir. Comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse. El otorgamiento de plazos debe operar bajo el principio de igualdad, de permitir a las partes por igual similares posibilidades sin que ello lleve a exigir una igualdad aritmética, sino a una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. La Sala Suprema ha establecido en la Casación N° 1103-2002-La Libertad, publicada en El Peruano, el 01 de marzo del 2004, "el debido proceso importa el derecho a la defensa de fondo, esto es,

la contestación de la demanda o la contradicción. Ellas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando está omisión rechazo del escrito”.

Esta etapa es importante, porque determinará para el futuro proceso, la existencia o no de controversia. La demanda no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede levantar o no, según le parezca mas conveniente. La inactividad que genera la rebeldía constituye fundamento para la presunción sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo los casos que contempla el art. 461 CPC.

Otro aspecto a considerar en la contestación es que puede generar hechos admitidos, los mismos que van a tener incidencia para la futura actividad probatoria, en los términos que señala el inciso 2 del artículo 190 CPC. Los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no hay discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta. Genera dos consecuencias inmediatas: obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar, y genera suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna.

El plazo legal que señala este inciso también hace referencia a la reconvencción, entendida esta como la pretensión que puede incoar la parte demandada al proceso, provocando así una acumulación objetiva sucesiva de pretensiones.

El inciso 6 otorga diez días para ofrecer medios probatorios, si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción. Este inciso resulta coherente con lo expuesto en el artículo 440 CPC que dice: “cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”. Véase en el caso del cobro de un mutuo. El demandado reconoce la existencia del mutuo pero no está de acuerdo en el monto, porque el demandante no ha tomado en cuenta la compensación celebrada entre ambas partes. Este hecho nunca fue referido por el demandante pero es introducido al proceso por el demandado en su contestación y que resulta procedente llevarlo al debate para asumir con certeza que el monto demandado ha sido variado a otra suma producto de la compensación realizada.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El inciso 7 fija en treinta días el plazo para absolver el traslado de la reconvencción. Como ya hace referencia el inciso 6 citado, el demandado frente al emplazamiento no solo puede contestar sino incorporar una nueva pretensión a través de la llamada reconvencción; como implica esta una nueva pretensión, necesariamente debe el actor tener la posibilidad de absolverla y deducir excepciones e impugnar los medios de prueba ofrecidos. Los plazos para interponerlas aparecen fijados en el inciso 1 y 3 de este artículo.

El inciso 8 se ubica en el examen de la relación procesal. Conforme refiere el inciso 3 del artículo 465 CPC, el juez –de oficio– y aún cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, concederá un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental. En el caso del procedimiento de conocimiento, este inciso lo fija en diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal.

Luego de expedido el auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el juez fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria. El inciso 9 establece el plazo de veinte días, que debe mediar entre la actividad del saneamiento y la audiencia conciliatoria. Luego de ello, según el éxito o no de la conciliación, se procederá en la forma que fija los artículos 470 y 471 CPC; sin embargo, en la actividad judicial, la audiencia de conciliación es realizada acto seguido del saneamiento procesal, en el caso que se declare la validez de ella, para luego concluir esta audiencia (en caso no hubiere conciliación) con la fijación de los puntos controvertidos y los que serán materia de prueba; la admisión de los medios probatorios ofrecidos en la demanda y contestación así como los referentes a las cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) si hubiere. En este caso, la audiencia se suspende para continuar con la actuación de los medios probatorios admitidos. Especial situación se aprecia en las pretensiones de puro derecho. Señala el artículo 473 CPC que luego de rechazada la fórmula conciliatoria, se advierte que la cuestión debatida es solo de derecho, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite, esto es, recurre al llamado juzgamiento anticipado. En el caso citado, consideramos que ni siquiera se debería intentar la actividad conciliatoria, pues, tratándose de una discusión de puro derecho, no cabe disposición sobre él; todo lo contrario, luego de agotado el saneamiento procesal declarando la validez de la relación procesal entablada debe procederse al juzgamiento anticipado, previa admisión de los medios probatorios ofrecidos por ambas partes. No cabe aquí actuación probatoria alguna por la naturaleza de la pretensión en discusión. En ese sentido léase la ejecutoria recaída en el expediente 2089-02 de la 1<sup>o</sup> Sala Contencioso-Administrativo que asume el criterio ya reseñado<sup>(4)</sup>.

(4) Dicha ejecutoria aparece publicada en Ledesma, t. 6, op. cit. pp. 609-611.

El inciso 10 fija el plazo de cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas. Este plazo es coherente con lo establecido en el artículo 471 CPC precisando que la audiencia de pruebas será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria; sin embargo, debemos precisar que a pesar que se hubiere admitido los medios de prueba ofrecidos, no cabría señalar fecha para audiencia de pruebas, cuando estamos ante el supuesto del inciso 1 del artículo 473 CPC que refiere al juzgamiento anticipado, cuando no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, como sería el caso de la prueba documental admitida, la misma que no ha sido objeto de tacha. En estos casos es procedente recurrir a la figura del juzgamiento anticipado.

El inciso 11 establece el plazo de diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso. Véase el caso de la incorporación de un litisconsorcio necesario, luego de agotada la audiencia de pruebas, tal como lo señala el artículo 96 CPC; sin embargo, el plazo que establece el citado artículo 96 CPC refiere a uno que no excederá de veinte días.

Otro aspecto que regula este artículo está referido al plazo para expedir sentencia. Como señala el artículo 211 CPC, “antes de dar por concluida la audiencia, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará”. En el caso del procedimiento de conocimiento, el inciso 12 fija en cincuenta días para expedir sentencia. Ella debe considerarse como el acto procesal por el cual el juez, en calidad de órgano independiente del Estado, cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho en contradicción, de resolver el conflicto sobre las pretensiones del demandante y las defensas del demandado.

Los plazos de impugnación también difieren según la vía procedimental. Tratándose de procesos de conocimiento, se establece en diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373. Véase que en los procedimientos de conocimiento es procedente ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación, tal como lo reconoce el artículo 374 CPC. En este caso, reafirmamos la posición que los plazos son perentorios, esto implica, que aún cuando un recurso de apelación haya sido concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, debe ser, considerado ineficaz por el superior en grado, si este se ha interpuesto después de transcurrido el plazo legal fijado al efecto, pues, conforme lo señala el artículo 146 CPC “los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales”.

Por otro lado, hay que tener presente que en los procesos de conocimiento y abreviado la fecha para la vista de la causa debe ser notificada a las partes con diez días previos a su realización (ver artículo 375 CPC). Además que entre la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

notificación y la realización de dicha actuación procesal debe transcurrir como mínimo tres días hábiles (en ese sentido, léase la Casación N° 1477-2003-PUNO del 14 de octubre de 2004<sup>(5)</sup>).



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar impicante para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta (**Exp. N° 1123-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 159**).*

---

(5) Publicada en El Peruano el 28 de febrero del 2005.

## PLAZO ESPECIAL DEL EMPLAZAMIENTO

### ARTÍCULO 479

*Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435º, los plazos serán de sesenta y noventa días, respectivamente.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 435 párr. 3.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a los plazos para el emplazamiento, esto es, los plazos que se aplican para el llamado al demandado para que comparezca al proceso. No se trata de una citación sino de un emplazamiento. Si bien, en ambos casos se busca la comparecencia al proceso, difieren en que la citación supone la presentación en un momento determinado (día y hora), mientras que el emplazamiento lo hace en un plazo prefijado, por citar, sesenta días de notificado el admisorio.

2. El traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

Lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su Actuación. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley, como sería el caso que regula el artículo 435 CPC, cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; y, cuando el demandante ignora el domicilio del demandado. Aquí el emplazamiento se hará mediante edicto. El plazo del emplazamiento será no mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

Apreciéese que el plazo que regula este artículo se vincula con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer o el lugar donde corresponde realizar uno o más actos procesales.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Los plazos ordinarios se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En cambio, los plazos extraordinarios son aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial o fuera de la República, como es el caso del artículo en comentario.

## Capítulo II

# DISPOSICIONES ESPECIALES

### Sub - Capítulo 1º

## SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO POR CAUSAL

### TRAMITACIÓN

#### ARTÍCULO 480

*Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del artículo 333º del Código Civil se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

### Comentario

1. La única pretensión que es desarrollada en esta vía procedimental esta referida a la separación de cuerpos o divorcio por causal. Se trata de una pretensión constitutiva que busca modificar la relación jurídica existente del matrimonio a fin de disolverla; ello explica el porqué no puede operar sobre un matrimonio disuelto por muerte.

El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial, mediante declaración judicial, al haberse incurrido en alguna de las causas previstas por Ley y con la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la

(\*) Texto según el art. 7 de la Ley 27495 de 07-07-2001.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

sociedad de gananciales, en caso los cónyuges hubieren optado por dicho régimen patrimonial.

Los sistemas legales que concurren al divorcio son calificados como divorcio sanción y divorcio remedio. En el primer caso se contempla la existencia de causas legales de inculpación y la imposibilidad de fundamentar la demanda en el hecho propio, siendo el divorcio la sanción para el culpable incurso en la causa legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales del divorcio, que son diferentes para el inocente y para el culpable. En el caso del divorcio remedio, cabe el acuerdo de los cónyuges, evitando toda inculpación, y de otra, la decisión unilateral basada en el propio hecho de la separación efectiva o cese de la convivencia, sin indagar sus motivaciones.

2. Con la separación de cuerpos se suspende los deberes relativos al lecho y habitación y se pone fin automáticamente al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial, sin embargo, el estado de separación de cuerpos, legalmente establecido por la sentencia, puede terminar de dos modos: por el regreso a la vida conyugal, o por la completa ruptura del vínculo.

Las causales de separación de cuerpos aparecen establecidas en los 11 incisos del artículo 333 CC y son extensivas –alguna de ellas– al divorcio (ver artículo 349 CC). El matrimonio solo podía extinguirse por mutuo acuerdo de los cónyuges o por causa de incumplimiento de los deberes conyugales, pero nunca unilateralmente por causa propia, sin embargo ello ha sido superado por la causal de “separación de hecho”.

3. Desde la vigencia de la Ley N° 27495 la posibilidad de disolver el vínculo conyugal se ha flexibilizado, pues depende exclusivamente del cónyuge que quiere dar por terminado el matrimonio, a diferencia de las demás causales que dependen del incumplimiento de los deberes matrimoniales del otro cónyuge, permitiendo que por causa propia fenezca un matrimonio. Bajo esta causal se aprecia que prevalece la voluntad en continuar o no con la relación matrimonial. Si alguno de los cónyuges ya no quiere seguir unido a la vida del otro y desea recuperar su individualidad, simplemente se retira del hogar y deja pasar el tiempo, para conseguir luego el divorcio. Como señala la Casación N° 1720-2003-Junín<sup>(1)</sup> esta causal de divorcio, “tiene como esencia dar respuesta a un problema social de nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad que prevé el artículo 234 CC, cuya tendencia es poner fin a un matrimonio ficticio, que en su mayoría han formado nuevos núcleos familiares”.

---

(1) Publicada en el diario oficial El Peruano, martes 30 de noviembre del 2004, pp. 13101

Para invocar esta causal debe haber transcurrido 4 años de separación si hubiere hijos menores y 2 años sin ellos; además que el demandante esté al día en el pago de las pensiones alimenticias judicialmente ordenadas. En relación a la aplicación temporal de la Ley N° 27495, mediante Casación N° 1720-2003-Junín del 25 de abril de 2003<sup>(2)</sup>, se ha establecido que “solo a partir de la entrada en vigencia del citado cuerpo legal (ocho de julio del dos mil uno) se puede acumular el plazo legal para la separación de hecho”.

La consecuencia prevista en la norma es el deber de indemnizar de quien ha promovido el divorcio, sin justa causa, a quien ha sido perjudicado y aquí aparece la disyuntiva si esta indemnización debe ser expresamente demandada o debe ser fijada –de oficio– por el juez. Frente a ello, la Sala Suprema a través de la Casación N° 2548-2003-Lima<sup>(3)</sup>, del 10 de Agosto del 2004, ha considerado “daño personal como el daño no patrimonial, inferido en los derechos de la personalidad, en valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, influyendo directamente en las emociones, sufrimiento, dolor, pena, angustia y el proyecto de vida de la persona directamente afectada y quienes dependen de esta. Para configurar entonces el daño moral o personal, debe probarse el desmedro sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede llegar a ser cuantificable económica o patrimonialmente por el juez; que el acotado artículo no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación de la inestabilidad económica de este, en el caso que se declare fundada la demanda”.

El Pleno Jurisdiccional Superior Regional de Familia realizada en Septiembre del año 2007, por mayoría se acordó lo siguiente: a) que la indemnización regulada por el art.351 CC es excluyente a la establecida por el art. 345- A CC al encontrarse inscritas en dos sistemas de divorcio diferentes como son el divorcio sanción en el primer caso y divorcio remedio en el segundo, reconociendo que se trata de una postura híbrida de la Ley 27495; b) la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada solo a petición de parte, esto es, si es que se postula en la demanda, en la contestación o en la reconvencción, siempre y cuando esté acreditado el daño; c) que el art. 345-A CC al consignar en términos generales la indemnización por daños incorpora tanto el daño a la persona en sus diversas modalidades, tales como el daño moral, daño al proyecto de vida, daño psicológico y daño a la integridad física, así como también los daños de carácter patrimonial.

4. Otro tema recurrente en el divorcio por causal se vincula con el derecho a probar, que tiene todo litigante, como parte del debido proceso. Como los hechos

(2) *Ibidem.*

(3) Publicada en el diario oficial El Peruano, martes 30 de noviembre del 2004, pp. 13121

a probar, lindan con aspectos íntimos de la vida conyugal o de la conducta particular de cada cónyuge, ello podría llevar a confrontar el derecho a probar con el derecho a la intimidad del cónyuge agresor. En esas circunstancias, el tema en discusión se orienta en dilucidar la admisibilidad o no del medio probatorio obtenido bajo cualquier medio; por citar, la grabación subrepticia de una conversación telefónica de uno de los cónyuges con su amante o la video grabación de escenas de vida íntima del cónyuge con persona ajena a su cónyuge. Al respecto no hay una respuesta uniforme. Existen criterios que no aceptan, que en aras de alcanzar la verdad, pueda admitirse el empleo de una grabación subrepticia, aún entre las mismas partes. En igual forma, la video grabación realizada sin la aprobación del cónyuge, cuya voz e imagen es mostrada en el proceso, se reputa como prueba prohibida, contraria a la dignidad humana.

5. Un aspecto a tener en cuenta en este tipo de pretensiones pasa por establecer la competencia territorial del juez. Si bien la regla general dice que “cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio”, también es factible recurrir a la competencia territorial del juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad (ver inciso 2 del artículo 24 CPC). En este caso, la competencia territorial queda sujeta a elección del demandante.

6. Por otro lado, apreciase que el desarrollo del proceso, en este tipo de pretensiones, está sujeta a la actividad de parte. Ello debe considerarse como una excepción a la regla general fijada en el artículo II del TP del CPC que dice: “el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia”. Otro caso, que exceptúa el Código del impulso de oficio está referido a los procedimientos de ejecución de resoluciones judiciales, tal como se advierte del artículo 713 CPC.

La pretensión de divorcio por causal es personalísima y solo puede ser ejercitada por apoderado cuando el mandato contenga la expresa declaración de la causal a invocar. Ello en virtud del principio de literalidad que requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados (artículo 75 CPC).

7. En relación al emplazamiento, si partimos de la premisa que la demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado, esta debe materializarse a través de la notificación por cédula. En el caso de cónyuges que viven en el mismo domicilio, el traslado de la demanda de divorcio, pedido por uno de ellos, debe notificarse personalmente al demandado. Si la dirección de la parte demandada se ubica en un departamento, la recepción por el encargado de la administración del edificio no puede sostener inequívocamente que el interesado se enterase de la demanda interpuesta en su contra. Otra situación que configura un emplazamiento inválido el caso que recoge la Casación N° 646-95-Callao del 16

de setiembre de 1996: “si bien se encuentra acreditado que el demandado se encontraba cumpliendo condena privativa de la libertad por delito de narcotráfico en el Centro Penitenciario Cras San Pedro “ex Lurigancho”, ello no impedía que se le notificara la demanda en dicho centro de reclusión. El artículo 160 CPC establece la forma en que tiene que hacerse la notificación por cédula, que en este caso no se ha practicado, porque en el auto admisorio de la instancia se dispuso se designara curador procesal al demandado”.

8. La actividad probatoria en este tipo de pretensiones se desarrolla bajo los alcances del procedimiento de conocimiento. Esto implica que se puede incorporar medios de prueba con la apelación, tal como lo señala el artículo 374 CPC. En ese sentido léase lo pronunciado en la Casación N° 958-03 PUNO del 12 de setiembre de 2003 (Publicada en El Peruano, 30 de abril de 2004) que dice: “precluída la etapa postulatoria, solo se pueden ofrecer nuevos medios probatorios junto con la apelación conforme al artículo 374 CPC. En tal sentido, la Sala Superior debió pronunciarse sobre la nueva prueba presentada, aunque no se mencione el dispositivo aplicable, pues lo contrario genera incertidumbre respecto de los medios probatorios que sustentan la demanda”.

9. Especial situación ha provocado la posibilidad de invocar el *iura novit curia* en los pronunciamientos sobre divorcio por causal, cuando los hechos alegados y probados son calificados erradamente. En sede nacional aparecen posiciones contrarias a la aplicación del *iura novit curia*, bajo las circunstancias descritas. Por citar, Morales Godo sustenta su posición a favor del principio citado, proponiendo el siguiente caso: Pedro demanda a María divorcio por las casuales de adulterio y conducta deshonrosa, e invoca los incisos 1 y 6 del artículo 333 del CC. Hace más de un año que los cónyuges, de mutuo acuerdo, están separados; sin embargo, Pedro descubre que María ha dado hospedaje a un amigo italiano en su casa y además ha viajado al Cuzco con el y se han hospedado en un hotel, en una habitación matrimonial, pese a que existían otras habitaciones disponibles. Acreditados los hechos como aparecen descritos, el Juez desestima la demanda por las dos causales. Sostiene que no está probado las relaciones carnales con el italiano y no se ha dado la conducta reiterada y escandalosa que haga imposible la vida en común. En el ejemplo propuesto por Morales Godo, este sostiene que si bien no se dan los supuestos de las causales invocadas, sin embargo, “era evidente que una conducta de esa naturaleza no podía quedar impune, máxime si el demandante en los hechos narrados está demostrando su indignación por ello”. Esos hechos son efectivos para la injuria grave, que no ha sido invocado por el actor, pero el juez como técnico en el derecho, debe aplicar la norma jurídica pertinente. No hay modificación del petitorio, pues, el actor quiere que se declare la disolución del vínculo matrimonial por los hechos descritos. El juez no estaría otorgando algo diferente a lo solicitado. Frente a esta posición, aparecen criterios contrarios a ella, como el sostenido por Apolín Meza, para quien se vulneraría el principio del contradictorio y de congruencia al aplicar el *iura novit curia* en esas condiciones,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

pues, el demandante busca disolver el vínculo por una causal específica y mal podría el juez, hacerlo por otra no demandada. Lo que debería operar es la reconducción de postulaciones, es decir, la posibilidad de subsanar errores en la calificación jurídica de los hechos. Esta reconducción implica la posibilidad de modificar el objeto del proceso, ya sea en la causa o en el objeto, situación que no puede realizarse bajo el aforismo del *iura novit curia* citado.

10. Por último debe tenerse presente la resolución N° 125-97-ORLC/TR, del 15 de abril de 1997, al momento de inscribir la sentencia de divorcio en los Registros Públicos. Señala dicha resolución que la sentencia de divorcio que disuelve la sociedad conyugal, debe inscribirse en el Registro Personal pertinente antes de efectuarse su inscripción en la Partida Registral correspondiente al inmueble de propiedad de la sociedad conyugal. La Sala Suprema, a través de la Casación N° 836-96 del 30 de enero 98, ha establecido que “La sentencia de divorcio una vez consentida o ejecutoriada, origina importantes efectos en cuanto a los cónyuges y al patrimonio de la sociedad de gananciales que procedan de los bienes del otro, conforme al art. 352 CC. La razón esencial de esta norma se fundamenta en que es reprochable que el cónyuge culpable pretendiere obtener beneficio de los bienes del inocente cuando de por medio no supo cumplir con sus deberes morales y legales, esto es, cuando su conducta da lugar al divorcio, fractura la íntima comunidad de vida e intereses sobre la que se funda el régimen de gananciales. En efecto, la norma invocada obedece propiamente al carácter punitivo por el cual se sanciona al cónyuge culpable que ha incurrido en una de las causales prevista en la Ley que dan lugar a la ruptura del vínculo matrimonial”.



## JURISPRUDENCIA

---

*La causal de violencia física y psicológica consiste en la crueldad en el tratamiento, manifestada de un lado a través de maltratos físicos, que inflija uno de los cónyuges al otro para hacerlo sufrir, actos que importan un daño material visible, así como mediante maltratos psicológicos o morales que causen humillación y sufrimiento.*

*Habiéndose iniciado los actos de violencia invocados como causal de divorcio el 13 de enero de 1993 y teniendo el último de estos fecha el 24 de enero de 1996, a la interposición de la demanda, ha operado la caducidad (Exp. N° 357-10JF-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 27).*

*No se acredita la intencionalidad del cónyuge de hacer abandono de la casa común, si se evidencia que ambas partes sostenían una manifiesta confrontación, lo que pudo haber provocado la salida del accionante del hogar conyugal.*

*El hecho que se interponga demanda de alimentos, no corrobora el incumplimiento de las obligaciones del accionante para con su familia, pues, en el proceso de tenencia, se le ha confiado al menor, a esta misma parte, sin ponerse de manifiesto su incumplimiento (Exp. N° 175-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 28).*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*En los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, el Ministerio Público es parte y como tal se le debe notificar con las resoluciones que se le expidan, inclusive con la sentencia consultada (Exp. N° 388-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 333).*

*Para que se configure el abandono injustificado del hogar conyugal, se requiere acreditar la existencia del hogar conyugal, o si éste ha variado, señalar cuál ha sido el último domicilio; por cuanto resulta determinante establecer cuál de los cónyuges se apartó del mismo. Justifica el retiro del domicilio conyugal la agresión de la cual fue víctima la demandada. Si bien ésta no ha merecido sanción penal por su relativa gravedad, ello no deja de representar falta al respeto propio que se deben los consortes entre sí (Exp. N° 2864-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 99-100)*

*El adulterio se produce por la cohabitación ilegítima de un hombre y una mujer, siendo uno de ellos, o ambos, casados.*

*La acción de divorcio por adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida dicha causal.*

*En caso de divorcio, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio (Exp. N° 196-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 105).*

*Se justifica esta causal debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas, en forma habitual, que pueda inducir al uso, tanto al cónyuge sano como al resto de la familia.*

*La acción por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. La historia clínica del demandado, remitida por el Hospital Víctor Larco Herrera, constituye prueba instrumental idónea y suficiente que produce convicción sobre la configuración de esta causal (Exp. N° 144-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 106-107).*

*El hecho que el nombre y libreta electoral de la cónyuge aparezca registrado en el libro de huéspedes de un hostel, sin que se consigne su firma, no es suficiente para acreditar la causal de conducta deshonrosa.*

*Dicha causal implica la realización de una pluralidad de actos carentes de honestidad, que afecten la imagen conyugal y social del otro cónyuge, tornando insoportable la vida en común (Exp. N° 3163-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 96).*

*Para que proceda el abandono del hogar conyugal, como causal de divorcio, éste debe ser injustificado y ha de ser contra la voluntad del otro cónyuge.*

*No se satisface la causal, si la accionante no objeta el retiro del demandado del hogar conyugal, y es más, se manifiesta contraria a su retorno (Exp. N° 96-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 98)*

*El poder general solo comprende los actos para los cuales ha sido conferido.*

*El divorcio es una acción personalísima donde se requiere poder específico (Exp. N° 892-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 28-29).*

*El divorcio puede sustentarse en violencia física o psicológica, a fin de que se invoque una u otra o ambas concurrentemente. Puede darse el caso de la violencia psicológica sin*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

violencia física, en cambio la violencia física conlleva necesariamente un componente de violencia psicológica, máxime si dicha violencia se produce en forma repetida (**Exp. N° 3392-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 115-116**).

Habiéndose acreditado la conducta deshonrosa, injuria grave y violencia física y/o psicológica debe ampararse el divorcio solicitado, máxime que el informe médico señala que la actora padece de trastorno de estrés como producto de los maltratos físicos, verbales y amenazas por parte de su esposo, lo cual requiere un tratamiento psiquiátrico por tiempo indefinido (**Exp. N° 2538-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 113-115**).

Para configurar la causal de abandono injustificado de la casa conyugal requiere el apartamiento físico de uno de los cónyuges del hogar común, la falta de justificación del cónyuge culpable y la separación por más de dos años.

Son bienes sociales las acciones adquiridas en la vigencia del matrimonio, las que deberán ser comprendidas en la liquidación de gananciales. Si bien existen vehículos registrados a nombre del emplazado, es necesario que se acredite que éstos han sido adquiridos en la vigencia del matrimonio (**Exp. N° 1963-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 116-117**).

“... De acuerdo con la normatividad actual, el abandono debe tener como base insoslayable, el alejamiento de la casa conyugal, del recinto fijado para la vida común, lo que conlleva desde luego, al incumplimiento de todas las demás obligaciones conyugales determinadas en los artículos doscientos ochentisiete, doscientos ochentiocho, doscientos noventa (del C.C.) que se resume, en alimentos para los hijos, asistencia y fidelidad mutuas, apoyo, compañía, participar en el gobierno del hogar; además de acuerdo con nuestro Código actual ese alejamiento debe ser injustificado (...) lo que propiamente significa, que debe ser intencional y voluntario, sin que exista causal real y moral para ello, razonablemente entendido ese carácter de injustificado podía desaparecer y desaparece si ambos cónyuges acuerdan vivir separados o viviendo en la misma casa conviene variar el cumplimiento de sus obligaciones conyugales; por lo que el que invoca esa causal, no solo debe acreditar la naturaleza indicada del abandono sino que sea de carácter injustificado” (**Cas. N° 528-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 473-475**)

Si no se demuestra de manera palmaria que el demandado haya tenido relaciones sexuales con tercera persona, no procede la causal de adulterio.

La causal de conducta deshonrosa debe sustentarse en una multiplicidad de hechos de carácter abusivo que den lugar al decaimiento del vínculo matrimonial (**Exp. N° 1278-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 44-45**)

El adulterio constituye violación a la fe conyugal. El adulterio es el acceso carnal que una casada tiene con hombre que no es su marido (**Exp. N° 431-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 45-46**)

No obstante ser insuficiente la certificación policial que denuncia el abandono de hogar, sin la constatación pertinente; debe tenerse en cuenta el certificado de movimiento migratorio, donde consta que el cónyuge salió del país hace varios años y no registra entrada al país (**Exp. N° 1212-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 50-51**)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Es fundada la demanda si la accionante prueba haber desconocido las actividades ilícitas de su cónyuge y no han transcurrido cinco años de producido el hecho delictivo (Exp. N° 1997-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 57-58)*

*La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio (Exp. N° 1692-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 35-36)*

*El simple hecho de haberse presentado ante la delegación policial y la división de investigaciones de personas desaparecidas no prueba el abandono de hogar.*

*No se aprecia requerimiento alguno para que regrese al hogar, no obstante conocer donde había ido la cónyuge (Exp. N° 722-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 51-52)*

*Las testimoniales no son prueba suficiente para acreditar la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.*

*Es requisito indispensable para la interposición de la acción por esta causal, establecer donde se fijó el domicilio conyugal y la fecha en que se produjo el supuesto abandono (Exp. N° 904-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 196)*

*La causal de abandono injustificado del hogar conyugal supone para su configuración la concurrencia de tres elementos: el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común; la deliberada intención de poner fin a la comunidad matrimonial, por lo que corresponderá al cónyuge emplazado acreditar los motivos que justifiquen su apartamiento; y, el transcurso de dos años continuos de abandono o si sumados los periodos de abandono, éstos excedan dicho plazo (Exp. N° 1235-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 118-120)*

*Se tipifica el trato cruel si el demandado en la audiencia de pruebas admite no ser la primera vez que ha cometido maltratos físicos a su cónyuge, en estado de embriaguez (Exp. N° 1211-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 56-57)*

*El simple hecho de haberse presentado ante la delegación policial y la división de investigaciones de personas desaparecidas no prueba el abandono de hogar.*

*No se aprecia requerimiento alguno para que regrese al hogar, no obstante conocer donde había ido la cónyuge (Exp. N° 722-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 51-52)*

*No acredita el abandono de hogar la denuncia policial sin verificación que la respalde. Ello es solo un acto declarativo.*

*Es insuficiente para probar la conducta deshonrosa, la denuncia policial y la solicitud de garantías personales contra cualquier amenaza o agresión por parte del cónyuge (Exp. N° 382-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 53-55)*

*La sentencia que declara infundada la demanda de divorcio no es objeto de consulta, sino de apelación por quien puede considerarse agraviado con dicho fallo (Exp. N° 3467-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 120)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La causal de adulterio consiste en el trato sexual de uno de los cónyuges con tercera persona, violando el deber de fidelidad que nace del matrimonio. El cónyuge ofendido acredita esta causa con presunciones que revistan gravedad y se refieran a hechos concretos, toda vez que el ayuntamiento carnal se realiza generalmente en forma oculta y se establece por indicios.*

*La conducta deshonrosa se produce por la realización de hechos carentes de honestidad y actitudes impropias o escandalosas, que atentan contra el respeto entre marido y mujer, alterando la integridad y la dignidad de la familia, dentro de una práctica habitual, que hace intolerable la vida en común.*

*El adulterio y la conducta deshonrosa son diferentes y se sustentan en hechos autónomos porque los mismos no pueden calificar ambas causales (Exp. N° 3532-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 101-102)*

*Debe ampararse la demanda de divorcio por la causal de sevicia, si se acredita con la constancia expedida por el centro de salud, el daño físico infringido a la cónyuge, más aún si éste dio origen a la instauración de un proceso penal.*

*La causal de atentado contra la vida del cónyuge supone la realización de un acto lo suficientemente grave que esté dirigido a poner en peligro la vida del consorte. El abandono injustificado de la casa conyugal supone el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común, con la intención deliberada de poner fin a la comunidad de vida matrimonial y el apartamiento temporal por dos años continuos o que sumados los períodos de éstos excedan dicho plazo (Exp. N° 224-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 103-104)*

*El divorcio se declara solo por causales contempladas en el Código Civil. El hecho de suscribir una transacción extrajudicial consignándose que la separación de los cónyuges y el retiro del hogar se produjo por desavenencias conyugales, dicho acuerdo no puede ser invocado como causal pues transgrede la naturaleza de la institución matrimonial y la tutela (Exp. N° 176-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 105)*

*El hecho de que los cónyuges vivan separados no imposibilita que en caso de acreditarse conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, pueda, el que se considera ofendido, accionar por la disolución del vínculo.*

*Debe comprenderse la vida en común de manera extensiva, es decir, que sea imposible reanudarla (Exp. N° 532-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 107-108)*

*Se configura el adulterio por el yacimiento carnal de uno de los cónyuges, con persona distinta a su pareja. Este hecho no solo puede demostrarse, con la existencia del hijo producto de estas relaciones extramatrimoniales, sino con otros hechos que pongan en evidencia el incumplimiento de esta obligación, por parte de uno de los cónyuges.*

*Caduca la acción cuando se interpone la demanda a los seis meses de conocido el hecho, o en todo caso a los cinco años de haberse producido (Exp. N° 893-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 109-110)*

*Procede declarar el divorcio por violencia física o psicológica, cuando se acredita que el comportamiento agresivo del demandado entraña deseo de provocar daño. La violencia contra la mujer constituye una ofensa a su dignidad de ser humano, rebasando los límites del respeto mutuo que debe primar entre los cónyuges como una de sus obligaciones recíprocas (Exp. N° 942-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 111)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La Constancia Policial por retiro voluntario del hogar conyugal de mutuo acuerdo entre los cónyuges, no constituye prueba suficiente para declarar el divorcio por dicha causal, pues no se ha demostrado que hayan cohabitado los cónyuges en domicilio diferente en fecha posterior al retiro voluntario (Exp. N° 09-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 119)*

*Debe ampararse la demanda por divorcio si se acredita que el demandado ha procreado un hijo con persona ajena a su cónyuge, estando vigente el vínculo matrimonial con la demandante (Exp. N° 12-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 21-22)*

*El abandono es la dejación o falta de protección del hogar conyugal sin motivo justificado por uno de los cónyuges. No basta la expresión material del retiro del hogar sino, es necesario que exista la intención deliberada de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales dentro de un período determinado por ley (Exp. N° 30-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 23-24)*

*Incurrir en abandono de hogar, el cónyuge que se niegue a hacer vida en común y además no cumpla con sus responsabilidades y deberes para con sus hijos (Exp. N° 4995-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 24-25)*

*La violencia física supone crueldad en el trato y se manifiesta mediante maltratos físicos. La violencia psicológica consiste en actos vejatorios, de intimidación y amenazas, a través de elementos de carácter subjetivo que producen sufrimientos moral y psicológico, que se traduce en la llamada crueldad mental (Exp. N° 4353-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 30-32)*

*La denuncia policial de retiro voluntario; sentada por el demandante por constantes maltratos físicos y morales e incompatibilidad de caracteres, no acredita el abandono del hogar conyugal por parte de la cónyuge (Exp. N° 5040-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 35-36)*

*La causal de conducta deshonorosa se traduce en una sucesión de actos deshonestos que afectan la estimación y el respeto que deben reinar entre los cónyuges, cuya actitud quiebra la armonía que debe existir en el hogar conyugal, lindando con el escándalo (Exp. N° 2233-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 51-52)*

*Si bien el cónyuge inocente tiene derecho a pedir la disolución del matrimonio, por causal específica; también es que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido.*

*Cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que solo el cónyuge inocente está autorizado a pedir la disolución del vínculo del matrimonio, se ampararía la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada (Exp. N° 1025-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 188-191)*

*No puede considerarse acreditada la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, con el solo mérito de la copia certificada de la denuncia policial, pues, ella constituye una manifestación unilateral.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

No existiendo otros elementos de prueba que acrediten que el demandado se haya retirado del hogar conyugal por el lapso que predetermina el inc. 5 del artículo 333 del C.C. y sin justificación alguna, debe desestimarse la pretensión (**Exp. N° 3232-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 97**).

Debe de estimarse la demanda si durante los lapsos establecidos en el artículo 339 del CC., no ha probado la demandante que desconocía que el demandado mantenía relaciones extramatrimoniales, de la cual ha procreado tres hijos (**Exp. N° 4890-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 22-23**).

Las testimoniales no son prueba suficiente para acreditar la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

Es requisito indispensable para la interposición de la acción por esta causal, establecer donde se fijó el domicilio conyugal y la fecha en que se produjo el supuesto abandono (**Exp. N° 904-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 196**).

Si el demandante interpuso con anterioridad demanda de separación de cuerpos por abandono malicioso del hogar conyugal para luego retractarse de los cargos, no puede hoy sostener en una nueva acción de divorcio que su cónyuge ha incurrido en abandono injustificado del hogar porque no se reintegró al mismo después del desistimiento (**Exp. N° 857-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 196-198**).

La causal de injuria grave para dar lugar al divorcio debe importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que haga imposible la vida en común.

Debe declararse infundada la demanda si no ha probado dicha causal en los términos antes citados (**Exp. N° 189-89-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 199-201**).

Para el abandono injustificado de la casa conyugal es necesario que se configure el hecho material del abandono, el tiempo de duración por ley así como, que dicho abandono sea injustificado.

No basta indicar la ausencia y sustentarla con una denuncia policial, que recoge únicamente el dicho de la parte interesada sin ninguna investigación (**Exp. N° 730-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 113**).

Para que proceda el abandono injustificado del hogar conyugal, debe necesariamente acreditarse el requisito de temporalidad de dos años establecidos en la norma sustantiva. La partida de nacimiento no es suficiente para acreditar el adulterio, si el emplazado no aparece como declarante reconociendo al menor. En igual forma las cartas amorosas no sustentan el adulterio, porque no está demostrada la autoría de dichas correspondencias ni que sea el demandado el destinatario de ellas.

La realización de actos habituales que atenten contra el mutuo respeto y estimación que deben guardarse los cónyuges, que hagan intolerable el continuar viviendo juntos, ampara la causal de conducta deshonrosa (**Exp. N° 363-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 89-90**).

## INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 481

*El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El proceso no es un monólogo sino un diálogo, un cruzamiento de acciones y reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contra ataques; por ello es importante establecer quién asume el rol de parte demandada en el divorcio por adulterio.

El Código Procesal diferencia el rol del Ministerio Público en atención a que este actúe como parte o como dictaminador. También permite su actuación como tercero legitimado, pero solo en los casos que por Ley se le cite.

Cuando el Ministerio Público interviene como parte en el proceso civil, puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, realizar en el proceso todos los actos propios de las partes. El Ministerio Público asume la condición de parte, de manera especial, porque su interés no es privado sino que actúa en defensa de la legalidad. La legitimación del Ministerio Público es extraordinaria. Parte de la imposibilidad práctica de la defensa individual del derecho subjetivo, pues, se orienta a la protección de intereses públicos.

Veamos a continuación algunos supuestos donde el Ministerio Público actúa como parte: la nulidad de matrimonio que regula el artículo 275 del Código Civil; la disolución de la asociación por actos contrarios al orden público o las buenas costumbres que describe el artículo 96 del Código Civil.

2. Especial comentario merece los casos de divorcio por causal o por separación convencional. Los artículos 481 y 574 señalan que el Ministerio Público es parte en los procesos y como tal no emite dictamen; sin embargo, debemos apreciar que en el divorcio por causal, la parte resistente u opositora a la pretensión planteada es precisamente, el cónyuge agresor, a diferencia de la separación convencional, donde la parte opositora a la pretensión de disolver el vínculo lo asume el Ministerio Público. El rol del Ministerio Público, no es el mismo en divorcio por causal y en la separación convencional. En el primer caso, la parte demandada está

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

definida por el cónyuge agresor emplazado y en el segundo caso, no hay cónyuges enfrentados; todo lo contrario, ambos se juntan, en una sola parte actora, bajo un único interés. Aquí se emplaza al Ministerio Público como parte.

Por otro lado, el Ministerio Público puede intervenir como tercero con interés, en casos que la ley expresamente lo cite. Concurren diversos supuestos, como el caso de la designación de curador del desaparecido. El artículo 47 del Código Civil considera que puede solicitarse que se designe curador quien invoque legítimo interés en los asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. En el supuesto de las Fundaciones, el artículo 108 del Código Civil permite solicitar la modificación de los fines de la Fundación, con citación del Ministerio Público, cuando haya cesado el interés social.

La intervención del Ministerio Público puede reducirse también, a una labor dictaminadora, de expresión de una opinión jurídica, que suele denominarse dictamen. Cuando es dictaminador, su intervención es apreciada -por algunos sectores de la doctrina- como asesoría al órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del derecho objetivo. Opera una situación intermedia, el interés público no llega al extremo de legitimar al Ministerio pero la existencia de aquél hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión del Ministerio Público en el extremo concreto.

En las pretensiones sobre prescripción adquisitiva de predios rústicos, el artículo 507 del Código Procesal considera que cuando el emplazado se haya declarado rebelde, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. En el supuesto de la responsabilidad civil de los jueces, el artículo 512 del Código señala que antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta. En conclusión, bajo la premisa, descrita líneas arriba, consideramos que no es parte el Ministerio Público en el divorcio por causal. Este interviene como tercero legitimado, por el interés social de preservar el vínculo del matrimonio.

## VARIACIÓN DE LA PRETENSIÓN

### ARTÍCULO 482

*En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.C. art.

---

### Comentario

---

1. El vehículo a través del cual, las partes plantean sus pretensiones, se califica como demanda. Ella es importante porque limita los poderes del juez, materializando así el principio de congruencia que debe existir entre lo que se solicita y lo que se declara, caso contrario, nos ubicaríamos ante sentencias ultra, extra o citrá petita. La demanda no es cualquier acto procesal, es el primer acto en el proceso, que no solo materializa el derecho de acción sino que busca se resuelvan las pretensiones que se plantean. Uno de los efectos que provoca la demanda es fijar el objeto del proceso, el mismo que no puede ser alterado luego del emplazamiento, conforme lo refiere el artículo 428 CPC.

2. Bajo el contexto descrito, la norma en comentario permite que en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia, se modifique la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos; esto implica que la preclusión que aborda el artículo 428 CPC para la modificación de la demanda, es superada por el artículo 482 CPC en comentario, al permitir que la originaria pretensión de divorcio, sobre la que recaído toda la actividad probatoria, pueda ser modificada por una diversa a la planteada con la demanda o en la reconvención. Como se aprecia de la norma, esa variación solo puede obrar de una pretensión de divorcio hacia una de separación de cuerpos, mas no a la inversa; regulación que también aparece recogida en similar sentido en el artículo 357 CC que dice: “el demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación”. Como se podrá apreciar, el Código Civil tiene una regulación subjetiva limitada, pues, solo hace referencia a la posibilidad de la variación al demandante, a diferencia, de la acertada redacción del artículo en comentario, pues, permite que esa liberalidad pueda también ser ejercida por el demandado, a través de su reconvención.

Por otro lado, la oportunidad para la variación, no puede ser irrestricta. Bajo la redacción del artículo 357 CC, la variación puede operar “en cualquier estado de

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la causa” situación que no es aceptable invocar luego de emitida la sentencia; de ahí que la redacción del artículo 482 CPC resulte acertada, al limitar la oportunidad de esta modificación. Hay que recordar que luego de ella, la posible reconciliación de los cónyuges permite concluir el proceso, tal como prevé el artículo 346 CC.

3. Otro supuesto diverso al que regula el artículo en comentario, opera cuando los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal, a una de separación convencional. En este supuesto, en la audiencia de conciliación deben proceder a acordar los otros puntos de la propuesta de convenio, como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales. Apreciase en el caso propuesto que no se trata de la variación del divorcio por causal a la separación de cuerpos por causal, sino, a la separación convencional.

4. Por último, esta modificación del objeto del proceso puede operar de oficio, al momento de sentenciar. Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez solo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien. En ese sentido léase el artículo 358 CC y la Casación N° 85-96/19 noviembre del 96 que dice: “El juzgador tiene la facultad de declarar la simple separación de cuerpos aunque la demanda o reconvencción tengan por objeto el divorcio vincular; para que el juez varíe y resuelva cosa distinta de lo solicitado por las partes, deben mediar circunstancias que por mandato de la Ley le permitan hacer tal variación”. Situación diversa es cuando el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio por causal. Aquí, al no haberse probado la pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime si dicha pretensión no fue demandada (Casación N° 454-95 del 26/08/96).



## JURISPRUDENCIA

---

*Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien, ello en virtud de la unidad familiar; pero lo que no se puede es declarar dicha separación sin que las causales invocadas sea acreditadas pues esto sería admitir el divorcio sin causal (Exp. N° 638-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 193-195)*

*No es procedente la revocación del consentimiento en la separación convencional, fuera del plazo de los treinta días naturales posteriores a la mencionada fecha, por haber producido efecto la situación procesal a la que se ha renunciado (Exp. N° 3524-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 371)*

*Si los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal a una de separación convencional, en la audiencia de conciliación deben acordar los otros puntos de la*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*propuesta de convenio como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales (Exp. N° 2577-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 112)*

*El allanamiento no significa acuerdo de ambas partes como para que se convierta en separación convencional, menos que el juzgador varíe la demanda. Mas bien prevalece una sola pretensión cual es la disolución del matrimonio por la causal propuesta (Exp. N° 2265-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 47-51)*

## ACUMULACIÓN ORIGINARIA DE PRETENSIONES

### ARTÍCULO 483

*Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.*

*No es de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1 y 3 del artículo 85.*

*Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia al proceso acumulativo originario de pretensiones objetivas. La razón que justifica esta acumulación es la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo, darían lugar a diferentes procesos. La necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios, a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también justifica esta acumulación. Como lo refiere la propia norma, asume el supuesto de la acumulación originaria, dejando la sucesiva o sobrevenida al artículo 484 CPC.

En este tipo de acumulación de pretensiones, tiene como elemento fundamental, la dualidad de sujetos, a diferencia de la llamada acumulación subjetiva donde concurre una pluralidad de sujetos, esto es, “varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados” (artículo 86 CPC).

Tratándose de la concurrencia de varias pretensiones, estas deben ser acumuladas de manera subordinada, alternativa o accesorias. El artículo 87 CPC hace referencia a cada una de ellas, señalando que la pretensión es accesorias cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. La redacción del artículo 483 CPC en comentario

acoge precisamente las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, como accesorias o derivadas del divorcio por causal.

Como expresamente lo refiere el artículo 483 CPC, esta acumulación procede cuando no hubiere sentencia firme, caso contrario, no resulta procedente buscar nuevos pronunciamientos sobre lo ya declarado; sin embargo, señala literalmente la norma “si las pretensiones accesorias tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.” Frente a esta redacción adviértase que la procedencia de la acumulación de pretensiones accesorias a la principal esta dado por la existencia de la “decisión judicial firme”, lo que no implica la concurrencia de la cosa juzgada, pues, lo que se busca es que se haya logrado una decisión en el que se hubiere agotado el impugnatorio, mas no, que hubiere generado cosa juzgada material pues tratándose de temas de familia, como los alimentos o la tenencia, por citar, no recae sobre lo decidido la inmutabilidad de la cosa juzgada; sin embargo, es de advertir que cuando la norma en comentario permite la posibilidad de la acumulación de pretensiones accesorias ya definidas, para buscar la variación de estas, la condiciona a que la decisión judicial hubiere quedado consentida. Una interpretación literal al respecto, nos podría llevar a sostener que solo cabría la acumulación de pretensiones ya decididas, siempre y cuando estas no hubieren sido impugnadas sino consentidas, situación que no resulta coherente con lo enunciado por la propia norma, cuando excluye de la acumulación pretensiones las que tuvieran decisión judicial firme, lo que no implica necesariamente decisión consentida. Solo cuando las pretensiones accesorias estuvieren pendientes de sentencia, procede la acumulación objetiva sucesiva de pretensiones, tal como refiere el artículo 484 CPC.

Uno de los requisitos que exige el artículo 85 CPC para la procedencia de esta acumulación es que sean de competencia del mismo Juez. Sobre el particular debemos tener en cuenta que uno de los requisitos a tener en cuenta para la acumulación, es la coincidencia transversal en todas las modalidades del reparto. Si partimos que la competencia puede ser distribuida en atención a la materia, al grado, la cuantía y el territorio, es necesario que todas las pretensiones que se pretendan acumular coincidan en el mismo juez competente, sin embargo, esta no es una regla absoluta, porque el Código permite expresamente, en ciertos casos, alterar este requisito para que prospere la acumulación de pretensiones. Véase el caso de la competencia funcional que se altera para acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

(ver artículo 483 CPC). Así pues, el juez competente para conocer la pretensión principal de divorcio es el de primera instancia y para los alimentos el juez de paz letrado, sin embargo, en atención a la licencia que permite el citado artículo 483 CPC se permite la acumulación.

Por último, la norma exige que las distintas pretensiones se sustancien bajo “una misma vía procedimental”. No cabría, acumular una pretensión ejecutiva a una pretensión de conocimiento, ni esta a ninguna pretensión que se encuentre sometida a un procedimiento especial. Véase el caso de la acumulación de las siguientes pretensiones: filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos; si bien el juez de paz letrado es competente por razón de grado para conocer ambas pretensiones, las vías procedimentales a la que se recurre son distintas, pues, en el caso de la filiación se trata de un procedimiento especial regulado por la Ley Nº 28457 a diferencia del procedimiento sumarísimo que regula la pretensión de alimentos o el procedimiento único del Código de los Niños y Adolescentes. Como se puede advertir en dichos modelos, por técnica legislativa, la lógica de la contradicción es diferente en cada caso, pues, mientras en la filiación “si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad” en los alimentos, tanto los que se tramitan bajo el procedimiento único y el sumarísimo, responden al traslado de la demanda y a la condena posterior de la sentencia, si la prueba así lo justificaré. Nótese que en la filiación se parte de la presunción de la paternidad, dejando al contradictorio del emplazado destruir esa presunción condicionado a la práctica de la pericia biológica del ADN, situación diversa al procedimiento en los alimentos, donde también existe contradictorio, dejando la condena para el momento de la sentencia. Por otro lado, la facultad probatoria se encuentra reducida –en el caso de la filiación– a la pericia del ADN a diferencia del procedimiento de alimentos que no tiene limitación probatoria.

Esta regla no es absoluta, pues, conforme señala la última parte del artículo en comentario, hay situaciones de excepciones que la propia Ley procesal lo dispensa para que prospere la acumulación, como es, en el caso del divorcio por causal. Así pues, léase el artículo 488 CPC que permite acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

2. Como se aprecia de la redacción del artículo, se permite a la acción de divorcio vincular la de separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectados como consecuencia de la pretensión principal.

La sociedad de gananciales es una expresión del patrimonio colectivo, que se configura como una masa de bienes separada y autónoma respecto del patrimonio general de la persona cuya titularidad esta atribuida unitariamente a una pluralidad de sujetos que no constituyen una persona jurídica. Para Lledó y Zorrilla<sup>(1)</sup>, “el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales se caracteriza por la creación de un patrimonio separado colectivo, que sin constituir un ente dotado de personalidad jurídica, está integrado por los bienes que se comunican constante el régimen y están atribuidos conjuntamente a ambos cónyuges en cuanto miembros del consorcio conyugal, aun en aquellos supuestos en los que aparezcan externamente atribuidos a uno de ellos. Ni al marido ni a la mujer debe considerarse titular de un derecho actual a una cuota sobre cada concreto bien ganancial que pueda ser objeto de enajenación da lugar a una acción de división. En definitiva, no es posible determinar la participación concreta de cada cónyuge sin proceder a su previa liquidación”.

Al declararse fundada la demanda de separación de bienes, el juez no puede proceder de plano a la distribución de estos, de acuerdo con su criterio, sino que debe seguir las reglas que para su liquidación establece el CC; sin embargo debe tenerse en cuenta que la sociedad de gananciales no responde por las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, si es que ellas no reporta algún beneficio para la sociedad. En ese sentido aparecen diversos pronunciamientos de la Sala Suprema, como el que recoge la Casación Nº 2421-2002-La Libertad, publicada en El Peruano el 30 de setiembre de 2004 que dice: *“en caso de que un cónyuge contraiga una obligación patrimonial, sin el conocimiento y consentimiento del otro cónyuge, dicha obligación no le será exigible a la sociedad de gananciales si es que no le hubiera representado algún beneficio”*. Señala la Sala Suprema que es adecuado el criterio de responsabilidad por las obligaciones previsto en el artículo 315 del Código Civil, que dispone que la sociedad de gananciales solo responderá por las obligaciones asumidas por esta y no por obligaciones asumidas personalmente por uno de los cónyuges, salvo que el objeto de estas hubiese tenido como beneficiario a la sociedad en conjunto.

La separación de cuerpos va tener efectos sobre los hijos y sobre los cónyuges. En el primer caso, la sentencia debe regular el ejercicio de la patria potestad y la prestación de alimentos. Conforme refiere el artículo 340 CC, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación, pero faculta al juez para que, si lo exige el bienestar de dichos hijos encargue de algunos y aún de todos ellos al otro cónyuge o, si hay motivo grave, a una tercera persona. En este último extremo, prefiere la ley (ver artículo 341 CC) que el tercero sea uno de los abuelos, hermanos o tíos; pero si no los hubiera idóneos, se puede confiar la guarda a otro pariente y

---

(1) Lledó Yague Francisco y Manuel Zorrilla Ruiz, Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho, Dykinson, Madrid, 1998, p. 380.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

hasta un extraño, configurándose así una tutela legítima distinta de la que establece el artículo 506 CC. En cambio, si ambos cónyuges son culpables de la separación, la ley prefiere que los hijos varones mayores de siete años queden a cargo del padre y todos los demás al cuidado de la madre, pero deja, al criterio del juez establecer otra solución, teniendo en cuenta el bienestar de los hijos, más que los deseos de los padres.

Esta situación difiere cuando se trata de la disolución del vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional. Aquí, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta de los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista en el artículo 340 CC, concordante con el artículo 420 CC, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o a ambos padres y se confía la misma al que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio del juez, atendiendo siempre al bienestar de los hijos

En el caso de los cónyuges, se suspende los deberes de lecho y habitación (ver artículo 322 CC), por tanto, cada uno de ellos fijará su propio domicilio, pero no autoriza a los cónyuges para iniciar o mantener trato sexual con distinta persona. Además, origina el fenecimiento de la sociedad de gananciales y la sustitución ipso jure por la de separación de patrimonios. Dicha sociedad es liquidada, consentida o ejecutoriada la sentencia, de acuerdo al contenido de los artículos 320 al 324 CC, en forma análoga a la que se observaría si el vínculo hubiera quedado invalidado o disuelto.

Por otro lado, la recíproca obligación alimentaria entre los cónyuges también se altera con la separación de cuerpos. Conforme señala el artículo 342 CC el juez debe fijar la pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba pasar al otro. Esta regla también es extensiva al divorcio por causal; en ese sentido resulta interesante apreciar la Casación N° 1673-96, del 30 de abril de 98 que señala: “uno de los efectos del divorcio radica en la incidencia que tiene en la relación alimentaria que el matrimonio hizo surgir entre los cónyuges, en tal sentido el Código Civil, en el artículo 350 establece como regla general explícita que el divorcio pone fin a la relación alimentaria, sin embargo, dicha regla contiene excepciones en las cuales la relación alimentaria puede subsistir y precisamente el segundo párrafo del mencionado artículo constituye una excepción, pues preceptúa que si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado para trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, se le asignará una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta del obligado. Otra excepción está regulada en el cuarto párrafo del mencionado artículo, en el cual se preceptúa que el indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio” En igual sentido, léase la Casación N° 1673-96, del 30 de abril de 98.

También con la separación de cuerpos se altera los derechos hereditarios. Refiere el artículo 343 CC que el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden, sin embargo Cornejo Chávez<sup>(2)</sup> advierte la implicancia de esta norma con lo regulado en el artículo 746 CC sobre la desheredación entre los cónyuges. Sostiene que “la pérdida de los derechos hereditarios por el cónyuge culpable constituye un efecto insoslayable mandado por Ley, según el artículo 343 CC; mientras que sería facultativa del cónyuge inocente, según el artículo 746 CC (...) No existe contradicción alguna, sino que se trata de dos situaciones diferentes: si producida la causal, el cónyuge inocente plantea y gana la acción de separación, rige de pleno derecho el artículo 343 CC, y el culpable pierde sus derechos hereditarios; si, producida la causal, el cónyuge inocente no plantea demanda de separación, acaso por no herir a los hijos o por otro motivo, rige el artículo 746 CC: el cónyuge ofendido puede desheredar al culpable”.

3. El estado de separación de cuerpos, legalmente establecido por la sentencia respectiva, puede terminar de dos modos: por el regreso a la vida conyugal, o por la completa ruptura del vínculo, ingresando en este caso al llamado divorcio. En este último caso, en el supuesto que se ampare la demanda de divorcio por causal, fenece la sociedad de gananciales, por lo que en vía de ejecución debe procederse al inventario de bienes y después al pago que señala el artículo 322 CC, si lo hubiere. El remanente se dividirá entre los que conformaron la sociedad, determinándose su porcentaje o la división del bien. No corresponde hacerlo a través del nombramiento de administración judicial.

Además, son distintos los supuestos de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho y del divorcio. En el primer caso, producida la separación, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. En el segundo caso, regulado en el artículo 352 CC, el cónyuge divorciado por su culpa pierde las gananciales que procedan de los bienes propios del otro cónyuge (Véase al respecto la Casación N° 1301-96 del 22 diciembre del 97). En ese sentido, señala la Casación N° 1150-95, del 11 de noviembre del 96, que “el cónyuge culpable del divorcio perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro cónyuge que ingresaron al caudal de la sociedad de gananciales, como son los frutos y productos de dichos bienes, sin que ello implique que pierda el derecho de los bienes gananciales obtenidos durante la vigencia de la sociedad conyugal provenientes de los otros bienes”.

Por otro lado, véase que al cónyuge inocente se confía la patria potestad, suspendiéndose al otro en su ejercicio, salvo que el juez determine otra cosa. En cuanto al régimen de visitas diremos que también es una pretensión acumulativa

---

(2) Cornejo Chavez Hector, Derecho Familiar Peruano, 10 ed, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 318.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

accesoria, derivada del divorcio y condicionada a la tenencia de los hijos, por tanto, solo si la acción principal de divorcio se declara fundada, serán amparadas también las demás.

4. En estos últimos tiempos, viene generando efectos la Ley N° 27495 referida a la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio. De su redacción se aprecia la concurrencia de varias pretensiones ante el pedido de separación de hecho, las que conforman una acumulación objetiva originaria. Señala el artículo 345-A que para invocar esta causal, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Además dice que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Dicha indemnización no es apreciada de manera uniforme en los pronunciamientos en Casación, como los que a continuación se exponen: “para configurar entonces el daño moral o personal, debe probarse el desmedro que ha sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede llegar a ser cuantificable económicamente o patrimonialmente, por el juez; que el artículo 345-A no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación del cónyuge perjudicado, y en segundo lugar, a la determinación de la inestabilidad económica de este, en el caso que se declare fundada la demanda” (Casación N° 2548-2003-Lima, publicada el 30 noviembre del 2004, p. 13121).

En sentido contrario al criterio expuesto, aparece la Casación N° 606-2003-Sullana, del 17 julio 2003, reproducida también en la Casación N° 620-2006-Lima, publicada el 1 de febrero de 2007, que dice: “todo decaimiento matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, de modo tal que, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte mas perjudicado, de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijaran una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estimen puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio”.

El Pleno Jurisdiccional Superior Regional de Familia , por mayoría se acordó lo siguiente: a) que la indemnización regulada por el artículo 351 CC e excluyente a la establecida por el artículo 345-A CC al encontrarse inscritas en dos sistemas de divorcio diferentes como son el divorcio sanción en el primer caso y divorcio remedio en el segundo, reconociendo que se trata de una postura híbrida de la Ley 27495; b) la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada solo a

petición de parte, esto es, si es que se postula en la demanda, en la contestación o en la reconvencción, siempre y cuando esté acreditado el daño; c) que el art. 345-A CC al consignar en términos generales la indemnización por daños incorpora tanto el daño a la persona en sus diversas modalidades, tales como el daño moral, daño al proyecto de vida, daño psicológico y daño a la integridad física, así como también los daños de carácter patrimonial.



## JURISPRUDENCIA

---

*El padre tiene derecho a visitar a su hijo. Es natural en la relación paterno-filial, que padre e hijo estén vinculados de modo directo, personal y libre para que desarrollen sus afectos, potencialidades y responsabilidades.*

*Para que la relación paterno-filial con el hijo sea positiva, deben darse las condiciones necesarias, como un ambiente adecuado donde exista la suficiente libertad para que surjan conductas espontáneas de parte de ambos (Exp. Nº 1373-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 33)*

*Siendo norma que la patria potestad se suspende en los casos de separación o divorcio de los padres, aún cuando la conciliación extrajudicial practicada por las partes ha sido presentada al proceso e incluso ratificada por las partes en 1ª audiencia respectiva, ello no enerva el significado imperativo de dicha norma (Cas. Nº 719-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2205)*

*Cuando las partes han conciliado judicialmente, ante el Juzgado de Paz Letrado, la pensión alimenticia a favor del menor, la sentencia de divorcio debe sujetarse a dicho acuerdo, pues, ha generado cosa juzgada.*

*Si al establecerse que la tenencia del menor sea ejercida por la madre, y se ha omitido señalar un régimen de visitas para el padre, dicha omisión debe señalarse, en vía de integración a efecto de mantener la relación paterno filial (Exp. Nº 868-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 118-121)*

*Con el divorcio fenece la sociedad de gananciales, por lo que en vía de ejecución debe Procederse al inventario de bienes y después al pago que señala el artículo 322 del Código Civil, si lo hubiere. El remanente se dividirá entre los que conformaron la sociedad, determinándose su porcentaje o la división del bien. No corresponde hacerlo a través del nombramiento de administración judicial (Exp. Nº 21439-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 109-110)*

*El juez puede conceder una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral, cuando los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente.*

*La suma debe establecerse de acuerdo a las circunstancias personales del cónyuge obligado al resarcimiento, como es el no contar con trabajo fijo (Exp. Nº 490-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 205)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El artículo 340 del C.C. faculta al Juez a que confíe a los hijos menores de edad al cónyuge que obtuvo la separación o en su caso, el divorcio, por causa específica, a no ser que éste adopte por el interés supremo de aquéllos, otra disposición.*

*Si bien la causal de adulterio es imputable a la cónyuge, debe considerarse la permanencia que viene manteniendo la niña con su madre, con la cual desarrolla su vida personal, familiar y académica en términos normales para asignar la tenencia de la menor a la madre y la patria potestad a ambos padres (Exp. Nº 2992-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 135-136)*

*Por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en la que pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes. Ninguno de los cónyuges puede renunciar a ellos.*

*Declarado judicialmente disuelto el matrimonio, debe procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales con arreglo al artículo 320 y siguientes del Código Civil, oportunidad en la que se forma el cuaderno de inventarios, se pagan las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad en el orden que establece la ley (Exp. Nº 371-94-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 168-170)*

*Todos los bienes adquiridos dentro del matrimonio se presumen sociales, salvo prueba en contrario (Exp. Nº 383-93-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 172)*

*Si se ha hecho la disolución del vínculo matrimonial, la liquidación de la sociedad de gananciales requiere de una solución definitiva que establezca los derechos que les asiste a las partes, ya que nada justifica que se prolongue por más tiempo la incertidumbre jurídica que pesa sobre las mismas (Exp. Nº 16-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 179-180)*

*El régimen de visitas es una acción acumulativa accesoria, derivada de la acción de divorcio, por tanto solo si la acción principal de divorcio, se declara fundada, serán amparadas también las demás (Exp. Nº 830-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 84)*

*La patria potestad es una institución jurídica que contempla el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En el divorcio la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio.*

*Entre los atributos de la patria potestad, se encuentra la tenencia. El régimen de tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos, en cuyo caso el juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor (Exp. Nº 787-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 126-127)*

*Si se demuestra que el patrimonio que ha sido objeto del juicio de separación de bienes ha sido adquirido durante la época de la unión de hecho con la actora, sin que la cónyuge del codemandado, hubiere hecho contribución alguna, por el hecho de estar subsistente el vínculo matrimonial entre los codemandados le corresponde legalmente a la cónyuge demandada el cincuenta por ciento de todos los bienes no obstante que la actora fue quien contribuyó en su adquisición.*

*Habiendo los cónyuges demandados obtenido una ventaja patrimonial en detrimento de la demandante, debe ampararse la demanda de enriquecimiento indebido (Exp. Nº 85-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 172-174)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Es nula la sentencia que se ha expedido con pruebas diminutas y si no se han tenido en cuenta las reglas relativas a la liquidación de gananciales. Si en la liquidación de gananciales se argumenta haber construido una casa y adquirido un camión, para dilucidar la controversia el juez debe solicitar la declaratoria de fábrica de la construcción y los documentos comprobatorios del pago del camión por el demandante (Exp. N° 40-96-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 181-184)*

*Son bienes sociales las acciones adquiridas en la vigencia del matrimonio, las que deberán ser comprendidas en la liquidación de gananciales. Si bien existen vehículos registrados a nombre del emplazado, es necesario que se acredite que éstos han sido adquiridos en la vigencia del matrimonio (Exp. N° 1963-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 116-117)*

*La venta hecha por el cónyuge de un bien de propiedad de la sociedad conyugal, no está afectado de nulidad.*

*El jurídico traslativo estaría limitado a la cuota o parte que le correspondería cuando se liquide el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por lo que la venta estaría sujeta a un plazo indeterminado (Exp. N° 1838-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 38-40)*

*La sociedad de gananciales fenece por divorcio, procediéndose inmediatamente a la formación del inventario judicial. El cónyuge divorciado por culpa suya perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (Exp. N° 362-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 34-35)*

*Si el padre presenta una personalidad con rasgos pasivo-agresivos, debe otorgarse la tenencia del menor a la madre porque es inconveniente que al niño se le presenten cuadros que puedan influir en sus sentimientos. Ello impide la natural formación y desarrollo del niño, que debe hallar valores en sus progenitores (Exp. N° 577-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 159-160)*

*El cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge.*

*Al cónyuge inocente se confía la patria potestad, suspendiéndosele al otro en su ejercicio, salvo que el juez determine otra cosa. No puede confundirse la privación de la patria potestad con la suspensión de ésta (Exp. N° 442-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 121)*

*La patria potestad es una institución reguladora de la relación paterno-filial, no pudiendo ser objeto de convenio o renuncia por los padres. Se admite la suspensión o privación de la misma, solo por mandato legal y con carácter de sanción. No debe confundirse con la tenencia ni con la representación legal del hijo.*

*Corresponde al juez fijar, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y acoger en la sentencia la propuesta del convenio, siempre que asegure adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad (Exp. N° 1547-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 130-131)*

*No debe confundirse patria potestad con tenencia, pues esta última es atributo de la patria potestad, la cual si bien puede ser materia de convenio, dicho acuerdo no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo más conveniente al menor o*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*al adolescente (Exp. N° 1844-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 134)*

*En caso de separación convencional, el juez fija el régimen de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.*

*El juzgador debe fijar el régimen alimenticio en forma precisa, toda vez, que el convenir en forma genérica e imprecisa los gastos de alimentación constituye un ofrecimiento incierto que no permite distinguir el monto de la pensión ni la forma de acudir, haciendo ilusorio el derecho de los alimentistas (Exp. N° 2540-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 42-44)*

*El juez civil que conoce del divorcio solo puede pronunciarse sobre el régimen de tenencia y patria potestad de los menores, en los casos que declare fundada la demanda de divorcio, pero no en aquellos en que se pronuncia declarado infundada dicha demanda, puesto que al subsistir el vínculo matrimonial, quien debe pronunciarse sobre ese extremo es el Juzgado de Menores, cuya competencia es esa materia se basa en su carácter social y especializado (Exp. N° 2510-91-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 191-193)*

## ACUMULACIÓN SUCESIVA

### ARTÍCULO 484

*Los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias citadas en el artículo 483° se acumulan al proceso principal a pedido de parte.*

*La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente, debiendo el juez ordenar se remita éste dentro de tercer día, bajo responsabilidad. El juez resolverá su procedencia en decisión inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Si las pretensiones se proponen conjuntamente desde el comienzo del proceso con la demanda son originarias, pero si durante el transcurso del proceso, a la pretensión originaria se agregan o incorporan otra u otras, estaremos ante pretensiones sucesivas o sobrevenidas.

Hay otros criterios rectores para definir la oportunidad de la acumulación, como la del emplazamiento, sin embargo, nuestro Código no asume dicha posición, pues, si leemos el inciso 1º del artículo 88 CPC dice “la acumulación objetiva sucesiva se presenta cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones”, esto significa, que a pesar que no hubiere ocurrido emplazamiento, si el actor incorpora una nueva pretensión ampliando su demanda (ver artículo 428 CPC) esa acumulación es catalogada como sobrevenida o sucesiva, por realizarse luego de la interposición con la demanda.

En el caso de las pretensiones sucesivas o sobrevenidas, se distinguen la acumulación por inserción de la acumulación por reunión. La primera opera cuando una nueva pretensión se incorpora, dentro de un proceso ya pendiente para la satisfacción de otra, ver el caso de la intervención del tercero excluyente principal (artículo 99 CPC). La segunda tiene lugar cuando, existiendo diversas pretensiones que se han hecho valer en otros tantos procesos, estos se funden en uno solo, a través de la reunión de procesos (ver inciso 3 artículo 88 e inciso 2 artículo 89 CPC). La norma en comentario regula precisamente este último supuesto.

2. La norma hace referencia a la acumulación objetiva de pretensiones, pues, condiciona esta acumulación a la existencia de pretensiones accesorias, citadas

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

en el artículo 483 CPC, pendientes de sentencia. Como señala el artículo 87 CPC, hay pretensión accesoria, cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. Apreciéese que la norma no hace referencia a la acumulación subjetiva sucesiva, pues, no se trata de una pluralidad de sujetos con pluralidad de pretensiones, sino de una dualidad de sujetos con una pluralidad de pretensiones, ordenadas como accesorias de una principal: la disolución del vínculo conyugal por causal.

Por otro lado, adviértase que esta acumulación objetiva opera a pedido de parte, por tanto, no resulta aplicable lo normado en la última parte del artículo 90 CPC, a pesar que los procesos que contengan las pretensiones accesorias estén ante un mismo juzgado.

3. Como ya se ha referido, esta acumulación opera en atención al momento procesal en que se proponen. Si estas se plantean, luego de la demanda, estamos ante las pretensiones sucesivas o sobrevenidas. A pesar que la norma no precisa hasta que momento se puede proponer esta acumulación, consideramos en aplicación extensiva del artículo 90 CPC, que ella debe pedirse antes que la pretensión principal sea sentenciada, pero bajo el supuesto que el proceso que contiene la pretensión accesoria se encuentre también pendiente de sentencia. Mas aún, no es necesario que el proceso a acumular se encuentre con el llamado para sentencia, pues, resulta procedente la acumulación, aún, si este se encuentre recién en la etapa postulatoria.

Para proponer la acumulación se debe acreditar la pre-existencia del expediente y hacer referencia al estado procesal de este. En esas circunstancias, el Juez solicitará le envíen el proceso materia de la acumulación, para decidir sobre la procedencia de la propuesta, decisión que es inimpugnable, tal como refiere el artículo en comentario.

## MEDIDAS CAUTELARES

### ARTÍCULO 485

*Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Cuando un conflicto es sometido a la jurisdicción no solo busca un pronunciamiento dirimente sino generar situaciones previsoras para que cuando se concrete y culmine la función dirimente tenga la jurisdicción una real efectividad; pero la tutela cautelar no solo tiene como finalidad asegurar el resultado del juicio, sino como señala Reimundin<sup>(1)</sup> tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional. Hay una razón de eficacia que justifica la existencia de la medida cautelar, pues, si bien el proceso es un instrumento al servicio del derecho, la medida cautelar asume el rol de ser una herramienta del proceso, orientada a garantizar la realización de la solución que pone fin a este.

2. La norma hace referencia a las medidas que anticipan el pronunciamiento final en el proceso principal. No importa una medida cautelar porque afecta o altera la relación sustancial al buscar satisfacer de manera anticipada la pretensión principal, pero siempre a las resultas de la sentencia definitiva. Tanto la medida cautelar como la medida anticipada pertenecen a la jurisdicción asegurativa; sea a través de las cautelares o sea por medio de satisfacción de la pretensión, van a buscar garantizar de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia. La medida anticipada o llamada por nuestro código temporal sobre el fondo, requiere de los siguientes elementos para su procedencia. De una casi certeza del derecho que se reclama, no es suficiente la simple apariencia, la verosimilitud,

---

(1) Reimundin Ricardo. Derecho Procesal Civil, Viracocha editorial, Buenos Aires, 1956, p. 362

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

sino la casi certeza. Por otro lado es urgente brindar dicha tutela por una necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama, ello hace que sea innecesaria su privación.

3. En materia de conflictos familiares se distinguen dos grandes grupos de medidas anticipadas a dictar: las relacionadas con los procesos matrimoniales y con los hijos menores. El artículo 680 CPC regula este primer supuesto y el artículo 677 CPC hace referencia al segundo.

En los procesos de separación y divorcio no se ventila solo lo relativo a la disolución o separación conyugal misma sino que hay cuestiones personales y patrimoniales que necesitan una regulación inmediata, en atención a que se puede acumular a la pretensión principal de separación o de divorcio, pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal. (Véase artículo 483 y 575 CPC).

A solicitud de cualquiera de los cónyuges, luego de iniciado el proceso, el juez puede autorizar a que estos vivan separados así como que cada uno administre los bienes de la sociedad, medidas sobre las que el juez se pronunciará al momento de la disolución del vínculo.

La separación provisional de los cónyuges es la única medida cautelar verdadera, no solo por su provisionalidad e instrumentación en función de un proceso principal, sino porque “anticipa” en alguna medida la ejecución de la sentencia que ha de recaer en el proceso de separación y divorcio.

Evidentemente que los supuestos para estas medidas son la casi certeza del derecho invocado, esto es, la firmeza del fundamento de su demanda y prueba anexa así como la necesidad impostergable de optar por dicha medida anticipada. Véase que los supuestos con que opera este tipo de tutela son de mayor exigencia. No se trata de una simple verosimilitud del derecho invocado ni el peligro en la demora porque no se trata de una cautela ordinaria que busca asegurar la eficacia de una decisión final, sino que este tipo de medidas busca anticipar la situación jurídica bajo la justificación de una necesidad impostergable de brindar urgentemente este tipo de tutela, para lo cual, se requiere de mayores exigencias para su emisión por la trascendencia de su cobertura que estos mandatos tutelan.

Mediante la separación de los cónyuges, se autoriza a que estos vivan en domicilios separados. Allí cesa la presunción de convivencia conyugal. Nótese que aunque la norma no lo precise, el juez determinará la separación teniendo en cuenta, cual de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos que se ha de llevar el otro cónyuge.

Por otro lado, el juez puede autorizar la directa administración por cada uno de ellos, de los bienes que conforman la sociedad conyugal. Dichos bienes, previo inventario, se entregan a uno u otro cónyuge así como las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.



## JURISPRUDENCIA

---

*De conformidad con el artículo 11 de la Ley de violencia familiar, puede solicitarse a los juzgados de familia, medidas cautelares que se tramitarán como medidas anticipadas fuera de proceso cuando la seguridad de la víctima o su familia requiera de una decisión jurisdiccional. Procede una medida anticipada de alimentos (Exp. Nº 98-48, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 515)*

*El régimen de visitas, más que un derecho de los padres resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral. Está sujeto a variación, según las necesidades de los hijos. La patria potestad es una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres, con el nacimiento de los hijos matrimoniales, y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los cuales se ejercen, en tanto que ésta no haya sido objeto de suspensión o pérdida (Exp. Nº 1015-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 85)*

*Los padres no obstante estar separados de hecho, conservan la patria potestad respecto de sus menores hijos. No existe suspensión de la patria potestad. Todo progenitor tiene obligación, y a la vez, facultad de visitar a sus hijos en forma irrestricta con la salvedad de los horarios a respetar por razones de estudio y de descanso (Exp. Nº 1187-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 128-129)*

*El padre que no ejerce la patria potestad tiene derecho a mantener relaciones personales con el menor.*

*Resulta conveniente para el menor mantener un régimen de visitas, que permita fortalecer la relación con el padre, si existe entre el actor y su hijo una buena relación afectiva y la figura paterna se encuentra en un nivel de madurez y responsabilidad (Exp. Nº 5114-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 66-68)*

## TÍTULO II

### PROCESO ABREVIADO

#### Capítulo I

### DISPOSICIONES GENERALES

#### PROCEDENCIA

##### ARTÍCULO 486

*Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:*

- 1. Retracto;*
- 2. Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos;*
- 3. Responsabilidad civil de los Jueces;*
- 4. Expropiación;*
- 5. Tercería;*
- 6. Impugnación de acto o resolución administrativa;*
- 7. La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de veinte y hasta trescientas Unidades de Referencia Procesal;*
- 8. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y,*
- 9. Los que la ley señale.*

---

##### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts.*

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Colombia art. 408*

---

## *Comentario*

---

1. Para asumir al procedimiento abreviado, como el mecanismo a través del cual se debatirá las pretensiones contenciosas, se debe tener en cuenta referentes como la cuantía y materia de la pretensión; sin embargo, hay casos en que al margen de los parámetros de la competencia objetiva, esta vía procedimental se encuentra establecida por Ley o porque el juez la fija, en atención a la naturaleza de la pretensión en debate.

Tanto el inciso 1 al 6 hacen referencia a la naturaleza de la pretensión, como condicionante para asumir el procedimiento abreviado. Otro referente es la cuantía de la pretensión, tal como se advierte de lo regulado en el inciso 7; sin embargo, hay supuestos que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto. En esos casos, también es permisible acoger el debate de ellos bajo las reglas del procedimiento abreviado.

Conforme se advierte del artículo en comentario, materias como el retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos; responsabilidad civil de los Jueces; expropiación; y tercería son materias calificadas expresamente para ser debatidas bajo el procedimiento abreviado.

2. Uno de los parámetros que se tiene en cuenta para fijar la competencia de un juez es la cuantía de la pretensión. Este es un criterio que se utiliza para delimitar la competencia objetiva; el otro referente es la materia o naturaleza de la pretensión.

La competencia por razón de la cuantía aparece fijado en el inciso 7. Es importante señalar que la cuantía se fija en atención a dos referentes: valor cuestionado y valor disputado. El monto de lo reclamado en la petición, es el valor cuestionado; en cambio, el valor disputado implica la diferencia entre lo reclamado y lo concedido en la sentencia.

La cuantía, en este caso, se estima en atención a lo expresado en la demanda. Es el reclamo concreto de lo que se aspira a que sea reconocido. Si bien se señala que la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de veinte y hasta trescientas unidades de referencia procesal; este enunciado debe ser complementado con lo recogido en el artículo 488 CPC que fija la competencia por grado, en atención a la cuantía. En efecto, los jueces de Paz Letrado son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas unidades de referencia procesal; coligiéndose que los jueces de primera instancia son competentes a conocer pretensiones que superen las cincuenta unidades y tengan un límite hasta 300 unidades de referencia procesal; superada esta cuantía, la pretensión se tramitará bajo las reglas del procedimiento de conocimiento.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Como se puede advertir de la lectura del artículo, la competencia por cuantía tiene un referente: la unidad de referencia procesal (URP), la misma que esta en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria que varía cada año. Para el cálculo de la cuantía se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 11 CPC; así como tratándose de pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina en base al valor de este, vigente a la fecha de la interposición de la demanda (ver artículo 12 CPC)

3. Entre los casos que no tienen vía procedimental propia, ubicamos a la extinción de hipoteca y del usufructo, a la reivindicación, a la excesiva onerosidad de la prestación. Estas pretensiones podrían tramitarse como procedimiento abreviado o de conocimiento, según la cuantía en discusión. La sustitución del régimen de sociedad de gananciales, partición judicial de bienes heredados, remoción judicial de albacea a pedido de parte, cambio de identidad por modificación de sexo, cambio de nombre, abuso de bien sujeto a prenda, entre otras.

La Ley es también otro referente que establece la vía procedimental aplicable. Véase el caso de la impugnación de un Acuerdo societario que se tramita por el proceso abreviado, como lo dispone el artículo 143 de la Ley General de Sociedades.

El Código Civil fija la vía procedimental abreviada en los siguientes casos: la impugnación judicial de acuerdos de la asociación (artículo 92 CC), disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres (artículo 96 CC), presentación de cuentas y balances de la Fundación, suspensión de los administradores de la Fundación (artículo 106 CC), ampliación y modificación de los objetivos de la Fundación (artículo 108 CC), disolución de la Fundación solicitada por el Consejo de Supervigilancia (artículo 109 CC), disolución del Comité, por atentar contra el orden público (artículo 120 CC), limitación a la representación de la sociedad conyugal (artículo 292 CC), sustitución y abuso del régimen de la sociedad de gananciales (artículos 297 CC y 329 CC), impugnación a la desheredación (artículo 751 CC), tutela preventiva para oponerse a la partición y al pago de los legados (artículo 875 CC), prescripción adquisitiva (artículo 952 CC), expropiación (artículo 968 CC), la partición de un bien en copropiedad (artículo 984 CC), prenda de bien destinado a la explotación (artículo 1078 CC), responsabilidad del depositario (artículo 1079 CC), retracto (artículo 1592 CC).

En el caso de la privación de la patria potestad por negarse a prestar alimentos, la autorización judicial a los hijos para vivir separados de sus padres, la restitución de la patria potestad y la remoción judicial del cargo de albacea, el inciso 1 de la cuarta disposición final del D.Leg. N° 768 refiere que dichas pretensiones se tramitan como proceso abreviado.



## JURISPRUDENCIA

*Para reclamar indemnización por responsabilidad civil de las empresas de aviación, independientemente del monto a reclamarse, corresponde al proceso abreviado.*

*El hecho de que la actora señale el monto a resarcir en moneda extranjera ello no resulta óbice para que al momento de sentenciar el juez de la causa señale la indemnización en moneda nacional (Exp. N° 4585-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 128)*

*Si el Banco ejecutante hace uso de la cláusula resolutoria, ante el incumplimiento de la otra parte, está autorizado a exigir la devolución del bien mutuado, aun cuando no haya vencido el plazo, pues por la resolución contractual las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se produjo la causal que la motivó. Ello implica que el mutuario demandado debe devolver la cantidad de dinero recibido del mutuante, en el monto pendiente de devolución (Exp. N° 43795-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 110)*

*Si no se ejecutó el cheque que carece de la constancia de no pagado por falta de fondos en el proceso ejecutivo, para luego recurrir a la vía abreviada a fin de hacer valer la acción cambiaria; ello no significa, que el título valor no reúna los requisitos para que el tenedor pueda hacer valer su derecho (Exp. N° 502-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 597)*

*Resulta improcedente la ineficacia del título valor si no se alega ni prueba que el título haya sufrido deterioro, extravío, o sustracción (Exp. N° 681-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 296-297)*

INC. 2°:

*No obstante los accionantes haber adquirido el inmueble sub-litis mediante contrato de compra-venta, cancelando el precio; la propiedad también se puede adquirir por la posesión pacífica, continua y pública como propietarios por más de diez años, como lo señala el artículo 950 del C.C.*

*La sentencia que accede a la petición constituye título para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (Exp. N° 2500-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 142-144)*

INC. 6°:

*Si la resolución objeto de impugnación es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de carácter local o regional, es competente en primera instancia la Sala Civil de Turno de la Corte Superior.*

*Cuando se impugnan las partidas de nacimiento y matrimonio, otorgados por funcionarios autorizados por las Municipalidades, dicha competencia no es aplicable al Registrador y al Jefe de los Registros Civiles, porque éstos no forman un órgano colegiado ni autoridad unipersonal (Exp. N° 148-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 453-454)*

INC. 7°:

*No obstante que del contrato de compraventa se observa que el apelante se constituyó en fiador de los compradores; el hecho que no recuerde haber celebrado dicho contrato, por*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*ser una persona absolutamente incapaz, deberá hacerse valer vía acción y por las causas que señala el artículo 219 del CC y no en vía de apelación.*

*Si el proceso versa sobre obligación de dar suma de dinero, y no obra en autos resolución alguna que invalide el citado contrato, surte éste todos sus efectos, hasta que no se declare judicialmente (Exp. Nº 2905-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 2)*

*INC. 8º:*

*Las relaciones de una comunidad campesina con los miembros que la integran, respecto de la posesión de las parcelas familiares no pueden resolverse mediante acciones reivindicatorias, sino en el marco de la Ley 14656, Ley General de Comunidades Campesinas, su reglamento y de los estatutos comunales (Exp. Nº 1406-7-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 177-178)*

*INC. 9º:*

*A pesar que la sentencia ha ordenado se autorice a la demandante a exigir el cumplimiento de las obligaciones que contiene los títulos cuya ineficacia se ha solicitado, se da un sentido distinto a la sentencia, si el juez dispone que se proceda a la emisión de una sola letra de cambio por el total de la suma adecuada, por considerar que ya se ha cancelado parte de la misma (Exp. Nº 63186-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 421)*

*El mandante solo está obligado al pago de los honorarios reclamados hasta la finalización del contrato. El monto otorgado con posterioridad constituye un acto de liberalidad al no haberse probado pacto posterior alguno.*

*La aparente subsistencia del mandato, por omisión de la inscripción de la revocatoria, no significa la continuación de aquél ni el pago de honorarios profesionales, por no haberse acreditado además la prestación de labores que justifiquen el pago que reclama (Exp. Nº 2691-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 296)*

*Tal como lo recomienda el Código de Ética Profesional, debe ser práctica usual del abogado evitar controversias con sus patrocinados acerca de sus honorarios (Exp. Nº 3302-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 455-456)*

*Si la parte no ha pagado los honorarios de su abogado, no es motivo para que el Juez tramite un incidente por dicho pago en el mismo proceso. El pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de un vínculo no laboral, debe tramitarse en proceso abreviado (Exp. Nº 4026-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 457)*

*Antes de iniciar la gestión profesional, el abogado debe concertar con el cliente el monto y la forma de pago de sus honorarios, de acuerdo con el artículo 46 del Código de Ética Profesional. Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no pudiese determinarse según las tarifas profesionales o los usos, ésta será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.*

*No habiéndose concertado la obligación demandada en moneda extranjera, el pago de dicha deuda debe efectuarse en moneda nacional (Exp. Nº 636-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 56-58)*

## FIJACIÓN DEL PROCESO POR EL JUEZ

### ARTÍCULO 487

*En el caso del inciso 8. del artículo 486°, la resolución que declara aplicable el proceso abreviado, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

1. La demanda es el acto procesal de parte, por la cual se ejercita el derecho de acción y se plantea pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues, este solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. También en la demanda, el actor propone la vía procedimental a través del cual se dirigirá el debate de sus pretensiones, sin embargo, pudiera darse el caso que dicha propuesta procedimental no sea coherente con el objeto de litis, situación que permite al juez sustituirla por la del procedimiento abreviado, en los casos a que refiere el inciso 8 del artículo 486 CPC. Nótese que la propuesta procedimental no es ejercicio del principio dispositivo, como si lo serían los hechos y la prueba que aportan las partes al proceso. La vía procedimental hay que entenderlo como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo.

2. Hay que tener en cuenta que la demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia, determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia y el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros (Véase en ese sentido el artículo 438 CPC). Resulta importante, este primer acercamiento que tiene el juez de apreciar debidamente la pretensión, para fijar posteriormente la competencia objetiva (por razón de la materia y la cuantía) y su incidencia de esta en la vía procedimental. Conforme señala el inciso 9 del artículo 424 CPC, el demandante propone la vía procedimental; sin embargo, frente a dicha propuesta pudiera darse el caso que por la naturaleza o complejidad de la pretensión, por tratarse de una pretensión inapreciable en dinero, porque hay duda sobre su monto, el Juez sustituya la vía procedimental propuesta por la de abreviado. Esta variación está contemplada como una de facultades genéricas con que cuenta el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

juez para “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación”. En ese sentido léase el inciso 1 del artículo 51 CPC. Dichas facultades hay que entenderlas bajo el concepto publicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso.

3. Un elemento fundamental para que opere la sustitución de la vía procedimental es la motivación debida. El juez tiene el deber de justificar porqué ha decidido apartarse de la vía propuesta y optar por el abreviado.

Como refiere la norma en comentario, la resolución será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable. Si partimos de la idea que en el admisorio de la demanda se establece la vía procedimental a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, tal como lo exige la norma en comentario; todo lo contrario, el emplazamiento del demandado contiene la notificación entre otros del admisorio de la demanda.

La disposición que hace el juez de la vía procedimental, conforme refiere el artículo en comentario, permite que sea el Juez y no las partes, quien fije el escenario en el cual ellas van a debatir sus pretensiones, bajo un escenario no reducido y tampoco limitado; para debatir en mejor forma el ejercicio del derecho de acción y de contradicción. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido publicístico, hay un fin social en el proceso, que permite al juez fijar el contexto en el cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustentan sus pretensiones, la misma que es inimpugnable.

## COMPETENCIA

### ARTÍCULO 488

*Son competentes para conocer los procesos abreviados los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de veinte y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

Uno de los parámetros que se tiene en cuenta para fijar la competencia de un juzgado es la cuantía de la pretensión. Este es un criterio que se utiliza para delimitar la competencia objetiva; el otro referente es la materia o naturaleza de la pretensión.

Como se puede advertir de la lectura del artículo, la competencia por cuantía tiene un referente: la unidad de referencia procesal (URP). Ella esta en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año. Para el cálculo de la cuantía se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 11 CPC. Tratándose de pretensiones relativas a derechos reales sobre inmuebles, la cuantía se determina en base al valor del inmueble vigente a la fecha de la interposición de la demanda. (ver artículo 12 CPC)

La norma regula la competencia de los jueces, en atención a la cuantía, sin alterar para nada el diseño procedimental asignado, como es el procedimiento abreviado. Establece que le corresponde conocer al juez de paz letrado, toda pretensión cuya cuantía sea mayor de cien y hasta quinientas unidades de referencia procesal. Caso contrario, corresponderá conocer al juez de primera instancia, toda pretensión que supere las quinientas Unidades de Referencia Procesal.

En este último supuesto, condicionará además, la vía procedimental; esto es, si la pretensión tiene una estimación patrimonial mayor de quinientas y hasta un

---

(\*) Texto según el art. 3 de la Ley 27155 de 11-07-1999.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

mil Unidades de Referencia Procesal corresponderá el procedimiento abreviado (ver inciso 7 del artículo 486 CPC), si lo supera, se le asignará el de conocimiento (ver inciso 2 artículo 475 CPC). Esto implica que la vía procedimental establecida en el inciso 7 del artículo 486 CPC debe ser complementado con lo regulado en el presente artículo, para delimitar la correcta competencia del juez. A ello hay que agregar la naturaleza de las pretensiones demandadas, de tal manera que la competencia del juez se fijará en atención a la cuantía y al territorio, teniendo en cuenta, además los artículos 475, 486 y 546 para la vía procedimental en la que se desarrollará el debate judicial.



### JURISPRUDENCIA

---

*Los honorarios profesionales, por su naturaleza, se califican como remuneraciones derivadas de una relación no laboral, por lo que el trámite que le corresponde al pago de dichos honorarios es del proceso abreviado (Exp. N° 2570-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 440)*

## NORMATIVIDAD SUPLETORIA

### ARTÍCULO 489

*Es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476º, con las modificaciones establecidas en este Capítulo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1 disposición final CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 CPC (aplicable al procedimiento de conocimiento) para suplir el vacío en la regulación del procedimiento abreviado.

Como señala el citado artículo 476 CPC, el proceso se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro. La norma exige que esta actividad se sujete a los requisitos que allí se establecen para cada acto; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones y la tramitación de estas, la actividad probatoria se desarrolla a través varias audiencias y no en audiencia única, como lo es el procedimiento sumarísimo, por citar.

## RECONVENCIÓN

### ARTÍCULO 490

*Es improcedente la reconvencción en los asuntos referidos en los incisos 1., 2., 3., 5. y 6. del artículo 486°.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

La reconvencción es la pretensión procesal que se halla facultado el demandado para interponerla frente al actor. Hay una posición unánime en toda la doctrina de calificarla como una demanda nueva y autónoma que se acumula –por el demandado– a un proceso en curso.

El derecho a reconvenir de la parte demandada solo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda y ha de conducirse contra el que demandó. En otras palabras, “es jurídicamente imposible aceptar la presencia de un tercero, dado que las partes en la reconvencción tiene que ser las mismas que figuran en el proceso originario, si bien con los papeles invertidos, porque en ella el actor reconvenccional (sujeto activo) solamente puede serlo el demandado, y demandado reconvenccional (sujeto pasivo) única y exclusivamente puede serlo el actor, nunca cualquier otra persona que no sea parte en el proceso principal”<sup>(1)</sup>.

No debe ser considerada como un medio de defensa frente a la acción, sino una nueva demanda que formula el demandado en el mismo proceso ya iniciado; de ahí que la prohibición que recoge el presente artículo, de no admitirla en pretensiones sobre retracto, prescripción adquisitiva, título supletorio, rectificación de áreas, responsabilidad civil de jueces, tercería e impugnación de resolución administrativa no significa la vulneración al principio de contradicción, sin embargo, hay algunas voces que confunden el derecho a la contradicción con la reconvencción y señalan que “la ausencia de reconvencción afecta el derecho de contradicción, limitándola en su ejercicio” como sería, en el caso que detalla el presente artículo y en los procesos sumarísimos (ver inciso 1 del artículo 559 CPC) al no permitirles ejercer la reconvencción por responder a un procedimiento breve que

requiere una tramitación rápida. Subyace aquí, un criterio de economía procesal para evitar incorporar pretensiones a las ya originariamente propuestas por el actor, lo que no impide que el demandado pueda ejercer su derecho de acción en un proceso independiente, y si fuere el caso y momento procesal, proponer una posible acumulación de procesos (ver inciso 3 artículo 88 CPC).

Como ya lo hemos señalado, la reconvencción, es una expresión del derecho de acción que tiene el demandado de recurrir a la jurisdicción y puede materializar ese derecho (según la vía procedimental) dentro del mismo proceso, en la contradicción, provocando como resultado de ello una acumulación de pretensiones; situación que también puede verse materializada fuera de proceso, en otro proceso autónomo, pues, con la reconvencción el demandado ejerce el derecho de acción y no su derecho de contradicción, esto es, su derecho a la defensa.

---

(1) Sentencia emitida por el Tribunal Supremo Español el 21 de Mayo de 1969, citado por Tapia Fernandez Isabel, La reconvencción, límites y jurisprudencia, Editorial General De Derecho, Valencia, 1994, p.133.

## PLAZOS

### ARTÍCULO 491

*Los plazos máximos aplicables a este proceso son:*

- 1. Tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos.*
- 2. Tres días para absolver las tachas u oposiciones.*
- 3. Cinco días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción.*
- 4. Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.*
- 5. Diez días para contestar la demanda y reconvenir.*
- 6. Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, conforme al artículo 440°.*
- 7. Diez días para absolver el traslado de la reconvencción.*
- 8. Quince días para la realización de la audiencia de saneamiento procesal y conciliación referida en el artículo 493°, contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir.*
- 9. Veinte días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471°.*
- 10. Cinco días para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.*
- 11. Veinticinco días para expedir sentencia, conforme al artículo 211°.*
- 12. Cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 409, 410, 411, 412, 413

---

## Comentario

1. La redacción de este artículo sigue la misma estructura del 478 CPC con las variantes en cuanto a la duración de los plazos para cada actividad procesal.

Como ya se ha expresado al comentar el citado artículo 478 CPC, el tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Para Palacio<sup>(1)</sup>, tales lapsos se denominan plazos y su existencia responde a razones de seguridad y certeza. No basta, el establecimiento del orden consecutivo en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que además es menester determinar los lapsos específicos dentro de los cuales estos deben ejecutarse, ya que de lo contrario las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde desarrollar su actividad procesal, además, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

Tomando como referencia la forma de fijación de los plazos, podemos calificarlos en legales, judiciales y convencionales. El plazo legal, es aquel cuya duración se halla expresamente establecida por Ley, por citar, diez días para interponer excepciones en procesos de conocimiento (ver inciso 3 artículo 478 CPC). La norma en comentario recoge la expresión de los plazos legales en la actividad asignada a los sujetos procesales (partes y juez). En relación a sus efectos, los plazos pueden ser calificados de perentorios y no perentorios. El primero es preclusivo, fatal, porque su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedieron, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial. El artículo en comentario acoge precisamente el plazo perentorio; no se admite la posibilidad que ambas partes con anterioridad a la expiración de un plazo determinado convengan por escrito su prolongación, estableciendo por esa vía un plazo convencional. En ese sentido léase lo regulado en el artículo 146 CPC que dice: “los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales”.

Los plazos que recoge este artículo son indivisibles. Se conceden independientemente a cada parte para la ejecución de actos procesales determinados. En tal sentido, véase los plazos fijados para oponer excepciones, contestar demandas, interponer recursos, etc. Aquí resulta indiferente que intervengan en el proceso una persona o una pluralidad de personas en la misma posición de parte, como ocurre en los casos de litisconsorcio, pues, en tal hipótesis, cada una de aquellas cuenta con plazos independientes para ejercer las facultades procesales que trate. Apreciéese que el artículo en comentario no acoge el plazo común. Este plazo se acuerda en forma conjunta para ambas partes, a fin que realicen uno o mas actos procesales de la misma índole, como sería el caso de los alegatos. El artículo 212 CPC al respecto dice: “dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato

---

(1) Palacio Lino, t. IV, op. cit, p. 55-56.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado". Mientras que los plazos individuales se computan desde que se practica la respectiva notificación a la parte a quien afectan o en su caso, a cada uno de los litisconsortes, los plazos comunes empiezan a correr desde la última notificación, tal como lo señala el artículo 147 CPC.

2. Cuando se postula una pretensión, opera la carga de probar los hechos que afirman las partes (ver artículo 194 CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad estará sometido al control de la contraparte, quien también tiene la carga de cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de los mecanismos de las tachas u oposiciones. Estos mecanismos se utilizarán en atención al medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 CPC. Decimos que es una carga para quien se opone la prueba, caso contrario se asume que está aceptando la veracidad de los hechos que contiene el medio probatorio. Por citar, si tenemos un documento privado y se ofrece este solicitando además el reconocimiento; la contraparte si no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito a la certeza del contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver artículo 246 CPC). Como se aprecia de la redacción de la norma, la contraparte tiene 3 días para cuestionar la eficacia probatoria de los medios probatorios ofrecidos, plazo que se computará desde la notificación que se tienen por ofrecidos. Es común que estos medios se ofrezcan con el admisorio de la demanda; sin embargo, no se descarta la posibilidad que habiéndose dictado el admisorio, se hubiere postergado el pronunciamiento sobre el ofrecimiento de los medios de prueba, para subsanar deficiencias de orden formal, situación que influirá posteriormente para fijar el cómputo del plazo para su impugnación.

El inciso 2 es la expresión del principio de bilateralidad en el proceso. Este opera siempre y cuando se hubieren interpuesto tachas u oposiciones a los medios probatorios. Brinda la posibilidad a la parte que ofreció los medios de prueba para que absuelva las observaciones realizadas por la contraparte.

El inciso 3 otorga un plazo especial para la interposición de las excepciones y defensas previas. Monroy<sup>(2)</sup>, considera a la excepción como "un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción".

La defensa previa, viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso. Corresponde al demandado y busca la suspensión

---

(2) Monroy Gálvez Juan, Temas del proceso civil, studium, Lima, 1987, pp. 102-103.

del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción. Monroy<sup>(3)</sup> la conceptúa como aquella que sin un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo, por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el pago de lo debido, estos podrían alegar que desconocen aún si la masa hereditaria presenta un saldo positivo, por lo que el proceso debe suspenderse hasta conocer tal hecho. Esta es una típica defensa previa, no se ataca la pretensión, solo se dilata el proceso y su eficacia, incluso de manera definitiva.

En relación al inciso 3 en comentario apreciése que los plazos se computan bajo dos supuestos: a) con el inicio de la relación procesal, esto es, desde la notificación de la demanda; y, b) con la reconvención. Apreciése que esta última, implica el ejercicio del derecho de acción del demandado, a través del cual, interpone una pretensión contra el demandante, provocando una acumulación de pretensiones. Esta contrapretensión también está sujeta a cuestionarse a través de las excepciones.

El inciso 4, en ejercicio del contradictorio, otorga un plazo de cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas propuestas. Es la posibilidad que se otorga al demandante para que absuelva el cuestionamiento realizado a su pretensión a través de la excepción, caso contrario, se procederá a señalar fecha día y hora para la audiencia de saneamiento, en el supuesto que se hubieren ofrecido medios probatorios pendientes de actuación y se procederá en la forma que refiere el inciso 1 del artículo 493 CPC. A diferencia de la audiencia de saneamiento del procedimiento de conocimiento, regulada en el artículo 449 CPC, no hay referencia a la procedencia a escuchar los informes orales de los abogados si fueren solicitados ni a la posibilidad que el juez pueda reservar su decisión sobre las excepciones.

Su decisión debe considerar los efectos que señala el artículo 451 CPC así como la abstención a que refiere el artículo 450 CPC, en caso se refiera a excepciones de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral. Otro supuesto en el tratamiento de las excepciones es cuando absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez en decisión motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneando el proceso.

Véase que a diferencia de lo regulado en el artículo 447 CPC, en esta vía procedimental, las excepciones no se sustancian en cuaderno separado, procediendo su tramitación en una sola audiencia, en la forma que prevé el artículo 493

---

(3) Monroy Galvez Juan, "Conceptos elementales del proceso civil II" en El Peruano, Lima, 01 de julio 1992, p.B-5

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

CPC (audiencia de saneamiento procesal y conciliación). Cuando se declara fundada una excepción o defensa previa, tendrá efecto suspensivo, las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada (ver artículo 494 CPC)

El inciso 5 fija el plazo de diez días para contestar la demanda y reconvenir. Comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse. El otorgamiento de plazos debe operar bajo el principio de igualdad, de permitir a las partes por igual similares posibilidades sin que ello lleve a exigir una igualdad aritmética, sino a una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. La Sala Suprema ha establecido en la Casación N° 1103-2002-La Libertad, publicada en El Peruano, el 01 de marzo de 2004, “el debido proceso importa el derecho a la defensa de fondo, esto es, la contestación de la demanda o la contradicción. Ellas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando está omisión rechazo del escrito”.

Esta etapa es importante, porque determinará para el futuro proceso, la existencia o no de controversia. La demanda no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede levantar o no, según le parezca más conveniente. La inactividad que genera la rebeldía constituye fundamento para la presunción sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo los casos que contempla el artículo 461 CPC.

Otro aspecto a considerar en la contestación es que puede generar hechos admitidos, los mismos que van a tener incidencia para la futura actividad probatoria, en los términos que señala el inciso 2 del artículo 190 CPC. Los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no hay discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta. Genera dos consecuencias inmediatas: obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar, y genera suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si la emplazada cumplió con absolver el traslado de la demanda sin haber deducido excepciones ni defensas previas, concluyó la etapa postulatoria, por lo cual correspondía –en virtud al principio de preclusión procesal– el saneamiento del proceso, acto procesal que constituye un deber del juez,

quien de oficio, debe pronunciarse sobre la validez de la relación jurídico-procesal. (ver Casación N° 030-1999-Lima, publicada en El Peruano, 01 de Marzo de 2004)

El plazo legal que señala este inciso también hace referencia a la reconvencción, entendida esta como la pretensión que puede incoar la parte demandada al proceso, provocando así una acumulación objetiva sucesiva de pretensiones.

El inciso 6 otorga cinco días para ofrecer medios probatorios, si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción. Este inciso resulta coherente con lo expuesto en el artículo 440 CPC que dice: “cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”. Véase en el caso del cobro de un mutuo. El demandado reconoce la existencia del mutuo pero no está de acuerdo en el monto, porque el demandante no ha tomado en cuenta la compensación celebrada entre ambas partes sobre el monto demandado. Este hecho nunca fue referido por el demandante pero es introducido al proceso por el demandado en su contestación y que resulta procedente llevarlo al debate para asumir con certeza que el monto demandado ha sido variado a otra suma producto de la compensación realizada.

El inciso 7 fija en diez días el plazo para absolver el traslado de la reconvencción. Como ya hace referencia el inciso 6 citado, el demandado frente al emplazamiento no solo puede contestar sino incorporar una nueva pretensión a través de la llamada reconvencción; como implica una nueva pretensión, necesariamente debe el actor tener la posibilidad de absolverla y deducir excepciones e impugnar los medios de prueba ofrecidos. Los plazos para interponerlas aparecen fijados en el inciso 1 y 3 de este artículo.

El inciso 8 se ubica en el examen de la relación procesal. Conforme refiere el inciso 3 del artículo 465 CPC, el juez –de oficio– y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, concederá un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental. En el caso del procedimiento abreviado, este inciso lo fija en cinco días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal (ver inciso 1 del artículo 493 CPC).

A diferencia del procedimiento de conocimiento, que luego de saneado el proceso fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria, mediando un plazo de veinte días entre la actividad del saneamiento y la audiencia conciliatoria, en el procedimiento abreviado, ambas actividades se realiza conjuntamente en una audiencia, dentro del plazo de 15 días contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir.

Luego de ello, según el éxito o no de la conciliación, se procederá en el plazo de veinte días a la audiencia de pruebas, conforme el segundo párrafo del artículo 471 CPC (ver inciso 9 del artículo 491 CPC); sin embargo, debemos precisar que

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la admisión de los medios probatorios ofrecidos en la demanda y contestación así como los referentes a las cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) si hubiere, debieron haber sido trabajados en la audiencia de saneamiento y conciliación, ante el fracaso de esta última. Luego de haber dilucidado la admisión de los medios probatorios ofrecidos, en atención a los puntos controvertidos fijados, la audiencia se suspende para continuar con la actuación de los medios probatorios admitidos. Especial situación se aprecia en las pretensiones de puro derecho. Señala el artículo 473 CPC que luego de rechazada la fórmula conciliatoria, se advierte que la cuestión debatida es solo de derecho, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite, esto es, recurre al llamado juzgamiento anticipado. En el caso citado, consideramos que ni siquiera se debería intentar la actividad conciliatoria, pues, tratándose de una discusión de puro derecho, no cabe disposición sobre él; todo lo contrario, luego de agotado el saneamiento procesal declarando la validez de la relación procesal entablada debe procederse al juzgamiento anticipado, previa admisión de los medios probatorios ofrecidos por ambas partes. No cabe aquí actuación probatoria alguna por la naturaleza de la pretensión en discusión. En ese sentido léase la ejecutoria recaída en el expediente 2089-02 de la 1 Sala Contencioso-Administrativo que asume el criterio ya reseñado<sup>(4)</sup>. Debemos precisar que a pesar que se hubiere admitido los medios de prueba ofrecidos, no cabría señalar fecha para audiencia de pruebas, cuando estamos ante el supuesto del inciso 1 del artículo 473 CPC que refiere al juzgamiento anticipado, cuando no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, como sería el caso de la prueba documental, siempre que no hubiere sido objeto de tacha. En estos casos es procedente recurrir a la figura del juzgamiento anticipado.

El inciso 10 establece el plazo de cinco días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso. Véase el caso de la incorporación de un litisconsorcio necesario, luego de agotada la audiencia de pruebas, tal como lo señala el artículo 96 CPC; sin embargo, el plazo que establece el citado artículo 96 CPC refiere a uno que no excederá de veinte días.

Otro aspecto que regula este artículo está referido al plazo para expedir sentencia. Como señala el artículo 211 CPC, “antes de dar por concluida la audiencia, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará”. En el caso del procedimiento abreviado, el inciso 11 fija en veinticinco días para expedir sentencia. Ella debe considerarse como el acto procesal por el cual el juez, en calidad de órgano independiente del Estado, cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho en

---

(4) Dicha ejecutoria aparece publicada en Ledesma, t. 6, op. cit. pp. 609-611

contradicción, de resolver el conflicto sobre las pretensiones del demandante y las defensas del demandado.

Los plazos de impugnación también difieren según la vía procedimental. Tratándose de procedimientos abreviados, se establece en cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 CPC. Véase que en los procedimientos abreviados, al igual que el de conocimiento, es procedente ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación, tal como lo reconoce el artículo 374 CPC. En este caso, reafirmamos la posición que los plazos son perentorios, esto implica, que aún cuando un recurso de apelación haya sido concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, debe ser, considerado ineficaz por el superior en grado, si este se ha interpuesto después de transcurrido el plazo legal fijado al efecto, pues, conforme lo señala el artículo 146 CPC “los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales”. Por otro lado, hay que tener presente que en los procesos de conocimiento y abreviado la fecha para la vista de la causa debe ser notificada a las partes con diez días previos a su realización (ver artículo 375 CPC). Además que entre la notificación y la realización de dicha actuación procesal debe transcurrir como mínimo tres días hábiles (en ese sentido, léase la Casación N° 1477-2003-PUNO del 14 de octubre de 2004<sup>(5)</sup>).

---

(5) Publicada en El Peruano el 28 de febrero del 2005.

## PLAZO ESPECIAL DEL EMPLAZAMIENTO

### ARTÍCULO 492

*Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435º, los plazos serán de treinta y cuarenticinco días, respectivamente.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

La norma regula un plazo especial para el emplazamiento sujeto a la comunicación por edictos, el mismo que también se contempla para el procedimiento de conocimiento, con la variante propia del tiempo. Como ya se ha señalado, al comentar el artículo 479 CPC, el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

Lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley, como sería el caso que regula el artículo 435 CPC, cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; y, cuando el demandante ignora el domicilio del demandado. Aquí el emplazamiento se hará mediante edicto. El plazo del emplazamiento será no mayor de treinta días si el demandado se halla en el país, ni de cuarenta y cinco si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

Apreciéese que el plazo que regula este artículo se vincula con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer o el lugar donde corresponde realizar uno o más actos procesales.

Los plazos ordinarios se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En cambio, los plazos extraordinarios son aquellos que se conceden

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial o fuera de la República, como es el caso del artículo en comentario.

## ABREVIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

### ARTÍCULO 493

*El saneamiento procesal y la conciliación se realizarán en una sola audiencia de la siguiente manera:*

- 1. Inicialmente el Juez actuará los medios probatorios ofrecidos que considere necesarios para el saneamiento del proceso, si se hubieran formulado excepciones o defensas previas; luego procederá a pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 465. Si considera que la relación es inválida pero subsanable, concederá para ello un plazo de cinco días, sin alterar el curso de la audiencia.*
- 2. A continuación, procederá a propiciar la conciliación entre las partes, salvo que hubiera concedido apelación con efecto suspensivo.*
- 3. Si la conciliación no se produjera, procederá de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 471.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 414

---

## Comentario

---

1. Una de las peculiaridades del procedimiento abreviado es su diseño. A diferencia del procedimiento de conocimiento el saneamiento procesal y la conciliación se realizan en una sola audiencia, sin embargo, a raíz de la modificación del artículo 449 CPC por la Ley 29057, dicho saneamiento ya no requiere la oralidad de la audiencia sino que puede realizarse por escrito.

El saneamiento procesal, es la actividad judicial por la que se expurga o purifica el proceso de todo vicio, omisión o nulidad que pueda afectar posteriormente una decisión sobre el fondo de la litis, o en su caso, da por concluido el proceso si verifica la presencia de una nulidad absoluta o defecto insubsanable en general. La actividad saneadora acaece en diversos momentos en la etapa postulatoria de la demanda. Ella opera en la calificación de la demanda; en la resolución de las excepciones y en el saneamiento del proceso. Tiene como finalidad procurar que

el proceso se constituya y desarrolle válidamente, sin falta de legitimidad e interés para obrar, para que el Juez al expedir sentencia, se pronuncie sobre el fondo del conflicto de intereses.

2. La norma en comentario, en el inciso 1º, hace referencia a la actividad saneadora por audiencia, en caso se hubieren ofrecido excepciones o defensas previas. Señala que el juez actuará los medios probatorios ofrecidos que considere necesarios para el saneamiento del proceso; luego procederá a pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 465 CPC; sin embargo, esta redacción ha sido influenciada por la modificación del 449 CPC, que no admite medios probatorios a las excepciones, que no sean de actuación inmediata, por tanto, no se justifica que en los procesos abreviados el saneamiento se realice, a través de las audiencias, pues no hay medio probatorio que actuar sobre las excepciones.

Otro supuesto no contemplado es que no se haya interpuesto excepción alguna. Aquí el juez procederá a realizar el saneamiento procesal bajo las siguientes alternativas: a) establecer que la relación jurídica procesal es válida y continúa el proceso a la etapa de conciliación; b) establecer que la relación jurídica procesal es inválida e insubsanable, dando por concluido el proceso; y, c) establecer que la relación procesal es inválida, pero subsanable, por lo que concede un plazo de cinco días para que se subsanen los defectos. (Ver art. 465 CPC e inciso 1º artículo 493 CPC).

3. Agotado el saneamiento probatorio se procede a la conciliación. Si luego de invitadas las partes a conciliar no se tuviera éxito, se procede a fijar los puntos controvertidos del proceso y los que van a ser materia de prueba, para luego, decidir la admisión de los medios de prueba ofrecidos, si los hubiera. Caso contrario se procede al juzgamiento anticipado a que refiere el inciso 1º del artículo 473 CPC; sin embargo, puede darse la posibilidad que la parte demandada tenga la condición de rebelde o se hubiere allanado a la demanda dentro del plazo para contestar la demanda, circunstancias que no permitirían fijar algún punto en controversia, por no existir resistencia a la pretensión planteada. En este caso también se procede al juzgamiento anticipado del proceso, bajo la presunción legal relativa de verdad de los hechos.

## APELACIÓN

### ARTÍCULO 494

*En este proceso tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia. Las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

La apelación es un medio de impugnación ordinaria que tiene por objeto revisar las decisiones a fin de corregir los errores que causan agravio. Esa revisión puede generar dos efectos: suspender o no la eficacia de la resolución impugnada. Clásicamente, se atribuía a la apelación, el efecto suspensivo y devolutivo, según el caso; sin embargo, modernamente la doctrina ha desterrado la expresión devolutivo, para considerar como efecto lo suspensivo y no suspensivo. La concesión del recurso con efecto suspensivo, impide al juez ejercer la jurisdicción hasta tanto el pronunciamiento no quede firme por el superior revisor, sin embargo, hay situaciones que la concesión del recurso de apelación no impide la ejecución de lo resuelto (ver artículo 372 CPC). El fundamento de esa posibilidad de ejecución inmediata de lo resuelto, a pesar de la existencia del recurso de apelación se halla en razones de urgencia y necesidad que tornarían en irreparables los perjuicios derivados del lapso inevitable que deberá producirse hasta el pronunciamiento definitivo de la alzada.

Para la norma en comentario corresponde la apelación con efecto suspensivo, a la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia. Ello implica que el acto impugnado no puede ejecutarse hasta que sea resuelto el recurso que contra él se interpone. El efecto suspensivo que enumera este artículo resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 371 CPC, pues, se otorga este efecto contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación. El efecto sus-

pensivo de esta impugnación no debe llevar a olvidar, como refiere el inciso 1 del artículo 368 CPC, que el Juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.

Las demás apelaciones, señala el artículo 494 CPC, se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, por resolución debidamente motivada. En aras de una bien entendida celeridad procesal, se ha incorporado a la apelación concedida el efecto diferido de esta. Es necesario que los recursos sin efecto suspensivo, deban consignar además, si el efecto es diferido o no. Aquí, la apelación funciona como una reserva para el caso en que el expediente sea luego elevado en alzada, interpuesta la sentencia definitiva. Esta forma de recurrencia responde al principio de celeridad, evitando continuas interrupciones del procedimiento principal. Así, las incidencias en el proceso apeladas sin efecto suspensivo se resolverán conjuntamente con la sentencia u otra resolución final, evitando formar cuadernos separados por cada incidencia. Como señala la norma (ver artículo 372 CPC) cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida; sin embargo, la norma en comentario permite que el juez decida su trámite inmediato, y no opte por la apelación diferida, mediante resolución debidamente motivada.

Por último, cuando se revive los cuestionamientos en la apelación, debe tenerse en cuenta que este no debe incidir en los extremos consentidos por las partes. Mediante Casación N° 1480-03 AREQUIPA del 22 de octubre de 2003<sup>(1)</sup> la Sala Suprema considera que se viola flagrantemente el derecho a la cosa juzgada cuando la segunda instancia se pronuncia acerca de un extremo sobre el cual ya existía pronunciamiento anterior consentido por las partes. Resolviendo el caso, la Sala Suprema señala que el principio de prohibición de reforma en peor establece que el juez no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Agrega que este principio tiene como sustento el principio dispositivo, por el cual el proceso civil se inicia o promueve solo a iniciativa de parte, y en el caso de la apelación el juez superior conoce del proceso por iniciativa del impugnante, por lo que únicamente puede pronunciarse sobre los extremos apelados.

---

(1) Publicada en el diario oficial El Peruano, 30 de abril de 2004.

## Capítulo II

---

# DISPOSICIONES ESPECIALES

### Sub - Capítulo 1º

---

## RETRACTO

### REQUISITOS Y ANEXOS ESPECIALES

#### ARTÍCULO 495

*Además de cumplir con los artículos 424º y 425º, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado. Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del Juez, dentro de segundo día.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. De acuerdo al artículo 1592 del Código Civil, “el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa”. El retracto es pues un derecho establecido normativamente a favor de determinados sujetos, que otorga la posibilidad de subrogarse en la posición activa de un contrato de compra venta. Se señala que las características del derecho de retracto son<sup>(1)</sup>:

- 
- (\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.
- (1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Derecho de Retracto”. En: THEMIS, Revista de Derecho. Segunda Época. Nº 38. Lima, 1998. Pág. 125.

- 1) Es un derecho otorgado por la ley; no puede crearse convencionalmente.
- 2) Sólo gozan del derecho determinadas personas, señaladas taxativamente por la ley.
- 3) El derecho consiste en la subrogación de estas personas en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.
- 4) Quien ejerce el retracto debe reembolsar al comprador: el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los interesados pactados.

Cabe señalar que de acuerdo al artículo 1594 del Código Civil, el derecho de retracto procede contra bienes inmuebles y contra bienes muebles inscritos. Asimismo, este derecho es irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos (artículo 1595 del Código Civil), y ello porque se quiso mantener el carácter de privilegio que tiene este derecho para determinados sujetos (por ello es irrenunciable) y a su vez, se prohíbe la transmisión de este derecho entre vivos, con el propósito de reducir sus efectos y evitar entorpecimientos en la circulación de los bienes<sup>(2)</sup>.

Por otro lado, cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma (artículo 1601 del Código Civil). Quedan sin efecto, las otras enajenaciones.

2. Hay diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del retracto, desde los que entienden que este tendría una naturaleza real, hasta los que comprenden que tiene una naturaleza personal. Ante estas posiciones, debe señalarse que el retracto no es propiamente ni un derecho real ni un derecho de crédito, es un derecho subjetivo distinto que tiene la naturaleza de un privilegio que la ley otorga a determinados sujetos para subrogarse en una relación contractual ya establecida. De esta manera, el retracto no importa la nulidad o la resolución del contrato celebrado entre el enajenante y el adquirente, sino la subrogación legal en la posición de éste último<sup>(3)</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que en la actualidad se ha puesto en duda las bondades de este instituto, especialmente, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, propugnando algunos su limitación frente a las necesidades del

---

(2) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II Contratos Nominados. Tercera Edición. Gaceta Jurídica. Diciembre del 2000. Pág. 147.

(3) Ya afirmaba ello: LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil Peruano. Tomo V. Contratos Nominados. Primera Parte. Walter Gutierrez Editor. Primera Edición. Noviembre, 1992. Pág. 129. En la actualidad, entre otros véase: DIAZ ESPONDA, Javier. "El derecho de retracto: actos y hechos extra-procesales y procesales para la validez jurídica del derecho a retraer". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año III. N° 4. Gaceta Jurídica Editores. Enero, 1997. Pág. 136. La jurisprudencia también ha consolidado esta orientación (Cas. N° 3845-2000. El Peruano 31/05/2002; Cas. N° 31-95-Cusco. 13/10/1995; Expediente 3655-97. 21/03/1998. Expediente 922-98. 31/07/1998).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tráfico económico y la protección de los terceros de buena fe<sup>(4)</sup>, y otros su derogación<sup>(5)</sup>. Ello porque siendo el contrato el principal instrumento de circulación de la riqueza, el ejercicio del derecho de retracto impediría que los contratos cumplan esta función, evitando que las partes que libremente han establecido una operación económica lleguen a satisfacer sus necesidades de forma eficiente.

A favor del retracto, por el contrario, se señala que ayuda a consolidar la propiedad permitiendo que los bienes que se encuentran vinculados a diversas titularidades puedan pertenecer a una sola, y así evitar que se traspase el derecho a un tercero, situación que podría derivar en diversos conflictos. Asimismo, a favor de este instituto se señala que el adquirente del bien no pierde nada si es que el legitimado ejerce el retracto, pues tiene derecho al reembolso de lo pagado. Sin embargo, desde una perspectiva económica esta orientación no tiene un adecuado fundamento; y es que el comprador valora el bien en un nivel económico mayor del que se ofertado, justamente por ello realiza la transacción pues de esta manera obtendrá una ganancia. Por el contrario, al otorgarse solo el reembolso de lo pagado, el adquirente pierde, pues la ganancia que había planeado no es compensada, y además pierde en costos de transacción y, en muchos casos, en costos de oportunidad. Por otro lado, la preeminencia de la propiedad, y por lo tanto, el favor en propugnar ante todo la concentración de la misma en una titularidad, es muy discutible si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad ya no es más el eje central del Código Civil, sino por el contrario, el contrato, en tanto mecanismo de la circulación de la riqueza tiene en la actualidad una función predominante<sup>(6)</sup>.

En realidad, en la actualidad la utilidad del retracto es bastante discutible, sin embargo, los procesos judiciales sobre esta materia siguen presentándose, siendo necesario por ello un análisis agudo de la normativa procesal que lo regula.

3. El ejercicio del derecho de retracto se tramita mediante el proceso abreviado (artículo 486 inciso 1). En ese sentido, para determinar la competencia judicial,

- 
- (4) Por ejemplo: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones. Ara Editores. 1era. Edición. Lima, 1990. Págs. 318 y 319. D'AURIOL STOESSEL, Jacques y PENIORA BENITES, Jesús. "Seguridad Jurídica vs. Retracto". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 6. N° 21. Gaceta Jurídica. Junio, 2000. Pág. 35.
- (5) Entre los detractores nacionales: CANTUARIAS, Fernando. "Retracto: Réquiem de un Derecho "Económica y Social". En: Themis, Revista de Derecho. N° 24. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. CARRANZA ÁLVAREZ, Cesar. "¿Qué derecho queremos?: a propósito de la regulación del retracto en el Código Civil peruano". En: Revista Jurídica del Perú. Año LII. N° 34. Editora Normas Legales. Mayo, 2002. Pág. 87 y sgts.
- (6) Se señala en ese sentido, que el predominio de la propiedad expresaba una "economía prevalentemente agrícola, en el cual la tierra era el recurso productivo fundamental. En tal contexto era la propiedad (...) la que determinaba el entero proceso económico, mientras que al contrato se le reconocía un rol complementario de medio para su ocasional circulación. Las cosas cambian con el devenir del modo de producción capitalista: con el desarrollo de la industria basado sobre la innovación tecnológica; con la expansión de los mercados y de la actividad distributiva (...) con la economía moderna, pues, es sobretudoo el contrato quien crea la riqueza (...). En este rol el contrato sustituye a la propiedad" (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffè. Milano, 2001. Pág. 55, 56).

debe atenderse a lo establecido en el artículo 488 del Código Procesal Civil que establece que son competentes para conocer los procesos abreviados los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Asimismo, se establece que los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de veinte y hasta cincuenta unidades de referencia procesal.

Cabe señalar además, que de conformidad con lo prescrito en el inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil, además del juez del domicilio del demandado, puede demandarse, a elección del demandante (retrayente), el juez del lugar en que se encuentre el bien materia de retracto. En el caso del domicilio del demandado, cabe agregar que, estando la parte demandada conformada por el adquirente y el enajenante, podrá demandarse en el domicilio de cualquiera de ellos.

El proceso de retracto es un proceso especial con particularidades propias, que normativamente tiende hacia la especial protección del retrayente. Así, se ha señalado que “la característica del proceso de retracto es únicamente el carácter reglado de las especialidades procedimentales derivadas del tratamiento positivo de la relación material. Mientras en los demás procesos las partes pueden obtener la consecuencia jurídica utilizando los medios que estimen más convenientes, en el proceso de retracto debe atenderse inexcusablemente a la normatividad legal<sup>(7)</sup>.”

4. Además de cumplir con los requisitos generales de presentación de la demanda y de los anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe presentar unos anexos especiales. Estos anexos están constituidos por:

- a) *El certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante.* Constituye un presupuesto del ejercicio del retracto, el reembolso del dinero pagado por el adquirente. Este reembolso debe entenderse no como el “equivalente” (término que puede llevar a algunas confusiones) sino al monto real pagado por el adquirente. Se afirma que se justifica este presupuesto por la necesidad de evitar demandas temerarias obligando al retrayente a que efectúe el pago previamente, demostrando así que desea y puede ejercitar la acción de retracto<sup>(8)</sup>.
- b) *Los tributos y los gastos pagados por el adquirente.* Estos constituyen los llamados costos de transacción que se realizan al efectuar una operación económica o un contrato. Sin embargo, estos gastos deben estar adecuadamente acreditados, tales como los gastos notariales, de asesoría y registrales.

(7) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Ediciones Ariel. Barcelona, 1969. Pág. 480.

(8) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Op. cit. Pág. 49.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Consideramos que también podría integrar este monto los gastos ocasionados por la llamada pérdida de oportunidad siempre que esté adecuadamente acreditada. La pérdida de oportunidad se configura cuando el adquirente deja de contratar por preferir la oferta del vendedor sobre el bien materia de retracto, sin poder prever que puede perder al final, no solo la oferta que dejó pasar, sino su propia adquisición por el ejercicio de la acción del retrayente.

- c) De ser el caso, *los intereses debidos por el adquirente que se hubieran devengado*. Se trata básicamente del interés moratorio, que surge ante el retardo en el cumplimiento por parte del adquirente. El retrayente tiene la obligación de cubrir este monto si pretende ejercer el derecho de retracto.

Cabe señalar que si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro del segundo día de incoada la demanda.

5. El derecho de retracto, procede tanto en el contrato de compraventa como en la dación en pago, cuando la nueva prestación sea una de dar en propiedad (art. 1593 del Código Civil). Solo a estos supuestos puede aplicarse el retracto no siendo procedente en la enajenación de la propiedad a título gratuito o cualquier otro contrato diverso a la compraventa por el que se enajene la propiedad. En ese sentido, consideramos que tampoco procede en el caso de la permuta<sup>(9)</sup>, pues si bien es cierto, de acuerdo al artículo 1603 del Código Civil, la permuta se rige por las reglas de la compraventa que le sean aplicables, el instituto del retracto es excepcional, por lo que su aplicación antes que extensiva debe ser restrictiva y por ello mismo, para que opere en institutos diversos de la compraventa la norma debería preverlo expresamente, tal como sucede con la dación en pago.



### JURISPRUDENCIA

---

*La sentencia que ampara una demanda de retracto simplemente da derecho a que el retrayente se sustituya al comprador en su calidad de tal.*

*El proceso de retracto no tiene por finalidad dejar sin efecto el contrato de compraventa (Exp. N° 3655-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 445-446)*

*No puede ser materia de retracto la parte del predio que no es ocupada por el arrendatario, toda vez que lesionaría el derecho de otros inquilinos.*

*El retracto es una institución limitativa del derecho de propiedad que por concesión legal se establece para determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Está rodeado de garantías y*

---

(9) Una opinión distinta puede verse en: CASTILLO FREYRE, Mario. Comentarios al contrato de compraventa. Primera edición. Gaceta Jurídica. Enero 2002. Pág. 304. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit. Pág. 146.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*limitaciones, que le concede la calidad de excepción (Exp. Nº N-151-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 443)*

*El retracto constituye una limitación de derecho de propiedad por lo que la intención de la ley es que solo la ejerza aquél en cuyo favor se estableció prohibiéndole su cesión conforme lo dispone el artículo 1535 del Código Civil (Exp. Nº 881-93-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 413-414)*

*El retracto es una institución limitativa del derecho de propiedad, que por concesión legal se otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.*

*Resulta prevalente la consideración de la oportunidad del pago del precio del bien que se pretende retraer (Exp. Nº N-349-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 444)*

*No procede la sustitución de los demandantes por los demandados en una sola porción del bien sub litis, ya que por estar éste indiviso, el derecho de retracto también le asiste al copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas (Exp. Nº 2235-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 109-110)*

*La acción de retracto importa la sustitución del demandante en todos los derechos y obligaciones del comprador del inmueble que es materia de la litis.*

*Si el inmueble materia de retracto ha sido vendido en su integridad no procede que el actor pretenda retraer una parte del todo, pues se atentaría contra la unidad del contrato de compraventa (Exp. Nº 1067-89-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 417-418)*

*El Inc. 6 del artículo 1599 del Código Civil prevee el retracto a favor del propietario de un bien urbano en la venta de otro de igual clase, dividido materialmente, cuando ambos bienes están vinculados por servidumbres o servicios comunes, con el propósito de hacer desaparecer por consolidación precisamente dichas (Exp. Nº 544-93-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 427-428)*

*Si bien el derecho de retracto es en esencia un mecanismo de protección del derecho de preferencia del condómino, tal derecho se protege permitiendo que el bien retraído sea entregado al retrayente, para lo cual éste último debe reembolsar al comprador con el valor que éste hubiera pagado más los gastos sufragados dentro del plazo de Ley (Exp. Nº 1155-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 110-114)*

*La acción de retracto a quien refiere el artículo 22 del D. Ley 21938 solo resulta procedente cuando se trata de predios destinados a casa-habitación (Exp. Nº 1067-89-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 418-419)*

## LEGITIMIDAD PASIVA

### ARTÍCULO 496

*La demanda se dirigirá contra el enajenante y el adquirente del bien que se intenta retraer.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. El artículo en cuestión establece la legitimidad para obrar pasiva en el proceso de retracto. La legitimidad para obrar no es más que la afirmación de la titularidad de alguna situación jurídica, en el caso de la legitimidad pasiva, estamos necesariamente ante situaciones de deber jurídico o sujeción. En ese sentido, la ley establece que la legitimidad pasiva le corresponde al enajenante y al adquirente del bien materia de retracto. A ellos se les deberá incoar la demanda.

Debe señalarse que la norma establece un litisconsorcio necesario pasivo, ello quiere decir que necesariamente debe emplazarse a ambos sujetos, de lo contrario no se establecería una relación jurídico procesal válida. Ello implica que tanto el enajenante como el adquirente del bien forman una parte compleja (pasiva). Pese a ello, el juez tiene la facultad de integrar la relación jurídico procesal de oficio en este caso (artículo 95 del Código Procesal Civil), dado que es evidente que la sentencia va a afectar las esferas jurídicas tanto del enajenante como del adquirente.

Por otro lado, la determinación de uno de los sujetos pasivos (el enajenante) debe realizarse necesariamente al establecerse la legitimación del sujeto activo, y ello solo puede realizarse atendiendo a lo establecido en el artículo 1599 del Código Civil. Así, entre los enajenantes que constituyen esta parte pasiva de la relación jurídico procesal tenemos al copropietario, al litigante, el propietario que se encuentra en una relación de usufructo, el usufructuario, el propietario del suelo que se encuentra en una relación de contrato de superficie, el superficiario, el propietario de un predio urbano dividido materialmente en partes y que no puede hacer modificaciones a su propiedad sin afectar a los demás propietarios, y el propietario de una tierra colindante.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

Por su parte, “el adquirente”, es cualquier persona física o jurídica que adquiere el bien en copropiedad, en litigio, en usufructo, en superficie, que adquiere el predio urbano dividido materialmente o la tierra colindante. No importa si el adquirente actúa de buena o mala fe, si sabía o no de la posibilidad del ejercicio de la acción de retracto, en cualquier situación formará parte pasiva de la relación jurídica procesal.

2. La legitimación activa se encuentra regulada en el artículo 1599 del Código Civil. Se trata de la legitimación para obrar activa que no es más que la afirmación de la titularidad de una situación jurídica de ventaja (derecho subjetivo, interés legítimo) para que sea actuada por medio del proceso judicial. Así, este artículo establece la legitimidad de una serie de sujetos que, por su espacial situación en relación a un derecho real determinado, se les otorga una preferencia en la adquisición de dichos derechos por medio del ejercicio del retracto. Ellos son<sup>(10)</sup>:

a) El copropietario. Se señala que el fundamento del retracto del copropietario sería que en la práctica, un estado de indivisión es factor de perturbación social; allí donde hay condominio hay litigios, por eso el legislador busca atenuarlos por medio de la división y partición, y también por el retracto, porque evita que esos derechos pasen a terceros<sup>(11)</sup>.

Cabe señalar que la norma establece como supuesto de hecho “la venta a tercero de las porciones indivisas”. De lo que puede entenderse que no es necesario que se enajene todas las porciones no pertenecientes al retrayente, sino que basta con la enajenación de cualquier porción de la copropiedad para que surja el derecho de retracto en los demás copropietarios. Así, en el caso de que uno de cinco copropietarios enajene su porción, los demás tendrían derecho de retracto sobre dicha porción, y cualquiera de ellos podría solicitar la adjudicación de la misma. Si lo hacen dos o más, el retracto debería importar la división por partes iguales del bien entre los retrayentes, pues se encuentran en el mismo rango, salvo, claro está, acuerdo distinto.

Debe tenerse en cuenta que los bienes sociales en el régimen de la sociedad de gananciales no pertenecen en copropiedad a los cónyuges sino en propiedad

(10) Cabe señalar que, el inciso 1 del artículo 1599 del Código Civil legitimaba también al arrendatario para ejercer el derecho de retracto. Sin embargo, este inciso fue derogado por el inciso c) de la Primera Disposición Final del D.Leg. Nº 757, Decreto Legislativo Nº 757 - Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada publicado el 13/11/91. Se afirma al respecto que la derogación del inciso en mención se debe a que el legislador “quería quitarle al arrendatario el derecho que tenía de retraer conforme a la ley de la materia para otorgar seguridad jurídica a los que quisieran intervenir en el Sector de Construcción para dar viviendas en arrendamiento” (MARTINEZ COCO, Elvira. “La agonía del derecho de retracto”. En: Gaceta Jurídica. Legislación, doctrina y jurisprudencia. Tomo 31. Junio, 1996. Pág. 39 A y sgtes.).

(11) CANALES MIRANDA, Manuel. “El contrato de compra venta”. En: *Contratos. Doctrina, legislación, jurisprudencia y modelos*. Compilación de Hugo Huayanay. Libro Homenaje a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2º Ed. Editorial RAO. S.R.L. Septiembre, 2002. Pág. 99. Asimismo: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Derecho de Retracto”. Op. cit. Pág. 136.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

exclusiva a la sociedad de gananciales, por ello, no tienen derecho de retracto, sino otros mecanismos de protección, como por ejemplo la obligatoriedad de la intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición de los bienes de la sociedad, bajo sanción de ineficacia de dicho acto (art. 315 del Código Procesal Civil).

b) El litigante. En este caso se concede el retracto no solo a favor del demandado sino también del demandante, ya que puede ocurrir que la venta sea efectuada por quien ha sido demandado en vía de petición de herencia, nulidad o resolución de contrato, etc., por lo que el vocablo "litigante" comprende a todo aquel que sea parte en un proceso.

Como ha sido afirmado, es menester que se trate de una cuestión sometida a una decisión precisamente judicial, descontándose por ende el supuesto de una cuestión pendiente de decisión arbitral<sup>(12)</sup>. El bien tiene que "discutirse judicialmente", es decir, el objeto del proceso (el *petitum*) debe ser el derecho sobre un bien determinado. Sin embargo, considero que no sería apropiado ser muy rigurosos con esta regla. En efecto, con este razonamiento solo podría ejercer el retracto el litigante de un proceso de reivindicación, desalojo, mejor derecho de propiedad y procesos en donde la pretensión principal esté encaminada a determinar la titularidad de algún derecho (ya sea de propiedad o posesión) sobre el bien. Sin embargo, pueden haber procesos en donde el bien no forma parte necesariamente del *petitum*, por ejemplo, en los procesos de ineficacia de acto jurídico por extralimitación del ejercicio del poder, o los casos de nulidad de acto jurídico de venta de bien inmueble, situaciones en donde la sentencia afectará indirectamente la titularidad del bien, pero que sin duda son relevantes para su determinación, por lo que en estos casos también podría ejercerse el derecho de retracto.

c) Propietario en la venta de usufructo y el usufructuario. Se afirma usualmente que el fundamento del retracto en este caso, al igual que en los casos de copropiedad, es la consolidación de la propiedad. Así, el ejercicio de este derecho sería un medio tendiente a dar fin a una situación de dominio incompleto o limitado. En una misma persona, el retrayente, se viene a reunir los caracteres de usufructuario y propietario, los que antes se hallaban desdoblados en personas diferentes.

d) Propietario del suelo y superficiario. El artículo 1030 del Código Civil establece que puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto en contrario.

---

(12) LEÓN BARANDIARÁN, José. Op. cit. Pág. 140.

Este retracto tendría igual finalidad que la del inciso anterior, es decir, la consolidación de la propiedad, bien sea en manos del dueño del suelo o del superficiario.

e) Propietario de predios urbanos divididos en partes iguales. Se señala que este supuesto de retracto se refiere a aquellas situaciones en donde existen quintas o tugurios, siempre que los propietarios de sectores materialmente divididos no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor. De esta manera, el objetivo es hacer desaparecer por consolidación, la servidumbre o servicios comunes que vinculan a diversos predios urbanos.

Cabe señalar que no estamos ante un caso de condominio, pues la norma expresamente señala que los predios urbanos se encuentran divididos en partes. Como no hay retracto por colindancia respecto a predios urbanos, el retracto considerado en este inciso reemplaza a aquel, aunque limitativamente, pues mientras en lo que concierne a predios rústicos el retracto es posible únicamente por la condición de colindancia del inmueble, haya o no servidumbres entre ellos, en los predios urbanos es necesaria la existencia de tales servidumbres (o servicios comunes).

f) Retracto del propietario de tierra colindante. La finalidad del ejercicio del retracto en este caso sería facilitar con el trascurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable a la acumulación de la riqueza. Los requisitos para que proceda el retracto en estos casos son:

- Que ambas fincas sean de naturaleza rústica, es decir, que el carácter de finca rústica debe darse tanto en la parcela objeto de la venta como en la finca de propiedad del retrayente.
- Que las fincas sean colindantes. No basta pues que sean próximas, sino que deben tener algún límite común.
- Que la cabida de la finca que se enajene no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando las fincas reunidas no excedan de dicha unidad.
- Que la venta se haga a un extraño, no a otro propietario colindante que tenga el mismo interés.

Cabe señalar que esta lista de legitimados activamente para ejercer el derecho de retracto es evidentemente taxativa, pues constituye una excepción a la libertad de contratación, afectando al tercer adquirente de buena fe. Dado que por razones de política legislativa se ha preferido en este caso tutelar a determinados sujetos, no podría interpretarse en forma analógica o vía interpretación extensiva que otras personas con específicas situaciones en torno a un derecho real, tengan

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

el derecho de retracto (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil). Así, este derecho no se extiende al comodatario, al usuario o al simple poseedor. Asimismo, a diferencia del Código Civil de 1936, no están legitimados para interponer esta acción el socio, el propietario de un piso sometido al régimen de propiedad horizontal y el enfiteuta.

Incluso, la propia jurisprudencia ha señalado que “El retracto es acción de excepción que va contra la voluntad de los contratantes y su procedencia debe admitirse en forma restrictiva”<sup>(13)</sup>.

3. Es importante señalar que el artículo 1600 del Código Civil, establece un orden de preferencia en el caso de existir diversidad en los títulos de dos o más que tengan el derecho de retracto. En ese sentido, se establece que la preferencia atenderá al orden establecido en el artículo 1599, es decir, tendrá preferencia el copropietario, luego el litigante y así hasta llegar al propietario de tierra colindante. No existe una regla para establecer la preferencia en el caso de que concurren títulos de igual naturaleza (por ejemplo, dos copropietarios). Sin embargo, lo más idóneo en este caso sería entender que los retrayentes pueden demandar y adquirirán la parte retraída en proporción a su haber en la cosa común.



### JURISPRUDENCIA

---

*La acción de retracto importa la sustitución del demandante en todos los derechos y obligaciones del comprador del inmueble que es materia de la litis.*

*Si el inmueble materia de retracto ha sido vendido en su integridad no procede que el actor pretenda retraer una parte del todo, pues se atentaría contra la unidad del contrato de compraventa (Exp. N° 1067-89-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 417-418)*

---

(13) CASACIÓN N° 2251-97-LIMA. 05/10/1998.

## IMPROCEDENCIA

### ARTÍCULO 497

*La demanda será declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de treinta días naturales computados a partir del conocimiento de la transferencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo debe complementarse con el artículo 1596 del Código Civil. En efecto, este artículo señala que “El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho. Cuando su domicilio no sea conocido ni cono- cible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encar- gado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación”.

Se establece pues, una especie de carga para los contratantes para avisar por documento de fecha cierta a la persona que ostenta este derecho. Ello quiere decir, que mientras el retrayente no sea informado de la transacción de manera indubitable (fecha cierta) podrá ejercer el derecho de retracto y por lo tanto, la adquisición realizada de buena fe podría ser revocada, salvo que se pruebe que el retrayente conocía del contrato y han pasado 30 días desde dicho conocimiento. Sin embargo, probar este hecho sería bastante difícil

Evidentemente esta norma expresa a todas luces como el derecho de retracto afecta la seguridad jurídica, y como veremos a continuación, ni siquiera la inscrip- ción del contrato asegura definitivamente la adquisición.

2. Cabe señalar que el artículo 1597 del Código Civil establece que: “Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

caso, la presunción contenida en el artículo 2012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia”.

Según el artículo 2012 del Código Civil, se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones en los registros públicos. El artículo 1597 constituye entonces una regla especial para el caso del retracto. Así, se configura una especial protección al retrayente dado que el plazo de tres meses no se contarían –como normalmente debe suceder– desde la inscripción de la compra venta en los registros públicos, sino desde después de un año de la inscripción.

Esta protección especial, que ha sido reafirmada por la jurisprudencia<sup>(14)</sup>, nos parece excesiva y perjudicial para los adquirentes de buena fe. En efecto, con esta norma la función primordial del registro de dar seguridad jurídica a las transacciones es desvirtuada por el plazo de un año, tiempo en el cual no correrá el plazo de caducidad de 30 días para ejercer el derecho de retracto.

3. Por otro lado, es importante determinar si el plazo de treinta días es un plazo de prescripción o un plazo de caducidad. Esta diferenciación es bastante relevante puesto que si estuviéramos ante un plazo de prescripción, dicho plazo podría ser materia de suspensión o interrupción, mientras que si estamos ante un plazo de caducidad, solo se admite la suspensión por imposibilidad de demandar (artículo 2005 del Código Civil). Sin embargo, la estructura del artículo en comentario es suficiente para dilucidar el problema sin ninguna duda. Cuando señala que la demanda debe ser declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de 30 días, se está determinando un deber al juez para evaluar esta circunstancia, y teniendo en cuenta que solo la caducidad puede ser declarada de oficio, dado que la prescripción se declara sola a pedido de parte, estamos necesariamente ante un plazo de caducidad. Ello implica que presentada la demanda fuera del plazo de 30 días desde el conocimiento de la enajenación, la misma debe ser declarada improcedente (artículo 427 inciso 3 del Código Procesal Civil).

La declaración de improcedencia por caducidad implica que la demanda no puede ser planteada de nuevo, porque el derecho subjetivo que se pretendió actuar (el derecho de retracto) se extinguió por el paso del tiempo.

---

(14) “Por excepción contenida en la norma, la presunción del Art. 2012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia, es decir, se da al comprador el beneficio de hacer valer la transferencia realizada e impugnada por el retrayente, para que la oponga una vez que ésta se halle inscrita por más de un año; quiere decir que el legislador interrumpe por el plazo de un año el conocimiento que pueda imputarse al retrayente de que tiene conocimiento de las inscripciones de Registro Público, como lo establece el artículo 2012 del Código Civil” (Cas. N° 3845-2000. El Peruano 31/05/2002).



**JURISPRUDENCIA**

*Habiendo la persona que goza del derecho de retracto tomado conocimiento el 13/05/85 de la transferencia de la propiedad y habiendo interpuesto acción de retracto el 26/06/87, ha transcurrido en exceso el plazo de caducidad que señala el artículo 22 del D. Ley 21938 (Exp. N° 1787-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 63-64)*

*El derecho de retracto debe ejecutarse en el plazo de 30 días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho o del aviso publicado en el periódico encargado de la publicación de avisos judiciales (Exp. N° 1109-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 94-95)*

*Si el actor reconoce haber recepcionado la carta mediante el cual le ofrecían la venta del bien especificando el precio y la forma de pago y admite que no cumplió con responder expresando su aceptación, se concluye que declinó de esa opción, sin acreditar en contrario que los propietarios se desistieron de la venta (Exp. N° 881-93-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 412-413)*

*El derecho de retracto que establecía el D. Ley 21938 a favor del inquilino no era irrestricto, ni importaba una limitación a la libertad de contratación del propietario del inmueble, puesto que a éste se le permitía establecer las condiciones de la oferta y el plazo de la aceptación, al mismo tiempo que lo protegía aún en el caso que transfiera el inmueble sin respetar el derecho preferencial del inquilino, puesto que la norma establecía un plazo de caducidad, 60 días, dentro del cual el inquilino, una vez que tomara conocimiento de la transferencia podía ejercer su derecho de retracto (Exp. N° 572-92-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 414-416)*

*Cuando una Ley general se promulga primero y con posterioridad se da la Ley especial, se entiende que la Ley general regula todos los casos y la Ley especial un punto específico.*

*El efecto que tiene la Ley especial es crear una excepción dentro de la Ley general, la misma que no anula sino que se opone a determinado aspecto. La Ley especial prevalece sobre la Ley general.*

*Por Decreto Ley 21938 se ha creado una excepción a la Ley sustantiva por cuanto establece el plazo de 60 días para ejercitarla acción de retracto frente a los 30 días que exige el artículo 1596 del actual Código Civil (Exp. N° 2509-91-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 419-422)*

*El término de caducidad no se suspende ni se interrumpe, ya que el decurso del plazo es fatal y opera de pleno derecho.*

*Si se ha perfeccionado el contrato de compra-venta y la vendedora como la compradora han comunicado la transferencia de la propiedad al inquilino, para los efectos del retracto debe contemplarse el termino que señala el artículo 22 del D. Ley 21938 (Exp. N° 1377-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 422-423)*

*Es improcedente la demanda sobre retracto si no se contempla el plazo que señala el artículo 1596 del Código Civil (Exp. N° 454-94-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 423-424)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente a la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo. El plazo que refiere el artículo 22 del D. Ley 2 1938 es de caducidad y no de prescripción. La acción de retracto constituye una acción personal (Exp. N° 1099-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 424-425)*

*Caduca el derecho del actor para ejercitar el retracto, a que se refiere el artículo 1599 del Código Civil, transcurrido el plazo de 30 días computados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de dicho derecho o en el aviso inserto en el diario encargado de su publicación de los avisos judiciales del lugar de la situación de los bienes (Exp. N° 532-94-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 425-427)*

## PRESTACIÓN DESCONOCIDA

### ARTÍCULO 498

*Si el retrayente desconoce la contraprestación pagada o debida por el adquirente, ofrecerá hacer el depósito u otorgar la garantía que corresponda, según el caso, dentro de segundo día de su conocimiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Cómo se observó al analizar el artículo 495, constituye un requisito especial para la presentación de la demanda: el depósito de la contraprestación pagada por el adquirente, o el otorgamiento de garantía suficiente dentro del plazo de dos días, si se trataba de una contraprestación debida por establecerse un plazo para el cumplimiento.

Este artículo establece una regla frente al desconocimiento del monto pagado o debido del adquirente. En este caso, el retrayente deberá ofrecer el depósito u otorgar la garantía —de ser el caso— dentro del segundo día del conocimiento del precio efectivo. El problema de este artículo es que el momento del conocimiento del precio es bastante indeterminado y ello puede llevar a complicar más aún el panorama del ejercicio de este derecho.

En ese sentido, se entiende que la demanda debería ser admitida si se alega el desconocimiento del precio, esperando que de acuerdo al artículo 499 del Código Procesal Civil, el demandado en la contestación señale el precio efectivo. Sin embargo, esta disposición no soluciona el problema en todos los casos, por ejemplo, si la parte demandada se encuentra ausente o en un domicilio desconocido. En estas situaciones se seguiría este proceso sin tener certeza del precio de la enajenación, y por lo tanto, sin depositar ningún monto a favor del adquirente.

Una salida más idónea hubiese sido que en estos casos, luego de una tasación del bien, pueda otorgarse una garantía idónea a criterio del juez para asegurar el derecho del tercer adquirente, garantía que se mantendría hasta que efectivamente se tome conocimiento del monto del precio.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## REQUISITO ESPECIAL DE LA CONTESTACIÓN

### ARTÍCULO 499

*Si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer, en la contestación se deberá indicar expresamente esta circunstancia.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo establece un requisito especial para la contestación de la demanda, consistente en la presentación del monto del precio del bien materia de retracto. En efecto, si bien es cierto, este artículo se limita a señalar que si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida, en la contestación se deberá indicar “esta circunstancia”; debemos entender que dicha circunstancia no es más que la información acerca del precio de la compraventa sobre el bien materia de retracto.

Cabe preguntarnos qué sucede si es que se contesta la demanda, pero no se hace mención al precio del bien. Atendiendo a que de acuerdo a la sumilla de este artículo la información acerca del precio constituye un “requisito especial de la contestación”, consideramos que la omisión de esta información implicará el rechazo de la contestación, a menos que el argumento de fondo de la contestación sea la falta de enajenación del bien, pues en este caso el cumplimiento de este requisito sería contraproducente para su propia defensa.

2. En ese sentido, la presentación de la información acerca del precio representa en realidad una carga para el demandado. Así, de no cumplir con este requisito su contestación no será admitida y ello tendrá como consecuencia la declaración de rebeldía, situación procesal que implica una serie de efectos negativos en la esfera jurídica del rebelde. Así, la rebeldía implica: 1) Una presunción relativa de la veracidad de los hechos afirmados por el actor, (artículo 461, primer párrafo)

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

2) Declarada la misma, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia (artículo 460 del CPC). Este último efecto tiene como excepciones que: a) Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda, b) La pretensión se sustente en un derecho indisponible, c) La no presentación de un documento que la ley exigía para probar la pretensión, y, d) La falta de convicción del juez debidamente motivada (artículo 461).

Cabe señalar que la rebeldía es un *status* procesal, por lo que éste puede cesar cuando el demandado decida otorgar la información acerca del precio del bien materia de retracto, y ello porque de acuerdo al artículo 462 del Código Procesal Civil: “el rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que este se encuentre”. De esta manera, no puede afirmarse que en nuestro sistema el único mecanismo para evitar la rebeldía sea la contestación de la demanda, sino que cualquier tipo de incorporación en el proceso hace cesar esta situación procesal. Claro está, sin perjuicio del principio de preclusión, por el que la persona que interviene en el proceso está sometida a los plazos que ya se han iniciado con la presentación de la demanda.

## IMPROCEDENCIA ESPECIAL DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 500

*Además de los supuestos del artículo 427º, la demanda será rechazada si el retrayente no cumple con alguno de los requisitos previstos en el artículo 495º o con el señalado en el artículo 498º, dentro del plazo allí establecido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Al ser el proceso de retracto un proceso tipo especial, es natural que existan requisitos específicos con relación a la normativa general que regula el proceso civil. Así, el artículo materia de comentario establece nuevos requisitos de procedencia de la demanda.

En ese sentido, además de los supuestos de improcedencia establecidos en el artículo 427 del Código Procesal Civil, tales como la falta de legitimidad para obrar, de interés para obrar, la caducidad, la falta de competencia, la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, la imposibilidad jurídica y física del petitorio y la indebida acumulación de pretensiones, también serán supuestos de improcedencia lo establecido en el artículos 495 y 498 del Código Procesal Civil.

Así, será improcedente la demanda si no se adjunta a la misma:

- El certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante.
- Los tributos y los gastos pagados por el adquirente.
- De ser el caso, los intereses debidos por el adquirente que se hubieran devengado.

Si atendemos a que la improcedencia implica un defecto en la constitución de la misma pretensión, nos parece excesivo entender que la omisión en la

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

presentación de esta documentación debe implicar la improcedencia de la demanda. En efecto, de acuerdo al artículo 42 del Código Procesal Civil, son supuestos de inadmisibilidad:

- a) Que la demanda no tenga los requisitos legales (artículos 130 y 424).
- b) Que no se acompañen los anexos exigidos por ley
- c) Que el petitorio sea incompleto o impreciso.
- d) Que la vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.

En dicho contexto, puede observarse que la omisión de la presentación de determinados anexos es un supuesto de inadmisibilidad y no de improcedencia. Así, en el caso del retracto, lo idóneo hubiese sido establecer que la ausencia de estos anexos especiales implica la inadmisibilidad de la demanda, ello para otorgar la posibilidad de que el demandado no pierda tiempo y dinero en incoar una nueva demanda y pueda subsanar la falta de presentación de los documentos señalados.

2. El otro supuesto especial de improcedencia sería la omisión de ofrecer el depósito u otorgar la garantía que corresponda dentro del segundo día de tomar conocimiento de la prestación pagada (artículo 498 del Código Procesal Civil). Es decir, presentada la demanda en la que se alegue el desconocimiento del precio del bien, esta es procedente, sin embargo, ya sea porque en la contestación se informó del precio, o porque el accionante se entera del mismo por otro vía, si es que a los dos días de tal situación no otorga el depósito o no ofrece una garantía, entonces el juez puede declarar improcedente la demanda.

Cabe señalar que además de estos nuevos supuestos de improcedencia, el Código Civil establece en su artículo 1592, que el retracto es improcedente en las ventas hechas por remate público. La finalidad de este dispositivo es otorgar firmeza a las adquisiciones hechas en subasta pública. Cabe recordar que conforme al Código Civil de 1936, procediendo el retracto respecto de la compraventa judicial, la persona con derecho a retraer esperaba generalmente el remate y luego lo retraía. Todo ello significaba un menor precio por el bien subastado, con perjuicio del deudor agobiado por el remate y un beneficio excesivo a favor del retrayente. En este caso, es propósito del legislador otorgar seguridad al adquirente en subasta pública y aliviar la situación del deudor.

## CARGA PROBATORIA

### ARTÍCULO 501

*La carga de la prueba del conocimiento de la transferencia corresponde a los demandados.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La presentación de los medios probatorios puede ser vista de diversas ópticas, así “mientras sobre el perfil estático se habla de carga de la prueba, sobre el perfil dinámico o procesal se puede hablar de un derecho a la prueba, y correspondientemente de un deber del juez de admitir las pruebas propuestas”<sup>(15)</sup>. En ese sentido, la dinámica de la disciplina de la prueba debe ser analizada a la luz de las diversas funciones que cumple en el proceso civil. En lo que respecta a su aspecto estático y gravoso con relación a los justiciables, la prueba es una carga puesto que si bien es cierto su presentación es libre (nadie está obligado a presentar pruebas) su no presentación acarreará resultados negativos en la esfera jurídica del omiso. Así, por regla general del derecho procesal, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos (artículo 196 del Código Procesal Civil). En ese sentido, quien tiene la carga de probar es aquella persona que tiene interés en la concreción de su pretensión que tiene justamente como *causa petendi* los hechos materia de probanza. Por ello, es evidente que los emplazados en el proceso de retracto tienen interés en que el derecho de retracto caduque, para lo cual deberán acreditar que el accionante conocía de la transacción desde hace más de 30 días anteriores a la presentación de la demanda. Esta carga de la prueba tiene sentido siempre que la defensa de los demandados se base en la presentación extemporánea de la demanda de retracto, y no en otras circunstancias como por ejemplo, la inexistencia del contrato de compra venta por el cual se transfiere la propiedad.

2. Por otro lado, es importante resaltar que en general, en el proceso de retracto la prueba debe versar principalmente sobre:

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(15) SATTÀ, Salvatore. Diritto processuale civile. XIII Edizione a cura di Carmine Punzi. Cedam. 2000. Pág. 318.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

- La titularidad del retrayente. En este caso el retrayente debe demostrar que se encuentra legitimado para ejercer esta acción, y por lo tanto, demostrar que ostenta cualquiera de las calidades establecidas en el artículo 1599.
- El pago de la prestación recibida por el enajenante del bien que se pretende retraer, así como de los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, de los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado.
- La fecha del conocimiento de la transferencia del bien que se pretende retraer (a efecto del cómputo del plazo respectivo para ejercer la acción de retracto).
- La falsedad de la alegación del retrayente sobre el desconocimiento de la prestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer.

## CONCLUSIÓN ESPECIAL DEL PROCESO

### ARTÍCULO 502

*En cualquier estado del proceso el Juez puede declarar su conclusión si, habiendo indicado el retrayente desconocer la prestación pagada o debida, se acredita que la conocía o que estaba en razonable actitud de conocerla.*

*En la misma resolución el Juez le impondrá una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos del proceso. La resolución es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo regula una especie de conclusión especial en el proceso de retracto, por causa imputable a la parte demandante. Como hemos señalado al comentar el artículo 498, el retrayente puede demandar alegando el desconocimiento del monto debido o pagado por el bien materia de retracto, con la condición de que apenas tome conocimiento del mismo (más precisamente, dentro de los dos días de este hecho), otorgue el depósito o la garantía correspondiente. En este caso, el artículo materia de comentario establece que si se acredita que en realidad el retrayente tenía conocimiento o debía conocer el monto del bien materia de retracto, el juez puede declarar la conclusión del proceso.

Este artículo constituye pues una clara sanción contra el demandante malicioso o negligente que pretende utilizar el derecho de retracto como un mecanismo de enriquecimiento. En efecto, esta norma pretende desincentivar estas conductas en dos ámbitos: el conocimiento del precio (conducta maliciosa) y la razonable actitud de conocer el precio (conducta negligente). Sin embargo, aparentemente la conclusión del proceso sería una potestad discrecional del juez dado que el artículo señala que el juez “puede” declarar la conclusión del proceso por este

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

hecho, pese a ello, consideramos que lo más idóneo es entender aquí que la sola acreditación del conocimiento o la posibilidad de conocimiento del monto por parte del retrayente, obliga al juez a concluir el proceso.

2. Cabe señalar que esta declaración de conclusión especial del proceso puede realizarse en cualquier etapa del mismo. Como la norma no diferencia debemos entender que ello puede hacerse incluso en segunda instancia. Asimismo, esta norma establece que en la resolución que se declara la conclusión del proceso, el juez debe imponer una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos del proceso. Es evidente que la función de este dispositivo es sancionadora y busca desincentivar aquellas conductas maliciosas y fraudulentas en el ejercicio del derecho de retracto. Cabe señalar que en este caso no hay ningún espacio para que el juez pueda utilizar un criterio discrecional en la aplicación de la sanción (salvo la graduación de la misma, aunque la norma como vimos, establece los parámetros), esto quiere decir, que si el juez declara la conclusión del proceso tiene el deber de establecer la sanción de multa. La resolución es apelable con efecto suspensivo.

La sanción dispuesta por el juez, tiene su fundamento en el deber de todos los participantes del proceso de adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe (artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil), y en el consecuente deber del Juez de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite, bajo un rol conminatorio, como se aprecia en el inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciado por el juez de oficio. De esta manera, no repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso.

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de ésta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



**JURISPRUDENCIA**

---

*El juez puede en cualquier estado del proceso declarar su conclusión, si habiendo indicado el retrayente desconocer la prestación pagada o debida, se acredita que la conocía o que estaba en razonable aptitud de conocerla.*

*Esta declaración solo es viable cuando el retrayente no consigna el precio que haya pagado el comprador demandado, respecto al bien materia del proceso (**Exp. N° 1369-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 447**)*

## ACUMULACIÓN SUCESIVA DE PROCESOS

### ARTÍCULO 503

*En el caso del artículo 1600º del Código Civil, procede la acumulación sucesiva de procesos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo precisa la posibilidad de ejercer la acumulación sucesiva de procesos en el proceso de retracto, en el caso de la existencia de una pluralidad de retrayentes. En efecto, el artículo 1600 del Código Procesal Civil regula el orden de preferencia ante la pluralidad de retrayentes que pueden estar interesados en adquirir la titularidad del bien enajenado. Cabe señalar que el artículo en comentario se refiere a la acumulación sucesiva de procesos y no propiamente a la acumulación de pretensiones.

2. La acumulación de procesos es la reunión de distintas acciones ya iniciadas en distintos procesos, para que se continúen en un solo expediente y se decidan en un solo fallo. Así, mientras la acumulación de pretensiones (objetiva o subjetiva) tiene lugar en un solo proceso desde la presentación de la demanda o cuando se amplía la demanda o se reconviene; la acumulación de procesos supone la existencia de dos o más procesos originados ante jueces distintos, que se tramitan independientemente, pero que, por razón de su vinculación jurídica, se reúnen para que sean decididos por un solo juez, con un mismo criterio.

En ese sentido, el fundamento de la acumulación de procesos es el principio de economía procesal y el interés del Estado y la comunidad de que no se dicten sentencias contradictorias. De esta manera, se busca evitar la repetición o aumento de procesos, el recargo inútil en la labor de los jueces y, principalmente, las decisiones contradictorias que pueden recaer en esos diversos procesos, que versan sobre materias tan íntimamente ligadas entre sí.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En nuestro sistema procesal hay una confusión terminológica con relación al fenómeno de la acumulación. Así, se señala de manera general que la acumulación de pretensiones puede ser objetiva y subjetiva (artículos 85, 86 y 87 del Código Procesal Civil - CPC). Asimismo, se regula la llamada acumulación objetiva sucesiva (artículo 88 del CPC), que tendría tres supuestos: 1) Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones, 2) Cuando el demandante reconviene, 3) Cuando de oficio o a pedido de parte se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos. Los dos primeros supuestos se refieren propiamente a la acumulación sucesiva, pues no se realiza por medio de la unión de procesos, mientras el último supuesto sí estaría referido a la acumulación de procesos.

Por otro lado, el CPC también regula la llamada acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva (artículo 89), que tendría a su vez dos supuestos: 1) Cuando un tercero legitimado incorpora al proceso determinadas pretensiones, 2) Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos se reúnen en un proceso único. Aquí también puede observarse que el primer supuesto puede entenderse como una acumulación subjetiva sucesiva mientras que en el segundo sí se unen dos procesos ya iniciados.

El problema entonces es determinar si los requisitos para la acumulación de procesos son los mismos que los de la acumulación de pretensiones, teniendo en cuenta que para nuestro Código Procesal Civil la acumulación de procesos serían especies de la acumulación objetiva y subjetiva sucesivas. Si ello fuera así, entonces la posibilidad de hacer este tipo de acumulación sería bastante difícil pues los requisitos para la acumulación de pretensiones regulados en el artículo 88 del CPC serían: la misma competencia, la misma vía procedimental, y la no contradicción entre las pretensiones, y ello evidentemente es imposible para la acumulación de procesos pues las pretensiones de cada proceso serían en el mayor de los casos contradictorias (por ejemplo, si se quiere acumular un proceso de nulidad de contrato con uno de cumplimiento del mismo contrato). Por otro lado, si tratamos de acumular procesos de acuerdo al artículo 98 del CPC, los requisitos de la acumulación serían: provenir del mismo título, referirse al mismo objeto, la conexidad y los requisitos ante señalados. Con estos requisitos también sería muy difícil realizar la acumulación de procesos, así por ejemplo en el caso del retracto, las pretensiones de diversos retrayentes pueden provenir de títulos distintos (de copropietario, superficiario, usufructuario, etc.).

En dicho contexto, debemos desvincular los requisitos de la acumulación de procesos con aquellos de la acumulación de pretensiones, por lo menos, de forma rigurosa. En ese sentido, el artículo 90 del CPC, que regula los requisitos de la "acumulación sucesiva de procesos", se limita a señalar que el pedido de la misma se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de la contestación si la hubiere, no señalando si los procesos que se

pretenden acumular deben seguir la misma vía procedimental, por el contrario, el último párrafo del artículo 89 del CPC deja entrever que el requisito de la misma vía no sería necesario pues señala que: “atendiendo a la conexidad y a la eventual diferencia del trámite de los procesos acumulados, el Juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia”; es decir, si se prevé la posibilidad de desacumular porque los procesos tenían un trámite distinto, es totalmente válido la acumulación de procesos con estas características. Sin embargo, considero que ello es válido cuando se acumula los procesos en aquel que tiene mayor alcance (en este caso, por ejemplo, en el proceso abreviado), ello para “respetar las reglas de la economía y de la celeridad procesales –fundamento y única razón de ser de este tipo de acumulación– sin detrimento del derecho de defensa del demandado, que así puede mejorar sensiblemente en orden a plazos, defensas y recursos oponibles”<sup>(16)</sup>.

3. En dicho contexto, es posible la acumulación de procesos en el caso del retracto, por ejemplo, si se instaura un proceso de retracto del copropietario sobre un la porción que ha sido enajenada por el otro copropietario, y además se había ya instaurado el proceso de retracto por parte del usufructuario del bien; entonces por razones claras de economía procesal el juez podrá acumular los procesos. Ello evidentemente también sucederá en los casos en los que se haya instaurado procesos autónomos de retracto por parte de personas que tienen el mismo rango de preferencia (por ejemplo, los copropietarios).

---

(16) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil. Segunda Parte. Reimpresión. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004. Pág. 236.

## Sub-Capítulo 2º

# TÍTULO SUPLETORIO, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y RECTIFICACIÓN O DELIMITACIÓN DE ÁREAS O LINDEROS

## TRAMITACIÓN

### ARTÍCULO 504

*Se tramita como proceso abreviado la demanda que formula:*

- 1. El propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente;*
- 2. El poseedor para que se le declare propietario por prescripción; y,*
- 3. El propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten éstos mediante deslinde.*

*Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.F.P.C. México arts. 513-520

---

## Comentario

1. El artículo acoge tres supuestos relacionados con el perfeccionamiento de la propiedad. Uno de ellos, es el título supletorio, que parte de la existencia de un propietario, pero que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente. Véase que la norma hace referencia al propietario que adquirió la propiedad por transferencia, no al propietario por usucapión del que se ocupa el inciso 2 siguiente.

En el caso de los bienes inmuebles, la transferencia de propiedad aparece regulada en el artículo 949 CC así: “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. En estos casos, lo que se busca no es el reconocimiento de su condición de propietario, porque este ya lo es a partir de la transferencia, sino tener un título –llámese documento– que le acredite como tal. Bajo este contexto, el actor al formular la demanda la dirige contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores, según el caso.

En el caso de bienes muebles la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición del acreedor (ver artículo 947) sin embargo, a pesar de haber operado la transferencia, lo que se busca con el título supletorio, es que el nuevo propietario de este bien, que carece de documentos que acrediten su derecho, cuente con ellos.

Ahora bien, contar con la documentación que acredite la condición de propietario del bien, sea inmueble o mueble, va a permitir que, en el supuesto de la concurrencia de acreedores sobre el bien, se aplique la regla contenida en los artículos 1135 y 1136 CC. En el caso de los bienes inmuebles, la preferencia se establecerá a favor del acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en su defecto de inscripción, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. En el caso de bienes muebles, se prefiere el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta mas antigua.

En los contratos de compra venta, señala el artículo 1412 CC, que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida, por la Ley o por convenio. Dicha formalidad puede consistir en el otorgamiento de escritura pública sobre dicha compra venta, para lo cual, se busca perfeccionar dicha transferencia recogida en un documento privado (minuta) en un documento público (escritura pública).

Frente a lo expuesto, no compartimos el criterio de la Casación N° 43-2002-CAJAMARCA del 18 de mayo de 2004 (El Peruano, 01/12/2004) que sostiene que el propietario de un inmueble que no cuente con un título que lo acredite como tal, también puede accionar la prescripción adquisitiva. La Sala Suprema señala que, por lo general, la acción de prescripción adquisitiva se inicia por el poseedor del bien a efectos de acceder a su propiedad, sin embargo, dicha acción también puede ejercerla el propietario que teniendo justo título y buena fe, no cuenta con las pruebas que lo acreditan como propietario. Para la Sala Suprema la prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma de adquisición de la propiedad a fin de consolidar la posesión o propiedad que ejerce una persona. No siempre

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

implica un cambio de propiedad, sino que sanciona una modificación anterior que no puede acreditarse por prueba alguna; por lo que la prescripción no haría otra cosa que suplir la falta de prueba. En ese sentido, quien tiene justo título y buena fe, como por ejemplo un propietario, estará facultado para accionar la prescripción adquisitiva de dominio.

Otro criterio polémico también se aprecia en la Casación N° 1043-2001 PUNO de fecha 5 de Septiembre de 2002 (publicada en El Peruano, 1 de junio de 2004. En ella la Sala Suprema señala que para solicitar se declare la prescripción adquisitiva sobre un bien inmueble, este debe encontrarse inscrito en los registros, pues, si el inmueble no está inscrito, debe acudir al proceso sobre títulos supletorios.

2. El otro supuesto que recoge la norma es el poseedor que busca se le declare propietario por prescripción<sup>(1)</sup>.

La prescripción adquisitiva –calificada de usucapión– es apreciada como una forma de adquirir la propiedad de un bien por efectos del tiempo. El tiempo puede operar para crear o extinguir derechos. Si bien la prescripción extintiva priva de efectos a pretensiones reales o personales antes existentes, la prescripción adquisitiva está referida solo a derechos reales. Se configura conjugando la inercia del titular despojado con la posesión de quien se arroga el derecho, generando con la usucapión una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria del anterior dueño.

Los artículos 950 y 951 del Código Civil, hacen referencia a la usucapión, precisando que se adquiere por prescripción un bien, sea mueble o inmueble, mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario, en un tiempo de Ley.

El estado de hecho que se prolonga en el tiempo se convierte en estado de Derecho. Para Albaladejo<sup>(2)</sup>, el usucapiente durante ese tiempo y con esas condiciones aparece, figura, actúa o viene comportándose como titular del derecho, esto es, como dueño de la cosa que sea; y ese derecho que realmente no le pertenecía, se convierte en suyo en virtud que ha venido apareciendo como si le correspondiese.

La usucapión es un modo originario de adquirir el derecho usucapido, pues su adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera sino que se convierte en titular del

---

(1) El comentario en este acápite han sido reproducidos en Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, 2007, N° 100, pp.195-207.

(2) Albaladejo Manuel, Derecho de bienes, t.3, v.1, Bosch, Barcelona, 8 ed, p. 166.

mismo, con independencia que antes lo fuese otra persona, porque ha venido comportándose como tal. Y, es como consecuencia que un nuevo derecho, incompatible con el anterior, se establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien ante lo tuviera sobre la misma.

Hay diversas opiniones que tratan de justificar la razón de ser de la prescripción, como la de García Goyena<sup>(3)</sup> que la califica como pena a la negligencia del antiguo propietario y a la presunción *iuris et de iure* que el antiguo propietario ha cedido su derecho o dominio al poseedor de la cosa. Otras opiniones sostienen que el ordenamiento jurídico ha puesto fin al estado precario de la propiedad, tan funesto para la paz y prosperidad del Estado.

Para Díez-Picasso, el centro de gravedad de esta institución, no se coloca en la conducta omisiva del titular como en la continuada posesión del usucapiente; lo que se protege no es el futuro inejercicio de un derecho conocido sino la seguridad del tráfico jurídico, esto es, que la persona no se vea de repente sometida a pretensiones insesperadas de terceros; que la publicidad que otorga una continuada posesión pueda ser considerada por todos como dominio.

En opinión de Albaladejo<sup>(4)</sup>, el fundamento de la usucapión radica en la seguridad del tráfico. En principio es aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado: "la usucapión se basa en la necesidad de dar certidumbre a los derechos, o dar fijeza a las situaciones jurídicas, lo que es exigido por el interés público; otras se dice que su fundamento es la presunción que el derecho que se trata fue abandonado por su titular. Más, esto, es inexacto, ya que lo que importa es algo objetivo, que este no haya sido utilizado, aunque demuestre después hasta la saciedad que quería conservarlo. Ahora bien, la expresión presunción de abandono puede aceptarse que recoja el fundamento de la usucapión en el sentido que, si no se usa el derecho, es presumible que se abandonó, y sobre esa presunción fija como regla que los demás puedan adquirir usándolos, como si fuesen suyos, los derechos que sus titulares han abandonado presumiblemente".

Según Lacruz Berdejo<sup>(5)</sup> "se reconoce la existencia de la prescripción como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de derecho la que solo será de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos todos estarían expuestos a la incertidumbre e inseguridad impropias de lo que constituye su esencia. La prescripción está encaminada a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos

(3) Citado por Lacruz Berdejo, Jose Luis, Derecho Reales, v.1, 3 ed, Bosch, Barcelona, 1991, p. 187.

(4) *Ibidem*.

(5) *Op. cit.* p. 188.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida: aun cuando estas no se ajusten siempre a estricta justicia, hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una estabilidad indefinida”.

3. En la Casación N° 766-2004-Lima de fecha 26 de mayo de 2005, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema aparecen los votos en discordia de los jueces de la Corte Suprema: (24 de agosto 2004) sostienen lo siguiente<sup>(6)</sup>:

1. La sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues, es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular.
2. Si no existe sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, se encuentra expedita a favor del propietario, la misma que es imprescriptible.
3. La posesión pacífica debe prolongarse incluso una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la Ley. Esta debe hacerse extensiva y ser permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda para que se declare la propiedad por prescripción.
4. Es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido, en atención a los atributos que otorga el artículo 923 CC.
5. La concurrencia de los requisitos de continuidad, pacificidad y publicidad de la posesión deben configurarse dentro del período establecido para la prescripción, cumplidos los cuales, se genera un “derecho expectatio” sobre el derecho de propiedad que necesariamente debe ser declarado por la autoridad competente, mediante sentencia firme que declare propietario al beneficiario.

3.1) Dice el considerando 7 de la discordia que “no basta que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión, por el período de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso y que, por tanto, resulte meramente declarativa la sentencia que señala al poseedor beneficiario como propietario; toda vez que la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular”.

Al respecto no compartimos dicha posición, de calificar a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva como una decisión constitutiva. Las sentencias

---

(6) Los comentarios a dicha casación, que en parte se reproducen en este comentario, aparecen publicados en Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, 2007, N° 100, pp.195-207.

declarativas, buscan se reconozca una situación de hecho que se viene generando y que se sigue manteniendo; en cambio, la sentencia constitutiva, busca alterar (cambiar, modificar, extinguir) la relación jurídica preexistente. Es a partir de la declaración de la jurisdicción que la relación jurídica se alterará, por ejemplo, la sentencia que declara el divorcio es constitutiva, pues, a partir de la declaración se disolverá el vínculo conyugal; en cambio la sentencia declarativa, reconoce una situación de hecho que se viene dando, no a partir de la declaración de la sentencia, sino antes de ella, por ejemplo, la nulidad absoluta de un acto jurídico es declarativa, pues, reconoce un efecto que aparece desde el primer momento de su celebración, como es la nulidad, y lo único que hace la jurisdicción es verificar dicho efecto que ya se viene dando. No crea ni altera nada.

La prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad y se sustenta en la posesión de un bien por un determinado lapso de tiempo, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por Ley. El adquirente por prescripción se proclama y reputa propietario si cumple con los requisitos del artículo 950 CC. La sentencia judicial no es constitutiva de derecho sino declarativa del mismo, a tal punto, que dicho reconocimiento también puede operar notarialmente.

El derecho de propiedad se adquiere por una situación de hecho, como es la posesión continua y pacífica, pero como propietario, no como un simple poseedor, esto es, con poderes no solo de uso, disfrute sino hasta de disposición del bien; ese ejercicio de hecho "como propietario" debe ser público para que se configure la prescripción adquisitiva. Esto implica que no todo poseedor puede adquirir la propiedad por prescripción sobre el bien que posea, sino que este poseedor debe comportarse como un propietario. Nótese que no todos los poseedores pueden adquirir por prescripción el bien, esto es, el mero ejercicio de la posesión, entendida esta como el ejercicio de hecho de uno o más poderes de la propiedad lo califica como tal; véase el caso del poseedor inmediato del mediato. Aquí no opera la prescripción adquisitiva pues, la posesión del inmediato se realiza de manera temporal y en virtud de un título que obliga a la devolución del bien (ver artículo 905 CC); en el caso del servidor de la posesión a que refiere el artículo 897 CC, si bien aparentemente se podría apreciar como poseedor del bien, este no lo es jurídicamente, pues, conserva la posesión en nombre de un tercero y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas. En igual forma, en el caso de la coposesión, tampoco opera la prescripción sobre los bienes comunes, por más que uno de los co-propietarios sea el que lo disfrute. (ver artículo 985 CC)

La prescripción adquisitiva es un hecho jurídico voluntario orientado al ejercicio de los poderes de la propiedad de manera pública, continua y pacífica, por parte del poseedor, quien bajo la influencia del tiempo (expresado en un plazo legal) se convertirá en propietario del bien poseído. La propiedad por prescripción se adquiere con la satisfacción de los supuestos señalados y que recoge los

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

artículos 950 y 951 CC, no siendo necesario para que se configure tal situación jurídica el reconocimiento de la jurisdicción. Esta opera, y genera sus efectos como tal, al margen de la declaración de esta, por ello, se considera que las sentencias que amparan la prescripción adquisitiva, son meramente declarativas y no constitutivas como sostienen los citados jueces de la Corte Suprema, pues, no se requiere de un pronunciamiento judicial para que se modifique o altere la condición del anterior propietario a favor del poseedor. Este es propietario, por el solo hecho del tiempo y las condiciones que establece la Ley para su ejercicio.

3.2) El considerando 7 de los votos en discordia sostiene que “en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra expedita a favor del propietario, siendo a tenor del artículo 927 CC, imprescriptible”.

Esta afirmación tampoco lo compartimos pues la adquisición por prescripción adquisitiva se produce *ipso iure*, tan luego se cumple el plazo que la ley fija, por tanto, aquel deviene desde ese momento titular del derecho que usucapió y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo. Debe apreciarse que frente a toda posición jurídica de poder corresponde, en la relación jurídica en que se inserta el derecho subjetivo una situación de deber (es decir, la necesidad o exigibilidad de observar cierto comportamiento impuesto por el Derecho) que compete a alguien, ante quien se hace efectivo aquel poder. Para Lacruz<sup>(7)</sup>, el ámbito de poder que tiene el sujeto no solo se ejerce sobre algo (objeto) sino también frente a alguien: al poder de uno es correlativo el deber de otro.

Ahora bien, si alguno lo desconoce o niega o perturba, y para defenderlo, el usucapiente hubiese de demostrar que le pertenece, habrá de alegar y probar la usucapión, a menos que, por otra razón se presuma que le corresponde. De ahí que el artículo 952 CC parte del supuesto que quien recurre a la jurisdicción para que se le declare propietario, es ya propietario. Textualmente dice: “quien adquiere un bien por prescripción” puede entablar juicio para que se le declare propietario, esto es, para que se le reconozca la situación jurídica de propietario, que ya lo tiene con antelación. La sentencia no le va a convertir en propietario, porque el poseedor ya es propietario. Lo que se busca es obtener un medio de prueba que demuestre el derecho ya obtenido, de tal manera, que aún sin reconocimiento judicial, el poseedor es propietario por prescripción adquisitiva. El derecho ya está ganado, solo se requiere de una sentencia firme para crear un título en Registros Públicos y oponer el derecho ganado frente a terceros. Como dice el artículo 952 CC: “la sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

---

(7) Op. cit. p. 96.

El citado considerando 7 sostiene que “en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra expedita a favor del propietario”. Esta afirmación tampoco es cierta, porque la acción reivindicatoria operará hasta antes que se hubiere materializado la prescripción adquisitiva, luego de ella, ya no cabe reivindicación, pues, el poseedor es propietario del bien, y por tanto, como señala la segunda parte del artículo 927 CC no procede reivindicación contra aquel que adquirió el bien por prescripción. Esto implica, que si el poseedor al momento de la demanda de reivindicación, había adquirido la propiedad por prescripción, podría oponer la excepción de legitimidad activa al anterior propietario, para la cual, la actividad procesal que se desarrolle contra el demandado, deberá tomarse como una carga<sup>(8)</sup> para este (caso contrario, estaría dejando pasar una posición ventajosa o una oportunidad de hacer valer su propio derecho); situación distinta es, si todavía no hubiere transcurrido el plazo legal de la prescripción, porque allí estaríamos ante un caso de interrupción del plazo prescriptorio, a que hace referencia el artículo 953 CC.

Otra alternativa que tuviere el poseedor propietario sería la de plantear la prescripción adquisitiva a través de la reconvencción frente a la pretensión de reivindicación del anterior propietario. La demanda de reconvencción que ejerce el demandado poseedor opera cuando este es demandado por el propietario en acción reivindicatoria y este lo contrademanda afirmando que el bien ya fue adquirido por prescripción.

Resulta interesante apreciar la experiencia Colombiana que sobre el particular se ha desarrollado mediante la Ley 791 del año 2002, cuando el demandado en la contestación de la demanda simplemente alega la prescripción sin contrademandar. Velásquez<sup>(9)</sup>, nos señala que en casos como ese, el juez antes de la vigencia de la referida Ley, solo se limitaba a enervar la pretensión sin declarar el dominio en el prescribiente, el cual, para poderlo lograr, necesitaba indefectiblemente una acción posterior. Mediante la referida Ley 791, señala Velásquez, “permite al demandado, con una clara finalidad de economía procesal, excepcionar la prescripción, con la prueba, claro está, de la posesión ejercida y los demás requisitos legales, y el juez, ante el acerbo probatorio presentado, declara el dominio”.

La posición que esgrimen los Jueces supremos de nuestro país de considerar como constitutivas las sentencias en la prescripción adquisitiva, aparecen superadas en otros pronunciamientos judiciales, como la de la Corte Suprema

(8) La carga debe entenderse como la ocasión de la pérdida de una posición ventajosa o de una oportunidad de hacer valer el propio derecho. Véase el caso del demandado. Este no está obligado a contestar la demanda y su conducta cuando no contesta no es antijurídica pero pierde la posibilidad de hacer valer las excepciones y argumentos que tuviera para conservar de su pretendido derecho.

(9) Velásquez Jaramillo Luis Guillermo, Bienes, 10 ed, Comlibros, Medellín, 2006, p. 420.

Colombiana que en reiterados pronunciamientos ha señalado<sup>(10)</sup> “la jurisdicción del Estado por conducto del funcionario competente, no crea con la sentencia que en el respectivo proceso de pertenencia se profiera el derecho real que ya había sido adquirido por el prescribiente, si este así lo demuestra, sino que tan solo tiene carácter declarativo del mismo, jamás constitutivo del derecho”.

En otro fallo señala: “la sentencia que se profiera dentro del juicio de pertenencia, es de carácter meramente declarativo, o sea, que está encaminada a reconocer jurídicamente una situación fáctica preexistente que no resulta alterada por la decisión judicial que así lo admita. De ahí que se diga que se hace propietario de un inmueble por usucapión, quien se encuentre en las circunstancias antes señaladas, independientemente que se le haya declarado judicialmente como tal o no. De igual modo, la inscripción de la sentencia estimatoria de las pretensiones del poseedor en la oficina de registro pertinente, tiene una preponderante finalidad de publicidad que le permite al poseedor legitimarse para actuar en el tráfico jurídico como dueño, generando, por tanto, la seguridad suficiente frente a los terceros, quienes, en ese orden de ideas, podrán tener certeza de la calidad con la que obra el actor, sin que pueda decirse, entonces, que esa inscripción ostente el carácter de tradición; desde luego que, como es palpable, se trata de distintos modos de adquirir el dominio, pues mientras esta, la tradición, es la forma como se cumplen las obligaciones que tienen por objeto prestaciones de dar, la usucapión es la forma de hacerse dueño mediante la posesión en los términos y circunstancias prescritos por la Ley; de manera que cuando se profiere la sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, el modo ya se ha operado mediante la prescripción adquisitiva...”.

3.3) Señala el considerando 10 “habiéndose establecido que el actor antes de interponer la presente demanda sobre prescripción adquisitiva de dominio fue emplazado judicialmente para que desocupe el predio objeto de litis, tal hecho ha perturbado la posesión del demandante, por la que ella ha dejado de ser pacífica”.

Debemos reconocer que uno de los supuestos para que opere la prescripción adquisitiva es que la posesión se ejerza de manera pública y pacífica. En la Casación N° 1992-2003-TACNA del 26 de abril de 2004 (El Peruano, 30/09/2004) la Sala Suprema sostiene que el requisito de la posesión pacífica y continua para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva, se interrumpe por la existencia de un proceso judicial en el que se discute el derecho de quien pretende la prescripción adquisitiva sobre el bien. En lo que respecta a la posesión pacífica, la Sala precisa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún tipo de conflicto con los derechos de

---

(10) Los pronunciamientos que se citan de la Corte Suprema Colombiana aparecen reproducidos en el trabajo de Velásquez, op. cit. pp. 422-423.

los demás. Esta posesión pacífica se vulnera cuando ella es cuestionada a través de algún proceso judicial sobre el bien materia de prescripción adquisitiva que se hubiera instaurado en contra de quien pretende que se le reconozca este derecho.

Torres<sup>(11)</sup> al referirse a estos supuestos señala que la posesión es pública cuando los actos de ejercicio de la posesión no son ocultos. La publicidad es una cualidad que acompaña a la posesión desde su origen y durante su transcurso. La publicidad se exterioriza mediante el uso normal del bien de acuerdo a su naturaleza y destino. La posesión pública conduce a adquirir la propiedad por usucapión. Precisa que la posesión clandestina, oculta, no es protegida por el Derecho y no es una posesión *ad usucapionem*. Por ejemplo, el guardián nocturno de un garaje que utiliza los automóviles para dormir unas horas. Si el propietario retira al guardián del automóvil no se puede sostener que tiene derecho a ser respetado en su posesión.

En cambio, la posesión pacífica es descrita por Torres<sup>(12)</sup>, cuando es adquirida conforme a derecho sin lesionar la posesión de otro, por ejemplo, la posesión del usufructuario. Esta posesión es *ad usucapionem*. La posesión no pacífica es la obtenida invadiendo la esfera posesoria de otro, aun cuando no se utilice la violencia. Toda posesión violenta es no pacífica, ya se trate de la violencia física o de la intimidación, pero puede haber posesión no pacífica sin que para ello medie violencia, como la derivada del derecho que tiene el acreedor de retener el bien de su propiedad de su deudor cuando este no ejecuta la prestación debida.

En el caso en comentario, consideramos que la posesión pacífica se ve alterada cuando, dentro del plazo legal fijado para la prescripción, se busca recuperar el bien, situación que no se justifica si luego de haber concluido el plazo de prescripción, se pretende obtener la desocupación del bien. Aquí ya no cabe hablar de la interrupción de la prescripción, pues, no hay ningún plazo que paralizar sus efectos, pues ellos ya se produjeron.

La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de juez incompetente. La citación adelanta los efectos de la cesación física de la tenencia, arrebatándole desde entonces virtualidad prescriptiva.

Para Lacruz<sup>(13)</sup>, la interrupción civil se produce mediante la comunicación al poseedor que no modifica físicamente su tenencia pero que le hace saber su oposición judicial, provoca un cambio en la condición del bien, que pasa a ser litigioso. "Los efectos son relativos, como no se interrumpe de hecho la posesión,

(11) Torres Vásquez Anibal, Derechos Reales, t.1, Idemsa Lima, 2006, pp. 358-359.

(12) *Ibidem*.

(13) *Op. cit.* p. 203.

la tenencia no reclamada puede ser eficaz y válida para usucapir frente a cualquier sujeto distinto del reclamante. Si el verdadero usufructuario de una cosa que yo poseo como dueño, sin serlo, se limita a reclamarme judicialmente su derecho, mientras se sustancia el pleito yo estoy usucapiendo la nuda propiedad, puesto que tengo una posesión de ella no afectada por la reclamación de aquél”.

La cesación de la posesión es la única causa que en rigor interrumpe la usucapión. Cuando la cesación adviene por vía judicial, en definitiva solo es la sentencia la que interrumpe la prescripción. Iniciado el procedimiento el usucapiente no puede durante él consumir la usucapión. Se abre un paréntesis en la vida de la usucapión, paréntesis que solo la sentencia cerrará. El pronunciamiento de la sentencia debe referirse al derecho del actor, derecho real incompatible con la posesión del demandado en concepto de dueño. En la interrupción civil, la sentencia solo interrumpe la prescripción a favor del litigante victorioso que además sea titular. La demanda para interrumpir la posesión civil, ha de tener como contenido real, relativa a los bienes poseídos; siendo demandante el verdadero titular cuyo derecho resultaría extinguido por la usucapión y demandado el usucapiente.

Para Albaladejo<sup>(14)</sup>, “subsiste la posesión, pero se le priva de los efectos para usucapir, por que así se evita que se consuma la usucapión por seguir poseyendo el usucapiente desde que se le reclamó hasta que si el reclamante lleva razón, recaiga resolución que prive efectivamente de la posesión de aquél. Ya que sería injusto que, por retardarse esta resolución, pierda la cosa por usucapión quien la reclamó antes de haber transcurrido el tiempo necesario para que el otro la usucapiera”.

Lo que ocurre es que la litispendencia que se produce desde la presentación de la demanda, deja en suspenso los efectos de la posesión (entre ellos, el que siga corriendo la usucapión) hasta que quede resuelta la reclamación, y cuando la resolución sea favorable al reclamante, se entiende que lo fue desde que la demanda se presentó. La interrupción debe de producirse antes que haya transcurrido el plazo de la usucapión. Ello es obvio, pues si tiene lugar después, está ya consumada, y el acto interruptivo no interrumpe nada.

En conclusión, consideramos que la posesión pacífica no debe prolongarse hasta la fecha de la interposición de la demanda para que se declare la propiedad por prescripción. Esta se agota con el plazo de prescripción legal, al margen que exista o no reconocimiento judicial contenido en una sentencia. De ahí que no compartimos el considerando octavo que dice: “no existe en autos interpretación errónea del artículo 950 CC, cuando el Colegiado superior señala que la posesión pacífica que exige la norma acotada, para el caso concreto, debía prolongarse

---

(14) Op. cit. p. 191.

incluso una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la ley y que siendo así esta debería hacerse extensiva y permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda en la que se pretende la declaración judicial de propiedad por prescripción”.

Por otro lado, sostienen los jueces supremos: “una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la ley (...) esta debía hacerse extensiva y permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda en la que se pretende la declaración judicial de propiedad por prescripción” (ver considerando octavo).

Bajo ese criterio se estaría configurando dos plazos legales para la prescripción. Uno, preestablecido, que materializa la adquisición por prescripción y el otro, sin límite pero condicionado a la interposición de la demanda. La redacción, tanto del artículo 950 como 951 del Código Civil establecen que opera la prescripción por la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante el plazo legal; en ningún momento se amplía el plazo legal hasta la fecha de la interposición de la demanda. Cuando esto ocurre, ya la prescripción ha operado, por eso el artículo 952 CC parte del siguiente supuesto: “quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario”, esto es, el futuro demandante de la prescripción adquisitiva, parte del supuesto que ya ha adquirido la propiedad del bien por prescripción y lo que busca de la jurisdicción es solo su reconocimiento, su declaración como tal.

En la Casación citada, no solo sostienen que la posesión pacífica debe prolongarse incluso una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la Ley, sino que “debía hacerse extensiva y permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda en la que se pretende la declaración judicial de propiedad por prescripción”.

Asumir los criterios jurídicos de los citados jueces supremos nos llevaría a sostener la concurrencia de dos plazos para la prescripción. Uno legal, que es el originario que fija en los artículos 950 y 951 del Código Civil y otro, que según criterio de los citados jueces, ¿es un nuevo plazo o continúa este? hasta el momento de interponer la demanda de prescripción.

En atención al criterio que asumen, consideran que si los demandantes ocupan un bien por más de diez años, sin haber demandado judicialmente la prescripción adquisitiva, posteriormente a dicho plazo legal, si han sido demandados por desalojo por sus anteriores propietarios, hace que la demanda de prescripción adquisitiva no prospere por haberse alterado la posesión pacífica, a pesar que dicha alteración haya sucedido luego de agotado el plazo legal de prescripción. Según el criterio que exponen, y sin mayor distinción, consideran que durante el plazo posesorio, no debe alterarse la posesión pacífica, sin tomar en cuenta si dicha alteración acaeció bajo el plazo legal o cuando este ya se había agotado.

Sostienen que la demanda de desalojo interpuesta antes de la presentación de la demanda de prescripción adquisitiva determinó que la posesión dejara de ser

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

pacífica y, por tanto, no puede ampararse la acción (sin tomar en cuenta si la alteración acaeció dentro del período legal de prescripción) pues transcurrido dicho plazo no debe ser de exigencia dicha condición porque la adquisición de la propiedad ya operó. Ella no está condicionada a que se siga extendiendo las condiciones del artículo 950 CPC hasta el momento de la interposición de la demanda, pues, este derecho ya se adquirió y lo que se busca es precisamente el reconocimiento de dicha relación jurídica.

Por último, tampoco compartimos el criterio que se expone en el considerando 12 que sostiene que es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido, en atención a los atributos que otorga el artículo 923 CC. El ejercicio de esos atributos son ejercidos sin reconocimiento judicial, esto es, el poder de usar, disfrutar y disponer del bien, perfectamente puede materializarse, sin declaración judicial. Reiteramos, el derecho ya existe y se viene ejerciendo como tal. No requiere de una sentencia, para que se configure como tal, y para usar y disfrutar e incluso disponer del bien.

La adquisición del usucapiente se produce *ipso iure*, tan luego se cumple el plazo que la ley fija, por tanto, aquél deviene desde ese momento titular del derecho que usucapió y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo.

Ahora bien, si alguno lo desconoce o niega o perturba, y para defenderlo, el usucapiente hubiese de demostrar que le pertenece, habrá de alegar y probar la usucapión, a menos que, por otra razón se presuma que le corresponde.

Si se trata de probar que se tiene el derecho que se dice haber usucapido, la prueba de la usucapión corresponderá al que afirma tener tal derecho, pero, lo que se busca en la demanda de prescripción adquisitiva no solo es probar el derecho que se alega, sino en esencia, busca la destrucción del título, pues, el derecho ya está ganado y no está condicionado a su reconocimiento para que exista como tal.

Compartimos la opinión de Albaladejo<sup>(15)</sup>, cuando señala: “la cesación de la inscripción acontece desde que se destruye. Además, ciertamente que, por las reglas generales, una vez demandada judicialmente su anulación, queda pendiente del fallo de los tribunales, que cuando recaiga será eficaz para anularla desde que se demandó (aparte, se sobreentiende, de la protección a los terceros). Así que la inscripción, en definitiva vendría a perder su condición de título por lo menos desde que se solicitó su cancelación. Pero hay más, como si se inválida lo es desde que padece la causa de invalidez que sea, el efecto que esto se declare debe remontarse a desde cuando la causa existe. Pensar otra cosa,

---

(15) Op. cit. p. 211.

por ejemplo, que mientras que la inscripción no se declaró nula, hubo un título válido, sería como pensar que en la usucapión extraregstral con un título nulo este es válido hasta que se declara nulo, lo cual no es cierto, pues lo que realmente habría, sería un título aparentemente válido, pero realmente inválido”.

A consecuencia de lo dicho, sostiene Albaladejo<sup>(16)</sup> los actos que el titular del derecho realizó durante el período de usucapión (período en el que aquél correspondía todavía a él, y no al usucapiente) devienen inválidos. Sin embargo, si con motivo de ellos alguien comenzó a usar de algún poder sobre la cosa (por ejemplo, el dueño otorgó una servidumbre a favor del predio vecino, y el propietario de este empezó a utilizarla sin oposición del usucapiente) y esta fue poseída por el usucapiente, como gravada con él, subsiste después de la usucapión, porque constituido por quien podía hacerlo, dio lugar a que aquél poseyese la cosa como gravada, y, por tanto, no lo adquiriese como libre.

Esto implica para el citado autor que los gravámenes que limitasen el derecho del dueño anterior, no limitarán, en cuanto tales, el que el usucapiente adquiere (ya que no recibe la propiedad de aquel, sino que adquiere una nueva) pero como recaen directamente sobre la cosa, si se siguieron ejercitando sobre ella y el usucapiente no la poseyó como libre, sino como gravada, adquiere una propiedad gravada, no por razón de que lo estuviese la anterior, sino a causa que poseyó la cosas como no libre.

Considera Albaladejo<sup>(17)</sup>, que la regla que se usucape tanto cuanto se posee se refiere, no solo a la extensión en cuanto al objeto poseído (si poseí únicamente media finca, no usucapo el resto), sino también a la amplitud en cuanto al poder poseído (si poseo la finca como libre de gravámenes, usucapo la propiedad plena). Dice que las posibles restricciones que el primitivo titular de la cosa usucapida tuviese en orden a esta (así, por ejemplo, la administración de la misma no podía llevarla por sí solo, sino que, por ejemplo, en el testamento en que se le legó aquella, se establecía que debía administrarla juntamente con otra persona designada por el testador), desaparecen para el usucapiente que poseyó libre de ellas. Si se usucape libre de poderes reales, más aún de cualesquiera otros.

En conclusión, de todo lo expuesto se sostiene lo siguiente: a) La pretensión que busca la prescripción adquisitiva en la jurisdicción no es constitutiva, pues, no busca modificar o alterar la relación jurídica existente, todo lo contrario, tiene como objeto obtener el reconocimiento del derecho de propiedad, del que se goza por el transcurso del tiempo y por haber sido ejercido bajo una posesión pacífica, continua y pública; b) La usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad. No

(16) Op. cit. p. 172.

(17) Op. cit. p. 174.

se basa en derecho anterior alguno, pues, no hay transferencia, sino la mera conversión en titular del mismo, con independencia que antes lo fuese otra persona; c) La adquisición del usucapiente se produce *ipso iure*, tan luego se cumple el plazo que la ley fija, por tanto, aquél deviene desde ese momento titular del derecho que usucapió y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo; d) La citación con la demanda de desalojo interpuesta contra los poseedores, hoy demandantes de la prescripción adquisitiva, interrumpe el plazo prescriptorio. Esta interrupción debe de producirse antes que haya transcurrido el plazo de la usucapión y no luego de este; e) La posesión pacífica no debe prolongarse hasta la fecha de la interposición de la demanda por prescripción. Esta exigencia se agota con el plazo de prescripción legal, al margen que exista o no reconocimiento judicial contenido en una sentencia.

3. El otro supuesto que acoge este artículo es la rectificación o delimitación de áreas o de linderos. Aquí el propietario o poseedor recurre a la jurisdicción para ejercer el juicio de deslinde.

Se trata, ante todo, de una pretensión declarativa ya que tiene como finalidad el pronunciamiento de una sentencia, con efecto de cosa juzgada, que despeje el estado de incertidumbre existente con respecto al área o linderos de terrenos contiguos, cuando no se conozca con certeza la línea divisoria a raíz de no haberse fijado nunca o de haber desaparecido los signos (mojones, cercos o piedras) mediante los cuales se exteriorizaba. Otros autores califican al deslinde como "el acto en cuya virtud se establece, mediante una mensura, la línea divisoria entre dos propiedades contiguas cuyos límites se encuentran confundidos".

El deslinde puede requerirse aunque no medie confusión de límites y al solo efecto de aplicar el título al terreno, operación que puede reportar ventajas cuando interesa determinar la superficie exacta de un inmueble a fin de enajenarlo o de constituir sobre el algún derecho real. Dictada la sentencia de deslinde, corresponde practicar el amojonamiento. Este consiste en colocar señales tendientes a precisar sobre el terreno los límites de las propiedades contiguas que han sido objeto de un deslinde, cuya eventual remoción por cualquiera de los colindantes es susceptible de un interdicto o de una pretensión posesoria.

Para que proceda esta acción se requiere que los terrenos pertenezcan a distintos propietarios y que sean contiguos, esto es, que no resulta procedente en caso que los terrenos se encuentren separados por una calle o camino, un curso de agua u otro accidente similar.

Como señala la norma, esta pretensión puede ser interpuesta por quienes tengan derechos reales sobre el bien, como el propietario o poseedor de terrenos cuyos límites se hallen confundidos con los de un terreno colindante, a fin que los límites confusos se investiguen, demarquen y amojonen. La pretensión solo puede interponerse frente al propietario del fundo contiguo de manera que carecen de

legitimación pasiva los titulares de otros derechos reales, quienes sin embargo pueden intervenir en el proceso a título de terceros adherentes simples.

Como ya se ha señalado, la pretensión de deslinde supone un estado de incertidumbre acerca de la extensión comprendida por el derecho de cada uno de los colindantes y la finalidad consiste en que se investigue y determine la superficie que respectivamente le pertenece; en cambio, si sobre la base de los antecedentes, cualquiera de los colindantes afirma ser propietario de una determinada fracción de terreno poseída por su vecino y reclama la restitución de la posesión perdida, debe recurrir a la pretensión reivindicatoria y no al deslinde. Entre ambas pretensiones suelen destacarse las siguientes diferencias, según Palacio<sup>(18)</sup> “1) mientras en la pretensión de deslinde cada una de las partes reviste simultáneamente la calidad de actora y demandada razón por la cual incumbe a ambas la carga de la prueba, en la pretensión reivindicatoria dicha carga solo pesa en principio sobre el demandante; 2) en la pretensión de deslinde el juez puede fijar la línea separativa, conforme a su criterio, en el supuesto que falten elementos probatorios susceptibles de determinarla, al paso que esa facultad judicial no es ejercitable en la pretensión reivindicatoria, la cual se halla sujeta a las reglas generales sobre la carga de la prueba.

Dice Palacio, que en ambas hipótesis corresponde al juez establecer la línea divisoria entre las propiedades contiguas, determinando en consecuencia lo que pertenece a cada propietario colindante. Si bien para fijar el límite corresponde atenderse, ante todo, a los títulos de los colindantes, puede suceder que estos sea por superposición o indeterminación, no constituyan elementos de juicio idóneos para despejar la incertidumbre existente, en cuyo caso el juez con el auxilio de la pericia, se halla facultado para examinar si la posesión actual o la anteriormente ejercida según vestigios antiguos son susceptibles de interpretar el alcance de los títulos, pero en el caso contrario, es decir frente a la imposibilidad de determinar los límites “ni por los vestigios antiguos ni por la posesión, la parte dudosa de los terrenos será dividida, entre los colindantes según el juez lo considere conveniente.

4. Este proceso solo se impulsará a pedido de parte, apartándose con ello de la regla general que señala el artículo II del TP del CPC que dice: “el juez tiene el deber de impulsar el proceso por sí mismo”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

(18) Palacio, t.VI, op. Cit. pp. 286-287.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. N° 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203)*

*Mediante una demanda de títulos supletorios, el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, pretende contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores, el otorgamiento del título de propiedad correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por el inc. 1 del artículo 504 del CPC; mientras que la prescripción adquisitiva tiene como finalidad se declare propietario a quien ha ejercido posesión sobre un bien en forma continua, pacífica y pública en los plazos que se precisan en el artículo 950 del CC (Exp. N° 1743-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 140)*

*Si la actora toma posesión del inmueble, en virtud del contrato de arrendamiento, significa que la posesión ha sido ejercida a nombre del arrendador; y, como tal, se encontraba obligada a recibir el inmueble, cuidándolo diligentemente, utilizándolo para el destino que se le concedió.*

*Es infundada la pretensión, pues, el título que ostenta la accionante no le transfiere la propiedad. El justo título debe tener las siguientes características: ser un acto traslativo de dominio, no estar sujeto a causal de nulidad, tener existencia efectiva y probar su existencia (Exp. N° 1060-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 61)*

*No puede ampararse la demanda de prescripción si se ha demostrado que el accionante no viene ocupando el inmueble de litis en forma pacífica como propietario, lo que significa que debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás (Exp. N° 329-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 62)*

*Aun cuando de la fundamentación fáctica de la demanda se desprende que la posesión aducida sobre el inmueble ha sido ejercida por cada uno de los comerciantes que conforman la asociación pretensora, no puede soslayarse que conforme lo señala el artículo 78 del CC, la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros, motivo por el cual, la posesión que se atribuye a los integrantes de la persona jurídica demandante no puede servir de sustento ni de fundamento al momento de resolver la pretensión de la Asociación (Exp. N° 4787-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 63)*

*Si el pretensor cuenta con documentación que comprueba la titularidad del dominio que alega, la misma que ha dado origen a la escritura imperfecta celebrada ante el Juez de Paz Letrado y a su vez a la escritura pública celebrada ante el notario público, deviene en improcedente la demanda por ausencia de interés para obrar.*

*Bajo la figura de los títulos supletorios, puede obtener el título de propiedad de un bien inmueble, el propietario que carece de documentos que acrediten su derecho contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores (Exp. N° 66985-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 480-481)*

*Es infundada la pretensión, si está probada que la sociedad conyugal demandante, se encontraba en posesión solo de una pequeña parte del área total del inmueble, cuya prescripción se invoca.*

*El hecho que los demandantes no sean los únicos que tributan por dicho inmueble, reafirma que no son los únicos que han detentado la posesión del íntegro del inmueble (Exp. N° 4264-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 168-170)*

*Resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva respecto al cincuenta por ciento del inmueble, si se afirma haber adquirido ésta parte contrato de compraventa (Exp. N° 2981-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 168)*

*La prescripción es un modo de adquirir la propiedad de un bien ajeno, mediante la posesión ejercida sobre dicho bien. Para ello se requiere que la parte demandante pruebe plenamente la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.*

*La sentencia que acceda a dicha petición, es título tanto para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo, como para cancelar simultáneamente el asiento que figura inscrito a favor del antiguo dueño (Exp. N° 1178-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 458-459)*

*Las servidumbres son gravámenes establecidos sobre un predio para beneficiar a otro predio y dan derechos al propietario del predio dominante para realizar ciertos usos en el predio ajeno o impedir que el propietario del predio sirviente ejerza algunos de sus derechos de propiedad.*

*Para adquirir por prescripción una servidumbre es necesario ser propietario del predio dominante.*

*Las servidumbres de paso por ser discontinuas no pueden ganarse por prescripción (Exp. N° 413-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 313-314)*

*“... El demandante no ha probado tener la propiedad del bien sublitis, primero, al no adjuntar pruebas fehacientes que acrediten que tiene la propiedad del bien y, segundo, que no posee dicho bien en forma exclusiva tal como manifiesta en su demanda, presupuestos que impiden la procedencia de la acción de Título Supletorio” (Cas. N° 1289-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 484-486)*

*La prescripción adquisitiva iniciada antes de la vigencia del nuevo Código se rige por las leyes anteriores, pero si desde que entró en vigencia transcurre el tiempo requerido en él, la prescripción surte su efecto, aunque por dichas leyes antiguas se necesitase un lapso mayor (Exp. N° 1557-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 97-99)*

*Solo pueden adquirir el dominio por prescripción quienes han poseído el inmueble a título de propietarios y no de usufructuarios o arrendatarios.*

*Debe desestimarse la demanda si los actuales ocupantes del inmueble sub-litis han venido detentando la posesión en calidad de inquilinos, pagando la correspondiente merced conductiva (Exp. N° 2269-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 99-100)*

*Adquiere un inmueble por prescripción según el C.C. de 1936, quien lo ha poseído como propietario de modo continuo durante 10 años, con justo título y buena fe o durante treinta*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*años sin estos requisitos (Exp. N° 158-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 101)*

*Debe desestimarse la demanda si los accionantes acreditan tener la calidad de propietarios por instrumento privado sobre el predio cuya prescripción adquisitiva solicitan (Exp. N° 4301-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 102)*

*No se puede alegar buena fe por parte del demandante, cuando el bien está inscrito a nombre de otro propietario (Exp. N° 91-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 103-104)*

*Para que se declare judicialmente la adquisición del dominio de un inmueble por prescripción se requiere que el demandante pruebe plenamente que está poseyendo el inmueble y que dicha posesión comprende el plazo legal (Exp. N° 836-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 272-273)*

*No procede que ninguno de los condominios adquiera por prescripción las cuotas ideales de sus otros condominios.*

*En la propiedad común o indivisa, cada propietario puede ejercer los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la indivisión del bien. El condominio que no está en posesión del bien no puede interponer una acción reivindicatoria contra su condominio (Exp. N° 13469-89-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 274-276)*

*La usucapción es la facultad que tiene todo poseedor por el transcurso del tiempo de adquirir un bien inmueble mediante la posesión constante e ininterrumpida.*

*Quien pretende se le declare propietario debe estar en posesión del bien y ejercer de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad.*

*Los bienes de uso público no se pueden ganar por prescripción (Exp. N° 309-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 280-282)*

*La propiedad de un bien inmueble se adquiere por prescripción cuando se ha poseído en forma pacífica, continua y pública.*

*El proceso de reivindicación interrumpe la posesión pacífica, por tanto la demanda de prescripción extintiva de dominio debe declararse improcedente (Exp. N° 08-96-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 284-285)*

*No obstante los accionantes haber adquirido el inmueble sub-litis mediante contrato de compra-venta, cancelando el precio; la propiedad también se puede adquirir por la posesión pacífica, continua y pública como propietarios por más de diez años, como lo señala el artículo 950 del C.C.*

*La sentencia que accede a la petición constituye título para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (Exp. N° 2500-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 142-144)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si el pretensor cuenta con documentación que comprueba la titularidad del dominio que alega, la misma que ha dado origen a la escritura imperfecta celebrada ante el Juez de Paz Letrado y a su vez a la escritura pública celebrada ante el notario público, deviene en improcedente la demanda por ausencia de interés para obrar.*

*Bajo la figura de los títulos supletorios, puede obtener el título de propiedad de un bien inmueble, el propietario que carece de documentos que acrediten su derecho contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores (Exp. N° 66985-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 480-481).*

*Solo pueden adquirir el dominio por prescripción quienes han poseído el inmueble a título de propietarios y no de usufructuarios o arrendatarios.*

*Debe desestimarse la demanda si los actuales ocupantes del inmueble sub-litis han venido detentando la posesión en calidad de inquilinos, pagando la correspondiente merced conductiva (Exp. N° 2269-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 99-100).*

*Debe desestimarse la demanda si los accionantes acreditan tener la calidad de propietarios por instrumento privado sobre el predio cuya prescripción adquisitiva solicitan (Exp. N° 4301-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 102).*

*“... El demandante no ha probado tener la propiedad del bien sublitis, primero, al no adjuntar pruebas fehacientes que acrediten que tiene la propiedad del bien y, segundo, que no posee dicho bien en forma exclusiva tal como manifiesta en su demanda, presupuestos que impiden la procedencia de la acción de Título Supletorio” (Cas. N° 1289-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 484-486).*

## REQUISITOS ESPECIALES

### ARTÍCULO 505

*Además de lo dispuesto en los artículos 424º y 425º, la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:*

- 1. Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.*
- 2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.  
El Juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.*
- 3. Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.*
- 4. Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.*
- 5. Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

## Comentario

---

1. A las exigencias generales que regula el artículo 424 y 425 CPC se fijan además los requisitos particulares que describen los incisos siguientes:

El inciso 1 al 4 hacen referencia a los requisitos específicos para la prescripción adquisitiva y el inciso 5 a la pretensión sobre deslinde.

El inciso 1 requiere se precise el tiempo de posesión del bien. Ello es atendible porque precisamente el objeto de discusión en la prescripción adquisitiva es precisamente la posesión del bien en calidad de propietario, dentro del plazo que establece el artículo 950 CC. Esta posesión puede haber sido transmitida al actor por sus causantes, de tal manera que los tiempos de posesión se suman. Para el cómputo del plazo de prescripción se debe tener por cierto, la fecha del inicio de la posesión y la forma de adquisición de esta. Aquí se debe tener en cuenta que “si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (ver artículo 914 CC).

La exigencia de precisar el nombre de la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien, es importante para dilucidar la buena o mala fe por nuevo adquirente. Si el bien se encontraba inscrito, la buena fe no podría ser alegada, porque el poseedor sabía que poseía un bien cuya propiedad le pertenecía a un propietario, quien aparece en registros. Si bien la norma, hace referencia a los registros públicos y privados, los efectos para la buena o mala fe, se relativizaran en el caso de los registros privados, pues, a los actos allí registrados no se oponen los efectos de la publicidad del registro público que contiene el artículo 2012 CC que dice: “se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”. El Registro Público precisamente esta destinado a dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas y tienen como característica fundamental que los actos registrados producen cognoscibilidad frente a terceros. Los pronunciamientos del Tribunal Registral son reiterados en señalar que tanto en la doctrina como a nivel legislativo, se distinguen los conceptos de publicidad material y publicidad formal, los que se complementan entre sí. Por la publicidad material se presume de manera absoluta que todos conocen el contenido del Registro y, por la publicidad formal, se otorga la posibilidad efectiva de conocer aquello que el ordenamiento jurídico presume conocido.

2. Esta exigencia se complementa con lo referido en el inciso 3º que señala que “tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Además se señala que, cuando corresponda, se debe precisar los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes. Este supuesto es de mayor importancia en los casos de la usucapio de bienes que no aparezcan en registros.

No debe confundirse la calidad de bien registrable pero no registrado. El hecho que el demandado sea propietario de un bien inmueble pero que este no aparezca registrado a su nombre, no le otorga la condición a dicho bien como no registrado, pues el inmueble es un bien registrable pero no registrado bajo la titularidad del demandado. De ahí que la norma exija se acompañe “la certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos o registrados”.

3. Se exige además la descripción del bien con la mayor exactitud posible, para lo cual, en caso de inmueble requiere se acompañe los planos de ubicación y perimétricos, así como la descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien. Si fuere el caso, se requiere la certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien. Un referente que propone la norma, para verificar la posesión del bien, es la posibilidad que tiene el juez de exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

A la prueba documental citada, de manera especial se requiere la declaración testimonial de no menos tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.

4. En el caso del deslinde, entendida esta como una pretensión declarativa que tiene como finalidad se despeje el estado de incertidumbre existente con respecto al área o linderos de terrenos contiguos, cuando no se conozca con certeza la línea divisoria a raíz de no haberse fijado nunca o de haber desaparecido los signos (mojones, cercos o piedras) mediante los cuales se exteriorizaba, entre dos propiedades contiguas cuyos límites se encuentran confundidos.

En esta pretensión, se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio, que implica la concurrencia directa del juez del proceso al escenario materia del deslinde para apreciar el objeto de discusión; sin embargo, consideramos que por lo técnico de la materia, pues están orientadas a dilucidar la rectificación del área o los linderos, debería concurrir a la inspección judicial la actuación pericial para verificar en mejor forma la alteración de dichos linderos.

5. Como se aprecia del artículo, la norma particulariza determinados medios de prueba, según la pretensión que se busque acreditar; la libertad de utilizar los medios de prueba no excluye la posibilidad que el ordenamiento exija que un hecho sea probado con determinado tipo de medio probatorio y no con otro. Además, todos los medios de prueba que requiere este inciso, no solo deben agotarse en el ofrecimiento y actuación de ellos, sino que por tratarse de un medio de

prueba especialmente requerido por Ley, para estas pretensiones, la valoración de dichos medios de prueba realizados de manera conjunta, pero necesariamente requerirá de un expresa motivación, dado que son requeridos expresamente por ley para estas pretensiones en especial, apartándonos de esta manera de la regla general contenida en el artículo 197 CPC que considera “en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

En el caso de la prescripción adquisitiva, los testigos que por Ley, necesariamente se ofrecen, podrían ser subrogados por la parte que los ofreció y ofrecer en su reemplazo otros. Véase que estos testigos, no son únicos ni exclusivos, pues, pueden ser sustituidos por otros, con las mismas exigencias que describe el inciso 4 del artículo en comentario. En relación a este acto de disposición que hace la parte actora sobre el medio de prueba (declaración de testigos) ofrecido, se debe tener en cuenta que existen criterios contrapuestos sobre la procedencia del desistimiento. Como dice el artículo 342 CPC, el desistimiento del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto. Bajo dicho referente, Devis Echeandía sostiene que el principio de adquisición “determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada”, esto es, no cabe desistirse del medio de prueba, después de actuado. En opinión contraria, Bustamante sostiene que dichas afirmaciones podría llevar a pensar que el principio de adquisición solo opera a partir de la práctica o actuación de los medios probatorios, es decir, que antes de la actuación de un medio probatorio es jurídicamente posible que quien lo ofreció renuncie o se desista de su práctica o actuación. Considera que una conclusión semejante sería errónea porque, al integrar el contenido del derecho fundamental a un proceso justo, el derecho a la prueba es indisponible, por lo tanto, renunciar o desistirse de un medio probatorio ofrecido o admitido, aunque todavía no practicado, es tanto como renunciar o disponer del derecho a la prueba; la renuncia o desistimiento de un medio probatorio puede impedir que se alcance la verdad jurídica objetiva y, por ende, que el juzgador emita una decisión justa; y porque si la comunidad o adquisición del material probatorio solo operara a partir de su práctica o actuación, es decir, si se permitiera la renuncia o desistimiento de los medios de prueba ofrecidos o admitidos, hasta momentos antes de su actuación, la contraparte que quisiera valerse de ellos también tendría que ofrecerlos como medios probatorios suyos a fin de evitar que el eventual desistimiento de su contraria impida que sean utilizados o tomados en cuenta en el proceso o procedimiento; en consecuencia, señala Bustamante, se afectaría el principio de economía y el de utilidad pues se invertiría doble tiempo y esfuerzo para incorporar al proceso o procedimiento medios probatorios que habían sido ofrecidos, haciendo que estos sean redundantes y por ende inútiles.

En conclusión, para dicho autor, “el principio de comunidad o de adquisición en materia probatoria rige a partir del momento en que los medios de prueba son ofrecidos por las partes o terceros legitimados, o incorporados de oficio por el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

juzgador. Por ese motivo y por el carácter indisponible del derecho a la prueba, no cabe la renuncia o el desistimiento de los medios probatorios, sea cual fuere la etapa de la actividad probatoria. Todo ello sin perjuicio del poder del juzgador para rechazar los medios probatorios que conforme a los límites al ejercicio del derecho a la prueba no deban ser admitidos y de la posibilidad que ante circunstancias justificantes basadas en una imposibilidad física o jurídica, o la mala gestión probatoria del proponente, el juzgador decida motivadamente que se prescinda de la actuación de algún medio probatorio”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Debe desestimarse el título supletorio si el plano que se anexa a la demanda no se encuentra visado por la autoridad municipal y se omite acompañar el certificado municipal sobre la persona que figura como propietaria del bien. Debe darse cumplimiento a todos los requisitos especiales que refiere el artículo 505 del CPC (Exp. N° 1770-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 463)*

*Debe desestimarse la demanda si los accionantes acreditan tener la calidad de propietarios por instrumento privado sobre el predio cuya prescripción adquisitiva solicitan (Exp. N° 4301-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 102)*

*La demanda de prescripción adquisitiva debe contener como requisito adicional, copia literal de los asientos respectivos de los últimos 10 años si se trata de inmuebles urbanos inscribibles en un Registro Público (Exp. N° 382-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 310-311)*

*Para que se declare judicialmente la adquisición del dominio de un inmueble por prescripción se requiere que el demandante pruebe plenamente que está poseyendo el inmueble y que dicha posesión comprende el plazo legal (Exp. N° 836-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 272-273)*

*La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad de un bien ajeno mediante la posesión ejercida sobre dicho bien durante un plazo previamente fijado por la ley, de tal manera que la sentencia que acceda a esta petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.*

*Solo se adquiere el inmueble por prescripción cuando está inscrito en el Registro de la propiedad favor de la persona contra quien ha operado aquella, en cambio si el inmueble no está inscrito, el proceso viable es el procedimiento sobre títulos supletorios (Exp. N° 1330-93-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 273-274)*

*La propiedad inmueble se adquiere por prescripción a los cinco años cuando median justo título y buena fe.*

*No puede considerarse justo título una escritura pública declarada nula por el Poder Judicial (Exp. N° 941-95-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 276-277)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La usucapión es la facultad que tiene todo poseedor por el transcurso del tiempo de adquirir un bien inmueble mediante la posesión constante e ininterrumpida.*

*Que pretende se le declare propietario debe estar en posesión del bien y ejercer de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad.*

*Los bienes de uso público no se pueden ganar por prescripción (Exp. N° 309-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 280-282)*

*La propiedad de un bien inmueble se adquiere por prescripción cuando se ha poseído en forma pacífica, continúa y pública.*

*El proceso de reivindicación interrumpe la posesión pacífica, por tanto la demanda de prescripción extintiva de dominio debe declararse improcedente (Exp. N° 08-96-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 284-285)*

*Si el propio actor sostiene que poseía el inmueble como guardián por entrega que le hizo el padre de la demandada, para luego al fallecimiento de éste proceder el accionante a consignar los alquileres, m al puede pretender se le declare propietario del predio por prescripción, si ese derecho está reservado para quien posee como propietario del predio por prescripción, si ese derecho está reservado para quien posee como propietario.*

*La acción reivindicatoria es imprescriptible (Exp. N° 444-95-Huaura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 282-284)*

*Es inadmisibles la demanda de prescripción adquisitiva de un bien inmueble si el accionante no indica el tiempo de posesión y el modo como adquirió el inmueble (Exp. N° 1310-94-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 279)*

*“... Haciendo una interpretación hermenéutica, este requisito (del ofrecimiento de tres testigos en el proceso de formación de título supletorio) se ha cumplido, pues el actor en el acto postulatorio ofrece como medio probatorio la declaración de tres testigos, que el no haberse actuado en su integridad dicho medio probatorio no puede acarrear la nulidad de actuados, pues el acto procesal ha alcanzado la finalidad a la que estaba destinado, por lo que no puede alegarse este de efecto (sic -entiéndase defecto-) para anular los autos, mas aun si no se ha acreditado agravio conforme señala el artículo ciento setenticuatro del Código Procesal Civil...” (Cas. N° 488-98-Ica, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 487-489)*

*Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de éste al emitir el fallo.*

*En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. N° 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 203).*

## EMPLAZAMIENTO

### ARTÍCULO 506

*Aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el Juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167º y 168º.*

*En los casos del artículo 435º y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

La regla que opera para el emplazamiento de personas inciertas o con domicilio ignorado es la notificación por edictos, sin embargo, dicha regla se traslada a la prescripción adquisitiva, a pesar que el domicilio y el nombre del demandado sean perfectamente conocidos.

En efecto, el juez dispondrá además de la notificación ordinaria, que un extracto del admisorio de la demanda se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista para la publicación de edictos. Lo que se pretende con esta forma especial de emplazamiento, es dar la mayor publicidad posible, al reconocimiento judicial que se solicita prestarse, sobre todo, por los efectos *erga omnes*, que la declaración judicial generará, para lo cual se recurre a los medios de comunicación masiva para divulgar a través de edictos, el auto admisorio de la demanda.

El edicto debe contener en forma sintética las mismas enunciaciones de las cédulas, con transcripción sumaria de la resolución; en consecuencia deberán incluirse en ellos, el nombre de los destinatarios, el objeto de la citación, la individualización de la materia, el juzgado y secretario así como otra referencia que facilite el conocimiento de la resolución.

En los casos del emplazamiento de personas indeterminadas o con domicilio ignorado, se procederá en la forma que describe el artículo 435 y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

cinco días consecutivos como dispone el artículo 169. Ello es atendible, por que por la ubicación de estos predios, es mas frecuente la comunicación por radiodifusión que por periódicos.

## INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 507

*En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506º, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

A pesar que en el proceso civil predomina la autonomía de voluntad de los particulares por la naturaleza privada de los conflictos, se permite que el Ministerio Público actúe en él, sea como parte, como tercero o como dictaminador.

En el presente caso, la norma regula la intervención del Ministerio Público antes de emitir sentencia en dos situaciones: cuando el demandado es incierto o tiene domicilio desconocido; y en el caso de la rebeldía.

Ello resulta coherente, para una mejor supervigilancia de la legalidad del proceso judicial, por parte del Ministerio, toda vez, que se trata de emplazamientos especiales donde el demandado por ser incierto o estar rebelde, es el gran ausente en el proceso.

Apréciese que el Ministerio Público no interviene como parte sino como un dictaminador, y como tal, tiene el deber de emitir su dictamen fiscal con la debida fundamentación y dentro del plazo que le señala la Ley, diez días de requerido, bajo responsabilidad.

La emisión del dictamen no solo constituirá un referente a apreciar por el juez sentenciador sino que también va a tener un efecto para la futura consulta que podría generar, en caso fuera contrario a la pretensión demandada.

El Ministerio Público como dictaminador, es un informante, al que se requiere oír. Algunos autores lo califican como asesor por Ley del órgano jurisdiccional pero esta explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basada en el conocimiento y aplicación del derecho objetivo por el juez. Otras opiniones lo ubican en una situación intermedia, el interés público no llega al

extremo de legitimar al Ministerio Público, pero la existencia de aquél hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cual es su opinión en el extremo concreto. El dictamen puede referirse tanto a la aplicación del derecho material como del proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*La intervención del ministerio público en el proceso de prescripción adquisitiva se hace para cautelar el derecho de los rebeldes o de aquéllos cuya citación se efectúa a través de publicaciones.*

*la falta de apelación del auto de saneamiento expedido en la audiencia, precluye la posibilidad de cuestionar la validez de relación procesal (Cas. N° 381-96-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 253, Junio 1997, Trujillo-Perú, pp. A.29-A.31)*

## CONSULTA

### ARTÍCULO 508

*Cuando el dictamen del Ministerio Público, en el caso del artículo 507º, fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma acoge la consulta que aparece regulada en el artículo 408 CPC. Señala Escobar López<sup>(1)</sup>, “los recursos y la consulta buscan un mismo resultado, cual es la revisión de la decisión judicial por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada; sin embargo, la consulta, a diferencia de los recursos no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes sino que es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna, que determinadas resoluciones deban ser revisadas por el Superior”.

La consulta está condicionada a la opinión del Ministerio Público, recogido en su dictamen. Si esta fuera contraria a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior.

Sobre este extremo, la Sala Suprema en la Casación N° 1895-2003-AREQUIPA (El Peruano, 28/02/2005) establece que un expediente es elevado a consulta, a fin de que sea aprobado o desaprobado en razón de apreciarse o no alguna infracción legal procesal o sustantiva; mientras que en virtud del recurso de apelación, el Colegiado debe pronunciarse sobre los extremos del expediente, sea para confirmar o revocar. De este caso en concreto, se puede inferir que el Colegiado Superior no conoció del recurso de apelación presentado por la demandada, lo cual contraviene manifiestamente la garantía del derecho al debido proceso. En conclusión, se incurre en causal de nulidad contemplada en el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, al no haberse observado el principio de

---

(1) Escobar Lopez, Edgar: “Regulación legal de la consulta en el proceso penal” en Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle, Vol.XIII, N° 21 y 22, Medellín, 1990.p. 102, citado por San Martín Castro César, Derecho Procesal Penal, v.II, Grijley, Lima, 1999, p. 774.

congruencia. La Sala Suprema señala que el término "aprobar" no puede ser empleado para efectos de estimar un recurso de apelación, pues dicha denominación pertenece al trámite de consulta. En ese sentido, para este recurso debe consignarse las denominaciones "revocar" o "confirmar" según se desestime o estime la pretensión.

2. Como la prescripción adquisitiva es declarativa, el interés del vencedor resulta satisfecho a través del simple pronunciamiento de aquélla, por tanto, agotada la consulta y de modo favorable, procede —a pedido de parte— su inscripción en Registros, pues el cumplimiento de ese requisito solo tiene por objeto hacer extensiva a los terceros la eficacia de cosa juzgada adquirida por el fallo; por ello, en aras de esa eficacia, una medida concurrente a la demanda de prescripción adquisitiva, debe ser la anotación de ella en el Registro pertinente, a fin de destruir la buena fe del posible tercero adquirente del bien en litigio.

## Sub - Capítulo 3º

# RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUEGES

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 509

*El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.*

*La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.*

*Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 55

C.P.C. Colombia arts. 37-40

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. El estudio de la responsabilidad civil es abordado bajo dos ámbitos contrapuestos. El primero que no admite ningún tipo de responsabilidad civil, esto es, se orienta a la inmunidad absoluta del juez frente a los daños ocasionados en el

---

(1) Los comentarios del presente artículo han sido tomados –en parte– de la investigación realizada sobre la Responsabilidad Civil de los jueces, por Walter Angeles Bachet, Carmen Aponte Mariño, Liliana Davila Broncazo, Jacqueline Mac Dowall Lira, Roxana Mac Rae Thays y David Suárez Burgos, como alumnos del Ciclo Doctoral en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

ejercicio de la función jurisdiccional. La segunda sí atribuye responsabilidad del juez y al Estado frente a los daños causados en la actividad judicial.

Inglaterra es uno de los países que permite la total inmunidad de sus jueces<sup>(2)</sup>; la inmunidad civil es absoluta por cualquier acto realizado en el ejercicio del cargo, no ya solo cuando actúen culposamente, sino también cuando lo hagan dolosamente; esto implica, que si un particular considere que un juez ha actuado con dolo o con culpa, puede interponer los recursos correspondientes, pero no puede dirigirlos directamente contra el mismo juez. Esta irresponsabilidad civil tiene como principal fundamento la independencia real del juez. No es que se pretenda proteger ni favorecer a los magistrados corrompidos o mal intencionados con la inmunidad del juez, sino que mas allá de ello se busca que los ciudadanos sean atendidos en sus reclamos por jueces libres, que les permita ejercitar su función con plena independencia y sin temer las consecuencias que sus actos le pudiere generar. Para Montero Aroca<sup>(3)</sup>, "la inmunidad no era un privilegio de los jueces, como si estos tuvieran el derecho de actuar con negligencia y dolo, sino que "se corresponde, mas bien, a un derecho de los ciudadanos por su directo y específico interés a la independencia del juez".

En Estados Unidos de Norteamérica también se consagra la irresponsabilidad absoluta del juez, independientemente de la existencia del dolo y de no tener clara la limitación de su competencia. El caso *Stump v Sparkman* de 1978<sup>(4)</sup> es un antecedente que ha hecho casi imposible el éxito de una demanda de responsabilidad civil contra un juez.

Los que se orientan por atribuir responsabilidad civil al juez por sus actuaciones judiciales parten de la afirmación que el juez no es una persona a la que pueda dispensarse del deber de responder por su actuación, sin embargo, ella puede limitarse, en atención a "su independencia de la que debe gozar, a su autoridad y prestigio, a evitar venganzas personales y maniobras vejatorias de aquellas personas que han sido juzgadas; esto es, se busca conciliar la necesidad de

(2) Montero Aroca Juan, Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial, Tecnos, Madrid, 1988, p.20.

(3) Op. cit. pp.22-23.

(4) Este caso es desarrollado por Montero Aroca, op. cit. 28, de la siguiente manera: "ante un juez estatal una mujer presentó una solicitud de esterilización de su hija de 15 años, alegando que esta, que era un poco deficiente mental, estaba conviviendo con hombres de lo que podían derivarse deplorables consecuencias. El Juez no formó proceso alguno, limitándose a ordenar que se hiciera a la joven una ligadura de trompas, lo que se hizo al cabo de ocho días, y creyendo esta que se le iba a efectuar una operación quirúrgica de apendisectomía. Los hechos se conocieron dos años después cuando la menor contrajo matrimonio, entonces demandó al juez alegando la sección 1983. La Corte estadounidense desestimó la pretensión y proclamó la irresponsabilidad absoluta del juez, bajo los siguientes argumentos: 1) como no existía prohibición a los jueces de realizar actos relativos a la esterilización de personas, cabía deducir la competencia por la materia; y 2) como la madre había invocado la autoridad judicial, esta debía responder a la petición por lo que no puede hablarse de falta absoluta de jurisdicción".

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

exigir responsabilidad civil a los jueces por los errores que comentan, con la independencia y autoridad que precisan para cumplir su función".

Un primer referente para construir esta responsabilidad es no atribuirle los elementos sustantivos de la responsabilidad civil común, sino elementos especiales, pues no es posible que cualquier error del juez sea argumento para indemnizar. Por otro lado se considera que el factor antijuridicidad, no estaría presente en sus fallos como presupuesto de la responsabilidad, dado que los magistrados siempre actúan conforme al derecho que ellos mismos declaran.

2. Una de las reglas imperantes en el Derecho nos lleva a sostener que "todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". Bajo ese enunciado, podría darse la posibilidad que el juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional cause daño a las partes o a terceros por su actuar doloso o culposo. La pregunta que surge entonces es ¿quién debe asumir la reparación del daño? Frente a esa interrogante aparecen dos posiciones: La que atribuye al Estado el deber de asumir la reparación directa del daño y la que atribuye al juez la responsabilidad subjetiva frente al daño.

Llegar a esbozar estas posiciones no ha sido de fácil aceptación, pues, se aseveraba que el soberano o funcionario no se equivocaba, razón por la cual, no podría atribuírsele responsabilidad; sin embargo, hoy se reconoce y acepta, tanto la responsabilidad del Estado como la del juez.

Nuestro sistema jurídico nacional acoge ambas posiciones, pero diferenciándolas según el ámbito en el que se haya desarrollado la actividad generadora del daño.

Conforme apreciamos, la Constitución Política del Estado en el inciso 7 del artículo 139, atribuye responsabilidad objetiva directa al Estado por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias. En cambio, el Código Procesal Civil, regula la responsabilidad subjetiva directa del juez sustentado en el daño por dolo o por culpa inexcusable en el ejercicio de la función jurisdiccional proveniente de procesos no penales. Como se aprecia, el Estado es el gran ausente en la responsabilidad civil de los jueces. Solo para los casos de ejecución del pago, podría concurrir solidariamente con el juez, sin embargo, debemos reconocer lo vulnerable que se encontraría este, cuando directamente y en forma personal, tenga que asumir su propia defensa para demostrar lo acertado de su interpretación y la ausencia de actividad dolosa o culposa, en su actuación jurisdiccional. En este cuestionamiento no podemos dejar de apreciar al papel de la probable víctima que denuncia el agravio que pretende reivindicar con la indemnización. La carga de la prueba a la que se le somete es ilusoria, pues, tiene la misión de probar el dolo o la culpa del juez en la actividad generadora del daño. Los criterios subjetivos para fijar la responsabilidad civil del juez deberían reorientarse no solo por la dificultad en la prueba del futuro demandante sino por

la viabilidad para buscar decisiones realmente satisfactorias y ejecutables para la propia víctima.

No consideramos que el sistema subjetivo que acoge el Código Procesal Civil sea el idóneo para tal fin; no solo porque se permita discutir la actuación dolosa o culpable del juez, sino que se ingresa a cuestionar la interpretación que este haga de la Ley: “el juez incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado” (ver artículo 509 CPC).

Frente a ello consideramos que no puede asumirse una responsabilidad que tenga su origen en la actividad de interpretación de las normas jurídicas ni en la valoración del hecho o de las pruebas. La independencia judicial, como el núcleo duro de la judicatura, se vería gravemente comprometida si el juez no fuera libre a la hora de interpretar la norma, cuando se trata de configurar el supuesto de hecho o de valorarlo.

3. El Estado como organización jurídica-política suprema funciona como un ente orgánico unitario, que descansa sobre una base jurídica vinculante detenta como una de sus principales características el exclusivo ejercicio del poder. En tal sentido, resulta coherente que frente al monopolio de la jurisdicción que ejerce el Estado, este asuma la responsabilidad directa frente a daños que pudiera generar el ejercicio de la función jurisdiccional, máxime que cuando los jueces imparten Justicia lo hacen a nombre del pueblo, en atención a lo regulado en el art. 138 de la Constitución Política del Estado.

Este propósito de hacer extensivo la responsabilidad objetiva del Estado a los procesos civiles, fue planteado en la Constitución de 1979, sin embargo esta propuesta no prosperó toda vez que a opinión de Chirinos Soto<sup>(5)</sup>, era muy peligrosa pues el error judicial en el campo civil puede derivarse de defecto de la prueba, lo que sería de responsabilidad de parte. El defecto de prueba en materia penal es, en cambio, responsabilidad del Estado. Ante estos argumentos Ariano<sup>(6)</sup> opina que no hay sustento para tales afirmaciones pues “si hay defecto de prueba imputable a las partes simplemente no se está ante un error judicial”. Si el particular ha provocado o inducido al error, él debe de responder y si en ello también está comprometido el juez pues habrá una corresponsabilidad. En cambio, en los errores que proviene de los procesos penales, el Estado responde porque el órgano acusador, resolvió equivocadamente, pero en el ámbito no penal tenemos a dos partes que están en plano de igualdad y que deberían de responder en estos

---

(5) Chirinos Soto Francisco, La Constitución al alcance de todos, Editorial Andina, Lima, 1980, p.. 268, citado por Ariano Deho, Eugenia, “Responsabilidad Civil de los Jueces”, en Revista Jurídica del Perú, Nº 2, Mayo, Lima, 2001, p. 176.

(6) *Ibidem*.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

supuestos dado que ellos son quienes aportan las pruebas. En el caso de procesos penales, la carga de la prueba la tiene el fiscal y obviamente, en atención a ello, la condena se impone por la prueba aportada por el fiscal y no por la aportada por el procesado.

4. Esperamos que a futuro se unifique el tratamiento de la responsabilidad civil proveniente del ejercicio de la actividad jurisdiccional, de tal forma que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se haga extensivo a todos los casos donde se produzca daño en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Esta posición es coherente además, con la tendencia legislativa asumida en la Ley N° 274444 ( ver artículo 238 de la Ley de procedimiento administrativo general), mediante la cual el Estado asume directamente la responsabilidad de la administración pública por los daños que sufran los administrados. Apréciese sobre el particular que el daño puede darse tanto en el ámbito de la administración pública como en la administración de justicia, pero el daño que se cause en la administración pública permitirá recurrir en primer orden para corregirse, al contencioso administrativo y además no genera principio de la cosa juzgada a diferencia de un daño por error judicial. Morón<sup>(7)</sup> atribuye como presupuestos para la responsabilidad patrimonial de la administración pública los siguientes: 1) que el administrado sufra una lesión resarcible en sus bienes o derechos; 2) que la lesión sea efectiva, valuable económicamente e individualizada; 3) que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento (normal o anormal) de la administración; 4) que exista una relación causal entre el funcionamiento de la actividad administrativa y no sea consecuencia de fuerza mayor.

5. La responsabilidad del juez opera cuando este genera un daño, como consecuencia del ejercicio de su función jurisdiccional. Este daño puede ser generado no solo a las partes sino inclusive a terceros al proceso.

La definición de función jurisdiccional es ajena a la función judicial, con la que también se puede provocar daño pero que ella no se ajusta a este tipo especial de responsabilidad civil.

Para quienes asumen que el daño es producto del error judicial (ver inciso 7 del artículo 139 Constitución), este daño es calificado como la desviación de la realidad fáctica o jurídica, producto de una mala interpretación, de la norma jurídica o de los hechos que dieron vida a un proceso judicial. Consideran que el error judicial debe ser grave, inaceptable e inexcusable; esto implica que cualquier error del juez no puede ser catalogado como error judicial, se requiere que este sea de

---

(7) Morón Urbina Juan Carlos, Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 538.

tal magnitud que se torne insalvable para que pueda aceptarse como tal. Como requiere la actuación del órgano judicial, ello implica que solo se pueda admitir como error judicial el cometido por el juez y no por otro funcionario judicial, como los llamados auxiliares judiciales, pues, solo él ejerce la actividad jurisdiccional.

Algunas legislaciones foráneas califican las condiciones que debe tener este daño para que sea indemnizado. Requiere que el daño sea efectivo, o valuable económicamente e individualizado con relación a la persona o grupo de personas. En esa línea, Montero<sup>(8)</sup> sostiene que para que exista daño es preciso la producción de un detrimento patrimonial antijurídico, no porque la actividad del autor sea necesariamente antijurídica, sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio; el daño puede ser de cualquier naturaleza: material, personal o moral. Se requiere que el daño sea efectivo, en el sentido real, excluyéndose las meras posibilidades, los daños eventuales y aún inseguros en su producción. Cuando se requiere que sea evaluable económicamente hace referencia a la posibilidad de convertirse en dinero.

Como se aprecia de la norma en comentario se regula la responsabilidad judicial civil individual, pues, el ámbito material de su título de imputación es: el dolo o la culpa inexcusable.

La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. En cambio, se incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

La precisión que realiza la norma, sobre la graduación de la culpa, permite no extender la responsabilidad civil del juez a los supuestos de culpa leve.

Otro aspecto que recoge la norma es el impulso de parte, apartándose de esta forma, del principio general del impulso de oficio que recoge el artículo II del TP del CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*Debe declararse la improcedencia de la demanda de responsabilidad civil si no se expresa claramente en qué consistió la actuación con dolo y culpa inexcusable del Magistrado demandado (Exp. Nº 146/1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 277)*

(8) Montero, op. cit. p. 146.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*No resulta procedente la acción por responsabilidad civil contra los miembros del ex-tribunal nacional de servicio civil amparado en la Ley 24979.*

*No están comprendidos dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial los integrantes del ex-tribunal del servicio civil (Exp. N° 1717-92, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 64-65)*

*El proceso de responsabilidad civil de los jueces está diseñado exclusivamente para resolver los casos en que un juez causa daño a una de las partes o a tercero al actuar con dolo o culpa inexcusable en ejercicio de su función jurisdiccional.*

*Para que sea calificada la procedencia de la demanda, es necesario especificar la naturaleza del daño ocasionado y la resolución que le dio origen, habiendo sido objeto, esta última de todos los medios impugnatorios previstos en la Ley antes de interponer esta acción (Exp. N° 956-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 211-213)*

## PRESUNCIÓN DE DOLO O CULPA INEXCUSABLE

### ARTÍCULO 510

*Se presume que el Juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:*

- 1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.*
- 2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art.*

---

### *Comentario*

---

1. Si bien la regla imperante en el derecho, es que el dolo no se presume, sino se prueba; tratándose de la responsabilidad civil de los jueces, ese dolo se presume, cuando se trata del manejo inadecuado del *stare decisis* (ver inciso 1) y de la inaplicación de los precedentes vinculantes (ver inciso 2). Dicha presunción se explicaría porque los jueces tienen el deber de conocer el derecho y su labor integradora frente al vacío normativo, tiene que apreciar los precedentes vinculantes.

2. La idea central que recoge este artículo es la existencia de fallos contradictorios, los que constituyen un agravante para la credibilidad del sistema judicial. Las decisiones contradictorias son cuestionables porque lapidan uno de los principios fundamentales, que sustenta la razón de ser del Derecho: la igualdad. ¿Cómo poder explicar que frente a iguales hechos existan pronunciamientos sustancialmente diferentes?

Para mantener la unidad e igualdad del derecho objetivo, nuestro sistema procesal ha otorgado a la Corte Suprema de Justicia la facultad casatoria a fin de “unificar la jurisprudencia nacional”. En ese sentido véase lo regulado en el artículo 384 CPC y artículo 22 LOPJ, sin embargo, la Corte Suprema peca de omisión a dicho deber. El otro referente que nuestro sistema legal acoge como productora de jurisprudencia, con efecto vinculante, son los precedentes que establece el Tribunal Constitucional.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Debemos precisar que los fallos de la Corte Suprema ni los que se agotan en las Salas Superiores, como última instancia, constituyen doctrina jurisprudencial, a pesar que son etiquetados erradamente por algunas publicaciones, como jurisprudencia. Para que tengan dicha connotación, se requiere que provengan del Pleno Casatorio (ver artículo 400 CPC) o que sean expresamente sancionados como tal, por el Tribunal Constitucional. En tanto, ello no sea así, serán simples decisiones ejecutoriadas que ilustran el modo de resolver un conflicto, mas no tienen efecto vinculante *erga omnes*, pues, solo vinculan a las partes del proceso.

No negamos que el tema de la jurisprudencia involucra continuidad y permanencia en el pensamiento de los órganos judiciales frente a similares supuestos fácticos; sin embargo existen criterios con mayor envergadura, como el precedente jurisprudencial, que genera efectos vinculantes, cuando se está ante circunstancias similares de casos ya resueltos, logrando así la uniformidad de la jurisprudencia.

El tema del precedente vinculante responde al objeto de la unificación de la jurisprudencia, pues, la perspectiva de los jueces varía. Ante los mismos hechos y basándose en los mismos textos legales, la labor de coordinación normativa puede ser diferente, por ello, se hace necesario, conformar criterios o modelos uniformes; pero, el tema del precedente, debemos mirarlo con mucha objetividad, pues los cambios continuos de la sociedad, exigen respuestas distintas, frente a casos similares. Criticable será que se convierta en rígidos precedentes las resoluciones anteriores, atando la resolución de los conflictos a patrones del pasado. Esto último puede propiciar la mala fe en ciertos precedentes jurisprudenciales, trabajados con errores, que harían –en el futuro– seguir repitiendo errores, en aras de la seguridad jurídica, evitando que los jueces encuentren medios de corrección.

3. Una de las causales que contempla la norma es la vulneración del principio del *stare decisis*. El inciso 1 se ubica en dicho supuesto, cuando la resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. Supone que cualquier tribunal debe seguir sus propios precedentes en la resolución de futuros idénticos o análogos casos. Véase que en este caso, dichos pronunciamientos pueden carecer del efecto vinculante *erga omnes*, a pesar de ello, esa ausencia, no puede negar la vinculación moral del Colegiado por sus decisiones anteriores.

La fuerza obligatoria del precedente judicial supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede variar posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador. La balanza supone que se inclina por el peso de los hechos y no por el peso que le confiere la interpretación

antojadiza del juez. De ahí que frente a casos análogos se resuelva de manera similar, a no ser que sea distinguida (*distinguished*) o sustituida (*overruled*). Los valores centrales del *Stare Decisis* son la estabilidad, la certeza, la predictibilidad, la consistencia y el respeto a la autoridad.

4. Un elemento que coadyuva a este principio, es la publicidad de las decisiones judiciales, pues ello expande la predictibilidad. Como sostienen Diez Canseco y Pasquel<sup>(1)</sup>, la publicación de las sentencias brinda certeza debido a que se aumenta el cúmulo de precedentes. El peso del precedente lo hace más sólido y más difícil que su interpretación sea sustituida de manera antojadiza. Un mayor número de afirmaciones en un sentido determinado permite a los abogados apoyarse en la estabilidad de una doctrina con mayor confianza. En esa línea, resultan de mucha valía las publicaciones que Gaceta Jurídica, hace a través de “Diálogos con la Jurisprudencia”. En ellos hemos podido advertir no solo criterios contradictorios de la propia Corte Suprema, en determinadas materias, sino inclusive entre sus propios miembros, que en un caso tienen un criterio y en otro, diferente al sostenido, pero sin justificar las razones del porqué se aparta de dicho criterio. Por ejemplo, véase el caso de posiciones contrarias frente a una misma materia, protagonizado por las Salas, Transitoria y Permanente, de la Corte Suprema y que fue materia de comentario en Legal Express por Mesinas<sup>(2)</sup>. El tema en controversia: las vacaciones de los gerentes (es decir, un asunto de interés para casi todo el empresariado peruano). “La pregunta es si un gerente puede exigir la indemnización por vacaciones no gozadas en caso no salga de vacaciones dentro del período correspondiente (este tema no tiene una clara solución en la legislación laboral). Una de las sentencias (Casación N° 2306-2004) señaló que el gerente, por su sola condición de tal, no se encuentra excluido del pago de la indemnización vacacional, sin que este derecho no le correspondiera solo si decidió no hacer uso de su descanso vacacional y siempre que no se encuentre sometido a subordinación jerárquica. La segunda sentencia (Casación N° 2076-2005) dijo que los gerentes siempre están excluidos de la indemnización por vacaciones no gozadas, independientemente de su capacidad y voluntad decisoria sobre la oportunidad y la forma de su descanso anual remunerado. Como se ve, las sentencias son absolutamente contradictorias”.

Un caso de vulneración al *stare decisis* es el que aparece con la publicación N° 99 (diciembre 2006) de Diálogos con la Jurisprudencia. En la página 161 aparece la **Casación N° 2318-2005-Santa**, publicada en El Peruano el 31 de Octubre de 2006), en que los votos de los jueces supremos para hacer resolución,

(1) Diez Canseco Luis y Enrique Pasquel, “Stare decisis intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma” en Revista de Economía y Derecho, Otoño, 2004, No 7, Lima, pp.7-26.

(2) Mesinas Montero Federico, “Una guerra avisada...contradicciones por el mal uso de precedentes vinculantes laborales” en Legal Express, No 74, Feb.Gaceta jurídica, Lima, 2007, p.11.

consideran que en la prescripción adquisitiva, “el beneficiario de la adquisición del bien por prescripción puede iniciar una acción judicial de determinación de propiedad; siendo esto así, lo que el legislador ha señalado es que para la adquisición de la propiedad no se requiere el inicio de un proceso judicial, sino que deja a potestad del adquirente el hacerlo, puesto que su propiedad la ha adquirido por el solo transcurso del tiempo”. En cambio, en la **Casación Nº 766-2004-Lima**, publicada en el Nº 100 (enero 2007) de Diálogos con la Jurisprudencia, un juez de la Corte Suprema, que aparece suscribiendo la Casación citada Nº 2318-2005, sostiene todo lo contrario. Véase el voto en discordia, de la pagina 197, en la que sostiene “no basta que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión, por el período de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso y que, por tanto, resulte meramente declarativa la sentencia que señala al poseedor beneficiario como propietario; toda vez que la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular”.

El *stare decisis* es un deber que tiene todo juez que respetar, al margen de la competencia funcional en el que desarrolle su actividad jurisdiccional; esto es, que un juez de primera instancia se vincula con sus propios precedentes en la resolución de futuros idénticos o análogos casos. En igual forma, un juez superior o un juez supremo se vincula con sus votos que emite en cada caso, al margen que su voto haga resolución o no. Un juez superior o un juez supremo, no puede sostener en un voto un criterio A para luego en otro voto, sobre el mismo tema asumir un criterio B (al margen que sea un voto singular, en discordia o dirimente) sin motivar porqué se aparta de su criterio originario.

5. La otra causal, que conlleva a presumir el dolo, es cuando se resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles. La norma, para colegir la actividad dolosa, no requiere de jurisprudencia vinculante, como la que proviene de los precedentes del Tribunal Constitucional o las del Pleno Casatorio sino que también procede la presunción del dolo, para los pronunciamientos que se emiten, contra criterios uniformes ya definidos, a pesar que estos no sean vinculantes.

6. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente Nº 024-2003-AI/TC-Lima, seguido por la Municipalidad Distrital de Lurín, dice: El Tribunal Constitucional estima que los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante, son los siguientes: a) cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios. b) Cuando se evidencia que los operadores

jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma. c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo. d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas. e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Para apartarse o sustituir un precedente vinculante se sujeta a los tres elementos siguientes: a) expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión; b) expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión y c) determinación de sus efectos en el tiempo.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene el precedente; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

## COMPETENCIA DE GRADO

### ARTÍCULO 511

*Cuando la responsabilidad se atribuya a un Juez Civil, Juez de Paz Letrado o Juez de Paz, es competente la Sala Civil de turno del Distrito Judicial correspondiente.*

*La Sala Civil de la Corte Suprema es competente respecto de la responsabilidad atribuida a los Vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario

---

Un sector de la doctrina delimita la competencia bajo la siguiente clasificación: la objetiva, la funcional y la territorial. La objetiva se sustenta en el valor y la naturaleza de la causa. La funcional en las funciones que la Ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía en el proceso y la territorial opera ante la existencia de jueces de la misma clase y la asignación de procesos a cada uno de ellos en atención al orden geográfico.

Tanto la competencia objetiva y funcional no son objeto de disposición de las partes. Es absoluta, porque la organización de los estamentos judiciales no se halla sujeta al arbitrio de las partes.

El artículo en comentario, establece la competencia para conocer las pretensiones sobre responsabilidad civil, en atención al grado y al territorio. En el primer caso, diremos que se divide el trabajo en atención a la función que se encomienda realizar; por ejemplo, el casar, el apelar y la consulta, son tareas asignadas a determinados jueces, en atención al grado en el proceso. La tarea que cumple el juez en cada grado es diferente: En el primer grado, tiene la plenitud de las atribuciones para aplicar la norma que, según su análisis, resulte más apropiada; en el segundo, limita su decisión a los argumentos o glosas de la parte vencida en la revisión provocada.

Así pues, cuando la responsabilidad se atribuya a un Juez Civil, Juez de Paz Letrado y Juez de Paz, es competente la **Sala Civil del Distrito Judicial correspondiente**. Véase que la competencia territorial, en este caso no se fija por el domicilio del demandado, sino por el Distrito Judicial donde el juez demandado haya ejercido la función judicial que se cuestiona.

La competencia por grado, le corresponde a la Sala Civil del Distrito Judicial, sin precisar frente a la concurrencia de Salas, a cuál de ellas correspondería. En este último caso, la competencia por turno o el reparto aleatorio, sería una alternativa a ello.

Un aspecto importante que resaltar es que todos los jueces, pertenezcan o no, a la carrera judicial, por el solo hecho de ejercer función jurisdiccional tienen como correlato la responsabilidad civil frente a los daños que el ejercicio de su función pudiere ocasionar. Como ya se ha dicho, no interesa que no pertenezca a la carrera judicial; pues, el daño que se busca resarcir a través de esta acción es como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional. En ese orden de ideas, los jueces de paz, son jueces con función jurisdiccional, que recurren a otros referentes, no necesariamente basados en la norma positivada sino en los usos y costumbres; sin que ello sea limitante para el ejercicio de los poderes que la jurisdicción delegada les reconoce. En tal sentido, un juez de paz, puede pronunciar su sentencia según su leal saber y entender y provocar con dichos pronunciamientos daños que resarcir, los que podrán ser discutidos ante la Sala Civil del Distrito Judicial donde pertenezca.

Si los demandados son jueces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, al margen que sean provisionales o titulares (la Ley no distingue la condición del juez), corresponderá a la Sala Civil de la Corte Suprema conocer respecto de la responsabilidad atribuida a los Jueces de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores.

El procedimiento que se sigue para este tipo de pretensiones es el abreviado.

La Sala Suprema en el proceso N° 3617-02 seguido por Ricardo Gil Sancho con el Ministerio Público ha señalado que “la demanda de responsabilidad civil ha sido interpuesta ante la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, esto es, ante un órgano judicial incompetente dado que tratándose de la responsabilidad civil de la Fiscal de la Nación, un Fiscal Supremo y de la Corte Superior, de jerarquía similar a la de los Vocales de la Corte Suprema y de la Corte Superior respectivamente, es competente en primera instancia la Sala de Derecho Constitucional y Social de la misma Corte Suprema, resultando objetiva la incompetencia funcional del órgano Jurisdiccional ante el cual el actor presentó la demanda, resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 35 del Código Procesal Civil”.

## DICTAMEN PREVIO DEL MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 512

*Antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad.*

*La resolución que declara improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Italia art. 56*

---

### Comentario

---

1. La intervención del Ministerio Público, previamente a decidir la admisión o no de la demanda, constituye uno de los pocos casos en que el éxito de la admisibilidad, está condicionada a la opinión del Ministerio Público. Se justifica su intervención, por estimar que existe un interés público en juego que hay que tutelar. En su actuación procesal el Ministerio Público ostenta la representación de la sociedad y la defensa de la legalidad, pero ello no le da atributos para disponer del derecho material, a través de alguna conciliación o transacción, por citar.

Hay que precisar, que el Ministerio Público no ocupa el rol de parte, sino de un dictaminante. La parte, en este tipo de pretensiones, es el Estado, quien asumirá su defensa y representación en el proceso a través del Procurador, luego del emplazamiento.

La norma considera, que el Ministerio Público emita dictamen sobre la procedencia de esta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad. Estas dos condiciones, contar con la opinión del Ministerio Público y dentro del plazo legal fijado, lleva para algunos criterios judiciales, a considerar que agotado los diez días fijados, con o sin dictamen, el juez debe resolver la procedencia o no de la demanda; otro criterio, estima que mas allá del plazo, lo que se busca es contar con la opinión del Fiscal sobre la procedencia de esta. Si bien, la norma no precisa, hay que entender que dichas opiniones deben ser emitidas por el Fiscal Superior, en atención a la competencia por grado fijada por Ley, para el juzgamiento.

Por otro lado, la norma fija el efecto de la apelación del auto que declara la improcedencia de la demanda. Dicho efecto, apelable con efecto suspensivo, es congruente con lo que establece el artículo 371 CPC referido a la apelación de autos.

2. La actuación del Ministerio Público no tiene siempre la misma calidad. En unos casos se le atribuye la condición de parte, lo que significa que puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, pudiendo realizar en el proceso todos los actos propios de las partes.

Cuando el Ministerio Público es dictaminador, su intervención será apreciada – por algunos sectores de la doctrina– como asesor del órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del derecho objetivo. Para algunos autores, aquí opera una situación intermedia: el interés público no llega al extremo de legitimar al Ministerio pero la existencia de aquél hace conveniente que el juez tenga conocimiento, de cual es la opinión jurídica del Ministerio Público en el extremo concreto.

3. La calificación de la demanda está sujeta a la inadmisibilidad e improcedencia de la misma. Véase en sentido el pronunciamiento de la Sala Suprema, recaído en el proceso promovido por ARQ CAD SA (Expediente N° 3626-2002) contra los Vocales de la Segunda Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Dice el juez, que pese a haberse concedido un plazo perentorio para subsanar la demanda bajo apercibimiento de rechazo de la misma, el recurrente presenta su recurso de subsanación con excesiva extemporaneidad, por lo que es de aplicación el segundo párrafo del artículo 426 del CPC se confirma el rechazo a la demanda interpuesta por el actor.

En esa misma línea, la Sala Suprema se pronuncia en el proceso promovido por Mario Florencio Sucari Ccallo y otra contra el Juez Mixto del MJB del Distrito de Jacobo Dickson Hunter- Arequipa (expediente N° 3551-2001). Los accionantes no han sustentado el cargo imputado, es decir, la actuación del juez con culpa inexcusable por lo que no hacen viable la procedencia de la demanda.

## AGOTAMIENTO DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

### ARTÍCULO 513

*La demanda sólo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. A pesar que el juez es un ser humano susceptible de cometer equivocaciones, no puede catalogarse –de forma general– que todo error del juez es un error judicial propiamente dicho, pues esté para ser catalogado como tal debe ser grave e inexcusable, es decir, que el error debe ser de gran magnitud que a todas luces se denote el carácter de insalvable. Ahora bien, hay que distinguir que no cualquier error puede generar el derecho a indemnización, sino el que sea muy evidente e injustificable tanto en la fijación de los hechos, en la interpretación o en la aplicación de la ley, generando una resolución absurda saliéndose de la normativa o con conclusiones ilógicas que salen de su alcance no siendo el desacierto lo que trate de corregir el error judicial sino la negligencia, el desinterés jurídico e inclusive el dolo.

En el caso del error judicial, Mosset Iturraspe<sup>(2)</sup> lo define como el resultado de la equivocación propia, de los conceptos falsos que se poseen, o la consecuencia de la actitud dolosa de las partes en el proceso o de un tercero. Este se produce según Reyes<sup>(3)</sup>, cuando del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias, no resulta coherente con la apreciación de la prueba; esto es, cuando entre la declaración dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la equivocación material. Tiene como correlato los daños causados por la adopción de resoluciones injustas, manifiestamente equivocadas,

---

(1) Los comentarios del presente artículo han sido tomados de la investigación realizada sobre la Responsabilidad Civil de los jueces, por Walter Angeles Bachet, Carmen Aponte Mariño, Liliana Davila Broncazo, Jacqueline Mac Dowall Lira, Roxana Mac Rae Thays y David Suárez Burgos, como alumnos del Ciclo Doctoral en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

(2) Mosset Iturraspe Jorge, El error judicial, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 80.

(3) Reyes Monterreal, José María, La responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia, 2º ed, Colex editorial, Madrid, p. 25.

ocasionándose perjuicios directos, sea contra los bienes o derechos de las personas, con ellas.

El error judicial podrá ser de hecho o de derecho según el conocimiento equivocado de las situaciones fácticas o de las normas jurídicas; sin embargo, frente a dichos errores hay la tendencia a considerar que el único error relevante es el de hecho. Miranda Goded<sup>(4)</sup> afirma que el error judicial tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos y que, por tanto, merece el calificativo de injusta. En su opinión, el error de derecho no puede incluirse en el concepto de error judicial porque tiene su propio correctivo a través del sistema de recursos, pero ello no es cierto, porque la valoración de los datos fácticos puede corregirse también por medio de los recursos.

2. Por otro lado, el error judicial solo puede admitirse producido en una resolución que ponga fin al proceso y luego que se hubieren agotado los recursos previstos en la ley, es decir, solo después que la sentencia haya quedado firme. Si la sentencia de primera instancia ha incurrido en error y el perjudicado no interpone el oportuno recurso, estamos ante un caso de negligencia o culpa del propio perjudicado que no ha hecho uso de los caminos ordinarios para corregir el error. De ahí que el artículo 513 CPC señala que “la demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la Ley contra la resolución que causa daño”.

Como ya se dijo, frente a la resolución judicial presuntamente errónea deberá previamente agotarse todos los recursos impugnatorios previstos en el ordenamiento jurídico. Para hablar de error judicial es necesario que se den los siguientes supuestos: que este se cometa en el curso de un proceso judicial; que esté contenido en una resolución firme, después de haber agotado los recursos de Ley.

El acudir a una instancia jurisdiccional para que declare el error judicial producido dentro de un proceso no puede considerarse como una tercera instancia o recurso que busque la sustitución de las resoluciones recurridas, pues su finalidad es la de obtener una reparación del daño sufrido por la declaración judicial errónea y no —a diferencia de los recursos procesales— una sustitución de los pronunciamientos de las resoluciones. Señala Montero Aroca<sup>(5)</sup>, “el error de hecho se debe referir al descubrimiento de nuevos hechos o a la posibilidad de utilizar

(4) Miranda Goded, “La Responsabilidad del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia,” en *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 330, citado por Atienza Navarro, María Luisa, en *La Responsabilidad Civil del Juez*, Tirant To Blanch, Valencia, 1987, p. 135.

(5) Montero Aroca, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, op. cit., p. 120.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

nuevos medios de prueba, pero no a una valoración distinta de los medios de prueba ya utilizados para probar los hechos ya alegados. En ese sentido, no podría admitirse que a través del error de hecho se modifique la valoración de la prueba efectuada por el juez, pues de lo contrario, se estaría desconociendo el más elemental principio, no ya de independencia judicial, sino de seguridad jurídica”.

Lo que se busca con esta exigencia es impedir que las acciones sobre responsabilidad civil judicial puedan ejercerse por los particulares de forma prematura, infundada e inclusive de manera abusiva. Inclusive algunos autores consideran que basta que no se hubiera interpuesto alguno de los recursos que fuera procedente, contra la resolución judicial dañosa, sino también aquellos otros que procedieran contra las sucesivas resoluciones decisorias de los recursos subsiguientes (llegándose incluso, en algunos casos, hasta el propio recurso de casación) para que no proceda admitir a trámite la demanda posterior por indemnización

En este sentido, se posibilita que el daño derivado de las actuaciones judiciales se reparare por otros medios diferentes a la acción de responsabilidad civil y, por otro, que dicha acción no se utilice como un instrumento de presión sobre el juez cuando todavía no ha resuelto el asunto de que conozca, atentando así contra la imparcialidad o la independencia judicial.

3. Un caso que podría calificarse de reciente error judicial es el que hace referencia la Resolución Administrativa N° 045-2005-PCNM<sup>(6)</sup> del Consejo Nacional de la Magistratura. En los seguidos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria contra Becom SA y el Tribunal Fiscal sobre impugnación de resolución del Tribunal Fiscal N° 266-3-99, los Magistrados de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema emitieron la sentencia del 15 de octubre de 2003, sin haber valorado si era o no aplicable al caso, la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de julio de 1997, a pesar de haber sido expuesto como uno de los agravios de la apelación.

Aparentemente podríamos estar ante un lamentable error judicial, recogido en la ejecutoria suprema en contra de una sentencia del Tribunal Constitucional, a pesar que la exposición de motivos de uno de los agravios de la apelación, hacía referencia a esta contradicción. Es un error judicial calificado por la omisión de pruebas trascendentales que determinarían el fallo. No se trata de cualquier equivocación, pues, se trata de una decisión final que ha agotado la impugnación ordinaria y se ha emitido bajo la garantía de la cosa juzgada.

El error judicial, en la medida que hubiere generado agravio que reparar, tiene como uno de sus mecanismos, a la pretensión indemnizatoria. Esta se dirige de manera directa frente a los magistrados involucrados, aplicando las reglas de la

---

(6) Publicado en el diario oficial El Peruano, el viernes 18 de noviembre del 2005, p. 304418.

responsabilidad civil subjetiva que acoge el Código Procesal Civil para tal fin. La demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la Ley contra la resolución que causa daño y dentro de los tres meses, contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño<sup>(7)</sup>.

En el proceso promovido por la Municipalidad de San Martín de Porres (expediente N° 787-2002) contra el Juez del Tercer Juzgado de Paz de San Martín de Porres y Los Olivos, la Sala Suprema ha señalado que no cumple con los requisitos de procedibilidad que exigen los artículos 513 y 514 del CPC, toda vez que dichas normas establecen que solo puede interponerse la demanda de responsabilidad civil, luego de agotados los medios impugnatorios previsto en la ley contra la resolución que causó daño, exigiéndose además para la procedencia de este tipo de acciones, que quien la interponga no haya consentido la resolución que ocasionó los daños que se pretender resarcir, lo que no ha sucedido en caso de autos. Confirmaron el auto apelado que declara improcedente la demanda.

---

(7) Ver art. 513 y 514 CPC.

## PLAZO

### ARTÍCULO 514

*La demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

## Comentario

---

El artículo hace referencia al cómputo del tiempo dentro del cual se puede interponer la demanda de responsabilidad civil. Dicho lapso, denominado plazo y fijado en meses, responde a razones de seguridad y certeza, para determinar el tiempo específico dentro del cual se debe realizar determinado acto procesal, como es, interponer la demanda.

Como se aprecia de su redacción, se acoge un plazo procesal, destinado al cumplimiento de una actividad procesal, en particular, como es la demanda. Dicho plazo es legal y perentorio. Es legal, porque su duración se halla expresamente establecida por Ley y perentorio o fatal, porque agotado este, determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial expresa en tal sentido.

Es un plazo improrrogable, esto es, no susceptible de prolongación expresa. No debe confundirse lo improrrogable con el plazo perentorio; este último descarta la posibilidad que pueda ser prolongado con motivo de la petición unilateral formulada por la parte a quien afecta; pero, no todo plazo improrrogable es perentorio, pues, mientras este, opera a su simple vencimiento (la caducidad automática de la facultad para cuyo ejercicio se concedió) sin necesidad que la otra parte lo pida o medie declaración judicial, el primero es susceptible de prolongarse de hecho, por cuanto el acto correspondiente puede cumplirse con posterioridad a su vencimiento, pero antes que la otra parte denuncie la omisión o se produzca el acto judicial mediante el cual se da por decaído el derecho no ejercido.

La norma inicia el cómputo de este plazo, a partir que la resolución que causó daño quede ejecutoriada, esto es, cuando se ha agotado la posibilidad de la impugnación. Véase que no toma “el consentimiento” de la resolución a cuestionar, como referente para el cómputo. Todo lo contrario parte del ejercicio de la impugnación agotada. Ello se justifica en atención a la residualidad que debe operar en

este tipo de acciones, de ahí que resulte coherente esta norma con lo regulado en el artículo 513 CPC que dice: “la demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la Ley contra la resolución que causa daño”.



## JURISPRUDENCIA

---

*El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, actuando con dolo o culpa inexcusable.*

*Se produce la caducidad contemplada en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil por haber transcurrido en exceso los tres meses del plazo para interponer la demanda de responsabilidad civil (Exp. N° 236-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 152-155)*

## REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

### ARTÍCULO 515

*El monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La responsabilidad contractual es aquella que deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo o culpa, al no cumplir con la prestación a su cargo, el cual debe ser indemnizado. El artículo 1318 del Código Civil define el dolo como la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño. En la responsabilidad contractual las partes involucradas en el daño causante y víctima han tenido un trato previo o sea, se han vinculado voluntariamente y han buscado en común ciertos propósitos, su reunión no es casual o accidental y esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos: la inejecución de la obligación, la imputabilidad del deudor y el daño. Para determinar si ha existido responsabilidad de la parte demandada hay que establecer, en primer lugar, cuál es la obligación nacida del acuerdo de las partes que ha sido incumplida, pues corresponde al acreedor acreditar la existencia de la obligación, la inejecución de la misma o su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por otro lado, “para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que es necesario que el incumplimiento produzca un perjuicio a quien lo alega”.

En cambio, en la responsabilidad extracontractual no hay un vínculo previo entre el causante del daño y la víctima, no existe un texto o acuerdo que establezca la razón por la que se encuentran en contacto.

El artículo 1969 establece la obligación a indemnizar en los casos de producirse daño por dolo o culpa. Ese precepto regula la responsabilidad subjetiva o

llamada también responsabilidad por culpa por cuanto se sustenta en dos criterios de imputación: dolo y culpa. Señala la Sala Suprema que "dichos criterios subjetivos, de presentarse en el evento dañoso, da lugar a reprochar la conducta antijurídica desplazando las consecuencias económicas del daño a otra persona distinta de la que lo ha sufrido"<sup>(1)</sup>.

La responsabilidad de naturaleza extracontractual requiere de ciertos requisitos, tales como: daño, relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad. Este último requisito tiene dos factores, uno subjetivo y otro objetivo. El factor subjetivo analiza o juzga una conducta del sujeto en función a patrones valorativos de tipo ético o moral que conllevan la idea de reproche o reprobación. El factor objetivo surge en el marco del proceso de socialización de la responsabilidad en general, que impone un criterio de solidaridad cuando se produce un daño.

Frente a este panorama descrito, apreciamos posiciones diversas en sede nacional; por citar para Eugenia Ariano<sup>(2)</sup>, la responsabilidad civil de los jueces debe apreciarse bajo la óptica de una responsabilidad objetiva y directa del Estado, porque ella debe ser asumida por quién está en la real posibilidad de reparar el daño, como es el Estado; en cambio, bajo una óptica opuesta, Beltrán Pacheco asume la tendencia de una responsabilidad derivada por la inejecución de obligaciones, pues, el Estado brinda un servicio a los particulares, un servicio como materialización de la función jurisdiccional, por el cual el justiciable paga un valor por el servicio. El juez no actúa como individuo sino como magistrado y si bien es un individuo, es un órgano que manifiesta la voluntad del Estado como sucedería con un gerente que manifiesta la voluntad de una empresa, a tal punto que los magistrados administran justicia a nombre de la Nación; de ahí que cuando un magistrado no cumple con las reglas del proceso, entonces se hace responsable el Estado y no personalmente el juez. Cuando se ejerce la función jurisdiccional, hay un servicio, hay un contrato especial, hay deberes que cumplir por parte del juez; y si no se cumplen, y se genera daño a los justiciables, conlleva a la indemnización por inejecución de los deberes propio del magistrado.

Adrián Simons<sup>(3)</sup> sostiene que la responsabilidad del juez hacia el litigante es siempre de naturaleza extracontractual porque la vinculación juez y parte es producto de la relación jurídico procesal. En ese orden de ideas, Mosset Iturraspe, quien asume una posición de responsabilidad extracontractual, manifiesta que el Estado brinda un servicio por lo que no se puede hablar de una relación contractual

---

(1) Sentencia casatoria N° 959-97, Callao, El Peruano 19/10/1998.

(2) Ariano Eugenia, "Responsabilidad civil de los jueces (... y la irresponsabilidad del estado-juez)" en Revista Jurídica del Perú, N° 2, Mayo, Lima, 2001, p. 171, reproducido en Problemas del proceso civil, Jurista editores, Lima, 2003, p. 305.

(3) Simons Adrián, "Los daños en la actividad jurisdiccional del Estado" en Ponencias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad de Lima, 2005, p. 327.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

ni cuasicontractual vulnerada cuando el juez cae en error y perjudica a una de las partes. "Los litigantes no celebran un contrato con la justicia institucionalizada; un acuerdo no es la base del proceso y menos aún con el juez de la causa. Es, más bien, un servicio que el Estado brinda y por el cual percibe, en algunas causas, una tasa. No hay entonces una relación contractual ni cuasicontractual violada cuando el juez cae en error y perjudica a una de las partes. Media un acto ilícito extranegocial, la violación del "no dañarás". Se trata de un servicio monopolizado que el Estado no puede negar y al que debe acudirse forzosamente si se quiere la solución del entuerto. De ahí, entre otras cuestiones, el plazo de prescripción a tener en cuenta"<sup>(4)</sup>.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia, a José Lovón<sup>(5)</sup>, quien bajo una posición contraria a las enunciadas, considera que los jueces como cualquier otro ciudadano, deben responder por sus actos, graves o menos graves, teniendo en cuenta especialmente el daño ocasionado conjuntamente con la culpabilidad, criterio que desde ya anunciamos no compartir.

2. La responsabilidad de los jueces es una responsabilidad extracontractual especial. El artículo 515 CPC establece que el monto, exoneración y carga de la prueba, las cuales están reguladas por las normas de inexecución de las obligaciones, por el cual se presume la culpa en lo que corresponde al sujeto al cual se le imputa haber provocado el daño, el aportar la prueba en contrario, sin embargo, esta norma es adversa para la víctima porque las normas de responsabilidad extracontractual están pensadas en el interés de la víctima que ha sufrido un daño y tiene que probar el nexo de causalidad y que ha sufrido un daño, pero el título de imputación que sea dolo o culpa no corresponde a él probarlo.

Aquí nos ponen las reglas de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual en lo que hay que probar dolo o culpa inexcusables. No se puede advertir supuestos de responsabilidad contractual, pues no estamos ante el plano de inexecución de obligaciones contractuales.

El juez no tiene una relación contractual, pero aquí se trata de establecer que la culpa inexcusable en cumplimiento de sus deberes como juez de ninguna manera es un supuesto de responsabilidad contractual. Es muy forzado el contenido de esta figura y solo sirve para la carga de la prueba, para hacérsela más difícil al demandante.

---

(4) *Ibidem*.

(5) Lovón Sanchez Jose Alfredo, *La responsabilidad civil de los jueces*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004, p. 20.

## OBLIGADOS AL RESARCIMIENTO

### ARTÍCULO 516

*La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. En nuestro país coexisten dos sistemas: el fundado en la responsabilidad personal del juez, regulado en el Código Procesal Civil (sistema de responsabilidad civil del juez, que consiste que este debe indemnizar los daños causados por su propia actividad) y la responsabilidad del Estado frente a los daños causados por error judicial y por la detención arbitraria, conforme está dispuesto en la Constitución Política del Estado.

Esto significa que existen diferentes respuestas al resarcimiento de los daños provenientes por errores judiciales. Si estos derivan de un proceso penal, perfectamente podrían ser satisfechos por una responsabilidad directa y objetiva del Estado, en cambio, si los errores judiciales son originarios del proceso no penal, su reparación debe ser sometida a los alcances de la responsabilidad subjetiva del juez. Esta dualidad en el tratamiento de los daños provenientes de la actividad judicial genera que la responsabilidad civil de los jueces sea apreciada bajo dos ópticas, con modelos y procedimientos distintos, lo que conlleva a la vulneración del principio de igualdad entre los justiciables para la reparación de los daños causados, pues, si el daño proviene de la actividad judicial en un proceso penal, se tendrá como sujeto directo al Estado; en cambio, si el daño proviene de actividad jurisdiccional no penal, el juez tendrá que asumir directamente el juzgamiento y la reparación de ese daño.

En ambos casos, se aplican las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, en el que concurren dos sistemas de responsabilidad, el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos construido sobre diferentes factores de atribución. En el Código Civil peruano el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969 y el sistema objetivo incorporado en el artículo 1970. El sistema subjetivo se construye sobre la culpa del autor, la misma que comprende la negligencia o imprudencia y el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima; en cambio el sistema

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, pero siempre bajo los elementos de la responsabilidad civil: la conducta antijurídica del autor, el daño causado a la víctima, la relación de causalidad y finalmente los factores de atribución.

2. En el caso concreto de la norma en comentario, expresamente no atribuye la responsabilidad del daño al Estado sino al juez, como autor directo; pero, para los efectos del pago, se asume la solidaridad con el Estado. Consideramos que se debe unificar el tratamiento de la responsabilidad civil proveniente del ejercicio de la actividad jurisdiccional, de tal forma que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se haga extensivo a todos los casos donde se produzca daño en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Ello inclusive sería coherente con la tendencia legislativa asumida en la Ley N° 27444 (ver artículo 238 de la Ley de procedimiento administrativo general) mediante la cual el Estado asume directamente la responsabilidad de la administración pública por los daños que sufran los administrados.

En la solidaridad hay pluralidad de vínculos que relacionan a los deudores con los acreedores que hubiere. Según Llambias<sup>(1)</sup>, “los distintos vínculos personales que integran la obligación solidaria, no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí, como ocurre en la obligación simplemente mancomunada. Están concentrados o coligados, en cuanto convergen en un haz que infunde a la obligación una estructura unitaria: lo que acontece a uno de los vínculos se propaga, en principio, a los demás vínculos paralelos”. Es importante compartir la explicación que brinda Llambias<sup>(2)</sup> sobre esa propagación de efectos entre los distintos vínculos integrantes de la obligación solidaria. Señala que se acude a la representación: “la energía jurídica que brota del título creador de la solidaridad suscita un frente común de acreedores o deudores. De ahí que lo haga alguno de los integrantes del frente en cuanto tal, es decir, en lo concerniente al dinamismo ordinario de la obligación, se impute igualmente a los demás cointerésados. Es que frente a la otra parte de la relación jurídica, cada acreedor o deudor inviste, dentro de ese marco, la representación de ese interés comunitario que está en la base de la solidaridad, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que corresponde en las relaciones de los cointerésados entre sí. Aunque no haya mandato entre ellos su representación recíproca está en la lógica de su interdependencia”.

La solidaridad emana de la voluntad de las partes que han constituido la obligación o por la Ley. El presente artículo, es una expresión de esta última fuente, que advierte en la realidad la existencia de un interés asociativo que justifica la estructura comunitaria impuesta a la respectiva obligación de pago de los daños y perjuicios entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron

---

(1) Llambias Jorge Joaquín, Manual de Derecho Civil, 10 ed, Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 321.

(2) *Ibidem*.

las resoluciones causantes del agravio. No hay solidaridad activa de origen legal, ella siempre es pasiva.

El fundamento de esta solidaridad se encuentra en el interés común, lo que lleva a aglutinar los distintos vínculos personales para el mejor servicio de aquél interés.

Un aspecto que no refiere la norma en comentario, es la posibilidad de repetición del Estado y bajo que condiciones operaría dicha repetición frente al Juez condenado al pago de la indemnización. Algunos autores sostienen que si el daño, se hubiese producido como consecuencia de la actuación dolosa o culposa del juez, el Estado podrá repetir, esto es, podrá ejercer la acción de reversión contra el juez causante del daño, una vez que hubiera indemnizado al particular perjudicado. De la interpretación que se haría del artículo 509 CPC, se podría colegir que el Estado solo podrá dirigirse contra el juez en vía de regreso si hubiese actuado por dolo o culpa grave, y no por culpa leve, pues, dicho supuesto no aparece regulado como una causal para fijar la responsabilidad civil del juez.

3. A continuación véase algunas de las consideraciones que muestra la Sala de Derecho Constitucional y Social para justificar las condenas a los jueces demandados, por responsabilidad civil. Desde ya dejamos constancia que son escasas las sentencias dictadas sobre responsabilidad judicial civil individual, por dolo o culpa grave, y menos aún las condenatorias. La razón de esta ausencia de decisiones judiciales probablemente estribe, no solo en el hecho que podamos estar en presencia de una judicatura absolutamente diligente, o que contemos con unos jueces que apenas infringen la ley de modo manifiesto mediante actuaciones negligentes o ignorantes; sino también en que el justiciable perjudicado por una actuación judicial dañosa aprecia la dificultad de tener que probar el elemento subjetivo de la culpabilidad, a lo habría que añadir el riesgo de una posible insolvencia económica del juez y aún mas, a lo difícil y tortuoso camino que recorrer para lograr que el Estado asuma dicha indemnización, en atención a la solidaridad. Veamos:

En el proceso seguido por Numa Enrique Cisneros Camborda (Expediente N° 2433-99-Lima) el juez demandado requirió al demandante para que cumpliera con indicar la ubicación de los bienes materia de medida cautelar, bajo apercibimiento de orden de detención; sin embargo, el demandante nunca tuvo la condición de custodio o depositario de bienes muebles de su representada por cuanto que la medida cautelar de intervención en administración y de secuestro conservativo, nunca se ejecutaron, por lo que no le era aplicable el artículo 655 del CPC y por ende la ubicación y captura del demandante. Revocan la sentencia apelada y reformándola declaran fundada en parte la demanda por culpa inexcusable en el ejercicio de las funciones del Juez, fijándose como monto indemnizatorio la suma de S/. 1,000.00.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En otro proceso, expediente N° 268-2000 promovido por Sergio Ramón Ponce de León Calderón y esposa, se señala “habiéndose admitido antes del remate el apersonamiento del demandante como tercero legitimado –el cual en realidad su participación era la de un litisconsorte necesario pues la resolución le afectaba directamente– con derecho preferente de pago y efectuado el remate del inmueble se dispone la cancelación de todos los gravámenes incluida la garantía hipotecaria se dispone la entrega al demandante de una suma de dinero y al ejecutante el monto de la obligación, para luego declarar la nulidad de dichas resoluciones y disponer la entrega del saldo del remate a favor de la deudora, siendo confirmada dicha resolución por el superior en grado. Revocaron la sentencia y reformándola declararon fundada en parte disponiendo que los magistrados abonen solidariamente con el Estado-Poder Judicial al demandante la suma de S/. 8,000.00 por indemnización por daños y perjuicios.

En el caso promovido por Elizabeth E. Falcón Farfán contra el juez del 2do. Juzgado Civil de Ica (expediente N° 2781-2001) se dice: “en un proceso ejecutivo se trabó embargo y remató un bien de la sociedad conyugal sin notificar ni efectuar la denuncia civil a la cónyuge y propietaria del 50% de las acciones y derechos del inmueble rematado que el Registrador Público observó la incompatibilidad para inscribir el embargo, remate y adjudicación y pese a ello el magistrado denunciado procedió a confirmar ello. Confirmaron la sentencia que declara fundada la demanda y ordena que el juez demandado pague a favor del demandante la suma de S/. 3,000.00 en forma solidaria con el Estado.

## EFFECTOS DE LA SENTENCIA

### ARTÍCULO 517

*La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.*

*En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La posibilidad de acudir a una instancia jurisdiccional para que se indemnice por el daño causado en el ejercicio de la función jurisdiccional del juez no puede considerarse como una tercera instancia o recurso que busque la sustitución de las resoluciones recurridas, pues su finalidad es la de obtener la reparación del daño sufrido por la declaración judicial errónea y no –a diferencia de los recursos procesales– una sustitución de los pronunciamientos de las resoluciones. Ello se explica, porque para nuestro ordenamiento jurídico, la cosa juzgada es una garantía de la jurisdicción que no permite alterar lo decidido, salvo los casos de fraude procesal, para lo cual se establece el mecanismo de la revisión procesal, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, conforme lo recoge el artículo 178 CPC. En caso se demuestre que la sentencia impugnada ha sido obtenida como consecuencia de actividad fraudulenta y esta cause daño a terceros o a las partes, recién se declara la ineficacia de la cosa juzgada, permitiendo con ello reabrir el debate sobre la misma pretensión, nuevamente. De ahí que la norma en comentario, ponga especial énfasis en dos ideas centrales: la sentencia que declara fundada la demanda, no afecta la validez de la resolución que produjo el agravio y solo tiene efectos patrimoniales.

2. La norma acoge una “aparente acumulación de pretensiones objetivas”. La pretensión principal estaría orientada a determinar si existió daño efectivo y lograr una indemnización, bajo un aspecto netamente patrimonial, sin embargo, también podría exigirse como “pretensión accesoria” se publique el resultado de la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Evidentemente, dicha publicación debe estar orientada a divulgar una sentencia fundada y ser satisfecha, en ejecución forzada, bajo costo del demandado.

La norma hace referencia a la facultad del demandante de exigir la publicación de la sentencia final; sin embargo, para que dicha facultad opere, requiere necesariamente de la condena cierta y expresa, contenida en un título que condene a dicho acto, como sería la propia sentencia, pues, sin título no hay ejecución. Quedaría, a la libertad del actor, proceder a la ejecución de la condena ya declarada, en el extremo de la publicación. Necesariamente tiene que existir una pretensión que reclame la publicación de la sentencia final y una condena que la acoja expresamente, quedando a la libertad del actor, de exigir al demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional. Aún mas, si no se ha reservado el actor dicha facultad en la demanda, en nada impide, que habiendo demandado expresamente –además de la indemnización– la publicación final de la sentencia y obtenido una sentencia favorable, pueda exigir dicha pretensión en ejecución.

## DEMANDA MALICIOSA

### ARTÍCULO 518

*Si al declarar infundada la demanda, el Juez considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Uno de los efectos que genera la sentencia infundada de la demanda de responsabilidad civil del juez es la sanción pecuniaria; sin embargo, debe advertirse que no se trata de la sentencia que declara la improcedencia de la demanda, sino de una sentencia que desestima el derecho al resarcimiento.

Señala el artículo en comentario que dicha sanción está sujeta a que el demandante haya actuado con malicia. Ella es una expresión de la temeridad procesal que según el inciso 1 del artículo 112 CPC, se puede advertir cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad (ver inciso 2), entre otros supuestos que describe el citado artículo.

La temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

La mala fe, es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión.

Como se aprecia, la norma acoge patrones axiológicos que permita al juez determinar hasta donde se extiende el límite de la conducta lícita de las partes y donde comienza la refida con el deber de lealtad y probidad.

2. El otro supuesto que recoge la norma para la sanción pecuniaria al actor, está referido a que este, durante el proceso, haya difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del juez demandado.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Véase que los procesos de responsabilidad civil están estructurados con algunas limitantes, por citar: el impulso procesal es de parte, el plazo reducido de caducidad para interponer la demanda, la prueba del dolo y la culpa le corresponde realizar al actor, el agotamiento de la impugnación, entre otros. Las limitantes que se coloca en el camino procesal, hacen que sean escasas las sentencias dictadas sobre responsabilidad judicial, por dolo o culpa grave, no porque contemos con algunos jueces que apenas infringen la ley, sino porque dichos requisitos o condiciones que se establecen son auténticas cautelas establecidas legalmente con el objeto de impedir que las acciones de responsabilidad civil judicial puedan ejercerse por los particulares de forma prematura, infundada o abusiva. Si bien se posibilita, por un lado, que el daño derivado de las actuaciones judiciales pueda evitarse o repararse por otros medios diferentes a la acción de responsabilidad civil y, por otro, que dicha acción no se utilice como un instrumento de presión sobre el juez cuando todavía no ha resuelto el asunto de que conozca, atentando así contra la imparcialidad o la independencia judicial; o cuando habiendo resuelto en forma definitiva, queda expuesto a la venganza del litigante perdedor, quien aprovechando su condición de haber iniciado una demanda de indemnización, haría escarnio público de la imagen y la función del juez, difundiendo la información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del juez demandado.

3. La sanción pecuniaria que se impondrá será una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de promover demanda por ejercicio irregular del derecho de acción, como refiere el artículo 4 CPC.

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa. El cobro de las multas impuestas responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

## Sub - Capítulo 4º

---

# EXPROPIACIÓN<sup>(\*)</sup>

### COMPETENCIA POR MATERIA

#### ARTÍCULO 519

*Todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a lo dispuesto en este subcapítulo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.F.P.C. México arts. 521-529

---

### Comentario<sup>(\*\*)</sup>

---

1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones (LGE), la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluye compensación por el eventual perjuicio.

En ese sentido, la expropiación constituye una institución de Derecho Público, pero con indudables efectos en el ámbito privado patrimonial. En concreto, se manifiesta como la ejecución de un acto administrativo sustentado en una norma material. Así, no puede hablarse en ningún caso de una contratación forzada, pues dicho concepto es claramente una contradicción. La contratación constituye la manifestación de la autonomía privada de los contratantes, por el contrario, en la expropiación el Estado procede como poder público en ejercicio de su *ius imperium*. En efecto, a diferencia de la mayoría de los otros participantes del mercado,

---

(\*) Texto del Subcapítulo 4º según la modificación incorporada por la Ley 27117 de 20-05-1999.

(\*\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

el poder de “dominio eminente” le otorga al Estado la facultad de forzar a vender el bien a los propietarios renuentes a celebrar voluntariamente una transacción, a cambio de una compensación justa determinada por una corte<sup>(17)</sup>.

Usualmente se señala que la expropiación implica una clara limitación al ejercicio del derecho de propiedad, el derecho subjetivo patrimonial por excelencia. Sin embargo, bien vistas las cosas, la expropiación no es una limitación de la propiedad, sino su negación misma, en cuanto produce una privación forzosa de este derecho por acto de autoridad<sup>(18)</sup>. Se trata pues de la privación del derecho de propiedad por una causa expropiandi, la misma que tienen carácter constitucional pues se encuentra regulada en el artículo 70 de la Constitución, y está constituida por dos órdenes: 1) causas de seguridad nacional, y 2) necesidad pública, ambas declaradas por ley.

La necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere; por ejemplo, la expropiación de predios para construir un hospital. Este concepto debe diferenciarse de la utilidad pública, que ya no constituye un supuesto de expropiación y se refiere a lo que produce un beneficio, una ventaja. La obra no es indispensable pero sí conviene; es el caso, por ejemplo, de las expropiaciones que hacen posible la construcción de una vía expresa o un corredor vial<sup>(19)</sup>. Por su parte, la seguridad nacional responde a la preservación de la nación; por ejemplo, la expropiación en el caso de un conflicto armado para la construcción de un cuartel.

2. Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes inmuebles de dominio privado. Cabe señalar que de acuerdo al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, los bienes de embajadas o misiones diplomáticas y de organismos internacionales no están sujetos a expropiación, salvo en los casos basados en el Principio de Reciprocidad o en el consentimiento previo. Además, pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo, salvo que por el hecho de expropiación del subsuelo o del sobresuelo la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada total o parcialmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se desprece significativamente, en dicha situación el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie (artículo 13 de la LGE).

De acuerdo a lo establecido en los artículos 20 y 24 inciso 1 del Código Procesal Civil, cuando los bienes a expropiarse se encuentran inscritos es competente para conocer el proceso de expropiación el Juez del lugar donde está inscrito el

(17) FISCHER, William A. “Expropiación y elección pública: La persuasión del precio”. En: THEMIS, Revista de Derecho. N° 48. Julio de 2004. Pág. 48.

(18) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista Editores. Primera Edición. Lima, 2005. Pág. 574.

(19) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Derecho de propiedad. Expropiación. Comentario al artículo 70 de la Constitución”. En: La Constitución Comentada. Tomo I. Primera Edición. Diciembre de 2005. Gaceta Jurídica. Pág. 943.

derecho de propiedad. Si se trata de bienes no inscritos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra el bien. Asimismo, si son varios bienes situados en varios lugares, es competente el Juez de cualquiera de ellos.

3. En el proceso de expropiación hay dos sujetos:

a) Sujeto activo.- El expropiante es el sujeto activo de la potestad expropiatoria, de acuerdo al artículo 10.1 de la LGE, este será la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

En otros ordenamientos jurídicos se determina que los sujetos del procedimiento expropiatorio son tres: el expropiante, el expropiado y el beneficiado<sup>(20)</sup> (quien muchas veces podrá ser el mismo expropiante y muchas otras no). En nuestro sistema jurídico, no hay esa diferenciación tan clara, empero, de acuerdo al artículo 3 de la LGE, el único beneficiario de una expropiación es el Estado. Ello quiere decir, que el beneficiado puede ser tanto el sujeto activo como otro sujeto siempre que sea parte de aparato estatal. En ese sentido, es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado (10.2 de la LGE), y es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de derecho privado (10.3 de la LGE).

b) Sujeto pasivo.- Es el expropiado, quien es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto del ataque expropiatorio<sup>(21)</sup>. De acuerdo al artículo 11 de la LGE, se considera sujeto pasivo de la expropiación, al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. La norma precisa que dentro de estos propietarios susceptibles de ser expropiados se encuentran los que hayan adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva.

Asimismo, la norma precisa que en los casos de duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad y en caso de que exista proceso judicial o arbitral sobre mejor derecho de propiedad, se retendrá el pago del justiprecio hasta que se dilucide la litis.

En el caso de que el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 días (artículo 11.4 de la LGE), con la finalidad de que se apersona al proceso el afectado con la expropiación. Si se

---

(20) Así, por ejemplo en el ordenamiento español. Ver al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Palestra Editores y Temis. Lima – Bogotá. 2006. Pág. 1130.

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Op. cit. Pág. 1133.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

presentan dos o más afectados, el sujeto pasivo será aquel que presente documento público de fecha más antigua. La norma no señala qué sucede si no se presentan documentos públicos. Para este caso, consideramos que debe atenderse a la regla general de concurrencia de acreedores, es decir, debe primar el que presente el documento privado de fecha cierta más antigua.

El artículo 11.6 de la LGE señala que cuando no se presente ningún afectado, se indemnizará a los poseedores de acuerdo al artículo 912 del Código Civil que establece la presunción de propiedad de los poseedores. En este caso, cabe preguntarse si el sujeto pasivo podría ser el poseedor y por lo tanto la expropiación se realizará mediante el proceso establecido en el Código Procesal Civil, o si identificado el poseedor del bien automáticamente se le deberá indemnizar. Consideramos que en este caso el proceso de expropiación tendrá como parte pasiva al poseedor, justamente en aplicación del artículo 912 del Código Civil.

4. Este artículo señala que todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan mediante este procedimiento especial. Se establece así la llamada competencia por materias, que es aquella que se basa en la naturaleza de la pretensión. Este dispositivo constituye una norma integradora, por medio de la cual diversas pretensiones derivadas de la expropiación deben tramitarse necesariamente por esta vía. Entre estas pretensiones tenemos por ejemplo:

a) La nulidad de las expropiaciones: por medio de la cual se puede impugnar el acto de expropiación cuando éste no haya sido dispuesto a favor del Estado y por razones de seguridad nacional o necesidad pública (artículo 23 de la LGE).

b) La posesión provisoria: se realiza de manera excepcional solo cuando el sujeto activo lo solicite expresamente, se acredite la petición adjuntando el certificado de consignación del justiprecio. Además de ello la posesión provisoria debe ser estrictamente necesaria y se debe haber notificado perentoriamente a los ocupantes del bien a expropiarse.

c) La reversión de la posesión: Es titular del derecho de reversión el anterior propietario y sus herederos de ser el caso, si dentro del plazo de los doce meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma; para ello deberán reembolsar la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Cabe señalar, que la expropiación fue utilizada de forma indiscriminada en gobiernos pasados. Se afirma al respecto, que hay una evolución favorable en el ejercicio de la expropiación. Así, hace unas décadas se podía expropiar por varias razones, algunas imprecisas y libradas a la interpretación, además lo podía hacer no solo el Congreso, sino también el Gobierno; y lo que es más grave, el pago del

justiprecio podía hacerse en ciertos casos por cuotas o mediante entrega de bonos (deuda del Estado) que el expropiado estaba obligado a aceptar. Hoy esto ha cambiado, las causales de expropiación son sólo dos: la seguridad nacional y la necesidad pública. La expropiación la puede ordenar únicamente el Congreso, y finalmente, el precio tiene que pagarse con dinero y al contado. Todo esto contribuyó, desde luego, a una mayor protección de la propiedad<sup>(22)</sup>.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si el proceso expropiatorio culminó en su oportunidad, entregando el Estado el monto indemnizatorio previsto por la ley de la materia; mal puede la accionante, pretender ahora, que los bonos que fueron emitidas en moneda que ya no tiene curso legal, se rediman y actualicen, ordenando además el pago de intereses moratorios y compensatorios (Exp. N° 2604-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 198-200)*

---

(22) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La propiedad privada y sus dificultades". En: El Peruano. Jueves 11 de agosto del 2005. Pág. 15.

## REQUISITOS DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 520

*Además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, la demanda deberá estar acompañada de:*

- 1. Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.*
- 2. Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.*
- 3. Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.*
- 4. Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones.*
- 5. La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.*
- 6. Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del artículo 9 de la referida ley.*
- 7. Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.*

*Se declarará inadmisibles la demanda cuando no se haya consignado a favor del sujeto pasivo la indemnización justipreciada, cuando así lo exija la Ley General de Expropiaciones.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C. art.

LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia

arts. 451-459

---

 **Comentario**<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo establece unos requisitos especiales para la presentación de la demanda. Se trata de anexos especiales que necesariamente deberán ser adjuntados, de lo contrario la demanda deberá ser declarada inadmisibile. La especificidad de estos requisitos tiene fundamento en la especial pretensión que se configura con la demanda de expropiación. Estos requisitos son:

a) *Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.* Como se señaló al comentar el artículo anterior, la expropiación solo procede si es que hay una ley que la declara, la misma que debe ser expedida solo por el Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Poder Judicial, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales.

En ese sentido, el procedimiento legislativo para la realización de la expropiación es el siguiente: El Congreso expedirá una ley autoritativa para que el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales o los Gobiernos Locales, expidan la norma expropiatoria. Esta norma deberá ser publicada en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días contados a partir de la vigencia de la ley autoritativa (artículo 6.1. de la LGE).

La norma que ejecutará la expropiación en el caso del Poder Ejecutivo será una Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Por otro lado, en el caso de los Gobiernos Regionales, la norma será la correspondiente de acuerdo con la legislación de la materia; y, en el caso de los Gobiernos Locales, la norma será un Acuerdo de Consejo (artículo 6 de la LGE). Asimismo, de acuerdo al artículo 8 de la LGE, todas estas Resoluciones deberán precisar:

- El sujeto activo de la expropiación.
- El sujeto pasivo, de acuerdo al informe expedido por el Registro que corresponda.
- La identificación precisa del bien a expropiar.
- El valor de tasación comercial actualizado.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Las copias de estas normas ejecutoria y autoritativa de la expropiación deben ser autenticadas, es decir, legalizadas por notario.

b) *Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.* Como señalamos precedentemente, la expropiación se ejerce tanto contra bienes muebles e inmuebles, inscritos o no inscritos. Si el bien está inscrito deberá presentarse una copia certificada del asiento registral del mismo. Si el bien no se encuentra inscrito deberá presentarse una copia certificada de la hoja informativa de Registros Públicos que señalen que el bien no se encuentra inscrito.

Es bastante difícil que en este último caso, el demandante (El Estado) deba presentar los documentos que acrediten la condición de propietario o poseedor del demandado. Y ello porque si el bien no está inscrito la propiedad puede fundarse en el solo consenso o en documentos privados que están en posesión del demandado. Por lo demás, de acuerdo al artículo 11 de la LGE que regula lo concerniente a la legitimación pasiva de este proceso, cuando el bien no está inscrito, el Estado deberá publicar un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación en el lugar donde se encuentra el inmueble, si no se presenta ningún afectado, el proceso se entenderá con los poseedores del bien.

c) *Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.* Este anexo tiene que ver con uno de los requisitos de la expropiación, que es la identificación del bien. Es así, que en la Resolución expropiatoria debe establecerse la identificación precisa del bien de acuerdo a las coordenadas UTM de validez universal y al informe expedido por la Oficina de Catastro del Registro Respectivo.

d) Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones. Este inciso hace una remisión al artículo 16 de la LGE, el mismo que señala que “el valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA”. La tasación comercial actualizada es el valor de mercado que tendría el bien al momento en que es expedida la resolución que ordena la expropiación.

e) *La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.* El justiprecio es la indemnización o retribución a la que tiene derecho el propietario por la pérdida de su propiedad mediante la

expropiación. El importe de la indemnización justipreciada debe incluir la compensación del perjuicio que hubiere. En ese sentido, se señala que el justiprecio comprende, no solo el valor mismo del bien que podríamos llamar daño emergente, sino también el lucro cesante<sup>(23)</sup>. Sin embargo, consideramos que el valor del bien no constituye propiamente resarcimiento y por lo tanto no es “daño emergente”. En efecto, la recuperación del valor es cosa diversa del resarcimiento, es del todo independiente de los presupuestos de este, porque exige el solo reconocimiento de la equivalencia de la cosa<sup>(24)</sup>. En ese sentido, el reembolso del valor comercial del bien es una parte de la indemnización constituida por la retribución que otorga el Estado por expropiar la propiedad de un particular, el otro elemento que forma parte del justiprecio indemnizatorio es propiamente el resarcimiento (llamado por la ley compensación) siempre que se acredite fehacientemente los daños y perjuicios. Así, este último monto solo se otorga cuando se acrediten fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo, originada, inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia<sup>(25)</sup>.

Cabe señalar que se ha puesto en duda la bondad de otorgar la retribución de acuerdo al valor de mercado del bien. Así, se señala que usualmente, un individuo conserva un bien en su poder justamente porque le asigna un valor mayor que al dinero que recibiría si es que lo vendiese a precio de mercado. El precio de mercado suele ser simplemente el promedio del precio al que suele venderse un determinado bien. Por ello, cuando la compensación es equivalente al precio de mercado lo que suele terminar sucediendo es que se sub-compensa al expropiatario<sup>(26)</sup>. En ese sentido, compartimos la opinión del autor citado, en el sentido de que debería determinarse como compensación un valor mayor al de mercado. Sin embargo, al no contar con una norma en ese sentido, solo queda solicitar dicho valor dentro del perjuicio que se hubiere sufrido por el ejercicio de la expropiación, pero dicho monto deberá ser sustentado en un perjuicio que necesariamente debe probarse por el propietario en el proceso judicial.

El pago del justiprecio tiene algunas particularidades: 1) En el caso del valor comercial, el pago debe ser previo a la expropiación material, es decir, a la toma de posesión del bien expropiado. En cambio, en el caso de la compensación, su pago se efectuará una vez otorgada la garantía o fianza bancaria, si el sujeto activo contradice el monto de la compensación pretendida por el sujeto pasivo. En el caso que el sujeto pasivo no hubiese presentado su pretensión a la compensación ni

---

(23) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Derecho de propiedad. Expropiación. Comentario al artículo 70 de la Constitución”. Op. cit. Pág. 946.

(24) DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione riveduta e aggiornata. Giuffrè editore. Milano, 2003.

(25) VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. “Extinción de la propiedad”. En: Código Civil Comentado Tomo V. Derechos Reales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2003. Pág. 387.

(26) PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. “Expropiación: Una visión económica alternativa”. En: THEMIS, Revista de Derecho. N° 48. Julio de 2004. Pág. 131.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

hubiese reconvenido, el pago se efectuará en ejecución de sentencia (artículo 21.1 de la LGE). 2) El pago debe ser en dinero y en moneda nacional (artículo 19 de la LGE). Cabe aclarar que la indemnización justipreciada no constituye el precio del bien, sino que es el valor de la cosa expropiada más el pago de los perjuicios ocasionados por la expropiación (artículo 15 de la LGE). Asimismo, la indemnización justipreciada no podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución. Cabe señalar además, que si en la sentencia el Juez determina un monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o el monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenará en ejecución de sentencia que se realicen las compensaciones correspondientes.

En lo que respecta a la tasación, el artículo 16 de la LGE, señala que el valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada, que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA.

f) *Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del artículo 9 de la referida ley.* La norma hace alusión al procedimiento de trato directo entre el expropiante y el sujeto pasivo. Este procedimiento se realiza cuando no existen duplicidades registrales y proceso judicial sobre el bien. En estos casos, en un plazo de 5 días útiles contados a partir de la publicación de la resolución de expropiación, el sujeto activo formula al sujeto pasivo, mediante una carta notarial una oferta que contiene tanto el valor comercial del bien, como la indemnización equivalente al 5% de dicho valor comercial. En dicho marco, en un plazo de 15 días útiles de recibida la comunicación, el sujeto pasivo podrá presentar al sujeto activo la aceptación de la oferta para que con el pago del monto aceptado por el sujeto pasivo, culmine el proceso expropiatorio sin que pueda presentarse acción alguna por concepto de expropiación.

Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo, deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere. Justamente esta última documentación otorgada al sujeto activo es la que constituye el presente anexo especial que necesariamente deberá presentar el demandante en el proceso de expropiación.

Cabe señalar que este requisito no es exigible en el supuesto establecido en el párrafo quinto del artículo 9 de la LGE, es decir, cuando el sujeto pasivo no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación documentada de la compensación que pretende. En estos casos el expropiante solo deberá consignar el valor comercial actualizado, sin perjuicio de que el sujeto pasivo solicite dicha compensación en la etapa judicial o arbitral correspondiente.

g) *Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.* Este inciso establece como anexo especial el certificado de consignación de la indemnización justipreciada consistente en la tasación comercial actualizada. El dispositivo hace alusión también a la consignación correspondiente a la compensación propuesta por el sujeto pasivo, ello sucederá cuando el sujeto pasivo, disconforme con la oferta presentada por el expropiante, le remite los documentos donde justifica una indemnización de mayor valor. En este caso, el sujeto activo deberá consignar judicialmente ambos montos, que sin embargo, serán discutidos en el proceso judicial y por lo tanto, podrán variarse en la etapa de ejecución de sentencia.

Cuando no se cumpla con la presentación de alguno de estos anexos especiales, la demanda deberá ser declarada inadmisibile, y consecuentemente, el sujeto activo tendrá la carga de presentar la documentación pertinente bajo sanción de rechazarse la demanda.

## EMPLAZAMIENTO DE TERCERO AL PROCESO

### ARTÍCULO 521

*Cuando se trate de bienes inscritos y exista registrado derecho a favor de tercero, se debe notificar con la demanda a éste, bajo sanción de nulidad de lo actuado.*

*Si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el Juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.*

*Admitida la demanda, el Juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia.*

*Tratándose de bienes no inscritos y siempre que conste fehacientemente o razonablemente que el bien objeto de la expropiación está siendo explotado o poseído por tercero, éste será notificado con la demanda, bajo sanción de responder al demandante por los daños y perjuicios que tal omisión ocasione.*

*Si el tercero interviene, su actuación se sujeta, en cuanto sea pertinente a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título II de la SECCIÓN SEGUNDA de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo regula la posibilidad de la intervención de un tercero en el proceso de expropiación. El tercero legitimado para intervenir será aquel que tenga derechos registrados sobre el bien materia de expropiación. Aunque la norma establece que este tercero debe ser notificado con la demanda bajo sanción de nulidad, no se establece un litisconsorcio necesario, pues este último implica que

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

la decisión a recaer en el proceso afecte “de manera uniforme” a ambos sujetos (artículo 93 del Código Procesal Civil). El tercero tampoco interviene en el proceso mediante la llamada “intervención litisconsorcial”, dado que esta intervención implica que el tercero se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de la sentencia, y que por ello se encontraría legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso (artículo 98 del Código Procesal Civil).

Lo que hace este artículo es establecer una regla especial (la notificación de la demanda al tercero) para facilitar la intervención coadyuvante de éste. En efecto, al tercero no se le está solicitando que comparezca al proceso ni se le está emplazando (tal como sucede con el litisconsorcio necesario), sino se le está dando a conocer de la demanda mediante la notificación de la misma.

En ese sentido, este tercero puede apersonarse al proceso como coadyuvante, dado que de acuerdo al artículo 97 del Código Procesal Civil “quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante a ella”. Este tercero no es parte, por lo que la pretensión del sujeto activo no se dirige hacia él.

Sin embargo, la intervención de este tercero no es una común intervención coadyuvante, sino que tiene una naturaleza especial. En efecto, la norma en comentario busca brindar una protección especial al tercero que tiene algún derecho sobre el bien que será expropiado. Así, la medida de protección será que si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectados a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el Juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.

Entre los gravámenes que podrían afectar el bien están los derechos reales de garantía como la hipoteca, la prenda o el derecho de retención (dependiendo de que se trate de bien mueble o inmueble). Las medidas judiciales que podrían afectar el bien son los diferentes tipos de embargos y medidas cautelares.

En dicho contexto, una parte del justiprecio será retenida por el juzgador para hacer el pago correspondiente al tercero acreedor que tenga un derecho sobre el bien, mientras el remanente será entregado al propietario. Se configura de esta manera una suerte de ejecución judicial especial del bien.

La norma también prevé otro mecanismo de protección de terceros. Así, señala que admitida la demanda, el Juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia. El bloqueo registral constituye un mecanismo de publicidad registral que

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

desincentivará la posibilidad de que terceros puedan adquirir el bien y de esta manera, la posibilidad de que surjan más conflictos sobre el mismo.

2. La norma establece que en el caso de bienes no inscritos, deberá notificarse a los terceros que fehacientemente o razonablemente se encuentren explotando o poseyendo el mismo. Esta norma tiene sentido, si es que existe un propietario diferente de los terceros poseedores, así el propietario sería el sujeto pasivo y los terceros poseedores deberán ser notificados para que puedan ingresar al proceso como terceros coadyuvantes y de ser el caso, ser compensados por los daños que sufran como consecuencia de la expropiación. Por el contrario, si los poseedores son los propietarios del bien (no inscrito) o solo existen poseedores y no propietarios, estos son parte pasiva del proceso y no terceros, por lo que la notificación aquí no es informativa, sino constituye emplazamiento, y de acuerdo a lo señalado al comentar el artículo 519, los poseedores tiene derecho al justiprecio.

## REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN

### ARTÍCULO 522

*La contestación debe cumplir con los requisitos del artículo 442 y sólo puede sustentarse en:*

- 1. Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación.*
- 2. Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación.*
- 3. Disconformidad con la tasación comercial actualizada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La contestación de la demanda es una expresión del derecho de acción, más genéricamente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación concreta del derecho de defensa. De acuerdo a este dispositivo, la contestación de la demanda debe cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 442 del Código Civil, que versan básicamente sobre la forma en que debe presentarse el escrito (con el ofrecimiento de los medios probatorios, con la firma del representante y del apoderado) y sus características (debe pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda, reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, etc.).

2. Este artículo además, establece de forma taxativa los supuestos en los cuáles puede sustentarse la defensa. Se trata pues de una evidente limitación al derecho de defensa, que se expresa en la delimitación de lo alegable. Ello es:

a) *Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación.* Esta norma

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

establece un plazo de caducidad, dentro del cual deberá demandarse la expropiación. Este plazo es de 6 meses, y se computa desde la publicación o notificación de la norma expropiatoria. Nótese que no se trata de la norma autoritativa expedida por el Congreso de la república, sino de la norma que se expide como consecuencia de dicha norma autoritativa. El plazo es de caducidad, ello es muy relevante, pues en este caso, con el solo transcurso del tiempo se extingue el derecho del Estado para poder expropiar un bien determinado, y ello sería definitivo. Además, en este caso no hay supuestos de interrupción o suspensión que pudieran afectar el plazo, salvo lo dispuesto en el artículo 2005 del Código Civil (imposibilidad de demandar ante tribunales peruanos). Por el contrario, si el plazo hubiese sido de prescripción, el solo transcurso del tiempo no afectaba el derecho del Estado quien podría demandar (dado que el Juez no puede declarar la prescripción de oficio, a diferencia de la caducidad) pero estaría supeditado a que la parte pasiva no denuncie la prescripción del derecho vía excepción. Además la prescripción si admite supuestos de interrupción y suspensión.

b) *Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación.* Se señala erróneamente, que ante la autoridad judicial no se tiene la posibilidad de discutir la improcedencia de la expropiación; en el trámite solo puede objetarse la valoración, y la *litis* se circunscribiría a la determinación del *quatum*<sup>(27)</sup>. Por el contrario, el dispositivo en comentario permite expresamente que pueda denunciarse supuestos de improcedencia de la expropiación, y ello no podría ser de otra manera, pues de lo contrario, se estaría otorgando al estado un poder que en muchos casos podría ser arbitrario. Así, pueden ser argumentos de defensa:

- La nulidad de la expropiación. Esta causal se configura cuando se vulneren los artículos 3 y 4 de la LGE, es decir, cuando no se establezca la expropiación en beneficio del Estado o cuando no se señale la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación.
- La incompatibilidad constitucional. Esta causal debe entenderse en el sentido de que la norma que ordena la expropiación vulnera normas constitucionales.
- La ilegalidad. En este caso la norma que ordena la expropiación vulnera normas de rango de ley. En este supuesto, podría entenderse el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8 de la LGE para el contenido de las resoluciones que ordenan la expropiación.
- Inadmisibilidad. Se refiere a la falta de presentación de los anexos especiales regulados en el artículo 520 del Código Procesal Civil.

---

(27) VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. Op. cit. Pág. 387.

- Improcedencia. Aunque la norma no lo disponga expresamente es importante señalar que constituyen supuestos de improcedencia de acuerdo al artículo 5 de la LGE: i) Que la expropiación se funde en causal distinta a la establecida en la ley, ii) Que la expropiación tenga por objeto el incremento de la renta pública, y iii) Que la expropiación responda a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien. Es evidente que estas causales de improcedencia pueden ser denunciadas por la parte pasiva y constituyen sustento para la defensa de la misma.

c) *Disconformidad con la tasación comercial actualizada*. Es posible que el propietario no se encuentre de acuerdo con la tasación realizada por el Estado, por lo que tiene el derecho de presentar las pruebas pertinentes que tengan por finalidad demostrar que la tasación realizada no se ajusta al real valor comercial del bien.

## RECONVENCIÓN

### ARTÍCULO 523

*La reconvencción queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 445 y sólo podrá sustentarse en:*

- 1. La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. Esta sólo puede sustentarse en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.*
- 2. La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La contrademanda es llamada en nuestro Código Procesal Civil como reconvencción, la misma que implica que el demandado no se limita a defenderse sino que interpone contra su demandante a su vez, una pretensión. Así, se dice que la reconvencción implica que el demandado pase a un contraataque, promoviendo contra el demandado su propia demanda, por ello “la reconvencción se deja definir como una demanda promovida por el demandado (reconvincente) dentro del proceso contra el demandante (reconvenido), con la que se introduce en el proceso una pretensión procesal autónoma”<sup>(28)</sup>. De acuerdo a este dispositivo, la reconvencción debe seguir las reglas generales establecidas en el artículo 445 del Código Procesal Civil, con las particularidades que aquí se señalan. Así, los requisitos generales son que la reconvencción se propone en el mismo escrito en que

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(28) LEIBLE Stefan. Proceso Civil Alemán. Honrad Adenauer Stiftung. Biblioteca Jurídica Dike. 2º Ed. Santa fe de Bogotá, 1998. Pág. 243.

se contesta la demanda y debe cumplirse los requisitos generales de la contestación (por ejemplo, forma y plazo), en ese sentido, la reconvencción debe contener todos los presupuestos procesales. Además la reconvencción debe cumplir con tres requisitos: a) No afectar la competencia, b) No afectar la vía procedimental, c) La pretensión en ella contenida debe ser conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. Estos requisitos no son afectados en el caso de la expropiación, dado que el artículo 519 establece que todas las pretensiones (se entiende también, las que forman la reconvencción) derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a la normativa del proceso de expropiación (con lo cual los dos primeros requisitos resultan zanjados), y porque el artículo materia de comentario establece expresamente la conexidad, es decir, las razones en las que puede sustentarse la reconvencción.

2. La reconvencción solo puede fundarse en dos supuestos:

a) *La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros.* En este caso, ante la pretensión del Estado de expropiar solo parcialmente el bien, el sujeto pasivo puede pretender que la expropiación sea total, ello atendiendo también a lo establecido en el artículo 14 de la LGA. En efecto, ello puede pretenderse cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial. En este caso, la expropiación parcial constituye un perjuicio para el demandado.

b) *La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación.* Aquí, la pretensión del Estado es solo el subsuelo y el sobresuelo y no el suelo. Ante ello, el sujeto pasivo puede pretender que también sea expropiado el suelo cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente. Ello también se encuentra reforzado en el artículo 13 de la LGE, la misma que señala además que en estos casos (de pérdida económica para el propietario), el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie.

Ambos supuestos de reconvencción buscan proteger al propietario ante eventuales pérdidas económicas que pueda sufrir ante el ejercicio de la expropiación parcial o incompleta. Cabe señalar que si la reconvencción se fundamenta en hechos distintos deberá ser declarada improcedente preliminarmente.

## CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 523-A

*En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios, el Juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorgar contracautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria.*

*El Juez sólo entregará el monto de la indemnización justipreciada, una vez otorgada la garantía real o fianza bancaria a que se refiere el párrafo anterior, de ser el caso. En el supuesto que no se otorgue garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia.*

*El Juez entregará el monto de la indemnización justipreciada, cumplidos los plazos de la contestación de la demanda y de la reconvenición, con la salvedad del párrafo anterior y de los casos en que de acuerdo a la Ley General de Expropiaciones el pago se efectúa en ejecución de sentencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Como señalamos, la indemnización justipreciada o justiprecio, está constituida por dos montos: el valor comercial del bien (el valor de mercado) y la compensación (el resarcimiento a que tiene derecho el expropiado si acredita los daños sufridos por la expropiación del bien de su propiedad). Ahora bien, el artículo 520 inciso 7 establece como un anexo especial de la demanda, el certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizada y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda de acuerdo a la LGE.

Por otro lado, el artículo 15.2 de la LGE establece que la entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuará en dinero una

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvencción. Se entiende pues que contestada la demanda, el expropiante debe entregar el total del justiprecio, al parecer, atendiendo al monto por compensación requerido por el expropiado. Justamente por ello, se señala la posibilidad de que el sujeto activo pueda oponerse al monto de la compensación requerida por el sujeto pasivo. Lo primero que podemos advertir aquí, es una contradicción pues la normativa en cuestión señala que la compensación se abonará en caso se acredite fehacientemente los daños y perjuicios (artículo 15.1 de la LGE), y por otro, se señala que el expropiante está obligado a la entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada (es decir, incluyendo a la compensación) se efectuará trascurrido el plazo para la contestación de la demanda (artículo 15.2 de la LGE), es decir, sin que se hayan actuado los medios probatorios para delimitar si en verdad es procedente la compensación.

En dicho contexto, se otorga el derecho al expropiante para que pueda oponerse a la pretensión de compensación que pueda tener el sujeto pasivo. En este caso, se entiende que igual se deberá abonar a favor del expropiado el monto total del justiprecio, empero, el juez deberá ordenar al sujeto pasivo otorgar contra cautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria. Este dispositivo debe integrarse con lo establecido en el artículo 15.2 de la LGE, pues no se trata de cualquier contracautela, sino que el monto debe ser el equivalente a la diferencia existente entre la pretensión que pretende pagar el Estado y la pretensión del expropiado. Cabe señalar además que solo se permite dos tipos de cauteles, las garantías reales (como la hipoteca o la prenda) y un tipo de garantía personal que es la fianza bancaria. En dicho contexto, no podría aceptarse otro tipo de fianza u otro tipo de garantía como la caución juratoria.

En lo que respecta a la delimitación de la compensación luego de la observación hecha por el sujeto activo, la LGE establece que está será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además, deberá estimarse la finalidad a la que estaba destinado el bien a expropiar (artículo 17 de la LGE).

2. Cabe señalar que la entrega efectiva del justiprecio indemnizatorio se hará luego de vencido el plazo de contestación de la demanda. Si el sujeto pasivo contesta y propone una compensación, y si el sujeto activo a su vez se opone a dicha pretensión, si bien debe consignar ante el juzgado el monto equivalente a la compensación, el juez debe suspender el pago del justiprecio (contemplando la compensación propuesta por el sujeto pasivo) hasta que el sujeto pasivo otorgue la garantía real o fianza bancaria. Nos parece que este dispositivo podría tener una regulación más idónea, y ello porque si bien tiene total lógica que no se otorgue a favor del sujeto pasivo la compensación que pretende sino hasta que otorgue las garantías necesarias (y ello porque deberá acreditar el daño sufrido en el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

proceso), no hay razón para que no se le otorgue inmediatamente la parte del justiprecio referida al valor comercial del bien, dado que dicho valor es independiente del daño que pueda sufrir el sujeto pasivo, y debe ser abonado por el solo hecho de que el bien del cual es propietario le será expropiado. Para este monto es indiferente que otorgue o no la garantía.

Este dispositivo también establece que en el supuesto en que no se otorgue la garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia. Esta regla al igual que la anterior, equipara erradamente los montos del valor comercial y de la compensación, no advirtiendo que ambos tienen una naturaleza bastante disímil y por ello su tratamiento debe ser diverso. En ese sentido, si el afectado no impugnó el pago del valor comercial y solo propuso una compensación adicional, la falta de otorgamiento de garantía no debe afectar el monto del valor comercial del bien al que tiene derecho por la sola interposición del proceso de expropiación, y en ejecución de sentencia debería satisfacerse únicamente la compensación.

## EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

### ARTÍCULO 524

*La declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La rebeldía es la situación procesal en la que se coloca la parte demandada que ha sido debidamente notificada, por no contestar la demanda dentro del plazo establecido por ley. En efecto, la contestación de la demanda no se configura solo como un derecho sino que es también una carga y justamente la consecuencia de la no liberalización de la carga de contestar la demanda es la de encontrarse en la situación procesal de rebeldía. La primera consecuencia negativa es que se perderá la oportunidad de contestar la demanda, es decir, en buena cuenta, de defenderse de la pretensión ejercida por el actor. Además de ello se configura: 1) Una presunción relativa de la veracidad de los hechos afirmados por el actor, (artículo 461, primer párrafo) 2) Declarada la rebeldía el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia (artículo 460 del CPC). Este último efecto tiene como excepciones que: a) habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda, b) la pretensión se sustente en un derecho indisponible, c) la no presentación de un documento que la ley exigía para probar la pretensión, y, d) la falta de convicción del juez debidamente motivada (artículo 461).

Cabe señalar que la rebeldía también podría declararse en contra de cualquiera de las partes cuando notificada con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, no comparezca dentro del plazo de 5 días (artículo 458, 2do. párrafo y 79 del CPC). Sin embargo, como hemos visto, los efectos más graves (y perjudiciales) operan cuando no se contesta la demanda. Ello no

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

obstante, el respeto al principio del contradictorio, por el cual las notificaciones más importantes deben ser notificadas por cédula al rebelde, así: la que declara la rebeldía, la que declara saneado el proceso, la que cita a audiencia, la sentencia y la que requiere su cumplimiento. Las demás se tienen por notificadas al notificarse a la otra parte (artículo 459 del CPC).

2. En el caso de la expropiación se establece una regla especial para la declaración de rebeldía: no se presume la veracidad de todos los hechos alegados por el actor, sino que se presume únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda. Ello es muy importante, pues la pretensión correspondiente al resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la expropiación, no son afectados por la rebeldía. En efecto, el demandado podrá integrarse al proceso y de acreditar el daño efectivo tendrá el derecho a la compensación que como vimos, es parte del justiprecio conjuntamente con el valor de la tasación.

## MEDIOS PROBATORIOS

### ARTÍCULO 525

*De ofrecerse pericia, la aceptación del cargo por los peritos se formalizará mediante la firma puesta por éstos en el escrito que presenta la parte que los designa. En ningún caso se admite más de 2 (dos) peritos de parte para la valuación de cada bien, según su especie y naturaleza.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La pericia puede ser definida como aquel acto procesal desarrollado por sujetos distintos de las partes, llamados peritos, previamente designados por el órgano jurisdiccional, que percibiendo y verificando determinados hechos emiten una opinión en base a sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, a fin de confirmar una afirmación de alguna de las partes procesales, con el objeto de ayudar al juez (no técnico en todas las ciencias y artes) a mejor comprender el tema en discusión<sup>(29)</sup>.

Cabe señalar que la pericia es un medio probatorio causal, y ello porque su producción se realiza en el proceso. Al ofrecerse, deben indicarse los puntos sobre los cuales versará la pericia, la profesión, y el hecho que se pretende esclarecer.

2. En el proceso de expropiación puede solicitarse la actuación de peritos como medio probatorio. La actuación pericial que en la mayoría de casos se realizará en este proceso es la tasación del bien materia de expropiación y ello porque el principal problema que puede subsistir en este proceso, y que necesite de peritos para dilucidarlo, es el monto que debe ser otorgado en calidad de justiprecio a favor del demandado. Evidentemente, este medio de prueba será solicitado –en la mayoría de casos– por el demandado que no se encuentra conforme con la tasación realizada por el Estado, y ello porque éste último por Ley (específicamente, el artículo 16 de la LGE) debe realizar la tasación del bien mediante el Consejo Nacional de Tasaciones (CONATA).

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(29) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. cit. Pág. 188.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El ofrecimiento de la pericia debe seguir los requisitos generales establecidos en el Código Procesal Civil. Así, al ofrecer la pericia se deberá indicar con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia (artículo 263 del Código Procesal Civil). Cabe señalar que la regla especial para el ofrecimiento de la pericia en este caso será que la aceptación de los cargos se formalizará mediante la firma puesta por éstos en el escrito que presenta la parte que los designa.

Esta norma también establece una limitación para el ofrecimiento de peritos. Así, en el caso de los peritos designados por el juez, por regla general, se designan en un número que se considere necesario (artículo 263 del Código Procesal Civil), no habiendo tampoco ninguna limitación en el caso del perito de parte. En este proceso, los peritos no podrán ser más de dos por cada bien materia de expropiación. Cabe señalar que los peritos que hayan elaborado el informe pericial de parte, pueden ser citados a la audiencia de pruebas (artículo 271 del Código Procesal Civil). Los honorarios de los peritos son de cargo de la parte que ha ofrecido la pericia.

## AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

### ARTÍCULO 526

*La conciliación sólo puede tener por objeto el acuerdo sobre el valor de la indemnización justipreciada, la validez de la causal de expropiación y, en su caso, sobre las pretensiones objeto de reconvencción.*

*En defecto de conciliación y cuando el demandado hubiera ofrecido como medio probatorio la pericia de valor del bien, la Audiencia de Pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde la audiencia anterior.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Nuestro Código Procesal Civil regula tres audiencias: a) la de saneamiento procesal (artículo 449); b) la de conciliación y fijación de puntos controvertidos (artículo 468 y sgtes); c) la de pruebas (artículo 202 y sgtes). Estas audiencias son autónomas y necesarias en el proceso de conocimiento, mientras que en el abreviado el saneamiento procesal y la conciliación se realiza en una sola audiencia (artículo 493 del Código Procesal Civil). En este caso, el Juez actuará los medios probatorios y declarará saneado el proceso. Luego, procederá a propiciar la conciliación entre las partes. Si se acepta la fórmula conciliatoria estaremos ante la conciliación judicial, que no es más que el acuerdo de las partes en poner fin a un proceso judicial, este conciliación debe hacerse de acuerdo a las formalidades establecidas en el Código Procesal Civil, es decir, el Juez debe especificar el contenido del acuerdo, y el acta debe ser firmada por los intervinientes y el juez. Dicha acta equivale a una sentencia con la autoridad de cosa juzgada (artículo 470 del Código Procesal Civil).

Ahora bien, normalmente se deja un amplio marco de actuación para establecer el acuerdo conciliatorio, siempre que esté dirigido a poner fin a la litis. Por el contrario, el dispositivo en comentario, establece que la conciliación solo puede

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tener por objeto: a) la indemnización justipreciada, b) la validez de la causal de expropiación, y c) las pretensiones objeto de reconvención.

De esta manera, las partes pueden ponerse de acuerdo tanto sobre el monto de la valorización comercial del bien, como de la compensación o resarcimiento por los daños causados por el acto expropiatorio. Asimismo, pueden ponerse de acuerdo sobre la improcedencia de la expropiación porque el fundamento de la misma no era justificado o porque se basó en causales distintas a las establecidas normativamente. En este caso, considero que no podría aprobarse la conciliación que admite la expropiación que se sustenta en una causal inválida, y ello porque la vulneración de la norma imperativa e incluso constitucional no puede ser convalidada por el acuerdo entre las partes. Así, el juez deberá desaprobado la fórmula conciliatoria y además deberá declarar improcedente la expropiación.

Por último, pueden conciliar sobre las pretensiones objeto de reconvención tales como la pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros (cuando el actor pretendía solo una expropiación parcial) y la pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación (cuando el actor solo pretendía la expropiación del subsuelo o del sobresuelo). Estas son las únicas razones por las que pueden ejercerse la conciliación, si se concilia sobre cuestiones ajenas a las aquí señaladas el juez deberá desaprobado el acuerdo conciliatorio.

2. La normativa general que regula el proceso abreviado establece que cuando en la audiencia no hay conciliación, el juez enumerará los puntos controvertidos y admitirá las pruebas para luego comunicar a las partes, el día, hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de 50 días contados desde la audiencia conciliatoria (artículo 471 del Código Procesal Civil). En el caso del proceso de expropiación, se establece como regla especial que en defecto de la conciliación la Audiencia de Pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde la audiencia anterior.

## AUDIENCIA DE PRUEBAS

### ARTÍCULO 527

*La Audiencia de Pruebas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 202 y siguientes de este Código.*

*Cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepen de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante, el Juez puede disponer en la propia audiencia la designación de 2 (dos) peritos dirimientes. Aceptado su nombramiento, se citará a éstos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días, y en la que con los concurrentes a la misma, con o sin pericia dirimente, se realizará un debate pericial bajo la dirección del Juez.*

*La sentencia señala quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La primera parte de este dispositivo constituye una norma de remisión, determinando que la audiencia de pruebas se realizará conforme a la normativa general establecida en el Código Procesal Civil. Por lo demás, este dispositivo complementa lo establecido en el artículo 525 referido a los peritos que pueden presentar las partes en este proceso. De esta manera se señala que cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepan de la tasación comercial presentada por el demandante, el juez podrá disponer en la propia audiencia la designación de dos peritos dirimientes. De acuerdo a lo establecido en el CPC, dentro del tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad; si no lo hace, se tendrá por rehusado y se procederá a nombrar otro perito (artículo 269 del CPC).

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Aceptado el cargo, el juez procederá a citar a estos peritos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial, complementaria a la audiencia de pruebas, que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días. En esta audiencia se realizará el debate pericial bajo la dirección del Juez.

2. Con respecto a la regla general del pago de los honorarios de los peritos, el CPC señala que los honorarios de la pericia de parte son cubiertos por ella misma, mientras que los peritos ordenados de oficio serán pagados de forma proporcional entre las partes (artículo 271 del CPC). En este caso, se establece que en la sentencia se señalará quien es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma. De esta manera no se establece un parámetro claro para la determinación del obligado a cubrir este costo; sin embargo, como se establece que el establecimiento de esta obligación deberá atender a lo resuelto en la sentencia, parece que la norma pretende sancionar a la parte que presentó el perito y dicho perito no se ajustó a lo dilucidado por los peritos dirimientes. Esta parte en la mayoría de veces será el sujeto pasivo dado que el actor no necesita presentar dicho peritaje pues está obligado a atender lo que establece la CONATA.

En dicho contexto, consideramos que una solución más justa hubiese sido que el costo del peritaje dirimente sea cubierto de forma proporcional.

## EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

### ARTÍCULO 528

*Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada total o parcialmente las pretensiones discutidas, se observarán las reglas contenidas en el Capítulo V del Título V de la SECCIÓN QUINTA de este Código con las siguientes particularidades:*

- 1. El Juez executor exigirá al demandante o demandado, según corresponda, la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activo de la expropiación. En caso que el sujeto pasivo no devolviera dentro del décimo día de notificado se ejecutará la garantía a que se refiere el artículo 523-A. En caso que el sujeto activo debiera devolver algún monto deberá cancelarlo en el mismo término bajo sanción de caducidad y reversión.*
- 2. El Juez executor requerirá al demandante para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de 10 (diez) días útiles consigne en el Banco de la Nación, a disposición del juzgado, la indemnización justipreciada fijada en la sentencia debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley General de Expropiaciones, así como un importe, que el Juez fijará, para cubrir los eventuales gastos. Este inciso únicamente será aplicable en el caso que el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía.  
*En los procesos en los cuales se haya concedido la posesión provisoria a que se refiere el artículo 530, la consignación establecida en el párrafo precedente deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia, debidamente actualizada, y el monto consignado al momento de la solicitud de posesión provisoria.**
- 3. El Juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla dentro de un plazo que no excederá de 5 (cinco) días de haber sido requerido, con suscribir los documentos traslativos de propiedad, según la naturaleza del bien expropiado y formalidades correspondientes. Para estos efectos, el demandante debe presentar el proyecto de los documentos respectivos.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*En la misma resolución se ordenará también, de ser el caso, la entrega de la posesión en los plazos indicados en el inciso 6. de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y de trasladarle los gastos correspondientes. Si el bien se encuentra poseído por tercero, se le requerirá su entrega en los mismos plazos.*

- 4. La oposición debidamente fundamentada del sujeto pasivo sobre el monto o forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, de ser el caso, o sobre el texto de los documentos de transferencia, será resuelta por el Juez dentro del tercer día. La resolución debidamente motivada es apelable sin efecto suspensivo.*
- 5. Concedida la apelación, de oficio o a solicitud de parte, el Juez podrá exigir al demandante o al demandado, según corresponda, el otorgamiento de las garantías apropiadas para el reembolso de las diferencias según lo declare la resolución apelada.*
- 6. Cuando se trate de predios rústicos con cultivos temporales o de otros inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo, el Juez fijará el plazo de desocupación y entrega que no será menor de 90 (noventa) ni mayor de 180 (ciento ochenta) días considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.*

*Cuando se trata de predios urbanos el plazo será no menor de 60 (sesenta) ni mayor de 90 (noventa) días contados a partir del requerimiento.*

*Cuando se trata de bienes muebles el Juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 (cinco) ni mayor de 10 (diez) días de efectuado el requerimiento.*

---

### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

---

 **Comentario**<sup>(\*)</sup>

---

1. Este dispositivo establece que si la sentencia es consentida o ejecutoriada, se deberá observar las normas contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del CPC, es decir, las normas referidas a la ejecución forzada. De esta manera, no es necesario que la sentencia previamente sea ejecutada en un proceso de ejecución de resoluciones judiciales, como de ordinario ocurre con las sentencias de condena. En este caso, el trámite saltará este procedimiento para dirigirse directamente a la ejecución forzada.

Ahora bien, nuestro CPC establece dos formas de ejecución forzada: el remate y la adjudicación. El remate de los bienes es la forma de realización forzada más común y ordinaria, y solo a falta del éxito del remate, se puede proceder a la adjudicación del bien al ejecutante. En el caso de la expropiación forzada, la norma en comentario establece una serie de reglas especiales, dado que la ejecución forzada no podría realizarse bajo sus típicas formas como el remate o la adjudicación. De esta manera, tenemos que:

a) El juez tiene el deber de exigir a la parte que corresponda, la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada establecida por la sentencia y el pago realizado por el sujeto activo de la expropiación. De esta manera, si el monto establecido es menor al que efectivamente otorgó el sujeto activo a favor del sujeto pasivo, entonces este último debe devolver la diferencia dentro de los 10 días de notificado, caso contrario se ejecutará la garantía que otorgará justamente para esta situación, que está constituida por una fianza bancaria o garantías reales. Por el contrario, cuando la sentencia estableciera un monto mayor al abonado por el actor, entonces este deberá devolver el monto pertinente dentro del mismo plazo de 10 días. Si es que el actor no devuelve dicho monto en el plazo señalado, las consecuencias serán muy graves: la caducidad de la expropiación y su reversión, es decir, la ineficacia del acto expropiatorio y la consecuente reafirmación del derecho de propiedad del sujeto pasivo.

b) En los casos en los cuales el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía, de acuerdo a lo establecido en el artículo 523-A del CPC, el monto de la indemnización justipreciada se determinará en la sentencia, y el cobro de la misma se hará en vía ejecución de la misma. En ese sentido, el Juez executor deberá requerir al demandante para que dentro del plazo de 10 días útiles consigne al Banco de la

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Nación la indemnización justipreciada establecida en la sentencia, debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación.

Además del importe del justiprecio, la norma establece que el expropiante deberá consignar un importe que el juez fijará de forma discrecional para cubrir los eventuales gastos. Si el actor no cumple con ello dentro del plazo establecido, la norma prevé una consecuencia muy grave: la caducidad de la expropiación, que implica la ineficacia del acto expropiatorio.

Cabe señalar que también se establece como regla especial que cuando en los procesos se haya concedido la posesión provisoria establecida en el artículo 530, la consignación deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia y el monto consignado al momento de la solicitud de la posesión provisoria.

c) Firme la sentencia, el demandante debe presentar un proyecto de los documentos traslativos de la propiedad. Así, el Juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla con suscribir tales documentos dentro de los 5 días de ser requerido. La norma no prevé las consecuencias de la no suscripción de estos documentos. Consideramos al respecto, que en este caso, podría aplicarse lo establecido en el artículo 709 del CPC, referido a la obligación de formalizar. En efecto, en este caso no estamos propiamente ante la constitución de un contrato en tanto acto de autonomía privada, sino ante la ejecución de un acto administrativo que debe perfeccionarse con la suscripción de algunos documentos. En ese sentido, de acuerdo al artículo 709 del CPC, el juez mandará que el ejecutado cumpla con formalizar esta documentación dentro del plazo de 5 días, vencido dicho plazo, el Juez ordenará al ejecutado que cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre. Es decir, el juez se sustituye en la voluntad del obligado y el mismo "formaliza" mediante su sentencia el documento<sup>(30)</sup>.

Por otro lado, este dispositivo señala que en la misma resolución se ordenará la entrega de la posesión del bien expropiado ya sea que este ocupado por el propietario o por tercero. Ello deberá cumplirse en los plazos establecidos en el inciso 6 de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y trasladarle los gastos correspondientes.

d) El sujeto pasivo podrá formular oposición a la ejecución solo por dos razones: i) Por el monto o la forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, o ii) El texto de los documentos de transferencia. No se establece cual es el plazo en el que debe formularse esta oposición, sin embargo, consideramos que un término razonable sería de 3 días de notificado acerca del monto

---

(30) MERINO ACUÑA, Roger Arturo. "La ejecución forzada en las obligaciones de hacer". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 158. Gaceta Jurídica. Enero, 2007. Pág. 65.

del justiprecio o de los documentos de transferencia, y ello atendiendo a que la oposición en el caso del proceso de ejecución de resoluciones judiciales solo puede hacerse en el plazo de 3 días (artículo 718 del CPC). Dichas oposiciones deben estar debidamente motivadas y serán resueltas por el juez dentro del tercer día de formulación. La resolución que resuelve esta oposición es apelable con efectos suspensivos.

e) Se señala que concedida la apelación de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá exigir a la parte que corresponda, el otorgamiento de las garantías idóneas para el reembolso de las diferencias según lo declarado por la resolución apelada. Observamos que la norma establece un error bastante notorio, y es que la apelación no puede ser realizada de oficio. En efecto, la apelación es un derecho de los justiciables que expresa más específicamente el derecho constitucional de la doble instancia. La única forma mediante la cual el A quo pueda remitir al superior una causa de oficio, es mediante la figura de la consulta, pero ello solo se presenta en determinados procesos (como en el caso de interdicción o divorcio por causal, justamente cuando no hay apelación). Lo más acertado en este caso hubiese sido señalar que concedida la apelación (se entiende, de parte) el juez puede solicitar al apelante el otorgamiento de las garantías idóneas para el reembolso de las diferencias establecidas en la sentencia de segunda instancia.

f) Se establece un plazo de desocupación especial en los siguientes casos:

- Predios rústicos con cultivos temporales o inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo. El plazo de desocupación y entrega del bien será fijado por el Juez y no será menor de 90 ni mayor de 180 días, considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.
- Predios urbanos. El plazo será no menor de 60 días ni mayor de 90 días contados a partir del requerimiento.
- Bienes muebles. El juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 ni mayor de días de efectuado el requerimiento.

## PRETENSIÓN DE TERCERO

### ARTÍCULO 529

*Salvo los casos indicados en el artículo 521 no se admitirá ninguna intervención de tercero en el proceso.*

*El poseedor u otro tercero que se considerara perjudicado por la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, puede ejercer sus derechos en la vía que corresponda sin entorpecer el proceso expropiatorio.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Esta norma precisa que no se admite ninguna intervención de tercero en el proceso de expropiación, salvo lo establecido en el artículo 521 del Código Procesal Civil. En efecto, como vimos, dicho artículo permite la intervención del tercero que tiene derechos inscritos sobre el bien materia de expropiación, esta intervención tiene una naturaleza especial, por lo que cualquier otro tipo de intervención de terceros (excluyente o litisconsorcial, por ejemplo) deberá ser declarada improcedente.

Ello no obstante, el derecho del poseedor u otro tercero que se considerara perjudicado con la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, para ejercer sus derechos en la vía que corresponda. Es decir, el tercero deberá presentar su pretensión en otra vía, pero siempre que no entorpezca el proceso de expropiación, por ejemplo, una demanda autónoma de indemnización de daños y perjuicios, otorgamiento de escritura pública o mejor derecho de propiedad.

2. La LGE, subraya en su segunda disposición final, que el pago efectuado en el proceso de expropiación (el justiprecio) surtirá plenos efectos respecto del sujeto activo, sin perjuicio del derecho que tengan los terceros afectados para accionar contra quien hubiera recibido el pago indebidamente.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## POSESIÓN PROVISORIA

### ARTÍCULO 530

*La solicitud de posesión provisoria del bien en los casos excepcionales a que se refiere el artículo 24 de la Ley General de Expropiaciones, puede formularse en cualquier estado del proceso después de la Audiencia de Conciliación, y se tramita como medida cautelar.*

*La solicitud de posesión provisoria expresará los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio, en caso que el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, a que se refiere el inciso 7. del artículo 520, debidamente actualizada con intereses legales hasta la fecha de la solicitud.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 627, el 25% (veinticinco por ciento) del monto consignado servirá como contracautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.*

*La resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se esté discutiendo la causal de la expropiación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La posesión provisoria puede ser entendida como una medida cautelar especial (y además se tramita como ella), que está regulada conforme el artículo 24 de la LGE. En ese sentido, este artículo establece que de manera excepcional el Juez de la causa, podrá ordenar esta medida si: i) Es estrictamente necesaria para prevenir o corregir los efectos de fenómenos y catástrofes naturales, ii) Razones de seguridad, iii) Casos de proyectos de gran envergadura regulados en el artículo 7 de la LGE, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## CADUCIDAD

### ARTÍCULO 531

*El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo caduca en los siguientes casos:*

*Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de 6 (seis) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación.*

*Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los 5 (cinco) años contados desde la publicación o notificación de la resolución suprema correspondiente.*

*La caducidad se produce de pleno derecho. El Juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de 5 (cinco) años de dicho vencimiento. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario (\*\*)

---

1. Este artículo establece (aparentemente) los plazos de caducidad al que está sometido el derecho de expropiar por parte del sujeto activo. Estos plazos son:

a) *6 meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación.* Una vez publicada la norma que declara la ejecución de la expropiación en el diario oficial El Peruano o desde notificada esta al sujeto pasivo (la situación que suceda primero) el actor tiene 6 meses para incoar la demanda, de lo contrario caducará el derecho a expropiar establecido normativamente.

b) *5 (cinco) años contados desde la publicación o notificación de la Resolución Suprema correspondiente, siempre que se hubiera iniciado el proceso judicial.* En

---

(\*) Texto según el art. 1 de la Ley 27961 de 08-05-2003.

(\*\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

este caso, una vez iniciado el proceso judicial, dicho proceso expropiatorio debe concluir en un plazo máximo de 5 años, de lo contrario el derecho caduca inexorablemente. En este caso puede observarse que la caducidad no depende de la inacción del autor (situación que por lo demás, constituye el fundamento del instituto), sino que se basa en la lentitud en la que se lleva el proceso judicial. Podría por dicha razón, dudarse de la conveniencia de establecer un plazo de caducidad en dicho supuesto, sin embargo, la razón de ser del mismo es claramente la protección a la seguridad jurídica a la que tiene el propietario de un bien materia de expropiación, que no puede estar sometido a un proceso judicial de esta naturaleza de manera ilimitada.

2. El favor hacia la seguridad jurídica del propietario que aparentemente establece el segunda plazo de caducidad, se ve afectado por la última disposición de este artículo que establece que el Juez de la causa no puede disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de transcurridos 5 años del vencimiento. En este caso, la resolución judicial que declara concluido el proceso por caducidad del derecho no adquiere la calidad de cosa juzgada y ello afecta la institución misma de la caducidad. En efecto, tanto la prescripción como la caducidad son institutos de la teoría general del derecho que tienden a extinguir situaciones jurídicas sustanciales por la que la resolución judicial que la declara necesariamente debe constituir cosa juzgada, impidiendo la posibilidad de que pueda volverse a demandar la misma pretensión.

Por último, podría afirmarse válidamente que esta norma no regula un supuesto de caducidad. En efecto, el tercer párrafo de este artículo establece que “la caducidad se declara a pedido de parte”, y la caducidad es una institución que opera por el solo plazo del tiempo, por lo que ella se declara de oficio, constituyendo en realidad un deber del juez establecerla, de lo contrario se mantendría una relación jurídico procesal viciada. Por el contrario, la prescripción solo se declara a pedido de parte (artículo 1992 del Código Civil), por lo que en el presente dispositivo, la regulación en realidad es la de la prescripción y no la de la caducidad. Ello es importante, puesto que los efectos de ambos son muy diversos, así por ejemplo, en lo que respecta a la posibilidad de la suspensión o interrupción del plazo prescriptorio.

Esta norma adolece pues de una clara confusión terminológica y muestra un desconocimiento por parte del legislador en la aplicación de estos institutos tan importantes.

## REVERSIÓN

### ARTÍCULO 532

*Si dentro del plazo de 12 (doce) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.*

*Dentro de los 10 (diez) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, éste deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.*

*El derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 (tres) meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La reversión es un mecanismo de restitución de la propiedad por no haberse cumplido con los fines del acto expropiatorio. En efecto, como señalamos al comienzo, la expropiación se funda en la causa expropriandi que en nuestra legislación es de dos tipos: la seguridad nacional y la necesidad pública. Justamente la ausencia de la concreción de la causa expropriandi legitima el ejercicio de este derecho. En la doctrina se le denomina también derecho de restitución o retrocesión, señalándose que consiste en el “derecho a reclamar la restitución del bien expropiado, previo reintegro del monto indemnizatorio oportunamente recibido, en el caso de que el expropiante destine aquel a un objeto diferente para el cual se

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

lo afectó mediante ley que lo declaró de utilidad pública, o no le otorgue destino alguno”<sup>(31)</sup>.

El fundamento de la reversión es otorgar al expropiado la posibilidad de recuperar la propiedad del bien afectado ante la inercia del Estado en el cumplimiento de los fines de la expropiación. Constituye pues no solo un mecanismo de restitución, sino también una sanción para el Estado que afectó el derecho patrimonial más importante: la propiedad, sin otorgarle ninguna utilidad o darle un uso inadecuado. Por ello, mismo en estos casos además de la reversión debe ser especialmente procedente la indemnización por los daños y perjuicios que puede haber sufrido el sujeto pasivo, entre ellos los daños derivados del lucro cesante si son adecuadamente acreditados.

2. El derecho a la reversión surge en dos situaciones:

a) Si dentro del plazo de 12 meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida. Los 12 meses no deben contarse a partir de la sentencia que declara la expropiación, sino a partir del momento en que se realiza la ejecución forzada, o la desposesión del bien del sujeto pasivo. En este plazo, el bien debe darse al destino que la norma que declara la expropiación estableció expresamente, es decir, si el bien es utilizado pero para otro destino, igual surge el derecho a la reversión del mismo. En ese sentido se señala que en estos casos “se habrá violado la garantía constitucional que tutela la propiedad. Al no destinarse el objeto expropiado al fin que justifica la expropiación, no hay causa expropiatoria, por lo que caerá la razón legal de mantener la propiedad en manos de la administración”<sup>(32)</sup>.

Cabe señalar, que parte de la doctrina entiende que el supuesto de cambio de destino no debe ser analizado tan rigurosamente. En ese sentido, “si existe conexidad con el destino afectado y aunque fuere distinto del previsto originariamente, la retrocesión [reversión] es improcedente (...). En el cambio de destino conexo no hay cambio sustancial, sino sólo formal, porque el bien se lo destina igualmente a utilidad pública, causa –subsistente– que posibilitó la expropiación”<sup>(33)</sup>. Sin embargo, consideramos que para que en nuestro sistema pueda aplicarse esta afirmación, debería preverse normativamente, y ello porque el ejercicio de la expropiación es excepcional y por lo tanto, su aplicación debe ser restrictiva y fundada rigurosamente en todos los presupuestos legales.

(31) PALACIO LINO, Enrique. *Derecho procesal civil*. Tomo III. Tercera reimpresión. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1983. Pág. 386.

(32) DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Bibliográfica Ameba. Buenos Aires, 1969. Pág. 301.

(33) DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984. Pág. 99.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

b) Si dentro del plazo de 12 meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma. Ahora bien, puede ser que el bien este destinado al proyecto establecido en la ley expropiatoria (y ello puede deducirse, por ejemplo, de posteriores normas que lo toman en cuenta para la ejecución de la obra); sin embargo, si es que no se ha iniciado los trabajos sobre el bien dentro del plazo de 12 meses, igual surge el derecho de reversión.

3. Es titular del derecho de reversión el anterior propietario expropiado y sus herederos, de ser el caso. Ellos pueden solicitar la reversión en el estado en que se expropió el bien, para ello deben rembolsar la misma suma de dinero que percibieron por concepto de indemnización justipreciada. Además de ello, el ex propietario puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios que hubiese sufrido por la desposesión del bien, empero, para ello deberá acreditar el daño efectivo y los demás supuestos de la responsabilidad civil.

De acuerdo al artículo 519 del Código Procesal Civil, el proceso de reversión se tramita bajo las mismas reglas que el proceso de expropiación. Sin embargo, los requisitos para la presentación de la demanda, son evidentemente distintos a los de la expropiación. Así, por ejemplo, el ex propietario no deberá abonar previamente al emplazamiento, el monto percibido por indemnización justipreciada. Por el contrario, ello lo realizará dentro de los 10 días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, consignando en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

Cabe señalar que el derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo de 12 meses de la terminación del proceso judicial de expropiación. Es decir, surgido el derecho de reversión, este tendrá una vida de tres meses para hacerse efectivo.



### JURISPRUDENCIA

---

*La acción de reversión de un predio expropiado es de naturaleza eminentemente real, que importa la dilucidación de un mejor derecho de propiedad entre expropiado y expropiante.*

*La retroactividad de una norma importa que ésta rija hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir antes de su aplicación inmediata (Exp. Nº 1397-7-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 180-181)*

*La Ley no da legitimidad al ocupante precario para incoar la caducidad o la reversión (D. Ley 17803).*

*La caducidad o la reversión no se efectúa de puro derecho. Deben ser declarados en proceso judicial (Exp. Nº 961-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 327-328)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si dentro del término de 12 meses computados a partir de la terminación del procedimiento de expropiación no se hubiese iniciado la obra por la que se hizo la expropiación del predio, este revertirá al expropiado, quien inclusive tiene derecho a una indemnización si acredita haber sufrido perjuicio.*

*Tal derecho es facultativo de hacerlo valer no teniendo el carácter de irrenunciable (Exp. Nº 193-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-  
ma, 1997, pp. 579-581)*

## Sub - Capítulo 5º

# TERCERÍA

### FUNDAMENTO

#### ARTÍCULO 533

*La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.*

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 97-104

### Comentario<sup>(\*)</sup>

1. La tercería es un mecanismo de oposición a la ejecución por parte de tercero, ya sea porque este tercero acredita tener el derecho de propiedad de los bienes que han sido afectados por medida cautelar o para la ejecución; o porque es titular de un derecho de crédito preferente al del acreedor. Dicho mecanismo se tramita por medio del proceso abreviado, teniendo reglas procedimentales propias de acuerdo a su especial naturaleza jurídica.

La parte activa de este proceso es el tercerista, la persona cuyo bien está siendo afectado por medida cautelar o para la ejecución, o quien tiene un derecho preferente de pago. A su vez, la parte pasiva está conformada por el demandante (el acreedor) y el demandado (sobre quien se interpone la medida cautelar o la ejecución), conformando una parte pasiva compleja, es decir un litisconsorcio pasivo necesario.

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

En lo que respecta a las reglas generales del proceso abreviado, es competente para conocer estos procesos los jueces civiles y los de Paz Letrado cuando la cuantía de la pretensión es mayor de veinte y hasta cincuenta unidades de referencia procesal (art. 488 del CPC). Asimismo, a este caso se debe aplicar las reglas generales de competencia al no establecerse reglas especiales al respecto. En ese sentido, es competente el juez del lugar del domicilio de cualquiera de los demandados (art. 15 del CPC). En una sentencia casatoria se determinó que en el caso de la tercería de propiedad también es competente el juez del lugar donde se encuentren los bienes, aunque sea en un lugar alejado del domicilio del demandante o demandado<sup>(1)</sup>. Ello en aplicación del artículo 24 inciso 1, que establece la competencia facultativa y señala que es competente además del domicilio del demandado, a elección del demandante “El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales”.

Cabe señalar que la tercería de propiedad se entiende sobre cualquier bien, ya sea mueble o inmueble, siempre que se cumpla con acreditar dicha propiedad, por lo menos, con documento público o privado de fecha cierta; y el bien este siendo ejecutado o afectado mediante medida cautelar.

Algunos entienden que las “tercerías”, constituyen forma de intervención de terceros en el proceso, equiparándola a la intervención coadyuvante o litisconsorcial, sin embargo, la naturaleza de esta institución es bastante diferente. En efecto, si bien el tercerista es un tercero con relación al proceso de ejecución, no es un típico tercero voluntario, sino que instaura una pretensión autónoma en un proceso autónomo cuyos efectos repercutirán en el proceso en donde se afectó el bien.

2. La tercería puede ser de dos tipos: tercería de propiedad y tercería de pago. El Código Procesal Civil regula la tercería de propiedad en dos situaciones distintas: primero, en el artículo 100 referente a la intervención de terceros, y además la regula en el artículo 533 y siguientes, bajo el nombre de “tercería”. El artículo 100 del CPC no hace más que reiterar innecesariamente lo dicho en el artículo 533, tratándose de una verdadera tercería y no de una “forma de intervención de tercero” en un proceso *inter alios*. Así, esta supuesta intervención de tercero da lugar a un proceso de cognición autónomo y distinto del proceso, y justamente la tercería propiamente dicha, constituye un proceso de cognición que se tramita como proceso abreviado, cuyas partes serán el tercero (tercerista demandante) y el ejecutante y ejecutado (como demandados).

Esta tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados: a) por medida cautelar, y b) para la ejecución. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran en conflicto, habiendo dos posiciones bien

---

(1) CAS. 3795-2006-LIMA. 12/12/2006 (El Peruano, 01/02/2007).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

marcadas: por un lado, se afirma que la tercería también es procedente en el caso de ejecución de garantías, y por otro lado se señala que por el contrario, en este proceso no es procedente. El fundamento de la primera orientación sería una lectura literal del artículo en cuestión, que permite que las tercerías se instauren siempre que exista afectación de bienes para la ejecución (y ello sucede ciertamente, con la ejecución de garantías), y la otra orientación señala que no tiene caso admitir estas tercerías si es que de acuerdo a los principios registrales siempre vencerá el derecho real de garantía<sup>(2)</sup>. En efecto, es habitual que se presenten tercerías de propiedad fundándose en documentos privados de fecha cierta, y al final la hipoteca inscrita prevalezca.

Por ello se afirma que este tipo de demandas deben ser declaradas improcedentes preliminarmente, sobretudo para hacer efectivo el derecho de crédito de los acreedores, ya que de lo contrario se aumentarían los costos de transacción y se afectaría el derecho a la tutela efectiva del acreedor ejecutante<sup>(3)</sup>.

Esta orientación es seguida también por un sector de la jurisprudencia que considera que la tercería interpuesta en estas circunstancias es “manifiestamente improcedente por constituir un petitorio jurídicamente imposible” (CAS. 310-01/Lambayeque del 31 de junio de 2001) y ello basándose en los principios registrales de prioridad (art. 2016 del Código Civil) y oponibilidad (art. 2022 del Código Civil) pues la garantía se basa en la apariencia de titularidad que muestra el registro. Sin embargo, esta orientación es del todo sesgada. La declaración de improcedencia implica que la demanda no posee los presupuestos mínimos para iniciar un proceso judicial, y si frente a la ejecución alguien alega la propiedad del bien materia de esa ejecución con documento de fecha cierta (propiedad válidamente constituida según nuestro sistema), ¿cómo puede rechazarse de primer plano esta pretensión? No vemos que falte un presupuesto para iniciar la demanda, por el contrario, alegando la propiedad con documento de fecha cierta se cumple con el requisito especial de admisibilidad para la tercería establecido en el CPC (art. 535). Cabe señalar que el supuesto de petitorio jurídicamente imposible implica

(2) “No vemos ninguna razón que justifique la admisión de demandas de tercería de propiedad cuando se sabe por anticipado que no tienen ninguna posibilidad razonable de éxito por la prescripción del artículo 2022 del Código Civil. En este escenario, la suspensión del remate no resulta adecuada, y si bien el artículo 536 del Código Procesal Civil prevé este efecto, estimamos que debe limitarse a las demandas de tercería de propiedad promovidas cuando existen medidas cautelares que afectan los bienes de un tercero o cuando el juez a pedido de parte decide afectar bienes para la ejecución”. (MARTEL CHANG, Rolando. “Hipoteca y tercería de propiedad. Una necesaria relectura en aras de la tutela jurisdiccional efectiva”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 144. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2005. Pág. 53).

(3) “La improcedencia ab initio de la tercería de propiedad en relación a la ejecución de garantías es el último paso para que se haga efectivo en la praxis la oponibilidad de las garantías reales; pues actualmente, cualquiera puede burlar un crédito – al dilatar un proceso innecesariamente – a pesar de existir una garantía real y publicidad sobre la afectación del bien, retardando la ejecución efectiva y la recuperación del crédito, así como, aumentando los costos de transacción y afectando el derecho a la tutela efectiva del acreedor ejecutante”. (LUPERDI GAMBOA, César Ernesto. “Tercería de propiedad vs. Ejecución de garantías. Un atentado contra los acreedores y un desincentivo para el otorgamiento de créditos”. En: *Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad Jurídica*. Tomo 340. Vol. II. Setiembre, 2004. Pág. 80).

que aquello que se pretende no es permitido por el derecho, situación que en estos casos no puede configurarse pues pretender la tutela de la propiedad válidamente adquirida es totalmente posible, teniendo en cuenta además, que en la demanda se puede alegar la mala fe del ejecutante al constituir la hipoteca, por lo que la mera inscripción registral no puede ser suficiente para rechazar de plano una demanda, por el contrario, la alegación de la propiedad obliga al juez a valorar las pruebas, escuchar a las partes, pronunciarse sobre el fondo y señalar porqué vence el tercerista o el ejecutante<sup>(4)</sup>.

En dicho contexto, no hay duda que la demanda de tercería debe ser admitida, y la consecuencia será la suspensión del proceso de ejecución hasta que no se resuelva la misma. Pero los presupuestos para interponer la demanda de tercería no son suficientes para asegurar su éxito en el proceso. En efecto, teniendo en cuenta el principio de prioridad (art. 2016 del Código Civil) que implica que la prioridad en la inscripción determina la preferencia del derecho, y el principio de oponibilidad (art. 2022 del Código Civil) que señala que para oponer derechos reales sobre inmuebles contra otros que también tiene derechos reales sobre el mismo, es necesario que el derecho que se opone este inscrito con anterioridad; la propiedad del adquirente mediante contrato con fecha cierta, es por decir lo menos, precaria.

Justamente, esta es la orientación que ha seguido la jurisprudencia nacional: “Que, en efecto, la compraventa celebrada (...) no ha sido debidamente inscrito [sic], pues si bien este derecho en nuestra legislación es opcional, dada la naturaleza consensual de los contratos en mención, no es menos cierto que para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone, tal como estatuye el primer párrafo del artículo 2022 del Código sustantivo” (Exp. N° 3234-97, en esta línea: CAS. N° 310-01-Lambayeque).

Sin embargo, reiteramos, el juez para valorar la suerte de la tercería no puede fijarse solo en los artículos antes mencionados. En efecto, si cuando hay conflicto entre dos personas que alegan tener la titularidad sobre un mismo bien, se prefiere al que de buena fe inscribió primero (art. 1135 del Código Civil), esta regla se debería aplicar analógicamente a todos los supuestos en los que haya conflictos de derechos reales sobre el mismo bien (no solo de propiedad), por tanto, las inscripciones deben ampararse en derechos adquiridos de buena fe, de lo contrario se podrá contradecir la inscripción registral pues la buena fe se presume mientras no se pruebe que se conocía la inexactitud del registro (art. 2014 del Código

---

(4) En este sentido ver: ARIANO DEHO, Eugenia. “Sobre la procedencia de las tercerías en la ejecución de garantías”. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 46. Gaceta Jurídica. Julio 2002.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Civil). Así, en nuestro sistema frente al conflicto entre dos sujetos que se afirman titulares de un derecho real sobre el mismo bien, se prefiere a quien haya obrado de *buena fe* y haya inscrito su derecho antes que el otro. Si ambos han adquirido su derecho de buena fe, la preferencia la determina solo el dato objetivo del tiempo en la inscripción, por el contrario, si el que inscribe primero sabía que el bien ya no pertenecía al que le enajenó el bien (o el que lo gravó en su favor), entonces es necesario acudir al dato subjetivo, esto es al cumplimiento del deber de buena fe.

De esta manera, para que la tercería se haga efectiva en la ejecución de garantías, es necesario que el tercerista no solo pruebe que tiene un derecho de propiedad anterior con fecha cierta, sino que además deberá probar que el constituyente de la hipoteca actuó a sabiendas de que ese bien ya pertenecía a otra persona, es decir, actuó de mala fe.

Por estas consideraciones, para que la tercería resulte eficaz (no a nivel de admisibilidad de la demanda sino a nivel de resolución del conflicto) no es suficiente para el demandante probar su derecho de propiedad, sino que deberá probar que ese derecho de propiedad es oponible al derecho del ejecutante, y ello deberá hacerlo ya sea alegando que su derecho de propiedad (que ya está constituido) ha sido protegido con la inscripción registral prioritariamente inscrita, o que el derecho del ejecutante si bien ha sido inscrito con anterioridad, ha sido constituido de mala fe, de esta manera el objeto de prueba para el tercerista es demostrar que su derecho de propiedad es oponible al derecho del ejecutado, y a su vez, el ejecutante podrá alegar que su derecho de embargo es oponible a la propiedad del tercerista ya sea porque tiene prioridad registral, ya sea porque existe connivencia entre tercerista y demandado, por lo que las inscripción y la buena o mala fe son siempre criterios de oponibilidad que deben verificarse para resolver el conflicto y no para admitir la demanda<sup>(5)</sup>.

Orientaciones como la presentada son tachadas de "ineficientes" y desalentadoras del crédito<sup>(6)</sup>. En efecto, se alega que la tercería sería usada como un mecanismo

---

(5) Como ha sido afirmado: "el que se pruebe que el derecho que se pretende oponer esté inscrito antes de aquel al cual se opone ¿es un requisito para admitir la tercería o es un criterio para resolver el conflicto? Ciertamente (...) la respuesta a la interrogante va por la segunda opción: la prioridad en el tiempo en la inscripción es uno (no el único) de los criterios para resolver el conflicto y, como tal, ello requiere del proceso cual vehículo para resolverlo, debiéndose excluir que aquello se exija como requisito para admitir la demanda" (ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre la procedencia de las tercerías en la Ejecución de Garantías". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 46. Gaceta Jurídica. Julio 2002).

(6) Un fundamento habitual para la improcedencia in limine de las tercerías que no se funden en la inscripción de la propiedad, es la llamada "economía procesal", así: "¿acaso tal requisito [la inscripción] no debería ser tomado en cuenta en el momento de la admisión de la tercería, ya que dejarlo de lado en dicha etapa no es atentar contra el principio de economía procesal, por cuanto se permite la prosecución de un proceso cuyo final es predecible? (HERENCIA ORTEGA, Inés. "¿La compraventa no inscrita es oponible al embargo inscrito?" En: *Actualidad Jurídica*. N° 135. Gaceta Jurídica. Febrero, 2005. Pág. 24). El principio de la economía procesal es recogido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil: "el proceso debe de realizarse procurando que su desarrollo ocurra con el menor número de actos procesales y a fin de lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica". Frente a esta disposición nos preguntamos ¿como

de dilación de los procesos de ejecución que tendría como única finalidad evitar que los bienes en garantías sean ejecutados oportunamente. El problema está en que no puede sacrificarse el derecho a la tutela jurisdiccional del tercerista en aras de una tutela más rápida del crédito, por lo que la celeridad procesal debe estar en el lado del juez quien debe resolver veloz y eficientemente el conflicto, y no en la sustracción de la tutela jurisdiccional del ejecutado. En ese sentido Eugenia Ariano ha señalado que la salida más indicada sería admitir la demanda de tercería y subordinar la suspensión de la ejecución previo contradictorio con la parte contraria, y que el juez decida si suspende o no la ejecución, en decisión apelable sin efectos suspensivos<sup>(7)</sup>. De esta manera, se conciliarían el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del tercerista y el derecho del ejecutante a que la ejecución siga su curso.

Por lo demás, la norma en cuestión es bastante clara, poniéndose en dos supuestos generales: la afectación que se hace en el marco de un proceso cautelar, y la afectación que se hace para la ejecución, y siendo el caso que la norma no diferencia la forma en que se hace esta afectación (es decir, si se hace en el marco de un proceso judicial, o de forma extrajudicial), debemos entender que se refiere a cualquier tipo de afectación, como las que se realizan mediante la prenda o hipoteca, que siempre constituyen afectaciones para asegurar la ejecución.

3. Si bien es cierto, cuando la demanda de tercería de propiedad se enfrente a una ejecución de garantías no debería ser declarada improcedente preliminarmente por el simple hecho de no estar inscrita la propiedad del tercerista en los registros públicos; cuando estamos ante el caso de las tercerías contra embargos en forma de inscripción, la posición mayoritaria se va también al otro extremo. Aquí, se sigue el proceso para concluir que como la tercería defiende un derecho de propiedad y este de acuerdo a las reglas del derecho común tiene más fuerza que el embargo (que sería un derecho personal), entonces debe vencer el tercerista.

puede alegarse la economía y celeridad del proceso si este ni siquiera se ha iniciado?, la norma en mención está dirigida a hacer un proceso más efectivo y rápido no ha evitar que el proceso se inicie, por lo que se estaría deformando peligrosamente este precepto. En ese sentido se señala: "Naturalmente, el legislador en su infinita confianza en el juez, al conceder este inmenso poder no tuvo en cuenta un dato tan elemental como obvio (y realista): cada proceso representa para un juez, simple y llanamente, ... trabajo. Y si de economía procesal se trata, cuando un juez tiene mucho trabajo atrasado, resulta muy comprensible (y humano) que se tome el económico (para él) camino de la inadmisibilidad (con un plazo muy corto para subsanar, en la esperanza que no se subsane) o de la fatal improcedencia. Con la consecuencia de que el frustrado actor o hace lo que hizo nuestro tercerista (apelar e ir luego a casación) o hace forum shopping, o sea se lanza desesperado a la antieconómica (para él) tarea de encontrar un juez que quiera admitirle la demanda". (ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre el poder del Juez de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 41. Gaceta Jurídica. Febrero, 2002).

(7) ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre el poder del Juez de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso". Op. cit.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Es paradójico que cuando se trata de enfrentar dos derechos reales: el derecho real por antonomasia, la propiedad, versus un derecho real de garantía como la hipoteca, la mayoría no duda en darle privilegio a la hipoteca primeramente inscrita, y esto es paradójico porque en el fondo la función del derecho real “de garantía”, es simplemente tutelar (y buscar efectivizar) el derecho de crédito, tan igual como el embargo<sup>(8)</sup>. En ese sentido, encontramos tratamientos bastantes diferentes para figuras con similar función. Así, cuando se interpone una tercería de propiedad contra una hipoteca la jurisprudencia, como vimos, incluso llega a aplicar la improcedencia *in limine* de la tercería, pues la propiedad no inscrita no podría vencer a una hipoteca basada en la buena fe pública registral:

“Conforme se advierte de autos el A quo ha declarado liminarmente improcedente la demanda de verificar que el título de la demandante, sustentado en un documento con firmas legalizadas no se encuentra inscrito en Registros Públicos, y por lo tanto no resulta oponible a una hipoteca que si cuenta con la garantía de la inscripción registral (...) las instancias jurisdiccionales han emitido pronunciamiento motivado, declarando liminarmente improcedente la demanda; asimismo, han actuado conforme a los principios de economía y celeridad procesales ...” (CAS. Nº 1898-2004-LA LIBERTAD. El Peruano, 03/07/2006)

Por el contrario, cuando una tercería se opone a un embargo inscrito también bajo el tamiz de la buena fe, buena parte de la jurisprudencia no duda en otorgarle preferencia a la propiedad no inscrita:

*“El derecho de un acreedor embargante no es equiparable a un derecho real de propiedad, a efectos de la oponibilidad establecida por el artículo 2022 para los derechos reales sobre inmuebles, puesto que el primero se sustenta en un derecho de crédito, cuyo objeto es una prestación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer; a diferencia del derecho real cuyo objeto es un bien. Es decir, se trata de derechos de distinta naturaleza a los cuales les serán aplicables las reglas del derecho común”. CAS. Nº 3800-2002-Arequipa (El Peruano 30/10/2003)<sup>(9)</sup>.*

Considero que estas incoherencias se deben básicamente a dos factores: uno es el misterioso artículo 2022 del Código Civil, y otro es el desconocimiento o conocimiento superficial por parte de muchos jueces de las instituciones del Derecho Civil.

---

(8) Salvatore Satta ha señalado que el embargo “expresa la constante y natural tendencia de las situaciones instrumentales a transformarse en situaciones jurídicas reales, de las cuales ofrecen evidentes ejemplos la hipoteca y la prenda...” (SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. A cura di Carmine Punzi. Tredicesima Edizione. Cedam Casa Editrice. Milano, 2000. Pág. 605).

(9) Así también: “Al existir un derecho real frente a un derecho crediticio, de carácter personal, prevalecerá el primero. Para la oposición de derechos de diferente naturaleza sobre inmuebles se aplican las reglas del derecho común. Si la transferencia de propiedad fue anterior al embargo en cuestión, deviene en fundada la tercería, pues se ha embargado un bien que ya no era de propiedad de los ejecutados, no siendo necesario, para perfeccionar la transferencia, la inscripción de la misma”. (Exp. Nº 2583-99).

Veamos primero el artículo en mención. La fórmula que usa este artículo es, por decir lo menos, oscura. En efecto, el tenor de la norma nos dice:

“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes y también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

Aquí radican los primeros problemas, pues si se contraponen dos instituciones tan indeterminadas como son la “propiedad no inscrita” y el “embargo” (cuyas teorías acerca de su naturaleza jurídica abundan), de las que lo único que se sabe a ciencia cierta es que son de “distinta naturaleza”, por lo que su concurrencia se dilucidaría con el parámetro (también indeterminado) del “derecho común”, entonces tendremos como resultado una total falta de perspectiva<sup>(10)</sup>.

Ha estos problemas cabe agregar nuestro no menos problemático sistema de transferencia de propiedad inmueble que permite la existencia de una propiedad poco oponible ante las exigencias del tráfico económico<sup>(11)</sup>.

Es claro que el legislador ha tenido en mente dos categorías de derechos inmutables y tradicionales, el derecho real y el derecho personal, reconduciendo toda la fenomenología jurídica a estas instituciones. El problema es que la judicatura ha seguido esta visión y ha parametrado todo los conceptos a estos clásicos derechos, sin analizar a fondo los presupuestos y las funciones que cumplen determinadas instituciones jurídicas.

Con respecto al embargo, se debe aclarar que este no es un derecho de crédito (personal u obligacional, si se quiere) sino que es un mecanismo de tutela procesal *del* derecho de crédito<sup>(12)</sup>. Cabe señalar que el hecho de que el embargo sea un mecanismo de tutela del derecho de crédito no implica que tenga naturaleza personal<sup>(13)</sup>, pues esta lectura obligaría a afirmar que todos los mecanismos de

(10) MERINO ACUÑA, Roger. “Propiedad no inscrita versus embargo inscrito. Desvaríos jurisprudenciales en torno al artículo 2022 del Código Civil”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 153. *Gaceta Jurídica*. Lima, agosto de 2006.

(11) Es paradójico que una de las funciones que satisface el sistema de transferencia solo consensus sea la de agilizar el tráfico económico evitando las formalidades, cuando en la actualidad este sistema evita que puedan realizarse transacciones eficientes justamente por la falta de confianza y seguridad en la adquisición. Sobre las diversas funciones de los sistemas de transferencia de propiedad: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón “*La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*”. En *Themis* Revista de derecho publicada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 30. Lima, 1994. Pág. 158. Lima.

(12) Así: BETTI, Emilio. *Teoría General de las obligaciones*. Tomo II. Traducción de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970. Pág. 435 y sgts.

(13) Como parece sugerir la siguiente casación: “El derecho de un acreedor embargante no es equiparable a un derecho real de propiedad, a efectos de la oponibilidad establecida por el artículo 2022° para los derechos reales sobre inmuebles, puesto que el primero se sustenta en un derecho de crédito, cuyo objeto es una prestación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer; a diferencia del derecho real cuyo objeto es un bien. Es decir, se trata de derechos de distinta naturaleza a los cuales les serán aplicables las reglas del derecho común”. (CAS. N° 3800-2002-Arequipa, El Peruano 30/10/2003).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tutela del derecho de crédito tengan su misma naturaleza cuando incluso normativamente se les ha otorgado naturaleza distinta (por ejemplo, la hipoteca o la prenda). Así, el hecho de ser un mecanismo de tutela no implica tener la misma naturaleza jurídica de la situación jurídica tutelada, se afirma por ello que los mecanismos de tutela o remedios comúnmente gozan de autonomía respecto al derecho y/o interés a cuya tutela es preordenado y se distingue además de la acción procesal o sea del instrumento con el cual puede ser hecho valer en juicio<sup>(14)</sup>.

Por otro lado, la remisión a “las normas del derecho común” se hace de forma totalmente desinformada. El *ius commune* o derecho común nació como concepto en la edad media y estaba referido a la aplicación del derecho romano a los ordenamientos particulares. Así, el derecho común estaba constituido por la convivencia de más sistemas jurídicos, de los cuales uno era residual (el derecho romano) o sea dotado de extensión máxima y de incidencia efectiva menor comparativamente a los otros sistemas. De esta manera, el derecho común era un derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por cualquier ley particular<sup>(15)</sup>.

Por ello, durante todo el siglo XIII permanece por todas partes una superposición y convivencia, muchas veces en armonía, otras integrándose, a veces enfrentándose, entre Derecho común y Derechos particulares<sup>(16)</sup>, entre un patrimonio jurídico de raíz científico universal, y un conjunto local de instancias consuetudinarias. Estatutos comunales, costumbres locales, la primera legislación de los príncipes en las monarquías, Derecho feudal, Derecho mercantil, se consolidan y respiran el aire del Derecho común<sup>(17)</sup>, en un pluralismo que duró hasta el surgimiento del Estado nacional en el Derecho moderno.

Cabe señalar que si el punto esencial del derecho común era su residualidad en confrontación con los derechos particulares, ¿cómo es posible entender que siendo el libro de registros públicos uno ajeno al “derecho común” no se aplican sus reglas en los casos en donde está en juego la confrontación entre dos situaciones subjetivas, una de las cuales está inscrita? Si quisiéramos seguir manteniendo el nombre “derecho común”, entonces necesariamente esta supuesta

(14) DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Quarta Edizione Riveduta e Aggiornata. Giuffrè editore. Milano, 2003. Pág. 54.

(15) TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y Política del Derecho*. Primera Edición española. Fondo de Cultura de México. México, 1995. Pág. 57.

(16) GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 1996. Pág. 221.

(17) Junto al Derecho común del que hacemos referencia, y en el que conviven los diferentes ordenamientos jurídicos; existía el ordenamiento canónico, la diferencia que había entre ellos era que mientras el *ius commune* era el ordenamiento universal del imperio temporal, asociado a la autoridad del emperador, el Derecho canónico era el ordenamiento universal del campo espiritual, directamente asociado a la autoridad del Papa (MERRYMAN, Jhon Henry. *La tradición jurídica romano canónica*. Fondo de cultura económica. Tercera reimpression. México, 1997. Pág. 32. CALASSO, Francesco. *Voz Autonomía*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV. Giuffrè Editore. Italia, 1959. Pág. 350).

regulación (no registral) que configuraría nuestro “derecho común”, tendría que respetar la regulación particular (registral) en los casos en los que uno de las situaciones jurídicas es inscrita primero.

En fin, siendo el término “derecho común” uno netamente historiográfico, no puede llevarnos a utilizarlo como parámetro para determinar la preferencia de una situación jurídica subjetiva sobre otra<sup>(18)</sup>.

Como pueda observarse “la naturaleza jurídica” en estos casos es intrascendente. La inscripción y la buena fe son pues los parámetros necesarios para determinar quien vence en la controversia entre situaciones jurídicas de ventaja. En efecto, frente al embargo inscrito de buena fe, la inscripción de la propiedad no es lo único que podría oponerse al embargo, sino también la alegación de la mala fe del acreedor, es decir, que supiera o estaba en la posibilidad de saber que los bienes que embargaba no eran de propiedad del deudor<sup>(19)</sup>.

4. La tercería de derecho preferente o tercería de pago se fundamenta en la protección del derecho de crédito del acreedor, el mismo que tiene preferencia frente los otros créditos ya sea por estar garantizado o por tener algún privilegio legal. Por esta razón, el demandante se encuentra facultado a exigirlo en primer lugar.

Este proceso también se tramita conforme a las reglas del proceso abreviado, tratándose pues de un proceso de cognición, cuyo objeto será dilucidar si el tercerista tiene un derecho preferente a ser pagado antes que el acreedor ejecutante. Admitida la tercería de pago se suspende el pago al acreedor hasta que se resuelva la misma (art. 537 CPC). Cabe señalar que esta tercería solo puede formularse antes que se realice el pago al acreedor (art. 534).



## JURISPRUDENCIA

---

*La tercería debe fundarse en la propiedad de los bienes afectados. Si la accionante adquirió la propiedad del inmueble materia del proceso mediante escritura pública, resulta irrelevante que la inscripción sea posterior al embargo, pues la inscripción no es constitutiva de*

(18) MERINO ACUÑA, Roger. *La demanda de tercería de propiedad y la contraposición entre propiedad no inscrita y embargo inscrito*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 12. N° 98. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2006.

(19) Así se ha determinado jurisprudencialmente: “Ha quedado establecido que la compradora conocía la venta irregular desde que su representante legal formaba parte del estudio jurídico que asumió la defensa legal de la vendedora en el proceso de nulidad de acuerdos societarios, de manera que la buena fe registral invocada ha quedado desvirtuada por completo. Se infiere de lo anotado que la recurrente tenía conocimiento de la inexactitud de los datos que aparecen en el registro, por lo que no cuenta con buena fe registral.” (CAS. N° 1788-2003 LIMA).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

derechos, sino la declaración de voluntad, la cual se ha verificado con antelación al embargo, conforme al documento de fecha cierta (**Exp. N° 513-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 283**)

La naturaleza de la acción del tercerista tiene como base un derecho real que implica el derecho de propiedad. Por otro lado, el derecho del embargante es de carácter personal, por tratarse de cobro de una suma de dinero, cumplimiento de una obligación (**Cas. N° 1702-99-Ucayali, El Peruano, 07/01/2000, p. 4508**)

Cuando el artículo 534 del código procesal civil expresa que la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, se refiere a la subasta del mismo (**Cas. N° 1030-98-Tacna, El Peruano, 16/04/99, p. 2902**)

La finalidad de la tercería es la desafectación de un bien por quien acredite ser su propietario. El reconocimiento de la titularidad de los actores por declaración judicial firme, constituye título válido que autoriza a los demandantes a oponerse mediante la tercería a la resolución que convoca a remate (**Exp. N° 1448-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 452-453**)

El derecho de propiedad se perfecciona con el consentimiento y no con la formalización del contrato a escritura pública, aunque para oponer con éxito una tercería excluyente, resulte imprescindible se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar (**Exp. N° 1022-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 454**)

Es nula la resolución apelada que declara improcedente la tercería, apoyada en el argumento que las inscripciones registrales a favor de la demandante son solo preventivas.

El derecho de propiedad de un bien inmueble se adquiere por consensualidad y no con la inscripción en el registro público, siendo en consecuencia, imprescindible que se debata en juicio la fecha cierta de su adquisición y su comparación con la fecha de la medida cautelar o con la ejecución del bien afectado en garantía, lo que requiere de un proceso regular (**Exp. N° 9038-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 455**)

Resulta imprescindible acreditar con prueba idónea, la propiedad de los bienes materia de la medida cautelar, para que se ampare la tercería.

La presunción que deriva de la rebeldía del demandado, no exime a quien formula la pretensión, probar los hechos que expone (**Exp. N° 416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 456-457**)

Cuando se trata de acreditar la propiedad de un bien embargado por una deuda personal, si el título no está inscrito debe ser de fecha cierta.

Encontrándose en contienda derechos de diferente naturaleza al de los derechos reales, son de aplicación las disposiciones del derecho común, consecuentemente, si la escritura pública de anticipo de legítima es de fecha anterior a la medida de embargo, la propiedad del tercer opositor está acreditada y por consiguiente la tercería debe ser amparada (**Exp. N° 110-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 458-459**)

Debe ampararse la tercería propuesta por la cónyuge del deudor, porque los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida solo por

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

uno de los cónyuges (**Exp. N° 2650-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 111-112**)

*Si la escritura de liquidación de gananciales no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, tal circunstancia no es suficiente para denegar la tercería, por cuanto se tendrá que concluir que dicho bien continúa siendo de la sociedad de gananciales, la misma que no puede ser afectada por deudas de uno solo de los cónyuges si no se demuestra que el dinero adeudado se invirtió en beneficio de la familia.*

*La inscripción en el registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia como sucede en la separación de patrimonios o sustitución de dicho régimen (**Exp. N° 134-95-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 176-177**)*

*Si no se ha probado que la deuda contraída por el ejecutado haya redundado en provecho de la sociedad conyugal, ni que haya servido para atender las cargas del hogar, por interpretación contrario sensu, dichos bienes no pueden responder por la deuda adquirida solo por el marido.*

*Debe ampararse la tercería interpuesta porque la medida precautoria no puede subsistir, pues estando vigente la sociedad de gananciales, los bienes sociales que la integran son autónomos e indivisibles y no puede asignarse a cada cónyuge determinado porcentaje de propiedad sobre ellos (**Exp. N° 480-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 577-579**)*

*El perjudicado por una medida cautelar dictada en el proceso que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado.*

*Si las facturas, guías y boletas de venta que acompañen no acreditan de modo alguno la propiedad alegada, debe el accionante hacer valer su derecho a través de la tercería (**Exp. N° 464-97, Cuarta Sala Civil, C.S.J.L, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 502**)*

*La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercena excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (**Exp. N° 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466**)*

*Debe ampararse la tercería, si la cautelar recaída sobre el bien objeto de este proceso fue concedida cuando los demandantes eran propietarios del inmueble. No es necesaria la inscripción del derecho de los demandantes en el Registro de Propiedad, desde que la inscripción en registros no es constitutiva de propiedad, sino el consentimiento (**Exp. N° 84-97-N, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 446**)*

*Por la acción de tercería se pretende excluir un bien afectado por una medida cautelar. Quien lo interpone es un tercero a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada (**Exp. N° N-551-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 448**)*

*No es procedente declarar la tercería de un automóvil adjudicado en remate, cuando se encuentra sujeto a arrendamiento financiero, pues estos bienes por imperio de la Ley no*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato judicial o administrativo (Exp. N° N-201-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 450)

La tercería de propiedad, se funda en el derecho de dominio que tiene un tercero, que no es parte en un proceso y cuyo bien ha sido afectado por medida cautelar. Para accionar se debe acreditar la propiedad con documento público o privado de fecha cierta (Exp. N° N-391-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 451)

A1 haberse decretado la medida de embargo y encontrarse esta inscrita con anterioridad a la compraventa efectuada, no resulta amparable la tercería pues, para oponer derechos reales es preciso que el derecho esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone (Exp. N° 313-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 452)

Si bien la tercería se tramita como proceso abreviado; resulta inconveniente por economía procesal que el proceso sea tramitado por un Juez distinto del que conoce el proceso originario. A1 estar desvinculado este último del proceso de tercería, los efectos de esta figura procesal, no podrían concretarse, atentándose así contra el principio de oportunidad.

La especialización de los jueces por materia demandada, no es asidero para que los procesos se desliguen del que motivó su nacimiento, como se advierte del artículo 533 del CPC (Exp. N° 23164-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 293)

La tercería se concretiza única y exclusivamente a determinar el derecho real invocado por el tercer opositor en contraposición a la medida de embargo.

La inscripción registral de un derecho real otorga preferencia en cuyo favor sé ha realizado tal inscripción, por imperio de la Ley y por razones de seguridad jurídica. Frente a la concurrencia de derechos de igual naturaleza prevalece el que se encuentra inscrito (Exp. N° 3234-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 460-461)

La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercería excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. N° 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466)

El hecho que el codemandado hubiera señalado como su domicilio el de los demandantes, no implica que todos los bienes que en tal lugar se encontrasen le pudieran corresponder, lo que en todo caso puede ser materia de prueba en un proceso de tercería (Exp. N° 3174-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimientos, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 469-470)

“... En el presente caso, la tercería de propiedad relativa a los muebles gravados en forma de secuestro se sustenta en la presunción legal prevista por el segundo párrafo del artículo novecientos trece del Código Civil (esto es, la presunción de propiedad de muebles hallados dentro de inmueble), la que requiere de la evaluación de los elementos probatorios que se aporten al proceso al momento de sentenciar la causa...” (Exp. N° 994-98, Sala

**Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 501)**

*Debe declararse la improcedencia de la demanda de tercería si no se funda en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o en el derecho preferente de pago.*

*No puede alegarse la tercería excluyente de dominio de quien tiene la calidad de comodatario sobre los bienes afectados (Exp. Nº 1422-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 193-194)*

*El tercerista goza de la presunción legal de posesión y propiedad prevista en el artículo 913 y 912 del C.C. toda vez que se encuentra en posesión del inmueble en que se ubican los bienes embargados (Exp. Nº 1440-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 307-308)*

*La tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados.*

*El demandante debe probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta.*

*No habiéndose formulado tacha contra la factura, no es necesario su reconocimiento, presumiéndose la autenticidad del contenido (Exp. Nº 261-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 308-310)*

*Una de las formas de acreditar la propiedad de los bienes muebles es mediante la correspondiente factura de compra (Exp. Nº 362-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 213-214)*

*El tercerista solo puede fundar su pretensión en la propiedad del bien afectado (Exp. Nº 49-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 299-300)*

*El aceptante de las cambiales al título personal solo responde con sus bienes propios y no con los bienes sociales, por ser estos autónomos e indivisibles.*

*En la demanda ejecutiva no se ha considerado a la cónyuge como coejecutada, por lo que el Juez debe dar trámite a la demanda de tercería (Exp. Nº 185-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 301-302)*

*Si la escritura de liquidación de gananciales no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, tal circunstancia no es suficiente para denegar la tercería, por cuanto se tendrá que concluir que dicho bien continúa siendo de la sociedad de gananciales, la misma que no puede ser afectada por deudas de uno solo de los cónyuges si no se demuestra que el dinero adeudado se invirtió en beneficio de la familia.*

*La inscripción en el registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia como sucede en la separación de patrimonios o sustitución de dicho régimen (Exp. Nº 134-95-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 176-177)*

*En el derecho peruano la compra-venta es traslativa de dominio. La sola obligación de enajenar el inmueble determinado hace al acreedor propietario de él.*

*Si se acredita plenamente la propiedad que se ostenta sobre el inmueble es fundada la demanda de tercería excluyente de dominio (Exp. Nº 732-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 571-573)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si el contrato de compraventa fue celebrado entre el tercerista y el demandado con antelación al embargo registrado, resulta amparable la tercería propuesta.*

*La transmisión de propiedad de acuerdo al régimen legal es de carácter consensual (Exp. N° 2121-95, Sala N° ..., Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 303-304)*

*Debe desestimarse la tercería de propiedad, si el embargo que afecta al inmueble materia de la tercería, se ha inscrito con fecha anterior al anticipo de legítima en favor de los demandantes.*

*Admitir una posición en contrario importaría: a) dejar de lado la finalidad esencial que persiguen las medidas cautelares, cual es, asegurar la eficacia de las decisiones judiciales; b) destruir la fe que confiere el contenido de los Registros Públicos sobre su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto (Exp. N° 1746-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 463-464)*

*"... Para oponer con éxito una tercería excluyente resulta imprescindible que se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar..." (Exp. N° 1022-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 490)*

*"... Cuando se trata de acreditar la propiedad de un bien embargado por una deuda personal, si el título no está inscrito, debe ser de fecha cierta..." (Exp. N° 2857-97, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 493)*

*"... La tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta (...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros..." (Cas. N° 125-2000-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 499-500)*

*Puede intervenir en un proceso quien pretende que se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.*

*El Juez de la pretensión principal es competente para que conozca la acción de tercería interpuesta (Exp. N° 110-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 447).*

*La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercería excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. N° 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).*

*Puede intervenir en un proceso quien pretende que se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar (Exp. N° 110-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 447).

La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercera excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. N° 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).

La tercera excluyente de dominio tiene el objeto de recuperar por tercera persona, bienes embargados que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar eran de su propiedad y no del ejecutado (Exp. N° 2117-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 298-299).

Por la acción de tercera se pretende excluir un bien afectado por una medida cautelar. Quien lo interpone es un tercero a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada (Exp. N° N-551-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 448).

Debe desestimarse la tercera de propiedad, si el embargo que afecta al inmueble materia de la tercera, se ha inscrito con fecha anterior al anticipo de legítima en favor de los demandantes.

Admitir una posición en contrario importaría: a) dejar de lado la finalidad esencial que persiguen las medidas cautelares, cual es, asegurar la eficacia de las decisiones judiciales; b) destruir la fe que confiere el contenido de los Registros Públicos sobre su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto (Exp. N° 1746-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 463-464).

## OPORTUNIDAD

### ARTÍCULO 534

*La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 294, 295, 296

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La norma en comentario regula la oportunidad en que debe demandarse la tercería de propiedad y la tercería de pago. En lo que respecta a la primera, señala que puede hacerse en cualquier momento hasta antes de que se inicie el remate del bien. Aquí pueden surgir algunas dudas al determinarse qué se entiende por remate del bien. Así, se podría argumentar que la tercería solo podría interponerse hasta antes de iniciarse los actos procesales tendientes al remate o, por el contrario, se podría entender que la demanda se podría presentar hasta el acto de expropiación misma: el remate efectivo. La jurisprudencia mayoritaria se ha inclinado por esta última orientación, señalando que la norma se refiere “al momento en que se materializa el remate, ya sea con la entrega del bien al postor favorecido o con su adjudicación al acreedor cuando ha sido solicitado por este; mas no alude al comienzo de las diligencias del remate, que abarca tanto la primera convocatoria como las sucesivas”<sup>(20)</sup>; la jurisprudencia señala además que en “la interposición de la tercería no debe confundirse el acto de remate con el remate entendido como venta forzosa de un bien mediante su adjudicación a un tercero, pues el primero de ellos es solo el acto en donde se realiza la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, prosiguiéndose con el anuncio de las posturas, pudiéndose llevar o no a cabo la venta forzosa del bien; en cambio el remate entendido como acto que transmite la propiedad solo puede darse cuando se adjudica el bien a quien hace la postura más alta”<sup>(21)</sup>, así “la oportunidad para

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(20) CAS. N° 4367-2001 – Sullana. 16/12/2002.

(21) CAS. N° 3580-00. ANDAHUAYLAS. El Peruano, 02/02/2002.

interponerla es antes que se efectúe la transmisión de la propiedad del bien, la cual se produce mediante remate o a través de la adjudicación en pago del bien al ejecutante<sup>(22)</sup>, y además “Cuando se habla de remate debe entenderse este no como un procedimiento sino como un acto que concluye con la correspondiente adjudicación del bien. Por lo tanto, si dicho bien aún no ha sido adjudicado, procede interponer demanda de tercería<sup>(23)</sup>”.

Sin embargo, hay aún muchas dudas por resolver.

Por ejemplo, no hay aún un consenso en el caso en el que se presenta la demanda de tercería de propiedad antes del remate y esta es proveída después del mismo. ¿La demanda aquí debe ser procedente y afectar la transmisión realizada por el remate?, ¿La demanda debe ser improcedente?, y qué pasa si la demanda de tercería es declarada inadmisibile y es subsanada, pero antes de ser valorada se remata el bien ¿debe ser desestimada?

Con respecto al primer punto, hay posiciones encontradas, las que rechazan la posibilidad de que la demanda de tercería afecte el remate mismo y los que señalan, que incluso puede presentarse la demanda el mismo día del remate del bien, ello porque “no es responsabilidad del litigante la demora en el trámite que le dé la mesa de partes única a las demandas ingresadas hasta que las entregue a los juzgados respectivos, así como hasta que se produzca la respectiva calificación” (CAS. 153-98. 11/11/1998), y “el tercerista no puede verse afectado por el error y demora de remitir la demanda al juzgado competente” (CAS. 1071-96. 27/11/1997).

Al respecto, consideramos que debe regir antes que nada la razonabilidad. La presentación de la demanda de tercería no es determinante para que surtan los efectos de la misma, sino su admisibilidad, por ello, la demanda de tercería que se presenta el mismo día del remate no debería afectar el acto de remate. Ni siquiera la declaración de inadmisibile previa al remate y la consecuente subsanación posterior al remate podrían afectarlo. Consideramos que si el juez va a evaluar la demanda de tercería en estas circunstancias (es decir, luego de rematado el bien), debería declarar la improcedencia de la demanda por petitorio jurídicamente imposible (art. 427 inciso 6); pues sería imposible suspender una ejecución que ya se ha realizado.

Sin embargo, ello no quiere decir que las demandas de tercería presentadas el mismo día programado para el remate o incluso en fecha posterior a dicho día deban ser declaradas improcedentes en todos los casos. En efecto, si no asisten postores a la convocatoria, la tercería podría surtir efectos y suspender la solicitud de una nueva convocatoria hasta que se dilucide el derecho del tercerista. En ese

---

(22) CAS. Nº 776-01 APURÍMAC. El Peruano, 30/11/2001.

(23) CAS. Nº 1871-2003 CAÑETE. El Peruano, 28/02/ 2005.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

sentido, la demanda será declarada improcedente solo si al momento de su evaluación ya se ha enajenado la propiedad, por el contrario, si la demanda es evaluada existiendo fecha para el remate o posteriormente a una fecha de remate a la que no se presentaron postores, entonces, de cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia, debe suspender la ejecución forzada.

2. La tercería de pago, por obvias razones, tiene un alcance mayor en términos de oportunidad que la tercería de propiedad. En efecto, esta tercería puede interponerse hasta después del remate del bien, pero antes de que se realice el pago al acreedor. Y ello, porque la tercería de pago está referida al derecho de crédito y no a la propiedad del bien.



### JURISPRUDENCIA

---

*La tercería preferente de pago debe ser interpuesta antes de que se realice el pago al acreedor.*

*Existe interés para obrar de la demandante ya que ella, como tenedora de la garantía prendaria constituida a su favor, está facultada para interponer este tipo de demanda (Exp. Nº 3177-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 291)*

## INADMISIBILIDAD

### ARTÍCULO 535

*La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424° y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. El artículo en comentario establece anexos especiales de admisibilidad de la demanda. En efecto, además de reunir todos los requisitos del artículo 424 del CPC, se deberá acompañar documento público o privado de fecha cierta que contenga el derecho de propiedad (en el caso de la tercería de propiedad) o el derecho preferente (en el caso de la tercería de pago), salvo que se presente garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que la tercería podría irrogar.

Los requisitos en cuestión son de admisibilidad y no de procedencia, por lo que una demanda que no presenta estos documentos no debe ser declarada improcedente, sino inadmisibile, y deberá otorgarse al actor el plazo correspondiente para que pueda subsanarla, de lo contrario, deberá ser rechazada. Creer, como en algún momento lo hizo la Corte Suprema, que la omisión de estos anexos puede acarrear la improcedencia<sup>(24)</sup>, más que un error interpretativo, es una lectura totalmente antojadiza del artículo en mención.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(24) "El artículo quinientos treinta y cinco del Código Procesal Civil, aparte de ser una norma específica para las demandas sobre tercería de propiedad, plantea varias situaciones jurídicas y no todas ellas dan lugar a declarar inadmisibile la demanda, habida cuenta que para los casos de inadmisibilidat la última parte del Artículo cuatrocientos veintiséis (del CPC), permite subsanar las omisiones en las que se habría incurrido según el artículo cuatrocientos veinticuatro (del CPC); en consecuencia, siguiendo la técnica jurídica procesal cabe interpretar que para el segundo de los supuestos legales que prevé el Artículo quinientos treinticinco (esto es, la no probanza del derecho con documento público o privado de fecha cierta), la decisión será declarar improcedente la demanda y no simplemente inadmisibile, puesto que el fallo se apoya en la falta de prueba que acredite el derecho del actor" (CAS. Nro.:3250 - 98/ LAMBAYEQUE. 04/06/1999).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En efecto, este artículo establece los requisitos para que la demanda sea admitida y no para que el juez resuelva sobre el fondo, situación que realizará luego de llevar a cabo las audiencias y la adecuada valoración de la prueba. Así, el documento público y el privado de fecha cierta no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate<sup>(25)</sup> y muchos menos se convierten en criterios de preferencia pues la norma en cuestión se limita a señalar los requisitos que debe observar toda demanda de tercería para ser admitida a trámite, mas no establece la prevalencia de derecho de propiedad alguno<sup>(26)</sup>. De lo contrario, se lesionaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante<sup>(27)</sup>.

Así, aquellas interpretaciones referidas a la improcedencia in limine de la tercería de propiedad que vimos al comentar el artículo 533, carecen de sustento alguno. Exigir que para admitir la demanda de tercería de propiedad, deba probarse no solo la propiedad, sino la oponibilidad de la misma mediante, por ejemplo, la inscripción en los registros públicos, es simplemente, denegar la tutela jurisdiccional efectiva exigiendo algo más de lo que la norma exige.

2. Por lo demás, la norma es clara al exigir como mínimo para admitir la demanda, el documento público o privado de fecha cierta. El primero es el expedido por funcionario público o notario en el ejercicio de sus funciones, mientras el segundo es el constituido por particulares, pero siempre que tenga fecha cierta. De acuerdo al artículo 245 del CPC, el documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal desde:

- a) La muerte del otorgante;
- b) La presentación del documento ante funcionario público;
- c) La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
- d) La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
- e) Otros casos análogos.

Como puede observarse, la fecha cierta en el documento privado no se limita a la lista establecida en el artículo 245 del CPC, sino que el mismo dispositivo posibilita la interpretación analógica para incluir otros supuestos en donde el juez pueda entender que existe fecha cierta. No obstante ello, en un caso la Corte Suprema desestimó una tercería de propiedad, señalando que el contrato de compraventa presentado por el recurrente no tiene fecha cierta, pese a que las firmas

(25) Exp. N° 19894-98. 21/09/1998.

(26) CAS. N° 2703-2001 - LA LIBERTAD. 16/08/2002.

(27) CAS. N° 3231 - 98/CALLAO. 02/07/1999.

fueron legalizadas por un Juez de Paz. La Corte consideró que un Juez de Paz no se encuentra facultado para ejercer funciones notariales, de modo que está imposibilitado de legalizar las firmas de quienes suscriben un contrato<sup>(28)</sup>.

3. La norma en cuestión establece la posibilidad de que el demandante sea exonerado de presentar los anexos especiales (documento público o privado de fecha cierta), siempre que otorgue una garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños o perjuicios que pudiera irrogar. Así, el monto de la garantía estará determinado de forma discrecional por lo que el juez considere prudente. La norma no establece que clase de garantía es la idónea, por lo que, al no poder distinguir donde la norma no lo hace, debemos entender que puede ser tanto garantías personales como la fianza, y garantías reales como la prenda y la hipoteca. La finalidad es claramente establecer mecanismos adecuados de protección al acreedor que puede sufrir perjuicios económicos ante la admisibilidad de la tercería.

4. En el caso de la tercería de propiedad, el documento público o privado de fecha cierta debe acreditar la titularidad del derecho de propiedad del tercerista, no siendo necesario, como vimos, acreditar su oponibilidad con relación al derecho del demandante. Por su parte, en el caso de la tercería de pago el documento público o privado de fecha cierta debe acreditar la titularidad del derecho preferente, que en su mayoría de casos, será un derecho de crédito, bastando en este caso también, la apariencia de la preferencia, no siendo necesario exigir su justificación o su prevalencia ya declarada.



### JURISPRUDENCIA

---

*Debe desestimarse la tercería preferente de pago, si se advierte que al momento de interponer la demanda, los terceristas no eran aún titulares de créditos laborales a su favor, que les permitiese alegar, tener un mejor derecho frente a la entidad coemplazada.*

*Si bien, los accionantes, ante esta Sala acompañan las sentencias expedidas por el fuero laboral, también lo es, que toda decisión jurisdiccional responde única y exclusivamente a los hechos expuestos en los actos postulatorios, no pudiendo fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes (**Exp. N° 1377-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 292**)*

*El fuero civil común no solo es competente para conocer de tercerías cuando se trata de una medida de embargo en asuntos civiles, sino también en asuntos penales cuando por razón de condena, en el delito de tráfico ilícito de drogas, la medida de incautación provisional se ha convertido en definitiva y por ende se transfiere el dominio de los bienes a favor del Estado, por tener su origen en actividades ilícitas; no siendo competente, en este*

---

(28) CAS. N° 1382-02 HUAURA. El Peruano, 03/02/2005.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

último supuesto cuando la medida de incautación es provisional por encontrarse el proceso penal en trámite, en cuyo caso, la competencia recae de manera exclusiva en los órganos jurisdiccionales del fuero penal cuya actuación no puede ser intervenida por otra autoridad (Cas. Nº 1256-97-Lima, El Peruano, 16/01/99, p. 2479)

Si bien el derecho de propiedad sirve de sustento para incoar la demanda de tercería, es necesario demostrar el derecho alegado mediante la concurrencia de un documento de fecha cierta. Adquiere el documento, dicha calidad, a partir del ingreso a la notaría. Si esta se verifica con posterioridad a la anotación de la medida de embargo, deviene en infundada la pretensión (Exp. Nº 2883-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 484-485)

La tercería de propiedad es una pretensión propia del tercero afectado con medida cautelar o para la ejecución, y como tal, no constituye una petición al interior de este proceso.

Es nula la resolución, que pronunciándose sobre el fondo de la controversia, declara improcedente de plano la demanda, pues, debe verificar si cumple los requisitos del artículo 534 y 535 del Código Procesal Civil para su admisibilidad (Exp. Nº 52433-890-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 486-487)

No puede ampararse la tercería, si la adquisición de la propiedad, por parte de los demandantes ha sido con posterioridad a la inscripción del embargo. No se ha afectado, derechos de terceros al momento de dictarse y registrarse el embargo, más aún, si la sustitución del régimen patrimonial solo surte efectos frente a terceros desde su inscripción.

La falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar (Exp. Nº 1214-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 481-482)

La tercería de propiedad debe ser calificada en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia, como cualquier otra demanda, formándose un expediente independiente (Exp. Nº N-389-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 449)

El artículo 535 del C.P.C. sanciona con inadmisibilidad y no con improcedencia, la demanda de tercería sin prueba de documento público o privado de fecha cierta, con el agregado que esta exigencia no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate (Exp. Nº 19894-94, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 462)

“... Si el Juez de la causa consideraba que los documentos aparejados a la demanda (de tercería de propiedad) no acreditaban el derecho de la demandante, debió declarar inadmisibile la demanda y conceder un plazo a efecto de que la demandante pudiera otorgar la garantía a que se refiere el artículo quinientos treinticinco del Código Adjetivo, de conformidad con el inciso segundo del artículo cuatrocientos veintiséis del mismo ordenamiento legal.

(...) Que, al declarar liminarmente improcedente la demanda interpuesta se ha lesionado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la demandante” (Cas. Nº 3231-98-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 497-498)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Para la admisibilidad de la demanda de tercería, entre otros el demandante debe probar su derecho con documento público o privado de "fecha cierta" (Exp. Nº 629-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 151-152)*

*Para oponer derechos reales, como es la tercería sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél (Exp. Nº 360-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 175-176)*

*La tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados.*

*El demandante debe probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta.*

*No habiéndose formulado tacha contra la factura, no es necesario su reconocimiento, presumiéndose la autenticidad del contenido (Exp. Nº 261-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 308-310)*

*El documento privado posterior a la constitución de hipoteca y sin fecha cierta, no puede acreditar la tercería excluyente de propiedad.*

*Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al que se opone. La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos (Exp. Nº 3245-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 279-280).*

*Si no se ha acreditado que la minuta y escritura pública de compraventa, se haya suscrito con anterioridad a la inscripción del embargo preventivo, es improcedente la demanda sobre tercería excluyente de dominio (Exp. Nº 3960-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 145).*

*La tercería de propiedad, se funda en el derecho de dominio que tiene un tercero, que no es parte en un proceso y cuyo bien ha sido afectado por medida cautelar. Para accionar se debe acreditar la propiedad con documento público o privado de fecha cierta (Exp. Nº N-391-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 451)*

## EFFECTOS DE LA TERCERÍA DE PROPIEDAD

### ARTÍCULO 536

*Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.*

*El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. El auto admisorio de una demanda tiene múltiples efectos importantes, sin embargo en el caso de la tercería de propiedad hay un efecto fundamental que es la suspensión del proceso donde se ha afectado el bien, si estuviera en la etapa de ejecución. Como observamos al comienzo, la tercería es un mecanismo de oposición a la ejecución que se realiza mediante la afectación de un bien en vía de tutela ejecutiva o tutela cautelar. Sin embargo, en el caso de la tutela cautelar, solo se suspenderá el proceso si llega a la etapa ejecutiva, mientras, el proceso debe seguir hasta establecer el derecho, es decir, hasta sentenciar.

Cabe señalar, que la suspensión se realizará aunque la demanda que ordena el remate de los bienes se encuentre consentida o ejecutoriada, es decir, aunque este firme la sentencia. Estas reglas tienen una serie de excepciones:

a) Cuando el bien materia de ejecución este sujeto a deterioro.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

- b) Cuando el bien materia de ejecución este sujeto a corrupción.
- c) Cuando el bien materia de ejecución este sujeto a desaparición.
- d) Cuando la conservación del bien materia de ejecución resulte excesivamente onerosa.

En estos casos, con la finalidad de no perder el valor del bien, se procederá a la venta del mismo, y será el producto el que será materia de tercería. Difícil es entender en este caso que estamos ante la tercería de propiedad, pues ya no se tutela ninguna propiedad, sino que esta se transforma en un crédito que deberá ser pagado al propietario.

2. Tratando de guardar armonía con el artículo anterior, este dispositivo establece que el tercerista también puede obtener la suspensión, si es que otorga garantía suficiente a criterio del juez en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad. Quizá este párrafo es del todo innecesario y puede llevar a confusiones, pues la suspensión no puede ser efecto del otorgamiento de la garantía, sino de la admisibilidad de la demanda. En ese sentido, admitida la demanda de manera general, ya sea porque se presentó documento privado de fecha cierta, documento público, documentos que den mayor credibilidad del derecho o garantía; el efecto será el mismo: la suspensión del proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*Al existir un derecho real frente a un derecho crediticio, de carácter personal, prevalecerá el primero. Para la oposición de derechos de diferente naturaleza sobre inmuebles se aplican las reglas del derecho común.*

*Si la transferencia de propiedad fue anterior al embargo en cuestión, deviene en fundada la tercería, pues se ha embargado un bien que ya no era de propiedad de los ejecutados, no siendo necesario, para perfeccionar la transferencia, la inscripción de la misma (Exp. N° 2583-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 285)*

*Si la propietaria del inmueble afectado lo adquirió mediante compraventa cuando el embargo se encontraba inscrito, su derecho está sujeto a la presunción de publicidad respecto de la inscripción registral. El cambio del titular del dominio no afecta este derecho sino el bien mismo (Exp. N° 677-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 287)*

*Al dirimirse la controversia frente a dos derechos de distinta naturaleza, uno de índole personal (crediticio) y el otro un derecho real (de propiedad) prevalece este último. El acto jurídico que se ha materializado en la minuta de compraventa, por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la inscripción del embargo (Exp. N° 3424-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 288)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El acto jurídico de anticipo de legítima, por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar.*

*La controversia a dirimirse frente a dos derechos de distinta naturaleza, como es el de índole personal (crediticio) y el otro real (de propiedad) prevalece este último (Exp. N° 3874-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 289)*

*Dentro de un proceso de tercería que se sigue conforme al proceso abreviado y en el que se ve la propiedad de los bienes afectados, no se puede resolver la ineficacia de los actos jurídicos, máxime si tiene procedimiento específico señalado y el acreedor y deudor tienen carga de prueba señalada por la misma norma sustantiva (Cas. N° 1308-97-Lambayeque, El Peruano, 10/03/2000, p. 4725)*

*La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena, y tiene como finalidad la desafectación del bien (Cas. N° 991-98-Huánuco, El Peruano, 08/01/99, p. 2449)*

*Tratándose de sociedad de gananciales, los cónyuges no son partícipes de cuotas ideales, pues, no existe la figurajurídica de copropiedad. A pesar que no existe cuotas ideales predeterminadas, debe considerarse que el embargo es la forma de proteger al acreedor, por lo que cabe su concesión, no obstante no resultar posible rematar los derechos y acciones.*

*Nada impide afectar el bien, porque desafectar el mismo implicaría admitir que se trata de un bien inembargable, situación que no se encuentra dentro de los alcances del artículo 648 del Código Procesal Civil (Exp. N° 4653-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 487-488)*

*Si los actos de disposición realizados a favor del demandante tienen eficacia jurídica, con posterioridad a la anotación de las medidas cautelares, ellas mantienen su plena vigencia. Tratándose de derechos de distinta naturaleza se aplican las normas del derecho común. No es de aplicación al prioridad registral (Exp. N° 501-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 488-490)*

*No procede amparar la tercería de propiedad que pretende levantar la medida cautelar en forma de inscripción, por cuanto afecta las acciones y derechos del obligado, correspondiendo su determinación en la liquidación de la sociedad de gananciales; sin embargo, no puede ser objeto de ejecución forzada, mientras no se liquide dicha sociedad (Exp. N° 693-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 490-491)*

*La tercería de propiedad tiene por objeto se deje sin efecto y/o suspenda el proceso de ejecución y/o remate de acciones y derechos.*

*No resulta coherente declarar fundada en parte la demanda porque el petitorio es indivisible, toda vez que se pretende dejar sin efecto toda afectación que recae sobre el inmueble de propiedad de la sociedad conyugal, y no solo en parte, pues, bajo ese razonamiento se mantendría vigente el embargo trabado, sin pronunciarse el órgano jurisdiccional por el conflicto que se ha recurrido (Exp. N° 971-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 483-484)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Frente a la controversia de dos derechos de distinta naturaleza, uno personal y otro real, prevalece este último; por tanto, si el derecho de propiedad materializado en la escritura pública, por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la medida cautelar (Exp. Nº 4651-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 485-486)*

*La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición en contrario. Procede amparar la pretensión si los terceristas adquirieron el bien sub litis del ejecutado y el embargo trabado sobre dicho bien fue ordenado cuando los dueños del bien eran los terceristas, pues, la medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas con la relación material o de sus sucesores.*

*Si bien el principio de oponibilidad es exclusivo de los derechos reales, cuando colisionan un derecho real y otro de crédito, prevalece el primero (Exp. Nº 3761-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 448-449)*

*No es efecto de las tercerías de propiedad el levantamiento de hipotecas, sino la suspensión del remate de un bien afectado por la medida cautelar (Exp. Nº 3738-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 450)*

*Para la controversia de un derecho real sobre un inmueble y otro de crédito, como es el cobro de una deuda, no se aplica la primera parte del artículo 2022 del Código Civil por no referirse a la oposición de dos derechos reales sobre dicho bien, sino la segunda parte del mismo numeral por tratarse de deudas de diferente naturaleza, rigiendo en este caso no la fe registral sino las disposiciones del derecho común (Exp. Nº 2875-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 451)*

*La tercería de propiedad debe ser calificada en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia, como cualquier otra demanda, formándose un expediente independiente (Exp. Nº N-389-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 449)*

*El tercerista que adquiere un bien gravado con derecho real permite a la acreedora hipotecaria perseguir la cosa hasta hacerse pago de su crédito. El tercerista asume todos los derechos y acciones de la deuda a favor de la acreedora.*

*Sien la ficha registral del inmueble consta la hipoteca inscrita a favor del acreedor, con nueve meses de anticipación a la transferencia del inmueble, no es admisible de desconocimiento de dicha inscripción real conforme al artículo 2012 del Código Civil (Exp. Nº 685-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 315-316)*

## EFFECTOS DE LA TERCERÍA DE DERECHO PREFERENTE

### ARTÍCULO 537

*Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.*

*El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Los efectos de la admisibilidad de la demanda de tercería de pago son distintos a los de la tercería de propiedad. Ello es natural, puesto que en el caso de la tercería de propiedad la oposición a la ejecución tiene por finalidad salvaguardar el derecho de propiedad sobre los bienes afectados, mientras en el caso de la tercería de pago la oposición a la ejecución tiene por finalidad establecer la preferencia del derecho de crédito, así las cosas, es natural que el momento temporal de la suspensión varíe en cada caso. En la tercería de propiedad se suspenderá el proceso antes de la ejecución del bien, mientras en la tercería de pago, la suspensión se realizará después del remate del bien, pero evitando el pago al acreedor hasta que se decida la preferencia en el crédito.

Esta regla tiene como excepción que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas del proceso. Se señala que esta solución es absurda<sup>(29)</sup>, pues si la norma quiso decir que con la garantía el tercerista se hará primero cobro de su crédito, no se tuvo en cuenta que este no podría suspender el proceso para hacerse cobro del crédito sino hasta que venza al acreedor; y si se entiende que la garantía del

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(29) ARIANO DEHO, Eugenia. *El Proceso de Ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano*. Editorial Rhodas. Reimpresión, mayo, 1998. Pág. 504.

tercerista evita la suspensión de la ejecución, se tiene una solución descabellada, pues justamente es interés del tercerista lo contrario, es decir, que se suspenda para que no se pague el acreedor. En todo caso, quien podría evitar la suspensión es el ejecutante, ahora demandado, otorgando dicha garantía.

La norma hace alusión a una garantía suficiente a criterio del juez, por lo que el monto será determinado de forma discrecional por el juzgador, además, al no establecerse el tipo de garantía, esta podrá ser real o personal.

2. El último párrafo de este artículo establece que el tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien. La intervención del tercerista deberá ser entendida como la regulada por aquella que realiza otro acreedor en la ejecución forzada (art. 726 del CPC).

3. La jurisprudencia ha establecido que mediante la tercería de pago se tutea solo derechos de créditos efectivos y no meras expectativas. Así, se ha manifestado que debe desestimarse la tercería preferente de pago si se advierte que al momento de interponer la demanda, los terceristas no eran aún titulares de créditos laborales a su favor, que les permitiese alegar, tener un mejor derecho de crédito<sup>(30)</sup>.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien en la tercería de derecho preferente sus efectos se retrotraen, a la fecha de la interposición de la demanda, al haberse rematado los bienes con posterioridad a la demanda, adjudicándose el Banco demandante en pago de su crédito los bienes, legalmente dicho remate debería quedar sin efecto, no obstante ello, se aprecia que en la tercería se ha presentado garantía para el pago de los beneficios sociales, sin que el juez haya resuelto el pedido, analizando su forma de ofrecimiento y cuantía, por lo que antes de resolver el pedido de nulidad, el juez debe resolver el ofrecimiento, pues, de ser aceptada la garantía, la nulidad del remate y adjudicación tendría otro cariz (Exp. N° 2488-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 293)*

*Interpuesta la demanda de tercería preferente de pago, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia; esto quiere decir que el juez debe analizar la naturaleza de los créditos contrapuestos y determinar cuál de ellos tiene preferencia de pago sobre el otro, de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales (Cas. N° 174-99-Lima, El Peruano, 01/09/99, p. 3411)*

*Si bien los trabajadores tienen prioridad en el pago de sus beneficios sociales, ello corresponde exigirse con el título correspondiente, esto es, con la sentencia definitiva de reconocimiento de los beneficios sociales, reclamado ante el juez competente (Exp. N° 232-99,*

---

(30) EXP. N° 1377-97. 01/06/1999.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

**Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 491)**

*Si la resolución admisorio de la tercería preferente fue emitida con anterioridad a los pagos efectuados transgrediendo el artículo 537 del Código Procesal Civil, por su trascendencia y efectos, no puede ser aplicable la convalidación en la nulidad propuesta.*

*No corresponde al juez resolver la nulidad bajo aspectos meramente procedimentales, sino, pronunciarse sobre el fundamento que ampara la nulidad propuesta (Exp. N° 1977-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 492-493)*

*Admitida una tercería preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.*

*Encontrándose en apelación la resolución que declara improcedente la tercería, resulta prematuro todo pedido, puesto que aún no se ha decidido de forma definitiva la preferencia demandada (Exp. N° 1167, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 460-461)*

*Debe ampararse la tercería preferente de pago de los beneficios sociales del trabajador, por tener estos el carácter de crédito laboral, ser repersecutorios y estar protegidos constitucionalmente, al otorgárseles prioridad sobre cualquier obligación de su empleador (Exp. N° 2468-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 462)*

*Tratándose del derecho preferencial de los trabajadores respecto a sus beneficios sociales les asiste el principio constitucional; indubio pro operario (Exp. N° 1101-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 214-216)*

## CONNIVENCIA Y MALICIA

### ARTÍCULO 538

*Si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus Abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el Juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.*

*La mismas sanciones se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Este artículo establece una sanción para la parte que interpone la tercería con la única finalidad de afectar el derecho de crédito del demandante, alargando innecesariamente el proceso y, consecuentemente, produciendo pérdidas económicas al evitar la recuperación rápida del crédito. El supuesto de hecho es la connivencia y no la mera mala fe del tercerista. Ello quiere decir que es fundamental acreditar que existió un acuerdo malicioso, una maquinación, entre el demandado y el tercerista. Si la actuación de mala fe fue solo del tercerista no podría establecer la sanción de acuerdo a este artículo.

La norma establece una responsabilidad solidaria pasiva entre el tercerista, el demandado y los abogados respectivos, equivalente a tres conceptos: una multa, la indemnización por daños y perjuicios, y las costas y costos. La responsabilidad solidaria pasiva es un mecanismo de reparte de los costos, que tiene por finalidad la protección y satisfacción del crédito. Es así que mediante esta obligación solidaria el demandante podrá demandar a cualquiera de los sujetos mencionados por el íntegro de los montos referidos a la responsabilidad civil y los costos y costas, mas no el equivalente a la multa. El que pague (ya sea tercerista, demandado o

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

cualquiera de los abogados), tendrá luego la acción de regreso contra los demás obligados solidarios por la parte proporcional de la deuda<sup>(31)</sup>.

La multa no debe ser menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Dentro de este marco, el juez deberá establecer discrecionalmente el monto a pagar. Cabe señalar que la multa no es un concepto que corresponda exigir al afectado (demandante) con el actuar malicioso del tercerista y el demandado, sino que este monto, si bien puede entenderse solidario, corresponde exigir al Poder Judicial. Por lo demás, la multa no es la única sanción que podrían sufrir los abogados que asesoraron inmoralmente al tercerista y al demandado, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) regula otros mecanismos de ejercicio de poder disciplinario del juez ante actuaciones incompatibles con la adecuada actividad procesal. Así, el artículo 288 de la LOPJ establece una serie de deberes para los abogados patrocinantes, entre los que destacan el respeto a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, de lo contrario, el juez se encuentra facultado para establecer las sanciones reguladas en el artículo 292 de la LOPJ: 1) amonestación, 2) multa y 3) suspensión hasta 6 meses, las mismas que son efectuadas por los propios jueces que llevan el proceso, ejecutándolas de forma discrecional. Dependiendo de su naturaleza, dichas sanciones pueden ser apeladas con o sin efecto suspensivo. En esa misma línea, el Código Procesal Civil establece que el Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria (art. IV), así como la actuación con dolo o fraude (art. 50).

También se establece la indemnización por daños y perjuicios a favor del demandante, claro está, también de forma solidaria. La responsabilidad que se establece es subjetiva y no objetiva, y ello porque es necesario acreditar la connivencia, es decir el dolo que no es más que un factor de atribución de la responsabilidad civil. Además, se deberá acreditar los otros elementos de la responsabilidad civil como el nexo causal y el daño.

Corresponde también al afectado el monto por costas y costos del proceso, también de acuerdo a este artículo, la obligación es de naturaleza solidaria.

2. Los costos se reparten no solo entre el tercerista y el demandado, sino también entre sus abogados. En este caso el fundamento, es bastante claro. Los abogados son los letrados, los que asesoran a sus clientes por lo que es razonable que sufran también las consecuencias de su actuar malicioso.

Cabe señalar que los efectos de la acreditación de la connivencia, es que la demanda de tercería deviene en infundada<sup>(32)</sup>. El Juez debe remitir al Ministerio

---

(31) Al respecto véase: BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milano, 1991. Pág. 188 y sgtes.

(32) CAS. N° 2570-2002 TACNA.

Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

3. Finalmente, la norma materia de comentario establece que estas sanciones también se impondrán a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar. Es decir, se pone en el caso de que el afectado sea el tercerista. La norma no es muy clara, pues puede ser que exista connivencia entre el demandante y demandado para ejecutar el bien, empero, en este caso no se exige la acreditación de la connivencia entre ambas partes. Solo se exige la actuación maliciosa del demandante.

La norma también se restringe a la actuación maliciosa en el caso de la medida cautelar, no teniendo en cuenta otro tipo de afectaciones al derecho de propiedad como en el caso de la ejecución de garantías, situación contradictoria con toda la normativa de la tercería que regula la afectación de los bienes en dos situaciones: la tutela cautelar y la ejecución en general.

Las sanciones para el ejecutante, serían las mismas que para el caso del tercerista y el demandado maliciosos.

## SUSPENSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR SIN TERCERÍA

### ARTÍCULO 539

*El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario, el interesado puede interponer tercería, de acuerdo al artículo 533º.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La suspensión de la medida cautelar sin tercería es un mecanismo de protección del derecho de propiedad sin necesidad de interponer la tercería. En este caso, no es necesario instaurar un proceso autónomo, limitándose a una mera solicitud que tiene como presupuesto el título de propiedad registrado.

Este mecanismo es muy semejante a la desafectación, instrumento procesal que tiene la misma finalidad. Así, la desafectación también sería un mecanismo de protección de la propiedad que se encuentra afectada con una medida cautelar, pero a diferencia de la tercería, no es necesario establecer un proceso autónomo, sino una solicitud que acredite la propiedad de forma “fehaciente”. Se afirma en ese sentido, que “Son evidentes las ventajas de la desafectación frente a la tercería: (i) en la desafectación no hay limitación de medios probatorios, mientras que en la tercería en principio se exige documento de fecha cierta; (ii) ante la falta de un documento de fecha cierta, en la desafectación no se exige el otorgamiento de garantía, como sí se hace en la tercería; (iii) el trámite de la desafectación es breve, sin traslado a las partes en el que se dictó la medida cautelar, mientras que la tercería supone iniciar todo un proceso judicial”<sup>(33)</sup>.

---

(\*) El comentario de artículo fue elaborado por Roger Arturo Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(33) MESINAS MONTERO, Federico. “Cuándo tercería, cuándo desafectación”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 102. Gaceta Jurídica. Mayo, 2002. Pág. 74

En dicho contexto, ¿tiene sentido la existencia de “la suspensión de la medida cautelar sin tercería” si existe la desafectación? Se señala al respecto que “Aunque es claro que la presencia de esta figura tiene por motivo permitir que el tercero evite los rigores de la tercería –logrando que se suspenda el gravamen sobre el bien mediante un trámite bastante expeditivo–, sin embargo, este mecanismo pierde total sentido en tanto existe la posibilidad de recurrir a la desafectación. En primer lugar, la desafectación ofrece al tercero la oportunidad de que se levante la medida cautelar mediante un trámite sin que sea necesario el traslado previo del pedido a las partes en litigio. En el caso de la suspensión de la medida cautelar sin tercería, siempre se requerirá tal traslado. Pero más importante aún es que mientras con la desafectación se logra el levantamiento total del gravamen, en el segundo caso la medida cautelar supuestamente solo se “suspende”, regulación evidentemente inadecuada, porque lo lógico es que una medida cautelar se levante o se mantenga inamovible, pero no que se suspenda. Como los efectos prácticos de la “suspensión” de una medida cautelar no son del todo claros, se genera inseguridad. Finalmente, se nota más lo absurdo de recurrir al trámite de la suspensión si es que se exige en este que el tercero presente título de propiedad registrado, pues es claro que este es un título fehaciente a efectos de la desafectación”<sup>(34)</sup>.

Siendo el presupuesto de la desafectación la acreditación de la propiedad de forma fehaciente, y de la suspensión de la medida cautelar sin tercería la inscripción registral, es claro que este último requisito es agota en el primero, por lo que no habiendo más dudas al respecto, debería regularse solo la desafectación, pues la mera suspensión no tendría sentido alguno.

2. Cabe señalar que nuestra jurisprudencia entiende que el mecanismo de la suspensión sin tercería se refiere a un proceso de naturaleza civil, puesto que “solo así tiene sentido que esa norma se refiera a las ‘partes’ del proceso, tanto para legitimar al solicitante, como para dar cabida a los emplazados, ‘partes’ que, al menos en el sentido civil del término, no existen en el proceso penal...”<sup>(35)</sup>.



### JURISPRUDENCIA

---

*No procede interponer la suspensión de la medida cautelar, si se viene tramitando una tercería, pues, de ser favorable al tercerista, resolverá sobre lo mismo (Exp. N° 739-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 286)*

(34) MESINAS MONTERO, Federico. Op. cit. Pág. 75.

(35) EXPEDIENTE.2245-95. 18/01/1996.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El pedido de suspensión de la medida cautelar sin interponer tercería, o sea, la desafectación previa que autoriza el artículo 539º del Código Procesal Civil, es facultativa y no obligatoria como requisito de procedibilidad para promover la tercería de propiedad en vía de acción (Cas. Nº 2462-98-Loreto, El Peruano, 15/08/99, p. 3181)*

*El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir la suspensión sin interponer tercería, anexando el título de propiedad registrado. Sé presume que el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario; ante tal presunción, corresponde al ejecutante demostrar que el bien del tercero no le pertenece a este, sino al deudor (Exp. Nº 1089-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 511-512)*

*Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida cautelar pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado.*

*Es infundada la desafectación si el solicitante no ha probado de modo alguno ser propietario de los bienes embargados a la fecha en que se ejecutó la medida cautelar (Exp. Nº 706-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 504)*

*Es improcedente la desafectación si los bienes afectados con la medida cautelar han sido transmitidos mediante anticipo de legítima con posterioridad al mandato cautelar. El indicado acto jurídico ha tenido como único propósito evadir el alcance de tal mandato judicial, con el objeto de burlar los derechos del acreedor.*

*La ley no ampara el abuso del derecho, tanto más si tratándose de un acto jurídico gratuito, no puede ser opuesto al acreedor (Exp. Nº 10761-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 525)*

*Es infundada el pedido de desafectación de los bienes materia de medida cautelar si no se ha acreditado fehacientemente que los bienes pertenecen a persona distinta al demandado (Exp. Nº 2276-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 357-358)*

*Debe ampararse el recurso de queja si se resuelve no la desafectación de la medida cautelar, como se solicitaba, sino la suspensión de esta.*

*La desafectación es totalmente distinta a la suspensión. Esta última es irrecurrible (Exp. Nº 192-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 247-248)*

*El perjudicado por una medida cautelar dictada en el proceso que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado.*

*Si las facturas, guías y boletas de venta que acompañen no acreditan de modo alguno la propiedad alegada, debe el accionante hacer valer su derecho a través de la tercería (Exp. Nº 464-97, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 502)*

## Sub - Capítulo 6º

# IMPUGNACIÓN DE ACTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

**ARTÍCULOS 540 AL 545**

*DEROGADOS (\*)*

---

### **Comentario**

---



### **JURISPRUDENCIA**

---

*La pretensión de anulabilidad de los títulos de propiedad otorgados por la Municipalidad, luego de un proceso, constituye un acto administrativo, siendo idóneo reclamar contra él, luego de agotada la vía administrativa, a través del proceso contencioso administrativo y no por el de conocimiento (Exp. Nº 1474-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 295)*

*La resolución administrativa es un acto jurídico emitido por el Estado mediante sus órganos administrativos, se refiere a un acto jurídico administrativo. Si estas causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa y no mediante la nulidad del acto jurídico (Exp. Nº 137-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 497-498)*

*El acto o resolución administrativa que causa estado es aquel que agota o pone fin a la vía administrativa porque fija de manera definitiva la voluntad de la administración, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior en competencia, para decidir en definitiva sobre el acto impugnado.*

*Una vez cubierto todo el trámite administrativo y agotada la vía, si el interesado no queda de acuerdo con la resolución que causa estado, entonces puede recurrir ante el Poder Judicial mediante la acción contencioso-administrativa para que se revise la legalidad o no de la decisión adoptada por la administración pública, caso contrario dicha resolución administrativa queda firme y surte todos sus efectos legales (Exp. Nº 300-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Ju-*

---

(\*) Derogados por la 1ª disp. derogatoria de la Ley 27584 de 07-12-2001.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*rídica, pp. 574-584)*

*No es materia de impugnación administrativa la resolución ministerial que autoriza al Procurador Público a interponer las acciones judiciales contra el autor y los que resulten responsables por presuntas irregularidades (Exp. N° 1514-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 313-317)*

*La interposición de una acción de amparo no constituye fundamento para suspender la validez de una resolución administrativa (Exp. N° 2614-93, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 317-320)*

*Las decisiones tomadas por Petroperú no constituyen un ius imperium por no ser una entidad de la Administración Pública sino una empresa privada del Estado, con personería jurídica propia que cumple una función de gestión y producción, no encausando su actividad interna y externa por las normas del Derecho Administrativo que solo corresponde a los entes públicos (Exp. N° 1187-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 217-222)*

*La relación laboral de Petroperú, con sus trabajadores es de naturaleza: civil regida por la Ley 4916 y no de derecho público.*

*No procede que la empresa deba seguir previamente proceso administrativo hasta alcanzar la resolución final que cause estado para poder demandar judicialmente su nulidad (Exp. N° 1188-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 222-224)*

*Para los fines de invocar la pluralidad de instancias no puede confundirse el procedimiento administrativo con el procedimiento contencioso-administrativo cuyo trámite de este último se encuentra regulado por los artículos 540 al 545 del Código Procesal Civil (Exp. N° 228-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 582-583)*

*La Ley no reconoce acción para demandar la nulidad de los actos procesales practicados dentro de un proceso administrativo, la que debe en todo caso plantearse y resolverse dentro del propio procedimiento (Exp. N° 1359-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 583-584)*

## ARTÍCULOS 541

### DEROGADOS (\*)

---

## Comentario

---



### JURISPRUDENCIA

---

Los actos administrativos tienen un plazo de caducidad breve como lo establece el Código Procesal Civil, porque una resolución administrativa no puede quedar en la incertidumbre legal de ser impugnada en un plazo largo, como lo sería el término de prescripción de diez años para la nulidad de los actos jurídicos (Cas. N° 2082-98-Huaura, El Peruano, 16/03/99, p. 2784)

Para admitir la impugnación de un acto administrativo es necesario que se refiera a un acto o resolución que cause estado (Exp. N° 1123-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 320-321)

Debe admitirse la demanda contencioso-administrativa si se interpone dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada o lo que ocurra primero, o de producida resolución ficta por el silencio administrativo (Exp. N° 468-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 224-225)

La demanda contencioso administrativa es inadmisiblesi no se acredita haber impugnado en la vía administrativa el acto que se cuestiona, agotando los recursos previstos en el artículo 541 del Código Procesal Civil (Exp. N° 256-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 256-257)

INC. 3°:

La impugnación de un acto o resolución administrativa, debe interponerse dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producida la resolución ficta por el silencio administrativo (Exp. N° 1070-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 216-217)

## ARTÍCULOS 542

DEROGADOS (\*)

---

### *Comentario*

---



### JURISPRUDENCIA

---

*Si la resolución objeto de impugnación es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de carácter local o regional, es competente en primera instancia la Sala Civil de Turno de la Corte Superior.*

*Cuando se impugnan las partidas de nacimiento y matrimonio, otorgados por funcionarios autorizados por las Municipalidades, dicha competencia no es aplicable al Registrador y al Jefe de los Registros Civiles, porque estos no forman un órgano colegiado ni autoridad unipersonal (Exp. N° 148-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 453-454)*

*Las acciones contenciosos administrativas sobre derecho pensionario no son de competencia del fuero laboral sino del fuero común.*

*No se puede confundir el derecho pensionario con el derecho laboral, aunque los dos deriven del contrato de trabajo. El primero se ubica en los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución y el último en los artículos 22 a 29 de la citada.*

*Petroperú es un ente autárquico dentro del Estado, con personería jurídica propia, que no requiere autorización alguna del Poder Ejecutivo para ejercer sus derechos como demandante o demandado. Sus decisiones no constituyen un ius imperium por no ser una entidad de la Administración Pública (Exp. N° 1329-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 305-310)*

**ARTÍCULOS 543**

*DEROGADOS (\*)*

**ARTÍCULOS 544**

*DEROGADOS (\*)*

**ARTÍCULOS 545**

*DEROGADOS (\*)*

## TÍTULO III

### PROCESO SUMARÍSIMO

#### Capítulo I

### DISPOSICIONES GENERALES

#### PROCEDENCIA

##### ARTÍCULO 546

*Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:*

- 1. Alimentos;*
- 2. Separación convencional y divorcio ulterior;*
- 3. Interdicción;*
- 4. Desalojo;*
- 5. Interdictos;*
- 6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;*
- 7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal; y,*
- 8. Los demás que la ley señale.<sup>4</sup>*

---

##### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts.*

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Colombia art. 435*  
*C.P.C.N. Argentina arts. 321, 322, 498*

---

#### Comentario

---

1. El procedimiento sumarísimo es otro de los modelos que operan con los procesos de cognición. En este artículo se fijan las pautas para recurrir a esta vía

procedimental, tomando como referentes a la cuantía y materia de la pretensión; sin embargo, hay casos en que al margen de los parámetros de la competencia objetiva, esta vía procedimental se encuentra pre establecida por Ley o porque el juez lo fije, en atención a la naturaleza de la pretensión en debate. Tanto el inciso 1 al 5 hacen referencia a la naturaleza de la pretensión (alimentos, separación convencional y divorcio ulterior, interdicción, desalojo e interdictos) para asumir este modelo procedimental bajo los criterios que describe el artículo 547 CPC.

2. Cuando "la pretensión es inapreciable en dinero o hay duda sobre su monto" se acoge el debate bajo las reglas del procedimiento sumarísimo. Este criterio también aparece reproducido para los procesos que se promuevan en la vía abreviada y de conocimiento; al igual que los procesos que no tengan una vía procedimental propia, sin embargo, hay un criterio que no se reproduce en los modelos anteriores, cual es, "la urgencia de la tutela jurisdiccional".

Mediante este procedimiento sumarísimo se responde a un diseño lato, de reducidos plazos y limitado debate probatorio, a fin de lograr respuestas rápidas, todo ello justificado por la urgencia de obtener tutela jurisdiccional, pero, en este caso, será el juez, quien califique las circunstancias que hagan atendible dirigir el debate de la pretensión por un modelo sumarísimo. Véase el caso del reconocimiento de la unión de hecho entre dos personas libres de impedimento legal, cambio de identidad por modificación de sexo, cambio de nombre para alterar su identificación, entre otros. Aún mas, hay que tener presente que "el juez está facultado para adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación." (inciso 1º artículo 51 CPC).

3. Otro referente para establecer la vía procedimental es la cuantía de la pretensión (no mayor de 100 UIT), tal como se advierte de lo regulado en el inciso 7; esto implica que para definir la competencia de un juez se debe analizar los criterios de cuantía, materia y función, fijados en este artículo y en el artículo 547 CPC, que son absolutos, de tal manera, que concurren todos ellos, concentrados ante un mismo juez, sea de paz, de paz letrado o especializado. La competencia por territorio también es materia de análisis pero al ser disponible por las partes, puede ser materia de prórroga tácita o expresa o cuestionada a través de las excepciones.

4. La Ley es otro referente para determinar la vía procedimental, tal como lo refiere el inciso 8º del artículo en comentario; en tal sentido, véase los siguientes casos: la Ley del Sistema Concursal, señala en el artículo 73, "la solución de las controversias derivadas del plan de reestructuración se tramitará en la vía del procedimiento sumarísimo". En igual sentido, la referida norma concursal considera que la pretensión de ineficacia y reintegro de bienes a la masa concursal se tramitará bajo el procedimiento sumarísimo (ver artículo 20.1 Ley 27809).

Dice el artículo 143 de la Ley General de Sociedades, que cuando la impugnación de los acuerdos se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

se tramitará por el proceso sumarísimo. En igual forma, señala el artículo 9 de la citada Ley que los afectados con la denominación o razón social tienen derecho a demandar su modificación a través de un proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

El artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27072 refiere que la autoridad municipal puede demandar autorización judicial, en vía sumarísima, para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales.

El Código Civil también establece el procedimiento sumarísimo en los siguientes casos: alimentos para herederos forzosos del ausente (artículo 98), convocatoria a asamblea general de asociación (artículo 85CC), pérdida del deudor a derecho del plazo (artículo 181), fijación de plazo para cumplimiento de acto jurídico (artículo 182), fijación de plazo para ejecución del cargo (artículo 186), ineficacia de actos jurídicos gratuitos (artículo 200), oposición a la celebración de matrimonio (artículo 256), autorización para ejercer profesión u oficio (artículo 293), obligación de los cónyuges al sostenimiento del hogar (artículo 300), administración de bienes por el otro cónyuge (artículo 305), nombramiento de curador especial (artículo 460 y 606), nombramiento judicial de curador (artículo 468), impugnación de la renuncia a la herencia por acreedor (artículo 676), nombramiento de albaceas dativo (artículo 792), remoción de albacea (artículo 795), infracción del usufructuario (artículo 1017), sustitución de prenda (artículo 1072 y 1073), autorización para venta de bien prendado (1074), reducción del monto hipotecario (artículo 1116), elección judicial de obligación alternativa (artículo 1163), cumplimiento de mutuo (artículo 1657), reducción judicial de hipoteca (artículo 1116 CC), otorgamiento de escritura (1412CC), y la ineficacia de los actos gratuitos (200 CC).



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien una de las pretensiones (demanda de alimentos) corresponde al proceso sumarísimo, frente a la pluralidad de pretensiones no corresponde que el asunto se tramite en proceso sumarísimo, sino en proceso lato de acuerdo a la cuestión en debate (Cas. N° 503-95-Lima, El Peruano, 04/01/98, p. 365)*

*En un proceso sobre desalojo por ocupación precaria, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien; y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título (Cas. N° 1781-99-Callao, El Peruano, 26/12/99, p. 4405)*

*En el proceso de desalojo por falta de pago, lo único que tiene que definirse es si el demandado se encuentra o no en mora en el pago de la renta y no cabe pronunciamiento sobre la vigencia de uno u otro contrato porque ello es ajeno al real objeto de la materia controvertida y porque dicha determinación solo sería relevante si se tratara de desalojo por vencimiento de contrato (Cas. N° 202-2000, El Peruano, 30/08/2000, p. 6141)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*En un proceso sumarísimo sobre desalojo por ocupación precaria, resulta impertinente pretender determinar cuál de los justiciables tiene el mejor derecho de propiedad (Cas. Nº 1922-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4342)*

*Al cuestionarse el uso de la cláusula resolutoria, se está poniendo en discusión si esta produce efectos; en tal sentido, se deduce que el comprador que posee en virtud de un contrato cuya resolución está en discusión no tiene la calidad de ocupante precario, debiéndose verificar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de las partes en una vía donde se permita una amplitud de los medios de defensa y de la actividad probatoria, lo que no ocurre en la vía sumarísima (Cas. Nº 2522-97-Lima, El Peruano, 09/11/99, p. 3895)*

*Si bien no se ha acreditado que la minuta de compraventa fuera suscrita por algún representante de la cooperativa demandada, al reconocerse que la actora ha cancelado el precio del inmueble y es adjudicataria de la cooperativa demandada, procede el otorgamiento de escritura pública.*

*Es obligación del vendedor entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido (Exp. Nº 622-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 490-491)*

*Se tramitan en proceso sumarísimo las acciones posesorias.*

*En un proceso por desalojo no cabe dilucidar el mejor derecho a la propiedad (Exp. Nº 181-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 329-331)*

*Encontrándose acreditado que la asociación demandada se niega a formular la convocatoria para asamblea general, resulta procedente que el Juez especializado la convoque (Exp. Nº 305-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 21)*

*El derecho alimentario es irrenunciable respecto al menor de edad. Ambos padres deben contribuir a prestar alimentos (Exp. Nº 1464-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 135)*

*Tratándose de un lote de terreno cuya propiedad está inscrita a nombre de los demandantes, sobre el cual se han realizado obras civiles, cuya ejecución y financiamiento se atribuye a los demandados; no corresponde ventilarlos en el proceso por desalojo.*

*Se debe proceder a la desocupación del lote, dejando a salvo el derecho de los codemandados sobre las edificaciones que hubieran introducido en el inmueble (Exp. Nº 25341-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 303)*

*No procede amparar el desalojo si existe controversia entre los títulos que sobre el mismo bien ostentan las partes, máxime que la propia demandante ha reconocido que la edificación ha sido efectuada por la parte demandada.*

*No corresponde en esta vía sumarísima hacer valer la pretensión demandada sino en una más amplia (Exp. Nº 54150-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 298)*

*El vendedor está obligado a entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Se puede vender bienes existentes o que pueden existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por ley (Exp. Nº 1163-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 210-211)*

*Para la validez del convenio de sustitución de régimen patrimonial del matrimonio, es necesario el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal; solemnidades, cuyo cumplimiento determina la constitución del acto jurídico.*

*No procede exigir el otorgamiento de escritura pública en aplicación del artículo 296 del C.C (Exp. Nº 1634-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 100-101)*

*La acción de otorgamiento de escritura pública que regula el artículo 1412 del C.C. es de naturaleza personal y no tiene otro objeto que otorgar al contrato perfeccionado una solemnidad querida por las partes o exigida por la Ley.*

*No se constituye ningún derecho con la sentencia que eventualmente se expida ni tampoco la Ley establece parámetros para precisar la oportunidad de ejercicio de la acción.*

*Quien se atribuya derechos de propiedad es permisible que accione el otorgamiento de una formalidad respecto del contrato que lo constituyó en cualquier momento (Exp. Nº 3632-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 269)*

*El otorgamiento de escritura, si bien es una pretensión de carácter personal, sin embargo, no se encuentra sujeto al plazo prescriptivo, toda vez que dicha formalidad constituye un medio para dar afianzamiento al contrato de compraventa y su posterior inscripción en los Registros Públicos, siendo una forma de asegurar el derecho del propietario frente a terceros, consolidándose de este modo, el derecho de propiedad del comprador (Exp. Nº 1395-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 270)*

*Es materia del proceso de otorgamiento de escritura pública la formalización de un acto jurídico no solemne, en sus propios términos, de conformidad con el artículo 1412 del Código Civil.*

*No es materia de decisión, en procesos como este, la determinación del área de terreno que corresponde al adquirente, pues, la finalidad de la pretensión planteada es dar forma al acto constituido, y no modificarlo ni ampliarlo (Exp. Nº 1558-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 485)*

*El hecho que exista en trámite una demanda de expropiación o una anotación en el registro de propiedad, respecto a los inmuebles materia de litis, no es motivo para que el Juez desestime el otorgamiento de escritura, más aún, cuando la citada minuta no ha sido materia de observación.*

*Es necesario la perfección del acto, a fin de salvaguardar sus derechos de los accionantes como legítimos propietarios del inmueble (Exp. Nº 57-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 486)*

*Si bien no se aprecia del documento que contiene el contrato de compraventa que haya intervenido la cónyuge del vendedor, este hecho por sí mismo, no puede dar lugar a la inexistencia del referido acuerdo, toda vez que la parte demandante sostiene que la indicada cónyuge tenía pleno conocimiento del acto jurídico, situación que requiere de debate probatorio, en otro proceso distinto.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Tampoco corresponde ordenar la formalización del referido acto jurídico en cuanto a la cónyuge se refiere (Exp. N° 1197-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 489-490)*

*El emplazado no puede oponer la falta de pago del Impuesto General a las Ventas por los compradores, pues, la formalización no alterará en modo alguno los términos del contrato, además, que el pago previo del impuesto no fue pactado como condición para el otorgamiento de la escritura pública solicitada (Exp. N° 12522-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 498-499)*

*Si bien aparece de la parte introductoria de la minuta, que el demandado tiene la condición de casado; mal se puede obligar a la cónyuge de este, quien no ha suscrito la minuta, a perfeccionar un acto jurídico del cual no ha sido parte integrante (Exp. N° 65609-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 500)*

*Si el Directorio, ante la renuncia de sus miembros, se ha quedado sin quórum válido para reunirse, nos revela ello, que en caso de vacancia múltiple, es el proceso sumarísimo la vía procedimental adecuada para elección de los órganos de administración de la sociedad (Exp. N° 24943-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 639)*

*Es amparable la demanda de otorgamiento de escritura pública, previo pago del saldo del precio actualizado de conformidad con el artículo 1236 del Código Civil (Exp. N° 2051-93, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 115-116)*

*Si la propiedad del inmueble se halla cuestionada, no resulta viable la demanda de otorgamiento de escritura pública mientras no se dilucide el derecho de propiedad. Para ordenar el otorgamiento de la escritura pública, la obligación correspondiente debe estar acreditada en forma clara e indubitable (Exp. N° 57-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 290-291)*

*La pretensión jurídica de otorgamiento de escritura o de protocolización sobre la base del artículo 1412 del Código Civil implica necesariamente el reconocimiento judicial de la existencia lícita de un acuerdo contractual que debe ser protocolizado.*

*La venta del inmueble por parte de la legataria, contraviniendo lo dispuesto en el legado determina su invalidez. Dicha figura jurídica es análoga al pacto con objeto ilícito que sanciona el artículo 21 Inc. 4 del Código Civil (Exp. N° 1281-90-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 403-404)*

*La impugnación judicial de los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias, debe ser resuelto dentro del marco que regula el artículo 92 del Código Civil, mas no corresponde analizarlas bajo las causales de nulidad previstas por el artículo 219 del CC, aun cuando hubieren sido invocadas en la demanda.*

*Según el principio iura novit curia, el juez debe aplicar la norma pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda (Exp. N° 858-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 3)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La pretensión para que la anterior dueña del bien otorgue la escritura pública al demandante, deviene en un imposible jurídico, puesto que en los contratos con prestaciones no ejecutadas, total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual, para lo cual, necesita que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Si no se acredita que el contratante originario haya prestado su consentimiento a la transmisión no se puede exigir que otorgue la escritura pública del acto que la contiene (Exp. N° 20272-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 531-532)*

*La falta de pago del saldo del precio del bien materia de la venta no impide que se otorgue la escritura pública correspondiente, salvo que las partes así lo hayan acordado (Exp. N° 62-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 532-534)*

*En el proceso sumarísimo se permite demandar el otorgamiento de escritura pública, más no el mejor derecho de propiedad del inmueble (Exp. N° 112-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 539-541)*

*Si bien la emplazada alega que ha existido vicio de la voluntad al suscribir la minuta, por cuanto fue intimidada y engañada, ese argumento no enerva la obligación de otorgar la escritura pública.*

*Ello no implica que pueda hacer valer su derecho en el proceso correspondiente (Exp. N° 5613-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 317)*

*El otorgamiento de escritura pública tiene por objeto la formalización de un acto jurídico ya celebrado por las partes.*

*No es procedente la discusión del saldo del precio del bien inmueble, en tanto, no sea una condición para formalizar el contrato; en todo caso, se deja a salvo el derecho para que se haga valer en la vía pertinente (Exp. N° 55504-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 318)*

*El otorgamiento de escritura pública es una obligación que supone la existencia de una fuente contractual. Debe ampararse la demanda si se evidencia que existió acuerdo entre las partes sobre la transferencia del bien por un monto determinado (Exp. N° 32975-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 310)*

*Si la demandada celebra contrato de promesa de venta con reserva de dominio a favor de quien posteriormente fallece, les asiste a los demandantes, como sus herederos universales, solicitar la escritura pública del bien.*

*A través del pacto con reserva de propiedad, el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago total del importe del precio convenido o una determinada de él (Exp. N° 211-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 311)*

*Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor a emplear las medidas legales a fin que el deudor procure aquello a que está obligado; siendo esto así, la actora está facultada para subrogarse al derecho que le corresponde a su inmediato transferente.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Debe ampararse la demanda, pues, conforme lo señala el artt 1412 del CC, cualquiera de las partes que se encuentren vinculadas jurídicamente por la celebración de un contrato puede exigirle a la otra, a que llene la formalidad requerida; máxime que los codemandados no han negado su obligación de perfeccionar el contrato de compraventa, habiendo sustentado el incumplimiento de tal acto por no haber sido solicitado (**Exp. N° 29577-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 313**)

Procede amparar la demanda de otorgamiento de escritura si el demandante acredita haber pagado el valor del terreno y ser adjudicatario del inmueble sub-litis.

El hecho de que el actor haya perdido su calidad de socio de la cooperativa demandada, en fecha posterior a la adjudicación, no puede significar que carece de legitimidad para obrar (**Exp. N° 24214-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 309**)

Si bien las partes han celebrado un contrato de compraventa sobre el inmueble cuya desocupación se solicita, también es cierto que este se ha resuelto de pleno derecho, para luego arribar a un acuerdo verbal. Estas discrepancias no pueden dilucidarse en el proceso sumarísimo (**Exp. N° 591-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 47**)

El sistema judicial peruano ha optado por la teoría constitutiva de la partición, conforme a la cual esta es atributiva de dominio, siendo que cada uno de los copropietarios recibe su parte permutando el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican, a cambio del derecho exclusivo sobre los que se le entregan.

La partición implica establecer los porcentajes que a cada condómino le corresponde en la sentencia de mérito. Ese derecho puede establecerse judicial o extrajudicialmente, mas no de facto o según criterio de cada condómino (**Exp. N° 4211-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 44**)

La convocatoria a asamblea general de asociados es dispuesta judicialmente cuando la soliciten no menos de la décima parte de sus miembros, y no haya sido atendida dicha solicitud dentro de los quince días de haber sido presentada ante el Presidente de la Asociación (**Exp. N° 1594-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 4**)

Procede amparar la convocatoria a la asamblea general de la asociación, luego de haber obtenido respuesta negativa de la actual directiva y haber formulado el porcentaje de asociados requeridos para la validez de dicha convocatoria, máxime que la junta directiva viene ejerciendo un mandato más allá de la prorroga judicial y lo señalado en los estatutos, lo que da idea de la acefalía que viene padeciendo la asociación (**Exp. N° 659-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 5**)

No pueden los cónyuges demandados transferir por vía de anticipo de legitima un bien que ya no les pertenecía, por lo tanto, el objeto del acto jurídico deviene en un imposible jurídico. La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública porque un acto nulo es jurídicamente inexistente.

No puede existir una escritura pública sin contenido, deviniendo también e, nulo el ostento registra) donde se ha hecho constar el acto.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si la fundamentación fáctica de la demanda no califica la causal de nulidad del acto por tener Este un fin ilícito, sino que contempla la contenida en el inc. 3 del artículo 219 del Código Civil, esto es, que el objeto sea física o jurídicamente imposible, el análisis de la prueba aportada debe encaminarse hacia la pobrancia de dicha causal (Exp. Nº 4530-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 90-91)*

*El plazo para formular impugnación judicial de acuerdos, se encuentra referido a los actos jurídicos y es de naturaleza sustantiva. El señalado por días se computa por días naturales. No resulta de aplicación el plazo por días hábiles, pues, la norma al fijar el plazo no hace distinción alguna (Exp. Nº 49702-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 85-86)*

*Solo procederá la convocatoria judicial para la asamblea general extraordinaria de socios, si los mismos asociados a quienes no se les atendió o denegó su solicitud, lo piden al juez y representan el diez por ciento de los socios hábiles.*

*Si los demandantes no han acreditado ser socios hábiles, a tenor de los estatutos no se encuentran habilitados para ser parte en el proceso (Exp. Nº 64630-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 90-92)*

*Si bien la actora no ha acreditado con documento alguno que el precio se encuentre cancelado, no es menos cierto que respecto al contrato de compraventa procede el otorgamiento de la respectiva escritura pública por tratarse de un negocio jurídico eminentemente consensual, constituyendo una circunstancia diferente la probanza o no del pago del saldo del precio, situación que el acreedor puede hacerlo valer con arreglo a ley (Exp. Nº 441-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 501)*

*El vendedor debe otorgar y suscribir toda documentación que permita al comprador consolidar su dominio sobre la cosa adquirida, por lo que resulta atendible la pretensión de otorgamiento de escritura, tanto más si el comprador ha cancelado el precio del bien (Exp. Nº N-1221-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 502)*

*Todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravenzan leyes de orden público.*

*No se puede amparar el otorgamiento de escritura si es imposible que los litisconsortes pasivos formalicen el compromiso de compraventa por tratarse de un bien jurídico, dada la naturaleza pública del bien materia del contrato.*

*El terreno por el cual se solicita el otorgamiento de escritura constituye una zona de recreación y/o de minas arqueológicas, los mismos que son bienes del Estado intangibles (Exp. Nº 22-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 495-498)*

*Las relaciones de una comunidad campesina con los miembros que la integran, respecto de la posesión de las parcelas familiares no pueden resolverse mediante acciones reivindicatorias, sino en el marco de la Ley 14656, Ley General de Comunidades Campesinas, su reglamento y de los estatutos comunales (Exp. Nº 1406-7-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 177-178)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El derecho de los asociados a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias tienen trámite propio, y plazo para ejercitarlo; 60 días a partir de la fecha del acuerdo (Exp. N° 1147-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 15-16)*

*Si la actora rea perdido su condición de asociada tiene expedito su derecho a impugnar judicialmente dicho acuerdo dentro de los 60 días a partir del mismo.*

*El Juez Penal no puede otorgar el derecho de propiedad ni restituir el derecho de socia que ha perdido al no ocupar el terreno que la Asociación le había asignado gratuitamente (Exp. N° 807-93-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legri-  
ma, 1997, pp. 107-108)*

## COMPETENCIA

### ARTÍCULO 547

*Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2 y 3 del artículo 546º, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles.*

*Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del artículo 546º.*

*En el caso del inciso 4) del artículo 546º, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.*

*En el caso del inciso 7) del artículo 546º, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese monto, el Juez de Paz Letrado. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

## Comentario

---



### JURISPRUDENCIA

---

*El Juez de Paz Letrado es competente para conocer el proceso sobre desalojo por falta de pago, si la renta mensual del predio no supera las cinco unidades de referencia procesal (Exp. N° 27620-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 330-331)*

*El juez de Paz Letrado carece de competencia para tramitar el juicio de cancelación de anticresis. Sin embargo, ello no puede afectar el posible derecho a cualquier acción derivada de la anticresis (Exp. N° 405-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 520-521)*

---

(\*) Texto según el art. 2 de la Ley 28439 de 28-12-2004.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*No es posible ventilar, dentro de un proceso de desahucio tramitado en la vía sumaria, cuestiones que afecten el mejor derecho de propiedad sobre bienes Inmuebles, materia que debe ventilarse en una vía declarativa más lata (Cas. Nº 656-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 266, Julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.1-A.2)*

## NORMATIVIDAD SUPLETORIA

### ARTÍCULO 548

*Es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476º, con las modificaciones previstas en este Capítulo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

El presente artículo, que reproduce al artículo 489 CPC, está referido a la integración normativa, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1 disposición final CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 CPC (aplicable al procedimiento de conocimiento) para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo.

Como señala el citado artículo 476 CPC, el proceso se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro, sin embargo, su aplicación estará condicionada a las modificaciones previstas en este capítulo; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones y defensas previas, la tramitación de estas, el desarrollo de la actividad probatoria, la prohibición de la reconvencción, la audiencia única para realizar el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, los plazos especiales para la apelación, entre otros.

## FIJACIÓN DEL PROCESO POR EL JUEZ

### ARTÍCULO 549

*En el caso del inciso 6. del artículo 546º, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 436

---

### Comentario

1. La demanda es importante porque es el vehículo, a través del cual, el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues, solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. También en la demanda, el actor propone la vía procedimental a través del cual se dirigirá el debate de sus pretensiones, sin embargo, pudiera darse el caso que dicha propuesta procedimental no sea coherente con el objeto de litis, situación que permite al juez sustituirla por la del procedimiento sumarísimo en el caso que refiere el inciso 6 del artículo 546 CPC. Nótese que la propuesta procedimental no es ejercicio del principio dispositivo, como si lo serían los hechos y la prueba que aportan las partes al proceso. La vía procedimental hay que entenderlo como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo.

2. El artículo 546 CPC asume el supuesto que frente a pretensiones que requieren tutela jurisdiccional urgente, el Juez puede considerar atendible su tramitación bajo las reglas del procedimiento sumarísimo. Ello resulta coherente, bajo el concepto publicístico que inspira al Código Procesal Civil, toda vez que el juez civil como director del proceso podría fijar el camino procesal por el que se debatirá la pretensión planteada para su conocimiento. Esta variación está contemplada como una de facultades genéricas con que cuenta el juez para “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación” En ese sentido léase el inciso 1º del artículo 51 CPC. Dichas facultades hay que entenderlas bajo el concepto publicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Esa decisión que fija al procedimiento sumarísimo, según el artículo en comentario, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable.

Si partimos de la idea que en el admisorio de la demanda se establece la vía procedimental a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, tal como lo exige la norma en comentario; todo lo contrario, el emplazamiento del demandado contiene la notificación entre otros del admisorio de la demanda en el que aparece la vía procedimental que se utilizará para la discusión del caso.

3. Un elemento fundamental para que opere la sustitución de la vía procedimental es la motivación debida. El juez tiene el deber de justificar porqué ha decidido apartarse de la vía propuesta y optar por la vía sumarísima. Como refiere la norma en comentario, la resolución será expedida sin citación al demandado (que no parece coherente conforme lo señalado en el punto 2 de este comentario) y es inimpugnable. Ello se explica porque el juez, no las partes, es quien fijará el escenario en el cual ellas van a debatir sus pretensiones, permitiéndoles un escenario reducido y limitado, justificado por la urgencia de la tutela que se busca. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido públicístico, hay un fin social en el proceso, que permite al juez fijar el contexto a través del cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustentan sus pretensiones. Véase el caso del cambio de nombre, en el que el juez pudiere considerar los efectos de la identificación del demandante para su interrelación, como una justificación para someter al debate bajo un procedimiento rápido.

## PLAZOS ESPECIALES DEL EMPLAZAMIENTO

### ARTÍCULO 550

*Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435º, los plazos serán de quince y veinticinco días, respectivamente.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 437

---

### Comentario

---

Este artículo reproduce lo ya estipulado en el artículos 479 y 492 CPC, al referirse a los plazos especiales para el emplazamiento, tanto el procedimiento de conocimiento y abreviado.

Como ya se ha señalado, el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

Lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley, como sería el caso que regula el artículo 435 CPC, cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; y, cuando el demandante ignora el domicilio del demandado. Aquí el emplazamiento se hará mediante edicto. Los plazos, por tratarse de un procedimiento sumarísimo, serán de quince días y veinticinco días respectivamente.

Apreciéese que el plazo que regula este artículo se vincula con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer o el lugar donde corresponde realizar uno o más actos procesales.

Los plazos ordinarios se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En cambio, los plazos extraordinarios son aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial o fuera de la República, como es el caso del artículo en comentario.



### JURISPRUDENCIA

---

*La pensión alimenticia dada por resolución judicial, dejará de regir una vez que los hijos menores adquieran la mayoría de edad; sin embargo, la misma podrá continuar si subsiste el estado de necesidad o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente (Exp. N° 305-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 148)*

## INADMISIBILIDAD O IMPROCEDENCIA

### ARTÍCULO 551

*El Juez, al calificar la demanda, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 426° y 427°, respectivamente.*

*Si declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable.*

*Si declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Como expresión del principio publicístico que inspira el Código Procesal Civil, el juez es el que califica preliminarmente la procedencia de las pretensiones, en la medida que se reúna los presupuestos y condiciones de la acción. Se dice que en toda pretensión debe concurrir tres condiciones: la posibilidad jurídica, el interés y la legitimación. A pesar que otros criterios la reducen a dos condiciones: el interés y la legitimidad, no podemos dejar de referirnos a la posibilidad jurídica. Ella requiere que la pretensión se halle regulada por el derecho objetivo, esto es, que se encuentre tutelada por este. Requiere de una cierta adecuación entre el hecho alegado y la norma invocada, por citar, en un país donde no existe regulado en el ordenamiento jurídico el divorcio no podría plantearse tal pretensión. El interés procesal consiste en el interés en el actuar, en el móvil que tiene el actor (o eventualmente el demandado para contradecir) por citar, quien tiene un crédito cuyo plazo aún no ha vencido, no lo podrá reclamar en el proceso; tampoco el caso del heredero si no ha fallecido el causante. La legitimación encierra la especial posición del que actúa en el proceso con respecto de la situación jurídica pretendida. Están legitimados para la pretensión de desalojo, el propietario, los condóminos, el arrendador, el subarrendador, etc. Los legitimados pasivos son el arrendatario, el subarrendatario

2. La demanda da inicio a la instancia y obliga al juez –de manera oficiosa– a calificarla previamente para decidir su admisibilidad o rechazo liminar de esta. En esta calificación ingresa el concepto de presupuesto procesal, como requisito para

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la constitución y desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda. Devis Echeandía<sup>(1)</sup> califica a los presupuestos procesales como los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente. Ellos son “la capacidad jurídica y capacidad procesal de la parte actora y su adecuada representación; la jurisdicción y la competencia; la postulación para pedir, y, la no caducidad de la acción”. Según dicho autor, los presupuestos procesales son “condiciones que deben existir a fin que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la pretensión, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito”. Para Véscovi<sup>(2)</sup>, los presupuestos procesales son “los supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida”. Explica que el juez no solo estudia la razón o la sin razón de las partes, el fondo o el mérito del asunto sino también el propio proceso. Aquí es cuando examina los presupuestos procesales: hace un “proceso sobre el proceso”, examina su regularidad como requisito necesario para proveer en el fondo del negocio. Con esta calificación se busca entablar una relación procesal válida a fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, desarrollando un inútil y anormal proceso, con elevados costos y desperdiciada actividad procesal.

3. Como ya se ha señalado, el proceso civil actual tiene el carácter publicístico y se expresa desde la postulación de la demanda. El juez tiene que velar porque la relación procesal que se quiere entablar reúna los presupuestos procesales, para que produzca los efectos jurídicos que se busca; por ello, el juez debe examinar con cautela si se encuentran o no cumplidos dichos presupuestos, antes de darle curso a la demanda. Si no se cumplen, se niega la tramitación por dos caminos: la inadmisibilidad y el rechazo *in limine* de la demanda. Frente a ellos, el artículo 426 CPC se ocupa de la inadmisibilidad. Este opera cuando le falta algún requisito o anexo o tenga algún defecto subsanable con el fin que sea corregido, en un plazo no mayor de tres días. Es una medida transitoria frente al rechazo de la demanda, que es una medida definitiva. Esta última opera en dos casos: a posteriori a la inadmisibilidad, cuando no se subsana oportunamente el defecto que motivó la inadmisibilidad y de plano –o *in limine*– cuando concurren los supuestos que regula el artículo 427 CPC. En ambos casos se ordenará la devolución de los anexos presentados con la demanda.

Como se aprecia de la redacción del artículo 426 CPC, antes de dar trámite a cualquier petición, es potestad de los jueces señalar los defectos u omisiones que se adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, por tanto, si la demanda adolece de alguna omisión o defecto subsanables, como un petitorio

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Medellín, 13 Edición, t.I, DIKE, Medellín, 1993, pp. 284.

(2) VESCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis, 1987, p. 83.

incompleto o impreciso, corresponde al juez otorgar al actor un plazo para suplir la omisión o corregir la deficiencia; por citar, son defectos subsanables la ausencia del poder para la representación procesal, la falta de firma de abogado. Otro supuesto de inadmisibilidad se presenta cuando en la demanda no se enumeran los hechos o no se indica el domicilio personal del actor o cuando no se acompañan los anexos exigidos por Ley (ver artículo 425 CPC).

Adicionalmente al control que hace el juez al calificar la demanda, nada impide que este se vuelva a reproducir en el saneamiento así como que la contraparte lo ejerza en el plazo para interponer excepciones. Como señala el artículo en comentario, si el demandante no cumple con lo ordenado, el juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente, siendo inimpugnable dicha resolución. Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano, expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Véase el caso, cuando el demandante no tiene legitimidad para obrar, por ejemplo, demanda el desalojo del inmueble quien no es propietario ni arrendador del bien. Otro supuesto para la improcedencia es cuando se carece de competencia absoluta; cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (véase el caso que se solicita el desalojo por precario, sin embargo, en el desarrollo de los hechos se hace referencia al desalojo por la falta de pago de la renta); cuando el petitorio fuese física o jurídicamente imposible (véase el caso de la prestación de naturaleza intuito persona; el juez, no podría llevar a la fuerza al demandado y obligarlo a actuar). Tampoco procede admitir la demanda si se aprecia una indebida acumulación de pretensiones (véase el caso que se demanda retracto y a la vez, la nulidad del acto jurídico de compra venta del bien). Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes, tal como lo señala el artículo 427 CPC.

4. El problema que se presenta en el tratamiento de los presupuestos procesales, recae en el cuestionamiento si su concurrencia debe examinarse de oficio por el juez o puede dejarse que sean las partes las que, en su actividad descubran, en su caso, su falta o ausencia de ellos. Las opiniones contrarias al actual sistema procesal, se orientan por la admisión generalizada de la demanda, porque considera que el rechazo *in limine litis* constituye una forma de indefensión. Señalan que los riesgos evidentes de autorizar al juez a rechazar demandas llevan a la conclusión que aquél debe admitirlas todas, aunque le parezca que se trata de demandas sin posibilidades de éxito. Para Fairen Guillén<sup>(3)</sup>, la tendencia moderna, es la de entender que corresponde a los jueces velar por la existencia de los

---

(3) Fairen Guillén Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 338.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

presupuestos procesales, no solo en beneficio de las partes, sino en el de la economía procesal, que interesa en todo caso a la comunidad social, lo cual no según dicho autor, no tiene nada que ver son ideologías políticas autoritarias.

Estas facultades de dirección del juez no constituyen un abuso o quizá una violación constitucional al derecho de acción que tiene todo ciudadano, cuyo género es el derecho de petición, señala Peyrano. Cuando alguien intenta una demanda al ejercer el derecho de acción y obtener una respuesta inmediata cancelatoria de su expectativa, no se estará cuestionando, desplazando o violando tal derecho, pues, según Peyrano una cosa es el derecho de acción y otra cosa es la pretensión. El derecho de acción ya se ejerció con la demanda. Si su pretensión no tiene fundamento, si busca un absurdo legal, no tiene por que merecer agotar toda la secuencia procesal. Bajo esa hipótesis, el juez deberá emitir una resolución suficientemente motivada y fundada en cualquiera de las causales expresamente prevista en esta norma. La facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada.

## EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

### ARTÍCULO 552

*Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda. Sólo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La defensa previa, viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso, que corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción. Las defensas previas son enunciadas en las normas materiales y en si constituyen elementos propios de una institución determinada con merito procesal. El artículo 455 CPC cita al beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales. Dicha norma deja abierta la posibilidad de las defensas previas a otros casos que refieran las normas materiales; por citar, el caso de la donación a favor del tutor o curador (ver artículo 1628 CC). Aquí se priva de efectos a la donación realizada por el representado a favor de su tutor o curador, mientras no se aprueben las cuentas materia de rendición que exige el artículo 540 CC; por citar, frente a una demanda del tutor a fin que le sea entregado el bien materia de donación, podrá oponérsele una defensa previa. Con ello no estamos cuestionando la pretensión del actor, solo se acusará la omisión de un requisito previsto en las leyes de fondo ya citadas, como es la aprobación de la rendición de cuentas. Existen diversas excepciones sustantivas enunciadas en el Código Civil, por citar, véase el caso del derecho de retención y las formas de ejecutarlo (artículo 1127 CC); la excepción de contrato no cumplido (artículo 1426 CC) la excepción de caducidad de plazo (ver artículo 1427 CC) y la excepción de saneamiento (artículo 1527 CC).

2. La validez de la relación procesal es controlada a través de tres momentos: al calificar la demanda, al resolver las excepciones y al sanear el proceso. Estos operan como filtros de la relación procesal procurando que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción: legitimidad e interés para obrar, para que el Juez al momento de expedir sentencia, emita un pronunciamiento que resuelva el fondo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

del conflicto. Como bien lo establece el artículo 121 CPC, último párrafo, “mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes (...)”.

La norma en comentario nos hace referencia al segundo control que se realiza a través de las excepciones. El emplazado con la demanda busca liberarse de la relación procesal, ya sea por que no existen los presupuestos procesales o no existen las condiciones de la acción. Según Monroy<sup>(1)</sup>, “los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio”. A través de las excepciones, se denuncia la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; y la falta de interés para obrar, en las excepciones siguientes: falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral.

Por otro lado debemos precisar que la actividad saneadora no solo se agota con las excepciones sino que puede recurrir a la defensa previa ya referida líneas arriba. Esta última, no cuestiona la pretensión, tampoco la relación procesal. Contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo. Busca dilatar el proceso y su eficacia, a veces incluso de manera definitiva.

3. Como refiere el artículo en comentario, tratándose del procedimiento sumarisimo, las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda, esto significa, que hay un plazo común para interponer tanto las excepciones y defensas previas, como para contestar la demanda que es cinco días, tal como lo refiere el artículo 554 CPC.

La actividad probatoria, en las excepciones y defensas previas, es reducida puesto que solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata, como sería la pruese documental ordinaria. Esto se justifica porque la actividad probatoria se agota en una sola etapa, a través de una audiencia única, tal como lo describe el artículo 555 CPC, a diferencia de los procedimientos de conocimiento y abreviado. Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.

---

(1) MONROY Juan, Temas de Proceso Civil, Studium, Lima, 1987, p. 119-122.

## CUESTIONES PROBATORIAS

### ARTÍCULO 553

*Las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La eficacia de los medios probatorios es contrarrestada a través de la tacha u oposición que puede interponer la parte contra quien se opone y en atención al medio que se impugna. Como refiere el artículo 300 CPC “se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial”. Adviértase de la lectura del citado artículo 300 CPC, que para cuestionar la eficacia de la prueba documental se recurre a la tacha, sin embargo para la exhibición opera la oposición; en tal sentido “el informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición”. El reconocimiento de parte está condicionado a la interposición de la tacha, de ahí que el artículo 246 CPC prescriba que “no es necesario el reconocimiento si no hay tacha”. Por otro lado, la eficacia probatoria del documento en general tiene mecanismos de cuestionamiento en el proceso, regulados en los artículos 242 y 243 CPC, cuando se invoque la falsedad del documento o la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe.

En esta actividad subyace el principio de contradicción que permite ejercer a las partes el control y la supervigilancia sobre los medios de prueba ofrecidos al proceso y tienen como finalidad destruir la eficacia probatoria de estos.

La oportunidad para la impugnación está condicionada a la vía procedimental en el que se promueva, de tal forma, que tratándose de procedimientos sumarísimos el plazo de la tacha es el que le corresponde a la contestación de la demanda, que por cierto es también el mismo para interponer excepciones y defensas previas. Ello porque cuando se le corre traslado a la parte demandada para que tenga la posibilidad de contestar la demanda, en ese traslado también aparecen los medios de prueba ofrecidos por la actora para que también pueda ejercerse contra ellos, la tacha u oposición, como parte del contradictorio. Si bien el Código no hace una referencia expresa al plazo para las tachas u oposiciones, como si

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

aparece para el caso de las excepciones, defensas previas y contestación de la demanda (ver artículo 552 CPC) debe considerarse el mismo plazo extensivo para las tachas u oposiciones.

Las tachas u oposiciones están condicionadas a la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, el mismo que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia. La admisión y trámite de ellas deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Con el ofrecimiento del medio probatorio ingresa la tacha, pero el éxito en la tramitación y amparo de esta, se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido.

Para la procedencia de la tacha u oposiciones, debe darse los siguientes supuestos: la existencia de un proceso principal, el ingreso al proceso de un medio probatorio, interponerlo dentro del plazo de ley y por la parte a quien se opone y orientarse a destruir la eficacia de la prueba ofrecida.

Como señala el artículo 301 CPC, la tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. Si no se cumple con los requisitos indicados, serán declarados inadmisibles de plano por el Juez en decisión inimpugnable. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo. En igual forma, como señala el artículo 553 CPC en comentario, “las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554 CPC”.

Como vemos, la Ley procesal en el sumarísimo no otorga plazo alguno para la absolución, por tanto, no cabe la posibilidad que se acompañe medios probatorios cuando se absuelva las tachas en la audiencia, porque recién la parte contra quien se opone estas, toma conocimiento de ellas, salvo que voluntariamente quiera hacer referencia a los medios de prueba ya ofrecidos en el proceso, pero no es una exigencia sustancial. En este caso, podemos colegir que la parte absolvente no está en similares condiciones de acompañar medio probatorio alguno que sustenten su absolución frente a la tacha interpuesta con la contestación de la demanda, por ello el artículo 301 así lo estipula expresamente.

Por otro lado, debemos precisar que en el caso de los procesos sumarísimos, las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia a que refiere el artículo 554 CPC citado líneas arriba. La noción de igualdad que está presente en el principio de contradicción, no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de

posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. Es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas, por citar, el caso del conocimiento de una causal de tacha u oposición, luego del plazo para interponerla. Como señala la norma, el juez pondrá en conocimiento a la otra parte, acompañando el documento que lo sustente, para luego, apreciar la tacha al momento de sentenciar. Dicha limitación a la prueba documental, opera luego de haber precluido el momento procesal para interponer tachas, sin embargo se admite ella pero con una prueba restringida a la documental, por razones de orden y economía procesal. En ese sentido, si la razón es técnica y el desnivel es de poca intensidad, no por ello se viola la esencia del contradictorio.

Por último, como refiere el artículo en comentario, tratándose del procedimiento sumarísimo, la actividad probatoria es reducida. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata como sería la prueba documental. Esto se justifica porque la actividad probatoria se agota en una sola etapa, a través de una audiencia única, tal como lo describe el artículo 555 CPC, a diferencia de los procedimientos de conocimiento y abreviado.

Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... El Código Procesal Civil no contiene limitación alguna a la actuación de medios probatorios de oficio en los procesos sumarísimos...” (Cas. N° 1259-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 213)*

*“... Por tratarse de un proceso sumarísimo, los medios probatorios deben ser ofrecidos únicamente al momento de la interposición de la demanda o su contestación...” (Exp. N° 543-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 131-132)*

## AUDIENCIA ÚNICA

### ARTÍCULO 554

*Al admitir la demanda, el Juez concederá al demandado cinco días para que la conteste.*

*Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad.*

*En esta audiencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Uno de los supuestos que recoge la norma es el principio de igualdad o bilateralidad en el proceso y se expresa en la cita siguiente: “Al admitir la demanda, el juez concederá al demandado cinco días para que la conteste”. En atención a dicho principio se sustenta la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). La contestación de la demanda es por tanto, la posibilidad que tiene la parte de contradecir o no a la demanda. El principio de bilateralidad brinda esa oportunidad y no exige la materialización de la contradicción. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley. Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

El derecho de contradicción, lo mismo que el derecho de acción pertenece a toda personal natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada en un proceso judicial y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante. Se fundamenta en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos y el que niega el derecho a hacerse justicia por si mismo. En ese sentido apreciése el contenido de la siguiente casación: El derecho al debido proceso importa el derecho a la defensa de fondo, esto es, la contestación de la demanda o la contradicción. Estas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter

imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando está omisión rechazo del escrito. Casación N° 1103-2002-La Libertad, publicada en El Peruano, el 1 de marzo de 2004.

Con la contestación de la demanda se precluye una etapa del proceso y se pasa a la siguiente. Es interesante señalar la contestación encierra el ejercicio de una facultad que es incompatible con la anterior lo que conlleva a suponer el no ejercicio de esta, pues ha operado la preclusión. Por citar, si luego de contestada la demanda sobre el fondo, se interpone excepciones porque todavía se encuentra pendiente el termino para interponerlas, ello no puede prosperar pues ha operado automáticamente la preclusión con la contestación de la demanda. En igual forma, si se ofrece otros medios de prueba, luego de haber contestado la demanda, pero dentro del término pendiente que se tiene para hacerlo. El ofrecimiento del material probatorio también está sujeto a preclusión. La no producción de la prueba en el momento oportuno agota la posibilidad de hacerlo posteriormente.

2. La actividad que se realiza en el proceso puede ser calificada bajo deberes, obligaciones y cargas. Los deberes se instituyen en interés de la comunidad; las obligaciones en interés de un acreedor; y las cargas se determinan en razón de nuestro propio interés. Couture califica a los deberes procesales como "aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad."

Estos deberes no solo pueden ser atribuidos a las partes, sino a terceros y al propio juez. En el caso de las partes, estas aparecen regulados en el art: 109 CPC y se refieren a los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. Los deberes también alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo. En el caso de los jueces, esta actividad tiene una regulación en los artículos 50 al 53 del Código Procesal Civil, en la que se describe no solo los deberes sino las facultades y por ende las responsabilidades de los jueces en el proceso.

Como se aprecia de la redacción del inciso 1º del art: 50 CPC, es deber del juez en el proceso, "dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal". Esto nos lleva a preguntarnos si la actividad saneadora que hace el juez es una facultad o un deber. La Ley Orgánica del Poder Judicial, ha contemplado tales supuestos, al señalar en el inciso 5 del artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como deber del Magistrado: "sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a Ley".

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Bajo ese contexto se aprecia que la norma considera que luego contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el Juez tiene que fijar fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia. Dicha actividad constituye un deber del juez y no una facultad de éste, quien en atención al criterio publicístico que inspira al proceso civil, debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia (ver art: II del TP del CPC). En ese sentido léase el siguiente pronunciamiento: "Si la emplazada cumplió con absolver el traslado de la demanda sin haber deducido excepciones ni defensas previas, concluyó la etapa postulatoria, por lo cual correspondía -en virtud al principio de preclusión procesal- el saneamiento del proceso, acto procesal que constituye un deber del juez, quien de oficio, debe pronunciarse sobre la validez de la relación jurídico-procesal. Siendo esto así, la demora en la tramitación de la causa se debió a una actividad imputable al órgano jurisdiccional, y por tanto no debió declararse el abandono del proceso" Casación No 030-1999-Lima, publicada en El Peruano, 01 de Marzo del 2004.

Además, constituye deber de los jueces concentrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar (ver art. V del TP del CPC). Las audiencias empezaran a la hora designada. No hay tolerancia como si contemplaba el derogado Código de Procedimientos Civiles.

En relación a la contestación de la demanda, tenemos que precisar que ella no constituye una obligación ni un deber para el demandado, sino una carga procesal; esto implica que no traerá sanciones a la parte demandada, pero si tendrá que soportar los efectos de la rebeldía.

La norma plantea el supuesto que la parte demandada no contesta la demanda, esto es, deja transcurrir el plazo sin hacerla. Esto implica que estamos ante la rebeldía y por tanto, el juez debería declarar de manera expresa, al momento de señalar fecha para la audiencia única. Si bien la redacción del artículo 554 CPC no dice nada al respecto, consideramos que en aplicación del artículo 458 CPC esta declaración debe operar, aún de oficio, por las implicancias procesales que ella tiene en el proceso. Véase el caso de las medidas cautelares a que refiere el artículo 463 CPC: "declarada la rebeldía pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvención". Aún más, esta condición procesal del demandado causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, como refiere el artículo 461 CPC.

3. Otro aspecto a considerar es la notificación de la resolución que declara la rebeldía. Señala el artículo 459 CPC que esta se realizará por cédula, si el rebelde tiene dirección domiciliaria, caso contrario, se hará por edictos. Este extremo resulta contradictorio con lo regulado en la segunda parte del artículo 435 CPC y con lo señalado en el artículo 550 CPC, para el procedimiento sumarísimo porque "si no se conoce el domicilio del demandado, el emplazamiento se hará mediante

edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal”. Esto significa que cuando se ignore la dirección domiciliaria de la parte demandada, no procede la declaración de rebeldía sino el nombramiento de curador procesal, previo emplazamiento por edictos a que refiere el artículo 435 CPC. No resulta coherente notificar la declaración de rebeldía a quien no tiene dirección domiciliaria, como incongruentemente señala el artículo 459 CPC.

4. Como señala la norma en comentario, el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia se hará en audiencia. Si bien la norma no precisa, debemos señalar que dicha audiencia es pública, en referencia al artículo 206 CPC, por realizarse en ella la audiencia de pruebas. La audiencia podemos calificarla como los actos mediante los cuales el órgano judicial recibe las declaraciones de las partes o de los terceros (testigos, peritos, etc) que deban expresarse en forma verbal. Como regla general, de tales declaraciones verbales corresponde dejar constancia en el expediente mediante el levantamiento de actas que reproducen a aquellas en la forma que la Ley determina en cada caso y contienen asimismo el relato de los restantes hechos ocurridos durante el transcurso de la audiencia (con excepción de la actividad conciliatoria en la que solo se debe registrar la fórmula conciliatoria si la hubiere y la aceptación o rechazo a ella por las partes), para lo cual se puede tomar versiones taquigráficas de lo ocurrido o que se lo registre mediante cualquier otro medio técnico, como filmaciones, grabaciones, etc.

Como señala la última parte del artículo en comentario, en la audiencia en referencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna. Sobre el particular debemos tener en cuenta que dichas facultades para participar serán generales (ver artículo 74 CPC) situación que no se hace extensiva para disponer el derecho en litigio, a través de la conciliación, que si requiere de facultades especiales, tal como lo exige el artículo 75 CPC.

A pesar que el artículo en comentario no lo precise, consideramos que perfectamente podría invocarse en este tipo de procedimientos, el juzgamiento anticipado, siempre y cuando concurren los supuestos que describe el artículo 473 CPC. Véase el caso, de la rebeldía de la parte demandada, del allanamiento de esta y de la concurrencia de medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes, en el que no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno.

5. Otro aspecto a comentar, está relacionado con el efecto de la inasistencia de ambas partes, a la audiencia de Ley, para realizar el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, a que refiere el presente artículo. Hay algunas posiciones que consideran que la inasistencia reiterada a la audiencia única, en aplicación del art: 203 debe conllevar a la conclusión del proceso, criterio que no se comparte por las siguientes razones<sup>(2)</sup>:

---

(2) Ver Diálogos de la Jurisprudencia, N° 96, 2006, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 173-178

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Es un deber del juez, que no requiere formalidad expresa para materializarlo, esto es, puede realizarse oralmente o a través de la escritura. Si se recurre a la oralidad, esta se materializará en la audiencia que para tal fin se programe y se plasmará necesariamente en un acta, que recoja lo que expresado por el juez.

El juez para cumplir con su deber de saneamiento procesal no requiere la presencia de las partes. El cumplimiento de este deber, no esta condicionado a la presencia de ellas, las mismas que pueden tomar conocimiento del acto procesal emitido, por los mecanismos ordinarios para ello; por tanto, nada impide que el juez impulse el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Si bien las partes tienen el deber de concurrir ante el juez, cuando éste los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales, la omisión de estos deberes son pasibles de una sanción pecuniaria, como señala el inciso 6 del art: 109 CPC, mas no debe ser justificación para concluir el proceso.

Tampoco resulta procedente aplicar por extensión los alcances del art. 203 CPC, por estar referida a la inasistencia reiterada de las partes a la audiencia de pruebas y no a la de saneamiento. La inasistencia de las partes a la audiencia de conciliación tampoco es justificante para aplicar los efectos del art. 203 CPC, esto es, la conclusión del proceso, sino que se debe tener en cuenta lo que literalmente señala el art: 472 CPC: "No procede el archivamiento por ausencia de las partes a la audiencia de conciliación"

La conclusión del proceso por reiterada inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas, sólo se podría justificar, en atención al principio dispositivo y de aportación de pruebas, esto es, que la actividad probatoria -entendida no solo al ofrecimiento sino a la actuación de los medios de prueba admitidos- es una carga para las partes que la ofrecieron, por tanto, siendo el imperativo procesal en este tipo de actuación una carga imputable solo a las partes, su ausencia reiterada para la actuación probatoria, justifica la conclusión sin declaración sobre el fondo, situación que no puede ser extensiva al saneamiento procesal, pues, ello constituye un deber del juez que debe cumplir.



### JURISPRUDENCIA

---

*"... En su (sic) proceso sumarísimo no puede ofrecerse pruebas en la Audiencia Única para justificar la tacha de documentos..." (Cas. Nº 746-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 373-374)*

## ACTUACIÓN

### ARTÍCULO 555

*Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso y propiciará la conciliación proponiendo su fórmula. De producirse ésta, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 470°.*

*A falta de conciliación, el Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.*

*A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.*

*Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.*

*Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 438, 439, 440

---

## Comentario

---

1. Este artículo regula el desarrollo de la audiencia única a que refiere el artículo 554 CPC. El diseño del procedimiento sumarísimo refiere que contestada la demanda, el juez fija fecha para la audiencia única, ello implica que las excepciones y defensas previas que se hubieren podido interponer al contestar la demanda deben ser absueltas al iniciar la audiencia, ello en atención al principio de contradicción que sustenta la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). En dicha audiencia se actuarán los medios probatorios ofrecidos y admitidos en torno

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

a estas incidencias para luego resolver sobre el amparo o no de dichas excepciones o defensas previas. Si se declara fundada alguna de las excepciones generará en el proceso los efectos que detalla el artículo 451 CPC; caso contrario, se procederá a declarar saneado el proceso por existir una relación procesal válida. La validez de esta relación es condición para la validez de la sentencia final, como acto último del proceso; y como el juez no debe producir sentencias anulables, ni intrínsecas, ni extrínsecas, necesita certificarse anticipadamente si la instancia está apta a recibir la pretensión, sobre la cual él va operar para resolverla válidamente. La sentencia saneadora, con fuerza preclusiva –en casi el inicio del camino procesal– es útil a fin de evitar el desperdicio de la actividad jurisdiccional y procesal, de ahí que el despacho saneador sea consecuencia inseparable del principio de economía; sin esos fundamentos lógicos no se comprendería la necesidad de dos sentencias en un mismo hecho: una de forma y otra de mérito. En otras palabras podemos decir que el saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Busca remover las nulidades del proceso y verifica si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo, caso contrario, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto insubsanable. A través del saneamiento se busca que no haya distracción de la actividad jurisdiccional; que no exista pérdida de tiempo; que se eviten gastos inútiles; que hagan viable un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, evitando sentencias inhibitorias. Bajo ese contexto la Sala de Casación<sup>(1)</sup> señala “la estructura moderna del Código Procesal ha previsto las audiencias de saneamiento, que tienen por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión) ingrese a la fase probatoria y decisoria purificada y exenta de irregularidades”.

2. Como se aprecia de la redacción del artículo en comentario, saneado el proceso se propicia la conciliación proponiendo la fórmula al respecto. De producirse esta, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 470.

La solución de los conflictos privilegiando la voluntad de las partes puede lograrse –entre otras formas– a través de la conciliación, la misma que debe operar en el ámbito de los “derechos disponibles”, esto es, derechos que no afecten la ley, la moral y el orden público (véase sobre el particular el artículo V del TP del Código Civil), sin embargo tenemos que precisar que para cerrar el proceso por conciliación, tiene que someterla al Juez para que este examine, verifique los presupuestos de validez y la admita, en su caso, como equivalente a la sentencia. En lugar de dictar sentencia para resolver la litis, dicta otro pronunciamiento llamado “resolución de homologación”, que suplanta o sustituye a la sentencia sobre

---

(1) Casación N° 83-98- Lima, Publicado en El Peruano, 03/01/99, p. 2345.

la litis, porque en la homologación el Juez conoce y decide sobre la conciliación, en cambio en la sentencia el Magistrado decide sobre la litis. Según Morello<sup>(2)</sup> el Juez controla los presupuestos procesales y sustanciales que condicionan la disponibilidad sobre el objeto y la legalidad del contenido del acuerdo conciliatorio, para investirlo de imperio y de ejecución, similar a la de la sentencia. Con la homologación la conciliación judicial cobra toda su plenitud y adquiere el carácter de verdadero “título de ejecución” y equivale, para los efectos procesales a la de la sentencia definitiva. Aprobada y homologada la conciliación, se crea un título de ejecución que deviene en inmodificable, cuyo principal efecto estará dado por la eliminación del conflicto pre-existente, pero, tiene incidencia en la relación procesal, pues no la extingue en lo inmediato.

3. En caso que el intento por conciliar no hubiere sido exitoso, el juez, con la intervención de las partes procederá a fijar los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba; sin embargo, no podemos hablar en la conciliación de una etapa cerrada, que no pueda volverse a abrir; esto es, que precluya la posibilidad de retornar a la etapa ya agotada, porque las partes pueden conciliar su conflicto en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia. En este caso, puede ocurrir ante el juez del proceso, en la audiencia que este convoque cuando lo soliciten las partes para tal efecto. En ese sentido véase lo regulado en los artículos 323 y 324 CPC.

En cuanto a los puntos controvertidos, podemos calificar aquellos hechos que han sido afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra; por citar, véase en la pretensión de desalojo por ocupante precario. Si el demandado no cuestiona la condición de propietario del actor ni los medios de prueba con los que sustenta esa condición, sino que se orienta a cuestionar que no tiene la condición de precario porque si bien el contrato de arrendamiento con el demandante ha vencido, debe asumirse la continuación de dicho arrendamiento hasta que el arrendador solicite la devolución; frente a las posiciones expuestas, el juez no podría fijar como punto controvertido, el determinar si el actor tiene la condición de propietario del bien de litis, pues, el punto en controversia se orienta en determinar “si el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento convierte al arrendatario en ocupante precario”. Otro clásico ejemplo es el que se presenta frente al cobro de dinero cuyo monto ascendente a 5,000 nuevos soles, proveniente de un mutuo; el demandado al contestar la demanda, acepta el origen de la deuda y reconoce inclusive el contrato privado suscrito al respecto, pero no acepta el monto reclamado, pues considera haber venido amortizando dicho pago y el nuevo saldo que corresponde es 3,000 nuevos soles y no los 5,000 que se reclama. En el caso propuesto, el punto controvertido no se debe orientar a determinar la existencia del mutuo porque el demandado acepta la relación, sino a dilucidar el monto real

---

(2) Morello Augusto, op. cit p. 71

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

del adeudo, esto es, los 5,000 nuevos soles que reclama el demandante o los 3,000 nuevos soles que sostiene el demandado.

4. La norma refiere que fijado los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba, rechazando los que considere inadmisibles o improcedentes. Aquí el juez realizará el saneamiento probatorio, para lo cual, previamente valorará si los medios ofrecidos son conducentes, esto es, si son pertinentes y útiles al objeto de la prueba. Con ello se busca centrar el foco litigioso, procurando que el debate se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante. La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. Guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba, por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer los hechos que no se encuentran en discusión.

Nótese que la norma señala que el juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, ellas no serán admitidas de plano, por el solo hecho de producirse. La admisibilidad se relaciona, no con la posibilidad sino con la eficacia intrínseca de la prueba.

5. Por otro lado, señala la norma que luego de rechazar los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Esto implica que el juez, acto seguido, ingresa a la valoración de los medios de prueba ofrecidos en las tachas u oposiciones. No encontramos regulado plazo alguno para interponer las tachas en el procedimiento sumarísimo, sin embargo, consideramos que estas se interponen al contestar la demanda, en aplicación extensiva del artículo 552 CPC, pues, el traslado de la demanda contiene además el traslado del ofrecimiento de los medios de prueba del actor. Hay que recordar que la carga de probar los hechos que afirman su pretensión corresponde al actor, o a quienes los contradice alegando hechos nuevos (ver artículo 194 CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad estará sometido al control de la contraparte, quien también tiene la carga de cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de los mecanismos de las tachas u oposiciones. Estos mecanismos se utilizarán en atención al medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 CPC.

Decimos que es una carga para quien se opone la prueba, caso contrario esta asume la eficacia probatoria que contiene el medio probatorio. Por citar, si tenemos un documento privado y se ofrece este solicitando además el reconocimiento; la contraparte si no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito a la certeza del contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver artículo 246 CPC). Situación diferente es la actuación de los medios de prueba ofrecidos en las tachas

u oposiciones. El artículo 553 CPC se refiere precisamente a ello, señalando que “solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia única”. Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.

Otro aspecto particular de las tachas u oposiciones se aprecia en la tramitación de estas. La regla general aparece descrita en el artículo 301 CPC señalando que “la absolución de la tachas debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes”.

Dice el artículo 301 que “Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo”. Esto implica que el momento de las absoluciones de las tachas u oposiciones, es la momento de audiencia única. La interposición de las tachas, por la parte demandada, se agotan con la contestación de la demanda y la absolución de esta, por la parte demandante, será al momento de la audiencia única.

Véase que las tachas u oposiciones deben ser resueltas de manera inmediata, sin embargo, es práctica común dejar la resolución de estas para el momento de la sentencia.

6. A continuación se actúan los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, luego de ello, el juez concede el uso de la palabra a los abogados que así lo soliciten, expidiendo sentencia en dicha audiencia.

El uso de la palabra, hay que apreciarlo bajo el referente del artículo 210 CPC que dice: “concluida la actuación de los medios probatorios, el Juez concederá la palabra a los Abogados que la soliciten”. Es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso, para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan. Para la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituye uno de los derechos del abogado patrocinante, el informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes que se ponga fin a la instancia (ver inciso 5 artículos 289 y 155 LOPJ)

A pesar que la norma dispone que el juez expida sentencia en audiencia, también permite que ella se emita, de manera excepcional, en un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

Por otro lado, véase que la absolución a las excepciones o defensas previas se realizarán en un solo acto, en la audiencia única. Aquí, el juez ordenará al demandante que las absuelva y luego realizará el saneamiento procesal en la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

misma audiencia, para continuar con los demás actos procesales, como la conciliación y el saneamiento probatorio; situación que difiere del procedimiento abreviado y de conocimiento, porque para el saneamiento procesal no se requiere de audiencias; se realiza por escrito, como lo establece el art. 449 CPC modificado por Ley 29057.



### JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia si no se cumplió con citar al demandado válidamente para la audiencia única, lo que implica una vulneración a las reglas del debido proceso (Exp. Nº 1739-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).*

## APELACIÓN

### ARTÍCULO 556

*La resolución citada en el último párrafo del artículo 551º, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son sólo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369º en lo que respecta a su trámite.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El artículo precisa los efectos con que se concede la apelación a los actos procesales derivados del procedimiento sumarísimo. Cuando se concede la apelación con efecto suspensivo, la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior; en cambio, cuando se concede sin efecto suspensivo, la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de esta. (ver artículo 368 CPC)

2. La apelación con efecto suspensivo significa que el acto impugnado no puede ejecutarse, que queda este en suspenso por cuestionarse su ilicitud, hasta que sea resuelto el recurso que contra él se interpone. Si se da la garantía de la revisión por el órgano superior no resulta razonable que el acto impugnado se cumpla porque la posterior revocación resulta inoperante, acaso sus efectos sean irreparables. No obstante ello, existe la posibilidad de ejecutar anticipadamente la sentencia apelada, como es el caso, de alimentos que recoge el artículo 566 CPC.

Un primer referente es precisar en qué casos opera una apelación con efecto suspensivo, para lo cual, enumera tres supuestos: que se declare improcedente la demanda, fundada una excepción o defensa previa y que se apele la sentencia; sin embargo, debe tenerse en cuenta al momento de resolver estas excepciones lo dispuesto en el artículo 450 CPC. Señala el citado artículo, “si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral y el Juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás; pero si concedida apelación, el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes. El auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

3. El otro referente, por exclusión, debe considerarse a la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, para lo cual se remite al artículo 369 CPC que regula precisamente a este efecto de apelación.

Cuando se concede efecto diferido a la apelación, la resolución de aquél se posterga hasta el momento en que el expediente se remita ante el órgano superior para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva. Constituye una especie de reserva del recurso. Es una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva. Se fundamenta el efecto de esta apelación en la conveniencia de evitar frecuentes interrupciones que en desmedro de la celeridad procesal sufre el procedimiento de primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas.

Por otro lado, la apelación diferida está condicionada su eficacia a la posterior apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el Juez; caso contrario, es ineficaz la diferida. Sobre el particular, resulta importante apreciar la Casación Nº 2028-2001 HUAURA, publicada en El Peruano, 1 de marzo de 2004. En ella el Colegiado Supremo establece que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue y, en tal sentido, el artículo 369 del CPC no distingue quién debe interponer la apelación de resolución o sentencia señalada por el juez que permitirá resolver, a su vez, las apelaciones diferidas.

En este orden de ideas, al haber sido apelada la sentencia de primera instancia por uno de los codemandados, debieron resolverse las apelaciones concedidas en calidad de diferidas, por más que fueran interpuestas por persona diferente. Es más, no puede exigirse que sea el recurrente quien apele la sentencia para que se resuelvan sus apelaciones pendientes, pues en el presente caso la sentencia de primera instancia le fue favorable.

## REGULACIÓN SUPLETORIA

### ARTÍCULO 557

*La audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en este Código para las audiencias conciliatoria y de prueba.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo, esta referido a la integración normativa, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1 disposición final CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 CPC (aplicable al procedimiento de conocimiento) para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo.

2. Como parte del diseño del modelo sumarísimo, luego de la contestación de la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el juez fija fecha para la audiencia única, en la que se realizará la conciliación, pruebas y sentencia, tal como lo señala el artículo 554 CPC la declaración de pareamiento procesal no requiere audiencia, sin embargo, para los supuestos de integración normativa, el artículo en comentario remite a lo dispuesto en este Código para las audiencias conciliatoria y de prueba, la misma que aparecen en los artículos 470 y 471 CPC; sin perjuicio de recurrir a lo establecido para la audiencia de pruebas (ver artículo 203 CPC), en lo que fuere aplicable.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Como señala el citado artículo 476 CPC, el proceso se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro, sin embargo, su aplicación estará condicionada a las modificaciones previstas en este capítulo; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones y defensas previas, la tramitación de estas, el desarrollo de la actividad probatoria, la prohibición de la reconvencción, la audiencia única para realizar el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, los plazos especiales para la apelación, entre otros.

En cuanto a la audiencia de conciliación debe advertirse que ella está premunida de la reserva y confidencialidad como señala el art. 17 de la Ley 26876, pues, dicho acto esta influenciado por la autonomía privada de partes, por tanto, debe desarrollarse en una audiencia privada, a diferencia de la audiencia de pruebas, que es pública ( ver art: 206 CPC), como correlato a la función jurisdiccional allí presente.

## TRÁMITE DE LA APELACIÓN CON EFECTO SUSPENSIVO

### ARTÍCULO 558

*El trámite de la apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Como refiere el artículo 368 CPC, el efecto de esta apelación es suspender la eficacia de la resolución recurrida hasta la notificación que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. El trámite de esta apelación aparece regulado en el artículo 376 CPC, en el que se establece el plazo: tres días si el auto es pronunciado fuera de audiencia. Este plazo también es para adherirse. En cambio, si el auto fuera expedido en la misma audiencia, su fundamentación y demás requisitos serán cumplidos en el mismo plazo: tres días.

Esta exigencia deslegitimaría de apelar a la parte que no ha concurrido a la audiencia respectiva, pues, la oportunidad para impugnar ha precluido con la conclusión de dicha audiencia y su inasistencia podría tomarse como consentimiento del auto emitido. Advertíase que los plazos para la impugnación, son perentorios, fatales, pues, legalmente no admite prórroga; y que estos plazos son extensivos para la adhesión.

2. Concedida la apelación, tanto el secretario de juzgado como el Superior Colegiado tienen la carga de enviar el expediente y comunicar a las partes que los autos se encuentran listos para ser resueltos, para lo cual, señala fecha para la vista de la causa. En la vista, el Juez expresa que ha revisado y analizado todo lo actuado y que está listo para dictar el fallo. La vista de la causa es la antesala para el informe oral. Decimos ello porque las partes o el abogado que desee informar comunicará por escrito de su interés, dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista de la causa. (ver artículo 375 del CPC)

Nótese que la resolución impugnada no es una sentencia sino un auto y que solo opera el pedido de informe oral, si se ha concedido apelación contra dicho auto, con efecto suspensivo (ver artículo 375 del Código Procesal) El informe oral es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

patrocinan. Por su parte, los litigantes también pueden formular oralmente alegatos, en la instancia respectiva y en los casos que la Ley le faculte.

3. Una de las restricciones que opera en este tipo de impugnaciones es la prohibición de alegar hechos nuevos, en esta etapa del procedimiento. Por otro lado, el juez en la apelación debe contemplar la prohibición de reforma en peor, esto implica que no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido.

Esta prohibición tiene su sustento en el principio dispositivo, por el cual el proceso civil se inicia o promueve solo a iniciativa de parte, y en el caso de la apelación el juez superior conoce del proceso por iniciativa del impugnante, por lo que únicamente puede pronunciarse sobre los extremos apelados. Bajo esas consideraciones, existe un pronunciamiento de la Sala Suprema Civil que establece que no existe reforma en peor si se condena al pago de intereses a pesar que no se fijó como punto controvertido, ni aparecía este en el petitorio de la demanda. Este pago se desprende del artículo 1985 del Código Civil que dice: “el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”. La Sala Suprema considera que como este pago no fue incluido en la sentencia de primera instancia, dicha omisión del juez debía ser subsanada por la Sala Superior integrándose la sentencia apelada. La Sala considera que, por tratarse de un mandato legal, no se trasgredió el principio de prohibición de reforma en peor y tampoco se afectó el derecho al debido proceso.

## IMPROCEDENCIAS

### ARTÍCULO 559

*En este proceso no son procedentes:*

1. *La reconvencción;*
2. *Los informes sobre hechos;*
3. *El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y,*
4. *Las disposiciones contenidas en los artículos 428º, 429º y 440º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

---

### *Comentario*

1. El procedimiento sumarísimo responde a un criterio de economía procesal procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. Este principio sostiene la proporción entre el fin y los medios que se utiliza, por ello, se busca concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para evitar la dispersión. Las partes deben aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa para favorecer la celeridad de los trámites impidiendo regresiones en el proceso. La simplificación de las formas del debate y los términos abreviados del proceso, según la naturaleza del conflicto, contribuyen a la economía procesal, de tal forma que pretensiones con una cuantía económica modesta deben ser objeto de trámites más simples; incrementándose las garantías en la medida que aumenta la importancia económica del conflicto. En esa orientación se ubica la limitación de los medios de pruebas; por citar, en el desalojo y en el proceso ejecutivo (ver artículos 591 y 700) en el que solo le corresponde la prueba documental, pericia y declaración de parte; la prohibición de la reconvencción, de ofrecer medios probatorios en segunda instancia, de modificar y ampliar la demanda, de incorporar hechos nuevos al proceso y medios de prueba al respecto.

Tradicionalmente el proceso estaba marcado por el desinterés estatal por el objeto litigioso y el impulso oficial por obra de los interesados, sin embargo, la versión moderna del dispositivo permite que ese impulso sea operado por el juez –de oficio– atendiendo a la función social del proceso, esto es, lograr una pronta solución al conflicto. En conclusión, podemos decir que el principio de economía que gobierna al proceso, cualquiera sea su denominación o especialidad, procura la agilización de las decisiones judiciales, haciendo que los procesos se tramiten

de la manera mas rápida y menos costosa en dinero y tiempo. Simplificar el proceso, descargarlo de toda innecesaria documentación, limitar la duración de traslados, términos y demás trámites naturales y desde luego, impedir que las partes aprovechándose de los medios procesales legítimos, abusen de ellos para dilatar considerablemente la solución de los conflictos confiados a la actividad procesal.

2. La reconvencción es la pretensión procesal que se halla facultado para deducir el demandado frente al actor. Hay una posición unánime en toda la doctrina de calificarla como una demanda nueva y autónoma que se acumula –por el demandado– a un proceso en curso. La reconvencción no debe ser considerada como un medio de defensa frente a la acción, sino una nueva demanda que formula el demandado en el mismo proceso ya iniciado, provocando una acumulación objetiva sobrevenida de pretensiones.

La reconvencción que se restringe en los procedimientos sumarísimo y abreviados no debe considerarse como una limitación o restricción al ejercicio del derecho de acción y contradicción. No es válido sostener que “la ausencia de reconvencción afecta el derecho de contradicción, limitándolo en su ejercicio”. Frente a ello debemos señalar que la reconvencción, o mejor llamada contrapretensión, es una expresión del derecho de acción que tiene el demandado de recurrir a la jurisdicción y que puede materializar ese derecho (según la vía procedimental) dentro del mismo proceso, en la contradicción, provocando como resultado de ello una acumulación de pretensiones, situación que también puede verse materializada en un proceso autónomo, pues, con la reconvencción el demandado ejerce el derecho de acción y no su derecho de contradicción, esto es, su derecho a la defensa.

3. Otro de los supuestos que no permite este procedimiento es el ofrecer medios probatorios en la apelación y tampoco cuando se refiere a hechos nuevos. A pesar que la segunda instancia se orienta a la revisión de la sentencia, se admite de manera excepcional y bajo una interpretación restrictiva en los procedimientos de conocimiento y abreviado, la posibilidad de introducir nuevas pruebas, bajo la justificación de los supuestos que señala el artículo 374 CPC, situación que no es admisible en el procedimiento sumarísimo. En igual forma, como no resulta procedente incorporar reconvencciones, ni hechos nuevos, tampoco será admisible actividad probatoria en ese extremo.

4. Otra de las restricciones se advierte a la posibilidad de modificar y ampliar su demanda como lo faculta el artículo 428 CPC. Señala dicho artículo “el demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada; asimismo puede ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho (...)”.

Consideramos que la aplicación de ese artículo no debe ser restringido en los procesos sumarísimos, todo lo contrario, debe entenderse esa restricción a lo normado en la última parte del artículo 428 CPC citado que dice: “iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción”. Ello porque resultaría coherente con la limitación a la reconvencción, la misma que va a influenciar a la actividad probatoria futura y a la ampliación y modificación que se pudiera hacer de la contrapretensión interpuesta.

4. Los informes sobre hechos no es procedente en los procedimientos sumarísimos. Esta limitante debe entenderse a la posibilidad de los alegatos, la misma que resulta coherente con lo regulado en el artículo 212 CPC que dice: “dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluída la audiencia, los Abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado”. Como se aprecia, los alegatos por escrito se limitan a dichos procesos y no se extiende a los sumarísimos o ejecutivos, pues, por su diseño procesal, las decisiones finales se emiten de manera casi inmediata, en audiencia como lo establece el artículo 555 CPC.

La alegación es el acto mediante el cual, cualquiera de las partes, en apoyo de una determinada petición, afirma o niega la existencia de un hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho. Los alegatos pueden darse en dos niveles, de hecho y de derecho. Los primeros, afirman la existencia o inexistencia de un determinado hecho, encaminada a fundamentar una petición procesal para lograr una decisión judicial favorable; los alegatos de derecho consisten en la afirmación que una norma jurídica es aplicable o inaplicable al hecho o hechos invocados. Es un complemento de las alegaciones de hecho, cuya omisión o erróneo manejo por las partes se suple o rectifica con el *iura novit curia*.

## Capítulo II

---

# DISPOSICIONES ESPECIALES

### Sub - Capítulo 1º

---

## ALIMENTOS

### COMPETENCIA ESPECIAL

#### ARTÍCULO 560

*Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al Juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste.*

*El Juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 448

C.P.C.N. Argentina arts. 638, 639

---

### Comentario

---

1. Si todos los elementos del proceso se dieran en un mismo lugar, el régimen de la competencia territorial sería simple. Pero ello no es usual porque la realidad nos presenta supuestos en los que hay que escoger algunos elementos, como la presencia de las partes en el lugar o por la presencia del bien o los instrumentos del proceso para la facilidad probatoria.

Como la acción que se promueve para la prestación de alimentos es de carácter personal, la competencia no solo puede determinarse —de manera ordinaria— por la regla que contiene el artículo 14 del Código Procesal, sino que el demandante también tiene la posibilidad de elegir la competencia de otros jueces en atención a varios supuestos que recoge el artículo 24 CPC, destacando entre

ellos, lo regulado en el inciso 3 del artículo 24 CPC que dice: “además del juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante (...) el juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias”.

Esta regulación resulta coherente con lo que señala el artículo 560 CPC en comentario, toda vez, que en él se consolida tanto la posibilidad de invocar la competencia ordinaria u común, como la especial en las pretensiones de alimentos. Ello se advierte de la primera parte de la norma que dice: “corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al Juez del domicilio del demandado” (competencia común u ordinaria) para luego también hacer referencia a la competencia facultativa, al considerar que es competente “el juez del domicilio del demandante, pero siempre que a elección de este”.

En relación a las pretensiones alimenticias corresponde el conocimiento al juez del domicilio del demandado (competencia ordinaria) o del demandante a elección de este (competencia facultativa). Este inciso resulta coherente con lo regulado en el artículo 560 del Código Procesal.

2. El artículo hace referencia solo a un tipo de competencia, la territorial, consolidando en un solo enunciado tanto a la competencia ordinaria como la especial; sin embargo, establecer el juez competente, no solo se agota con un tratamiento territorial de la competencia sino que además debe apreciarse otros elementos para establecer la competencia del juez en atención al grado. Conforme lo señala la primera parte del artículo 547 CPC, son competentes para conocer las pretensiones de alimentos los jueces de familia; sin embargo, si existe prueba indubitable del vínculo familiar y no están acumuladas otras pretensiones en la demanda, corresponde conocerlas a los jueces de paz letrados.

Sobre el particular, aparece la Casación Nº 2108 - Huanuco, de fecha 25 de mayo de 2004 publicada en El Peruano el 30/09/2004 que sostiene: “en los procesos de alimentos de hijos extramatrimoniales, la aceptación tácita de la demanda de ser madre de los menores No es suficiente para que el juez concluya que ello constituye prueba indubitable del vínculo familiar y disponga que el juzgado de familia se aparte de la competencia que por Ley le corresponde. La Sala Suprema considera que prueba indubitable del vínculo familiar importa que en el proceso se hubiera acreditado con certeza absoluta que la persona a quien se emplaza y exige los alimentos es en efecto padre o madre del menor. Tratándose de filiación matrimonial: con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, o por instrumento público en el que se admita expresa o tácitamente la materialidad o paternidad, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de paternidad matrimonial, o por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado de hijo matrimonial, o por cualquier medio, siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres, conforme al artículo 375 CC.

Tratándose de filiación extramatrimonial: con el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento, o por sentencia dictada en juicio de filiación, según lo previsto en los artículos 338, 390, 391 y 412 CC. Atendiendo a que en el caso de análisis, no existe partida de matrimonio que acredite la relación conyugal entre las partes, se considera que la prueba indubitable del vínculo filial de los menores solo puede circunscribirse a los hijos extramatrimoniales. No obstante, considerándose que los menores no se encuentran reconocidos por la demanda en el registro de nacimiento y tampoco se advierte la existencia de reconocimiento por escritura pública, testamento y menos aún por sentencia dictada en un proceso de filiación, la Sala Suprema señala que la aceptación tácita de la demandada de ser madre de los menores no es suficiente para que un juez concluya que ello constituye prueba indubitable del vínculo familiar y disponga que el juzgado de familia se aparte de la competencia que por Ley le corresponde”.

3. Las pretensiones alimentarias son reguladas por dos legislaciones: el Código Procesal Civil y el Código de Niños y Adolescentes (CNA). En el primer caso, dichas pretensiones se someten a los alcances del procedimiento sumarísimo, a diferencia del segundo caso, que se someten a las reglas del procedimiento único que aparecen descritas en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del CNA, sin perjuicio que las normas del Código Procesal puedan aplicarse a este, pero de manera supletoria.

Cuando los alimentos se solicitan para satisfacer la necesidad de un menor de edad se aplican las reglas del procedimiento único, pero bajo las reglas de la competencia territorial y por grado, que señalan los artículos 560 y 547 CPC. Como el artículo 133 CNA dice que la potestad jurisdiccional del Estado en materia familiar se ejerce por las Salas de Familia, los Juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determina, en tanto ello sucede, se aplica supletoriamente la regulación del Código Procesal Civil en lo referente a la competencia territorial y por grado (ver artículo 560 y 547 CPC). Felizmente, por Ley N° 28439 de fecha 23 de diciembre del 2002 se reafirma la aplicación supletoria que venía operando en los juzgados de familia y paz letrados. Al modificar el artículo 96 CNA, la referida Ley, fija la competencia del juez de paz letrado no solo para los procesos de alimentos, sino de aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones.

El juez de paz, a elección del demandante, también se le asigna competencia, respecto de demandas donde el entroncamiento esté acreditado de manera indubitable.

4. Tanto el procedimiento sumarísimo del Código Procesal como el procedimiento único del Código de los Niños y Adolescentes tienen una actividad bastante

parecida. Basta confrontar los artículos 554 y 555 CPC con los artículos 171 al 173 CNA para verificar ello; sin embargo, una de las diferencias sustanciales que se puede apreciar es que en el procedimiento único, luego de expresados los alegatos (si lo hubiere) el juez remitirá los autos al Fiscal para que en el término de 48 horas emita dictamen. Devuelto los autos, el juez, en igual término, expedirá sentencia.

Una de las discusiones que se presenta en los juzgados de paz letrados (y también en los juzgados de paz) para el tratamiento de los procesos de alimentos de menores de edad, es determinar la Ley procesal aplicable. En atención al sujeto demandante y beneficiario de los alimentos, debe corresponder aplicar las reglas del CNA para tramitar su pretensión y por tanto, recurrir al procedimiento único. En el se establece (ver artículo 173 CNA) que el juez debe remitir los autos al Fiscal para que emita su dictamen, luego de ello expedirá sentencia. El inconveniente que se presenta está en determinar el fiscal competente para intervenir en los procesos ante los jueces de paz letrado y jueces de paz. Como, por razón de grado, no hay un fiscal asignado para dichas actividades se ha optado por tramitar el proceso de alimentos bajo las reglas del Código Procesal Civil; sin embargo, cuando se ejerce la impugnación, el juez revisor de segundo grado no aplica las reglas del artículo 375 CPC sino las reglas del CNA para la vista de la causa, esto es, remite los autos, en el día, al Fiscal para que emita dictamen en el plazo de 48 horas y señalará, dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa (ver artículo 179 CNA).

Cuando la pretensión de alimentos es solicitada por una persona mayor de edad (véase el caso de la cónyuge) y también por un menor de edad, se ha optado por tramitar la demanda bajo las reglas del CNA, con las peculiaridades y limitantes ya descritas. Especial situación opera cuando ambas pretensiones son ejercidas en procesos independientes y se plantea luego la acumulación de procesos.

4. El tema de las pretensiones alimentarias ha provocado que estas puedan ser interpuestas sin necesidad de la intervención de algún abogado, para lo cual se ha diseñado un formulario de demanda, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 051-2005-CE-PJ a fin de permitir a los solicitantes agilizar la obtención de este derecho. Este documento, es de distribución gratuita por la Gerencia General del Poder Judicial a todas las Cortes Superiores de la República. Como ya se ha dicho no requiere firma de abogado para su presentación ante el juez correspondiente, sin embargo, aparecen algunos criterios judiciales que señalan que solo la demanda esta exonerada de la intervención de abogado, por tanto, cualquier otro pedido que se formule en el proceso requiere necesariamente la intervención del abogado. Frente a ello tenemos que recomendar la lectura de la Ley N° 28439 que modifica el inciso 11 del artículo 424 CPC, en el sentido, que “la firma del abogado no será exigible en los procesos de alimentos”, no hay referencia solo a las demandas, sino al proceso de

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

alimentos, el mismo que debe entenderse al conjunto de actos ordenados y sistematizados y no limitarse a la demanda; en similar sentido, aparece la modificación a la redacción del artículo 164 CNA y al inciso 4 del artículo 57 LOJP.

5. En materia de alimentos, concurre una vieja discusión en torno a la naturaleza jurídica de la obligación, sobre la que no hay uniformidad en considerar si se trata de una obligación patrimonial o personal. Estos últimos recurren a razones humanitarias de solidaridad y colaboración para justificar la naturaleza personal de los alimentos, en cambio, los que sostienen que los alimentos tienen una naturaleza patrimonial recurren a la forma como se realiza el pago, en dinero o especie; sin embargo, se cuestiona su patrimonialidad porque al no poder ser transferidos (ver artículo 487 CC), se altera una de las características de este derecho, como es el poder de disposición. Aún mas, el deudor alimentario puede exigir que lo que brinda sea usado en la satisfacción de las necesidades del alimentista, pudiendo inclusive darlos en forma diferente del pago de una pensión, cuando medie motivos especiales (ver artículo 484 CC), lo que también atenta contra la naturaleza derecho patrimonial, donde al deudor no tiene por que importarle la forma en la que el acreedor utilice lo pagado.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien una de las pretensiones (demanda de alimentos) corresponde al proceso sumarísimo, frente a la pluralidad de pretensiones no corresponde que el asunto se tramite en proceso sumarísimo, sino en proceso lato de acuerdo a la cuestión en debate (Cas. N° 503-95-Lima, El Peruano, 04/01/98, p. 365)*

*La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia entre ellos, por lo que, ante la falta de pago voluntario, quien tenga derecho para solicitarlo puede pedir la determinación judicial de dicha pensión. Por otro lado, la ley no exige que el solicitante de los alimentos se encuentre en total imposibilidad de proveer a sus necesidades, en consecuencia, el que se cuente con medios de subsistencia no significa que no existe estado de necesidad para solicitar alimentos (Cas. N° 3065-98-Junín, El Peruano, 29/08/99, p. 3372)*

*Si bien cuando se inició el proceso de alimentos, la menor no estaba reconocida por su progenitor; y, posteriormente durante el trámite del proceso, el demandado efectuó el acto del reconocimiento; resulta procedente continuar con el proceso de alimentos, invocando los principios de economía y celeridad procesal (Exp. N° 2732-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 124)*

*Las imputaciones injuriosas realizadas por el padre biológico, en el proceso de alimentos precedente a esta causa, en el que ha negado permanentemente su paternidad, sustentan el daño moral invocado, ameritándose se fije un monto de reparación civil (Exp. N° 1648-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 246)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Tratándose de hijos matrimoniales, no se exige para probar el entroncamiento con el padre, que este, declare el nacimiento o efectúe un reconocimiento del hijo posterior (Exp. N° 1837-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 27-28)*

*El hijo extramatrimonial solo puede reclamar pensión alimenticia del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción (Exp. N° 1055-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 64-65)*

*El hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años (Exp. N° 703-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 65-66)*

*Si el actor no demuestra su incapacidad para laborar no procede acceder al derecho alimentario que reclama a su cónyuge e hija. Con el patrimonio que se le ha asignado en la separación de bienes está apto para conseguir los medios necesarios para su sustento (Exp. N° 1299-93-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 221-222)*

*Si se encuentra debidamente acreditado que el padre del menor alimentista se encuentra fuera del país y hay la imposibilidad de determinar su domicilio real, son abuelos los que deben acudir con alimentos, al haberse acreditado posibilidades económicas del demandado (Exp. N° 765-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 220)*

*No habiéndose acreditado las relaciones sexuales con el demandado, durante la época de la concepción, no procede conceder una pensión alimenticia para el hijo extramatrimonial (Exp. N° 1013-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 144).*

## REPRESENTACIÓN PROCESAL

### ARTÍCULO 561

*Ejercen la representación procesal:*

1. *El apoderado judicial del demandante capaz;*
2. *El padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad;*
3. *El tutor;*
4. *El curador;*
5. *Los defensores de menores a que se refiere el Código de los Niños y Adolescentes;*
6. *El Ministerio Público en su caso;*
7. *Los directores de los establecimientos de menores; y,*
8. *Los demás que señale la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C.N. Argentina arts. 640-645*

---

## Comentario

1. El presente artículo acoge la representación procesal bajo el supuesto de la existencia de personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, pero requieren comparecer al proceso, a través de sus representantes legales. Véase el caso del menor edad, que es padre o madre del menor alimentista, y que requiere comparecer al proceso.

En tales casos, la norma permite que ejerzan la representación legal del menor de edad, pese a que estos en su calidad de padres, también lo sean (ver inciso 2). Situación especial, es el proceso judicial (no de alimento) en la que las partes sustanciales sean la madre del menor como demandante y este como demandado o viceversa. Aquí, tendríamos a la madre, que en su condición de representante legal del menor ejercería —a la vez— el derecho que reclama a título personal de manera directa; por tanto frente a este impase resulta conveniente que se coloque un curador procesal para la madre, ya que esta ejerce la representación procesal del hijo menor de edad.

También en los casos del tutor o curador que actúan bajo representación judicial. Véase que en el caso del tutor, este tiene el deber de alimentar y educar al

menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona. Cuando el menor carezca de bienes o estos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia (ver artículo 526 CC).

En el caso del demandante capaz, este perfectamente puede delegar su representación a través de apoderado judicial en la forma que refiere el artículo 68 CPC y con las facultades generales y especiales que el encargo requieran (ver artículo 74 y 75 CPC).

El Ministerio Público tiene entre sus funciones la defensa de los menores e incapaces, en tal sentido, el artículo en comentario le confiere representación judicial para tal fin; sin embargo, en el caso de los defensores de los menores (entiéndase Defensoría del Niño y del Adolescente) hay que apreciar con especial cuidado que su participación según el Código de los Niños y Adolescentes está orientada a promover el fortalecimiento de los lazos familiares, entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre y cuando no existan procesos judiciales sobre estas materias (ver artículo 45.c) CNA).

## EXONERACIÓN DEL PAGO DE TASAS JUDICIALES

### ARTÍCULO 562

*El demandante se encuentra exonerado del pago de tasas judiciales, siempre que el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a una de las expresiones de las costas procesales, como son las tasas judiciales, entendida esta como los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho.

Véase que la exoneración es a las tasas judiciales pero no a otro tipo de gastos. Las tasas judiciales constituyen rentas propias por el servicio de justicia que brinda el Poder Judicial. Ello no es nuevo en la actividad judicial. Antes se recurría a otros medios para asegurar ingresos propios, como el uso del papel sellado y la Boleta Única del Litigante.

La exoneración de las tasas responde a criterios de equidad, pues, no puede gravarse de dichos pagos, a personas de escasos recursos económicos, como sería en el caso de las alimentistas.

2. Según el artículo en comentario, la demandante de alimentos, se encuentra exonerada de dicho pago. El artículo 24 LOPJ señala que la administración de Justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley. El artículo en comentario se ubica en dicho supuesto al exonerar expresamente de dicho pago a las demandantes por alimentos, pero dicha exoneración está condicionada al monto de la pretensión, siempre y cuando el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal.

---

(\*) Texto según el art. 5 de la Ley 26846 de 27-07-1997.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, para los efectos de fijación de las cuantías, tasas, aranceles y multas se aplica la URP (Unidad de Referencia Procesal) que tiene un valor equivalente al diez por ciento (10%) de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). Incrementado el valor de la Unidad Impositiva Tributaria, el valor de las tasas aumenta automáticamente, por ser índice de referencia de estas últimas, sin necesidad de una norma que establezca tal concepto.

Otro caso de exoneración legal para el pago de tasas judiciales que registra el artículo 24 LOPJ es para: “los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en los procesos laborales y previsionales, cuyo petitorio no exceda de 70 (setenta) Unidades de Referencia Procesal, de amparo en materia laboral, o aquellos inapreciables en dinero por la naturaleza de la pretensión” (ver Ley N° 27327).

La responsabilidad de regular las tasas corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial, quien fija a inicio de cada año judicial el valor de las tasas (ver Ley N° 26846).

2. La regla general que opera en los gastos procesales es el reembolso de estos por la parte vencida (ver artículo 412 CPC) sin embargo, en contraposición a la condena concurre también la exoneración legal para el reembolso de dichos gastos procesales. En el caso de la demandante por alimentos, si bien está exonerada de abonar tasas judiciales, dicha exoneración no de limitar al condenado de reembolsar los gastos provenientes de las tasas, no a la actora, sino al Estado que ha liberado de dicho pago a la alimentista, pero dicha liberación no puede ser extensiva al demandado, condenado por alimentos, quien debería asumir el reembolso del gasto a favor del Estado. No es posible que frente a la exigencia de un derecho elemental, como son los alimentos, la exoneración de las tasas judiciales a la demandante, sea también de beneficio para el obligado a prestar alimentos.

Hay que recordar que las costas son siempre a cargo del condenado al pago, aunque no se hubieren demandado, de ahí que en forma reiterativa sostenemos que los gastos procesales sean cargados directamente al demandado sin importar su actitud o suerte en la litis, porque de no ser así, se desvirtuaría el objeto y finalidad de la obligación alimentaría, pues, el importe de las costas recaería sobre las cuotas disminuyéndolas.

Los imperativos jurídicos en el proceso se clasifican en deberes, obligaciones y cargas. Deberes son aquellos instituidos en interés de la comunidad; a diferencia de las obligaciones que se dan en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés. Los gastos procesales son una expresión de las obligaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. Según Couture<sup>(1)</sup>, existe además una responsabilidad procesal, derivada del

---

(1) Couture, op. cit. p. 211.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena de costas; sin embargo, la naturaleza de los gastos no puede responder a dicho criterio reparador, sino de reembolso del gasto ya realizado, la obligación de devolver lo ya sufragado es la idea que sustenta la condena del gasto procesal.

## PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE

### ARTÍCULO 563

*A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el Juez puede prohibir al demandado ausentarse del país, mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada. Con tal objeto cursará oficio a las autoridades competentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a la cautela personal en los procesos sobre alimentos. Si bien la pretensión de alimentos encierra una condena orientada a la satisfacción patrimonial del concepto jurídico de alimentos (vestido, educación, alimentos, salud, etc) las medidas cautelares que se dicten en dicho proceso no solo se pueden orientar a la satisfacción del aspecto netamente pecuniario, a través de los embargos en forma de retención y de la asignación anticipada de alimentos, sino que además se permite restringir el libre tránsito por el territorio nacional del obligado, al impedirle salir de él.

Vemos, pues, que la cautela no solo es de índole real sino que también se extiende a la de carácter personal. Esta restricción al derecho de libre tránsito se justifica dentro del marco constitucional vigente, pues, como señala el artículo 2.22.c) “no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”; de ahí que se proceda, como consecuencia de la resistencia del obligado al pago de alimentos a la denuncia penal por omisión a la asistencia familiar con la consiguiente privación de libertad del deudor alimentista.

2. La cautela personal de impedimento de salida del país resulta procedente en la medida que exista un proceso en giro en el que se hubiere anticipado la declaración de fondo, a través de las asignaciones anticipadas que regula el artículo 675 CPC. La medida anticipada, no es una medida cautelar ordinaria, pues no busca conservar ni asegurar nada, sino anticipar los efectos de la pretensión reclamada, para lo cual, es necesario que se acredite de manera indubitable el vínculo familiar entre las partes y concurra un estado de necesidad que satisfacer de manera urgente.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Bajo ese panorama, el juez, a pedido de parte, puede ordenar el impedimento de salida del país del demandado; pues con dicha medida se evita que este evada la acción de la justicia, desprotegiendo al alimentista al emigrar del país. Esta medida es variable, como toda medida cautelar, por tanto, el juez puede levantar dicho impedimento si el demandado garantiza debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada. Esta garantía puede darse en forma personal, a través de la fianza, o de índole real, a través de la hipoteca, prenda, usufructo, etc.

3. En cuanto a la duración de este tipo de medida. Hay algunos criterios judiciales, que consideran que el impedimento de salida rige hasta antes de la sentencia, luego de ella debe levantarse porque cesa la vigencia de la asignación anticipada como medida cautelar; sin embargo, otros criterios más acertados consideran procedente mantener dicha medida, postsentencia, pues si bien el impedimento se dictó para asegurar el cumplimiento de la asignación anticipada, aún sin tener la certeza del derecho en la sentencia, con mayor razón debe mantenerse dicho impedimento frente a un derecho cierto y exigible ya declarado; mas aún, la medida anticipada no se orienta a conservar ni asegurar bienes para satisfacer la pretensión dineraria en debate sino anticipa los efectos de la pretensión reclamada, esto es, que el impedimento de salida dictada –según el artículo 563 CPC– ha sido concebida como una medida orientada a la satisfacción antelada del derecho reclamado, el mismo que no se agota en un solo acto sino en prestaciones periódicas y continuas; por tanto, la sentencia condenatoria de alimentos no enerva los efectos de la medida anticipada que se viene ejecutando, pues, como su nombre ya lo indica, lo que se ha venido ejecutando no es una cautela de aseguramiento propiamente dicha, sino la ejecución anticipada del derecho reclamado, aún sin sentencia.

Si bien, con posterioridad a la sentencia se ingresa a la ejecución forzada, la resistencia del obligado al cumplimiento de los alimentos generará la denuncia penal por omisión a la asistencia familiar, dicha sanción penal es totalmente diferente a la garantía del cumplimiento, que se busca a través del impedimento de salida, pues, su finalidad no es satisfacer las pensiones futuras sino evitar la resistencia del obligado a la asistencia familiar.

La prohibición de ausentarse del país a que refiere el artículo en comentario está directamente vinculado con lo regulado en el artículo 572 CPC. En el primer caso, el impedimento de salida del país opera para asegurar el cumplimiento de la asignación anticipada, mientras no esté garantizado el cumplimiento debidamente; a diferencia del segundo caso, que opera para asegurar el pago de los alimentos, mientras esté vigente la sentencia que los condena.

## INFORME DEL CENTRO DE TRABAJO

### ARTÍCULO 564

*Si se solicita el informe del centro de trabajo sobre la remuneración del demandado, se exigirá el dicho del empleador en el acto de la notificación, extendiéndose el acta respectiva. En caso de incumplimiento, se le requerirá para que el informe lo presente por escrito, bajo apercibimiento de denunciarlo por el delito previsto en el artículo 371° del Código Penal.*

*Si el Juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. En la pretensión de alimentos, concurre el principio de solidaridad que une a la familia en la que debe apreciarse los siguientes elementos: la vinculación entre el alimentante y el alimentado; la necesidad del alimentado; y la posibilidad económica del alimentante.

Se parte de la base que quien pide los alimentos los necesita, y de quien debe prestarlos puede hacerlo, porque sus condiciones económicas lo permiten y su vinculación con el alimentado lo exige.

El presente artículo hace referencia precisamente a uno de dichos supuestos, la capacidad económica del obligado a prestar alimentos. Para demostrar ello, la norma permite a la parte actora recurrir a diversos medios de prueba, como la documental, los informes y los testigos.

2. Cuando se tiene conocimiento del centro de labores del demandado, la parte actora puede solicitar como carga probatoria de su pretensión, el informe del centro de trabajo sobre la remuneración del demandado. La prueba de informes (ver artículo 239 CPC) puede ser obtenida de manera oral o por escrito.

En el primer caso, el empleador asume el rol de un testigo documental en el proceso, no la de un testigo propiamente dicho, por que este declarará sobre la remuneración del demandado, e inclusive sus declaraciones deben también referirse al contenido del informe escrito, si lo emitiera en el acto de su declaración, a

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

manera de ratificar su contenido de un documento privado. Esta declaración será tomada por el auxiliar judicial en el acto de notificación, extendiéndose el acta respectiva.

La otra alternativa que tiene el empleador es emitir su informe por escrito, luego de ser requerido en el acto de notificación para ello, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito previsto en el artículo 371 del Código Penal.

Si bien la norma señala “si el Juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente” la falsedad no solo debe apreciarse al informe escrito, sino del propio dicho del empleador vertidas en el acto de notificación, pues la información falsa no solo puede ser transmitida a través del informe escrito sino de las propias declaraciones del empleador, las mismas que son trascendentes porque este declara sobre los hechos que le constan de manera directa – como empleador– y no por referencia.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien no están debidamente acreditadas los ingresos económicos del obligado al conducir un alojamiento para pasajeros, ellos no son de rigurosa investigación, para su obligación de prestar alimentos, en aplicación del artículo 481 del CC (Exp. Nº 1503-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 36-38)*

## ANEXO ESPECIAL DE LA CONTESTACIÓN

### ARTÍCULO 565

*El Juez no admitirá la contestación si el demandado no acompaña la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada.*

*En este caso es de aplicación el segundo párrafo del artículo 564°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Los alimentos se fijan según la posibilidad económica del demandado y de la necesidad alimentaria del que la solicita; siendo esto así, el demandado tiene la carga de demostrar los ingresos que percibe. El caudal del alimentante debe probarse en forma directa, mediante la acreditación concreta de los bienes que la integran, o indirectamente, es decir, la que emerge de la forma habitual como se desenvuelve la vida hogareña, apreciada a través de los recursos económicos que presupone.

Un referente que se utiliza para demostrar la capacidad económica del demandado son los ingresos que percibe, para lo cual se exige acompañe “la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye”; sin embargo, puede darse la posibilidad que el demandado ejerza un oficio de manera informal que le permita ingresos sin estar obligado a declarar como contribuyente, en tal caso, debe acompañar una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada.

La prestación alimentaria debe fijarse en consideración a la situación económica de las partes y al contexto social en el que se desarrollan. Para establecer la cuota debe tenerse en cuenta tanto los haberes fijos como los temporarios ya que ambos constituyen el caudal total del obligado.

2. Si bien la declaración jurada que realice el demandado tiene destinatarios diversos, sea por que es realizada para los efectos tributarios o por que tenga

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

como destinatario al juez del proceso de alimentos, dicha declaración debe ser realizada con veracidad ya que cualquier reticencia maliciosa demostraría la mala fe del declarante. Si bien la norma solo hace referencia al caso de la falsedad de la declaración jurada realizada en el proceso judicial para asignarle los efectos del segundo párrafo del artículo 564, esto es, remitir al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente, ello no implica que la declaración jurada realizada ante la autoridad administrativa del Estado (SUNAT) no pueda darse el supuesto de la falsedad, sin embargo, en tales casos, será la propia entidad administrativa (ante quien se ha formulado dicha declaración) la que proceda conforme a sus atribuciones.

En ambos casos, la declaración jurada sobre los ingresos del demandado se incorpora al proceso como prueba documental, la misma que podrá ser cuestionada su valor probatorio a través del mecanismo de la tacha por falsedad de documento, tanto al contenido como al documento en sí.

4. La declaración jurada de los ingresos que percibe el demandado no solo opera como carga probatoria del demandado sino que además, constituye requisito de admisibilidad de la contestación de la demanda, generando con su omisión la situación procesal de rebeldía con los efectos que le atribuye el artículo 461 CPC.

Si bien la norma recurre a la prueba documental para demostrar la capacidad económica del obligado, también es factible que se pueda recurrir a otros medios de información sumaria, a través de los testigos documentales u otros medios que permitan al juez tener una apreciación del *modus vivendi* del demandado y de sus ingresos que debe percibir para solventarlos.

## EJECUCIÓN ANTICIPADA Y EJECUCIÓN FORZADA

### ARTÍCULO 566

*La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste.*

*Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el Juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta sólo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.*

*Cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del Juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el Juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.*

*Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto.*

*En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Si la pretensión de alimentos se ampara, el juez debe señalar el monto de la pensión de alimentos, mandando abonar estas por mes adelantado, para lo cual, al amparo del artículo 572 CPC, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente para asegurar el pago de las cuotas futuras de alimentos, a pesar que el deudor esté al día en el pago.

---

(\*) Texto según el art. 2 de la Ley 28439 de 28-12-2004.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Se ha establecido judicialmente que los alimentos deben pagarse desde la fecha de la iniciación de la demanda. Antes de la modificación de este artículo, se establecía que la cuota alimenticia debe abonarse en dinero efectivo y puede realizarse por consignación, siguiendo el procedimiento que establece este artículo, como es, “la entrega inmediata al acreedor sin trámite alguno” y no el fijado en los artículos 802 al 816 CPC.

Con el actual diseño se recurre al empoce del dinero por alimentos en una cuenta de ahorros a favor de la parte demandante, previo mandato judicial; sin embargo, en casos en que no haya entidades financieras, el pago y entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso. Hay que precisar que la cuenta de ahorros que se abre solo servirá para el pago y cobro de la pensión de la pensión alimenticia ordenada, encontrándose exoneradas de cualquier impuesto.

Hay que recordar que la sentencia de alimentos no tiene efecto de cosa juzgada material, lo que permite a las partes demandar aumento o disminución de la cuota fijada, en caso de modificarse las circunstancias tenidas en cuenta al momento de declarar el amparo de la pretensión o aportar nuevos elementos de juicio para obtener un pronunciamiento favorable en caso se hubiere desestimado la pretensión. En determinadas circunstancias, puede recurrirse a la excepción de cosa juzgada, cuando se intente una demanda amparada en una causa que ya ha sido rechazada. Véase el caso que se ha declarado que el demandado no está obligado a prestar alimentos por carecer de vinculación parental con la parte actora.

2. La pensión de alimentos que fije la sentencia se ejecuta aunque haya apelación. Sobre el particular hay que precisar que bajo el contexto de la acumulación subjetiva activa de pretensiones, la sentencia que hubiere sido impugnada parcialmente, queda firme en el extremo no impugnado por las partes. La unidad del proceso, llevaría a que no se ingrese a la ejecución por estar pendiente de resolver la impugnación, sin embargo, por mandato expreso de la Ley, tratándose de pretensiones alimentarias se permite alterar esta unidad del proceso e ingresar a la ejecución por mas que el proceso esté pendiente del resultado de la apelación propuesta.

Hay que precisar que el fallo, en el extremo no cuestionado, tiene la condición de firme y la ejecución que se realice en cuaderno separado tendrá una connotación totalmente distinta a la sentencia impugnada, pues la firmeza del derecho declarado estará sujeto a la confirmación o revocación del juez revisor de la apelación.

La sentencia que modifica los alimentos tiene efecto sobre las cuotas ya percibidas como asignación anticipada. El beneficiado con los alimentos otorgados tiene el deber de devolver lo recibido, aunque la sentencia de segunda instancia

haya revocado la de primera que los acordó. Como lo señala el artículo 676 CPC, “si la sentencia es desfavorable al demandante, queda este obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el artículo 567 CPC”.

En caso que la pensión de alimentos fuere aumentada, como resultado de la apelación, la norma no precisa a partir de cuándo rige el nuevo monto. La redacción del artículo en este extremo dice: “si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de este”. Algunos autores consideran que como la pensión de alimentos se abona en forma adelantada, el nuevo monto debe regir desde la fecha su pronunciamiento y no desde la notificación de la demanda, invocando para ello el artículo 567 CPC que refiere que la actualización del valor de las pensiones ya pagadas no pueden ser afectadas con la actualización del valor; sin embargo la opinión preponderante en nuestro medio es declarar la retroactividad de ella, y en consecuencia considerar que procede el reembolso desde la notificación de la demanda.

3. La inactividad del alimentario y sus efectos sobre las cuotas atrasadas, han sido objeto de especial contemplación en la doctrina y motivo de opiniones contradictorias. Un sector considera que debe darse por perdido el derecho del actor a percibir las cuotas correspondientes al lapso comprendido entre la notificación de la demanda y la sentencia, si no ejecutó la de primera instancia, por cuanto ello autoriza la presunción que esos alimentos no le eran necesarios; sin embargo, otros sostienen que la demora en pedir la ejecución forzada de la sentencia que fija una cuota alimenticia no puede entenderse como renuncia al cobro de las cuotas vencidas, tanto porque la intención de renunciar no se presume, cuanto porque el derecho a los alimentos es irrenunciable. Frente a estas posiciones la corriente de mayor prevalencia considera que la inactividad procesal del alimentario crea la presunción judicial, sujeta a prueba en contrario, de su falta de necesidad, por tanto, debe operar la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas. Las cuotas atrasadas, deben ser abonadas independiente, mediante la fijación de una cuota suplementaria; siempre que el alimentado no hubiera dejado transcurrir un largo tiempo sin cobrarlas, en cuyo caso se entiende que no las necesita y pierde el derecho a reclamarlas, salvo que la demora en percibir las cuotas no le sea imputable a esta parte.

4. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante la Consulta N° 3656-2002-Lima, de fecha 15 de Enero de 2003, en el caso Rosa Tejada Chávez con Nestor Sanchez Baez sobre alimentos, promovido por el 6 Juzgado de Familia Civil de Lima, señala: “la entrega en efectivo por concepto de combustible al personal militar y policial, en situación de actividad, no tiene el carácter de un ingreso de libre disposición, toda vez, que como lo señala el artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, debe ser destinado para la compra de

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, no teniendo carácter pensionable ni tampoco puede servir de base de cálculo para ningún beneficio; por lo que no se trata de un beneficio recibido por el servidor, sino que constituye un concepto destinado a gastos para el desempeño de su labor que no se encuentra afecto a la pensión de alimentos". Este pronunciamiento aparece recogido en los pronunciamientos judiciales, en Lima; de tal manera que al personal militar y policial que no está en actividad si se afecta los ingresos por este rubro, pues, no requieren realizar comisiones de servicio.



## JURISPRUDENCIA

---

*E1 pedido de ejecución anticipada no conlleva a la liquidación de pensiones devengadas pues esta, junto con los intereses legales, se realiza una vez concluido el proceso.*

*La pensión de alimentos que fija la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación (Exp. Nº 1371-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 140)*

*La obligación alimentaria se asume teniendo en cuenta la edad de los menores y las posibilidades económicas del pretensor, debiendo la progenitora coadyuvar en la satisfacción de las necesidades de los hijos (Exp. Nº 448-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 139)*

*Por el hecho del matrimonio ambos cónyuges se obligan a alimentar y educar a sus hijos. Cuando son dos los obligados, el pago de la pensión de alimentos se divide entre ambos, en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades (Exp. Nº 2731-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 152)*

*La obligación de pasar alimentos no solo corresponde al padre sino también a la madre, especialmente si esta tiene recursos (Exp. Nº 3699-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 34-35)*

*Los alimentos se regulan en proporción a las necesidades de quien debe recibir y a las posibilidades de quien deba brindarles y a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. Teniendo la actora capacidad económica mayor que la del demandado, esta puede atender su propia subsistencia (Exp. Nº 781-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 60-61)*

*Habiendo cesado el obligado de su centro laboral, es pertinente que la pensión alimenticia se abone en suma fija y no en porcentaje, en cumplimiento de la obligación asumida por el alimentante y en moneda nacional (Exp. Nº 3090-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 38-39)*

*La pensión alimenticia fijada porcentualmente, varía automáticamente, según las modificaciones del ingreso que perciba el obligado. A1 fijarse el aumento de la pensión alimenticia se debe tener en cuenta, no solo las posibilidades del obligado, sino las necesidades*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*que este afronta; así como que la accionante no se encuentra imposibilitada de laborar, y de esta manera coadyuvar a la satisfacción de sus necesidades (Exp. N° 418-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 142)*

*Si bien la menor alimentista no ha sido reconocida por el demandado, existiendo la presunción que las relaciones sexuales extramatrimoniales de este con la accionante, han sido en forma continua y permanente, merece ampararse la demanda. Si se ha petitionado alimentos exclusivamente sobre las remuneraciones del demandado, existe exceso en la sentencia, al comprender también los beneficios sociales (Exp. N° 1540-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 50-52).*

## APERCIBIMIENTO Y REMISIÓN AL FISCAL

### ARTÍCULO 566-A

*Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El proceso, según la finalidad que persigue puede ser de conocimiento o de ejecución. La norma precisamente, nos ubica en este último, donde la existencia de una sentencia de condena, impone el cumplimiento de prestaciones como, de dar, de hacer o de no hacer. Además, de la condena, se requiere que dicho fallo no sea cumplido por el vencido, quien se torna resistente. Ante ese escenario, señala Palacio<sup>(1)</sup>, “el ordenamiento jurídico prevé una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral situación del derecho del vencedor, para que la situación real se adecue al contenido de la norma individual creada por el pronunciamiento del juez”.

2. La sentencia que define los alimentos se puede considerar como la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución o mejor como la tarjeta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso de ejecución. Podría definirse a este proceso como aquel cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectiva –de acuerdo a la modalidad correspondiente al derecho que debe satisfacerse– la sanción impuesta por una sentencia de condena.

Lo que se busca es modificar una situación de hecho existente para adecuarla a una sentencia condenatoria, que, en razón de su contenido, goza de una

---

(\*) Artículo incorporado por el art. 1 de la Ley 28439 de 28-12-2004.

(1) Palacio, op. cit. t. VIII, p. 207.

presunción favorable con respecto a la legitimidad del derecho del acreedor. Ya no se trata, como ocurre con la pretensión de conocimiento, de obtener un pronunciamiento acerca de un derecho discutido, sino de actuar, de traducir en hechos reales un derecho que, ha quedado insatisfecho.

3. La ejecución en el proceso civil, se halla supeditada al pedido de la parte interesada, el cual frente a la hipótesis de incumplimiento de la sentencia por el vencido, constituye el medio para que, por obra de los órganos judiciales del Estado, y a través del empleo de las medidas coactivas correspondientes, se sustituya la ejecución forzada a la ejecución voluntaria.

4. Cuando nos ubicamos ante la resistencia del condenado al cumplimiento de la prestación, el Estado en ejercicio de su poder jurisdiccional, ejercerá la ejecución de lo declarado, procediendo a su ejecución forzada. Para ingresar a esta fase, dentro del proceso de ejecución, se requiere que el obligado haya sido requerido para la satisfacción de la condena, bajo la advertencia de proceder a la ejecución forzada de ello. Como literalmente señala la norma: “el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones”.

En esta redacción debe resaltarse que los procesos de ejecución se impulsan a pedido de parte. Aquí la regla general del impulso de oficio no opera, sino para la función cognoscitiva del proceso, mas la satisfacción de ese derecho, estará sujeta a la actividad de la parte. Esta redacción, resulta concordante con el artículo 713 CPC que señala que la ejecución de los títulos se ejecutarán a pedido de parte y de conformidad con las reglas del capítulo del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

4. El apercibimiento es una advertencia conminatoria respecto de una sanción especial. Esta advertencia es intimada por la autoridad, con potestad para el acto preventivo. Todo apercibimiento judicial hecho a una de las partes, en cualquier materia, para que tenga validez, es menester fundarlo en una ley que lo autorice. Como dice la norma, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada, se remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal”.

## INTERESES Y ACTUALIZACIÓN DEL VALOR

### ARTÍCULO 567

*La pensión alimenticia genera intereses.*

*Con prescindencia del monto demandado, el Juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236° del Código Civil.*

*Esta norma no afecta las prestaciones ya pagadas. Puede solicitarse la actualización del valor aunque el proceso ya esté sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario

---

1. Si el deudor alimentario no cumple con abonar la pensión fijada estas se irán devengando, las mismas que serán pasibles de una futura liquidación que se realizará cuando se haya agotado la cognición, a través de una sentencia firme u acuerdo homologado por el juez.

La idea central que acoge este artículo es que las pensiones de alimentos impagas generan intereses, los que se liquidarán en la forma que establece el artículo 568 CPC, esto es, “el secretario del juzgado practica la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada”. Efectivamente, en las pretensiones alimentarias, opera una especie de medida cautelar que anticipa los efectos de la sentencia final, a través de las asignaciones provisorias de alimentos. Se trata de una medida anticipada, coincidente con el derecho de fondo, que aparece regulada en el artículo 675 CPC.

2. El interés es calificado por Puig Brutau, como “la prestación accesoria de pagar una cantidad reiterada que corresponde a quien disfruta de un capital ajeno, en proporción a su cuantía y al tiempo de su disfrute, sin alterar la cuantía de la deuda principal”. La norma no hace referencia al tipo de interés aplicable, como si lo precisa el artículo 676 CPC, pero recurriendo a lo normado en el artículo 1245 CC debe considerarse el interés legal para esta liquidación, el que operará como moratorio por el retardo en el cumplimiento del pago por parte del deudor.

Este interés no es aplicable solo al deudor alimentario sino también al demandante que se hubiere beneficiado con la anticipación de los alimentos, y que luego de obtener una sentencia desfavorable firme, tenga que devolver las sumas percibidas. En tales casos, el artículo 676 CPC, condena expresamente a la devolución, no solo de la suma percibida sino del interés legal correspondiente.

3. Este artículo es una expresión de integración normativa, en lo referente a la actualización del valor real de los alimentos demandados, remitiéndonos para tal efecto al artículo 1236 del Código Civil que regula el cálculo del valor de pago.

Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración, como es el presente caso.

La redacción del artículo 1236 CC hace referencia a las prestaciones de valor; dice: “cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, lo que nos lleva a entender que no ingresan dentro de estas prestaciones las restitutorias de bien cierto, puesto, que ellas no encierran signo monetario alguno, que pudiere ser afectado por alguna devaluación monetaria. Barchi<sup>(1)</sup>, califica a las llamadas deudas de valor, como aquellas que se satisfacen mediante la entrega de dinero, pero que la cantidad se determinará recién al momento del pago “en la suma necesaria para satisfacer el valor debido”, entre ellas cita, las indemnizaciones de daños y perjuicios, las de alimentos, etc.”. Tomando como referencia la indemnización de daños y perjuicios, es cierto que el demandante pretende, normalmente, una suma de dinero, pero en realidad ella representa una estimación que aquél realiza de la cuantía del daño. Corresponde al juez la “determinación”, la que lo calcula teniendo en cuenta el “valor” al día del pago. No interesa el precio que tenía el automóvil en el momento en que fue destruido, pues ese “precio” es un valor histórico. Interesa cuál es el precio actual, pues este representa el valor patrimonial destruido. Véase que las prestaciones de alimentos no pueden ser calificadas como obligaciones restitutorias sino como “prestaciones de valor a determinarse” al momento de expedir sentencia o en su ejecución; en tal sentido léase la redacción del artículo en comentario que señala: “con prescindencia del monto demandado, el Juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil”. Ello se explica porque en este tipo de pretensiones no subyace el nominalismo sino el principio valorista que pone énfasis en el valor adquisitivo de la moneda, por tanto, a través de él, se trata de mantener constante, ya no el valor nominal sino el valor adquisitivo.

(1) Barchi Velaochaga Luciano, Código Civil Comentado, t. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 528.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. Como refiere el artículo en comentario, la actualización del valor puede ser solicitada aunque el proceso ya esté sentenciado. Ello se explica por el principio valorista que acoge las prestaciones alimentarias. Este principio pone énfasis en el valor adquisitivo de la moneda, por tanto, a través de él, se trata de mantener una constante, ya no el valor nominal, sino por el valor de estas. No implica una nueva pretensión en debate orientada al aumento de alimentos sino mantener el mismo valor asignado.

Si bien, para adoptar el principio valorista las partes deben establecer de común acuerdo valores de referencia, en los procesos judiciales, ello no opera así, pues será el juez el que tendrá que realizar la actualización, a pedido de parte, recurriendo a referentes como el valor de la moneda en que hubiere sido fijado, índices de reajuste automático, por citar. La actualización no afecta las prestaciones ya pagadas, sino las que a futuro se devenguen.

A pesar que no exista pactado cláusulas de estabilización, se puede solicitar la actualización del valor de la prestación, aunque el proceso ya esté sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado. Las cláusulas de estabilización, a las que se puede recurrir están referidas al tipo de moneda, a índices de reajuste, a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. Es importante precisar que los referentes para la actualización de la pensión de alimentos tienen un rol diverso al de los intereses. El primero tiene como función mantener constante el valor adquisitivo del dinero y el segundo, compensar la privación del capital; sin embargo, Barchi precisa que “en la mayoría de las veces los intereses constituyen mecanismos alternativos de reajuste. Ello ocurre cuando la tasa de interés contiene una prima por depreciación (tasa de interés nominal); en tal sentido, cuando existe una obligación con cláusula de reajuste no podríamos aplicar una tasa de interés nominal, puesto que se reajustaría dos veces. Tendríamos que aplicar una tasa de interés real, es decir, sin prima de depreciación”.

## LIQUIDACIÓN

### ARTÍCULO 568

*Concluido el proceso, sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el Juez resolverá. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. Las que se devenguen posteriormente, se pagarán por adelantado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

Agotado el proceso de cognición y existiendo pensiones devengadas impagas, se procede a preparar la liquidación de estas y los intereses para la futura ejecución forzada a la que se ingresará, ante la resistencia del deudor alimentario.

Como señala la norma, concluido el proceso se procede a la liquidación citada. Esta conclusión puede provenir por obra de una sentencia firme o por acuerdo homologado por el juez.

La liquidación de las pensiones devengadas e intereses requieren de una previa propuesta que al respecto elaboren las partes, para luego, sobre la base de dichas propuestas, el secretario del juzgado proceda a practicar la liquidación respectiva.

Para la liquidación citada debe tenerse como referente el cuaderno de asignación anticipada, el movimiento bancario de la cuenta de ahorros que se hubiere abierto para tal fin y la sentencia final firme, pues, en caso de sentencia desfavorable, el demandante queda obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal. El artículo 569 CPC así lo refiere: “si la sentencia es revocada declarándose infundada, total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567 CPC”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

A pesar que la norma no precise, a partir de cuándo se aplicará el cómputo de los intereses, estos deben ser liquidados a partir de la fecha en que dichas pensiones fueron entregadas a la parte demandante y la fecha en que fueron consignados al juzgado, pues, dichos depósitos realizados en el Banco de la Nación generan intereses legales.

En cambio, el artículo si es claro en precisar que tratándose de sentencia condenatoria, la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses serán computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. Esto supone que las consignaciones realizadas, puedan ser diminutas o extemporáneas. Como parte del contradictorio, el resultado de la liquidación debe ser puesto a conocimiento de ambas partes, y no solo del obligado, como señala la norma en comentario. Ambas partes, dentro del plazo de tres días, deben tener la posibilidad de expresar su conformidad o no, con la liquidación practicada. Vencido dicho plazo, con o sin cuestionamiento, el Juez resolverá. Dicha decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Como señala la Ley N° 28439, cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, emitirá la entidad financiera a pedido del juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo en reemplazo de informe pericial, el Juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

La liquidación de alimentos tiene también efectos colaterales a su propia ejecución, como el ser registrado en el Registro de deudores alimentarios morosos. Para los efectos de la Ley N° 28970 serán inscritas aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También serán inscritas aquellas personas que no cumplan con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un período de tres meses desde que son exigibles

Por otro lado, el artículo 566-A al Código Procesal Civil, el cual establece que en caso de que el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de la pensión alimenticia, el juez, a pedido de parte, y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Este acto constituye el trámite de interposición de denuncia penal por incumplimiento de pensión alimenticia.

El bien tutelado en la omisión a la asistencia familiar no es la persona física del sujeto pasivo, sino la institución de la familia, tratándose de un delito de mera

omisión y de peligro abstracto, toda vez, que el sujeto pasivo se encuentra en un estado real de necesidad lindante con la indigencia absoluta.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la liquidación de pensiones devengadas tomando como referencia el tipo de cambio del dólar. El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta ni en cantidad diferente. Debe practicarse la liquidación conforme a los criterios fijados por el Banco Central de Reserva del Perú (Exp. Nº 2205-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 137)*

## DEMANDA INFUNDADA

### ARTÍCULO 569

*Si la sentencia es revocada declarándose infundada total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. A pesar que el procedimiento para la pretensión alimentaria es sumarísimo, la necesidad impostergable de acudir con ellos hace que estos se brinden de manera anticipada. No se trata de una de una cautela que conserva o retiene bienes para una futura ejecución forzada sino de una medida urgente que busca anticipar los efectos de la decisión final, sin sentencia. Como refiere el artículo 675 CPC, el Juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.

La asignación anticipada es una medida coincidente a futuro, con el derecho de fondo, que para su amparo requiere de la casi certeza del derecho reclamado, esto es, de la fuerte probabilidad de la existencia del derecho reclamado y de la necesidad impostergable de acudir a ella sin embargo, como toda medida (urgente), encierra un riesgo latente que la asume la parte que se beneficia con ella.

2. El artículo en comentario hace referencia al riesgo que encierra toda medida cautelar. Parte de la existencia de la asignación anticipada de alimentos, de manera provisorio, y de una sentencia infundada, total o parcialmente. Bajo dicho contexto, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567; sin embargo, la devolución de lo percibido por haber sido desestimada la pretensión no exime que el afectado con la medida pueda luego ingresar al reclamo de la contracautela, siempre y cuando la ejecución cautelar le hubiere generado daño. En igual sentido, si resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho (ver artículo 620 CPC). Por otro lado, apréciase que el supuesto que regula el artículo es la obtención de una sentencia infundada, más no hace referencia a la sentencia que revoca la impugnada y declara improcedencia de esta.

En tal caso, también procede la devolución de las pensiones alimenticias entregadas anticipadamente, por no existir condena judicial alguna que justifique dicho disfrute.

3. El artículo hace referencia a la devolución de lo percibido, luego de una sentencia firme que declara infundada la demanda; sin embargo, también hay la posibilidad que sin sentencia firme, pero con una demanda desestimada en primera instancia se proceda a la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho. Véase que en el caso que regula el artículo en comentario, es consecuencia de una decisión firme en la que el derecho se ha definido en forma adversa al actor, en cambio, en el caso que recoge el artículo 630 CPC, se trata también de un derecho definido en contra del actor, a través de una sentencia, pero que no se encuentra firme por estar pendiente las resultas de la impugnación.

Por otro lado, véase que las asignaciones anticipadas, como expresión de la medida temporal sobre el fondo, difiere sustancialmente de la retención, pues, en la primera el derecho se anticipa al solicitante, sin sentencia y bajo una fuerte probabilidad de certeza, en atención a la necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se pide; en cambio, en el embargo, no se anticipa nada, solo se busca conservar los bienes del deudor para garantizar el éxito de la futura ejecución forzada, en tanto ello no suceda, los bienes embargados seguirán inmovilizados y entregados al órgano de auxilio judicial correspondiente.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien los cónyuges se deben alimentos recíprocamente, también es que para la procedencia de la demanda de alimentos debe acreditarse las necesidades de quien los pide.*

*Si la parte actora no ha aportado ningún elemento de juicio que pruebe la necesidad para ser acudida alimentariamente por su cónyuge no procede amparar la demanda de alimentos (Exp. N° 984-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 223-224)*

## PRORRATEO

### ARTÍCULO 570

*Cuando se demanda el prorratio de alimentos, corresponde conocer del proceso al juez que realizó el primer emplazamiento. Mientras se tramita el proceso de prorratio, el juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.N.A. art.

---

### Comentario

---

1. Según la Real Academia, dicese de la cuota o porción que le toca a cada uno de lo que se reparte entre varios. Jurídicamente señala Flores Polo<sup>(1)</sup> que “el término tiene gran importancia en todo aquello que se refiere a la liquidación de obligaciones o derechos, división de créditos, reducción de legados, pago a los acreedores de las quiebras y cuyos créditos tienen la misma calidad y condición; distribución de utilidades en materia societaria, o, en su caso, de las pérdidas”.

2. Nuestra legislación civil hace referencia al prorratio como expresión de concurrencia de obligaciones alimentarias para lo cual contempla un orden de prelación para el cumplimiento de dichas prestaciones, en atención a la edad del beneficiado con los alimentos. Esto es, cuando el beneficiado sea mayor de edad, se recurrirá a lo regulado en el artículo 475 CPC, en cambio cuando se trate de un menor de edad, a lo normado en el artículo 93 CNA.

El artículo 475 CC señala que los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el siguiente orden: el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y los hermanos. Este orden es importante para exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria recíproca a los que se hace referencia en el artículo 474 del CC. A pesar que la 2º Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes, modifica el citado artículo 475 CPC, continua en vigencia pues a la fecha no se ha emitido el texto sustitutorio de este.

El artículo 93 CNM tiene el siguiente orden de prelación: los padres, los hermanos mayores de edad, los abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado (tío) y otros responsables del niño o adolescente.

---

(1) Flores Polo Pedro, Diccionario de términos jurídicos, t.II, Cuzco SA, Lima, 1980, p. 359.

En ambos casos, el orden de prelación desde el punto de vista de los obligados es subsidiario, permitiendo al demandado, el derecho de excusión para solicitar que previamente se haga lo propio con el anteriormente obligado y se acredite que este no puede cumplir con dicha obligación.

A pesar que la definición propuesta sobre prorratio es importante hacer la distinción de la pluralidad de obligaciones concurrentes en alimentos de la condena de alimentos concurrentes. Christian Hernández Alarcón<sup>(2)</sup> ha desarrollado un trabajo interesante que aborda este tema, distinguiendo los supuestos de pluralidad de obligaciones y divisibilidad de la pensión alimenticia, y sus efectos frente al prorratio que regula el artículo 570 CPC y que a continuación reproducimos:

“En primer lugar tenemos que señalar que artículo bajo 477 del CC regula la concurrencia de obligados alimentarios del mismo orden sucesorio y del mismo grado de parentesco. Para poder comprender sus alcances, veamos el siguiente ejemplo: Juan es adulto, soltero, tiene dos hijos, dos hermanos, sus padres y abuelos viven. En el caso de que solicite alimentos, al no tener cónyuge y ser adulto tiene que pedir alimentos primero a sus hijos, ambos se los deben proporcionar en cantidades proporcionales a sus propias necesidades. Debemos notar que los hijos tienen el mismo grado de parentesco y orden sucesorio respecto de Juan.

El mismo razonamiento tenemos que seguir si en el caso Juan no tiene hijos, entonces ambos padres serían obligados, o faltando padres, sus abuelos por igual tanto de padre como de madre y no habiendo estos sus hermanos.

En todos estos casos los obligados sufragaran las necesidades de Juan en un monto proporcional a sus propias posibilidades. En este caso si uno de los obligados no puede ni atender ni su propia subsistencia no será incluido como acreedor.

Por otro lado, si a pesar de tener posibilidades se niega a otorgar los alimentos, independientemente de las consecuencias legales de las que sería sujeto, la norma bajo comentario prevee que por tratarse del derecho a la subsistencia de tutela urgente, el otro hermano atenderá las necesidades de Juan sin perjuicio de la repetición que podrá exigir de este. Nos encontraríamos en la misma situación ante otras circunstancias especiales en las que exista urgencia de atender las necesidades del alimentista, en todos estos casos la valoración de la urgencia y la situación particular está a cargo del juez. Cabe preguntarnos, si es que en todos estos casos es necesario que el acreedor alimentario emplace a todos los deudores del mismo orden y grado o es suficiente con que lo haga al que conoce que tiene las posibilidades de alimentarlo o cualquiera de ellos.

---

(2) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Al respecto, debemos señalar que el artículo 477 del CC al que nos estamos refiriendo señala que el pago de la pensión es divisible entre los obligados. Sin embargo, con el emplazamiento el alimentista le está solicitando a un obligado determinado los alimentos en su totalidad y no la parte que le correspondería toda vez que lo hace por la relación personal existente entre ellos. De este modo si bien todos los deudores del mismo orden y grado pueden dividirse la pensión, esta divisibilidad solo surte efecto entre ellos, porque frente al acreedor alimentario cada coobligado tiene una deuda personal y diferente de cada uno de sus obligados (BUSSO).

El emplazado podrá sin embargo hacer una denuncia civil (artículo 102 CPC) indicado la existencia de parientes de obligación preferente o de otros del mismo grado que tienen mejores o iguales posibilidades, debiendo acreditar los hechos que señala pudiendo integrarse la relación procesal. No obstante si esto no se realiza, no podrá solicitar la nulidad argumentando la existencia de un litisconsorcio necesario por las razones expuestas en los párrafos precedentes. Luego del proceso, podría iniciar una acción de repetición solicitando además la concurrencia de los otros obligados y la divisibilidad de la obligación.

Esta lectura del artículo comentado 477 del CC, pretende evitar una dilación del proceso que desnaturalizaría su tutela urgente. En muchas ediciones del Código Civil este artículo se ha sumillado como prorratio. Sin embargo debe precisarse que el prorratio técnicamente se da en la concurrencia de acreedores alimentarios normada por el artículo 570 del CPC y no en la de obligados que estamos comentando.

El error incluso ha sido recogido legislativamente por el Código de los Niños y Adolescentes donde el artículo 95 en el que se hace referencia a que la obligación debe ser prorrateada entre los obligados si se hallan materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma individual, pudiendo además ser prorrateada a solicitud de cualquiera de los acreedores alimentarios en el caso de que sea inejecutable la pensión fijada. De este modo para nuestra legislación el prorratio ha sido utilizado tanto en la concurrencia de deudores como de acreedores.

En virtud de lo anteriormente señalado, debe tenerse en cuenta que si bien la pensión puede dividirse, la obligación es indivisible, de este modo cuando concurren varios deudores frente a un acreedor la pensión total se completa con el aporte que cada cual da como obligación independiente.

En cambio cuando concurren varios acreedores lo que se divide no es el monto de la pensión dada, sino la renta gravada al deudor, la cual no puede cubrir las diversas pensiones fijadas por causa de obligaciones alimentarias independientes. A esta operación por la cual se reparten en proporciones la renta de un deudor a fin de que sean ejecutables las pensiones fijadas se llama prorratio.

Si la renta del deudor puede satisfacer todas las obligaciones alimentarias, no habrá prorrateo. Para ello es preciso tener en cuenta que cuando se trata de rentas que no provienen del trabajo se puede embargar hasta el 100%, pero en el caso de las remuneraciones y pensiones únicamente se puede embargar hasta el 60% por concepto de alimentos (inciso 5 del artículo 648 CPC).

Así, si un apersona al divorciarse de su cónyuge ha sido afectada en su remuneración por una pensión alimenticia del 50%, el cual se le viene descontando y pasado el tiempo es vencido en otro proceso de alimentos donde se fija el 30% de su remuneración, al solicitarse la ejecución de esta sentencia en el trabajo se negarán a la retención por este concepto por superar el límite máximo embargable, (60%) por lo que para ejecutarse esta sentencia deberá hacerse un prorrateo de los ingresos afectados a fin de que se cumplan las dos obligaciones alimentarias, para ello se deberá emplazar al deudor y a todos los acreedores redistribuyéndose el porcentaje afectado dentro de los límites permitidos.

Cuando se refiere al prorrateo por conciliación, el Código del Niño en su artículo 95, se pone en supuesto en que sean varios los obligados cuando sea materialmente imposible que puedan cumplirla en forma individual. Debemos entender que en estos casos nos encontramos ante obligados del mismo orden de prelación, por ejemplo en el caso de los hermanos mayores de edad por que en todos esos casos pueden ser emplazados al mismo tiempo y dividirse entre todos la obligación alimentaria a nivel judicial.

No obstante, en los casos de la división de la obligación alimentaria anteriormente señalados, el responsable (se entiende quien tiene la custodia del niño) puede convocar una conciliación para el prorrateo entre los obligados del siguiente orden de prelación. Por ejemplo: La madre de un niño, ante la imposibilidad de que el padre del mismo pueda pagar la pensión de alimentos, puede solicitarla a los hermanos mayores de edad, del niño y en caso de que ellos no puedan pagar la pensión alimenticia a los abuelos, paternos y maternos. En todos estos casos se puede dividir la obligación alimentaria conforme las reglas del 481 del Código Civil. (posibilidades y necesidades) Esto sin perjuicio de considerar, como se ha señalado anteriormente la obligación como individualizada a favor de cada uno de los hijos.

Como hemos señalado anteriormente en todos estos casos nos encontramos no propiamente ante un prorrateo, sino ante la divisibilidad de la obligación alimentaria. Donde si nos encontramos ante un prorrateo cuando la pensión de alimentos sea inejecutable por superar el máximo porcentaje embargable por alimentos. Artículo 648 inciso 5 del Código Procesal Civil, como hemos señalado en el anteriormente Ahora bien en estos casos consideramos que el prorrateo puede ser realizado no únicamente a solicitud de los acreedores alimentarios; sino, incluso a solicitud de los deudores alimentarios.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

3. En cuanto a la competencia, se sostiene que la cesación o modificación de la pensión de alimentos debe demandarse ante el mismo juez que la acordó. El 96 del Código de los niños y adolescentes establece “el Juez de Paz Letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones”. En lo relacionado a los alimentos, con exclusión de los menores de edad, el artículo 571 CPC remite la competencia en caso de prorrateo a las normas del subcapítulo sobre alimentos.

En la Casación N° 1348-2003- Cajamarca (El Peruano, 2 de agosto del 2004, p. 12499) se ha establecido lo siguiente: “el legislador ha pretendido, que el deudor alimentario tenga recurso suficientes para poder subsistir, fijándole un porcentaje promedio de cuarenta por ciento de sus ingresos, para que cumpla esta finalidad; por ende, al tener el obligado alimentario varias acreencias alimentarias, es preciso ordenarlas y distribuir o prorratear el sesenta por ciento de sus ingresos totales, entre los acreedores alimentarios; hacer caso omiso a ello, implicaría una flagrante violación de la ley, y al numeral nueve del Título Preliminar del Código Procesal Civil”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Cuando se demanda el prorrateo de alimentos corresponde conocer del proceso al juez que realizó el primer emplazamiento, ello es aplicable extensivamente a los procesos de aumentos de alimentos.*

*Si los alimentistas domicilian en Lima y el Juez que conoció el proceso de alimentos es de Huaraz, corresponde al primero la pretensión de aumento de alimentos en mérito a la competencia facultativa que regula el artículo 24 del CPC. Los alimentos son un derecho de atención urgente e inmediata (Exp. N° 2367-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 292)*

*Mientras se tramite el proceso de prorrateo de alimentos, el juez puede fijar provisionalmente las porciones que debe percibir cada alimentista, atendiendo a las necesidades de estos y considerando el principio constitucional de igualdad de los hijos (Exp. N° 944-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 150)*

*El prorrateo procede cuando la suma de las distintas pensiones excede de la porción embargable de las rentas del alimentante (Exp. N° 319-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 34-35)*

*Los alimentos deben fijarse de acuerdo a las posibilidades de quien los presta y las necesidades de quien las pide, por tanto no habiendo demostrado que el obligado tenga otras cargas, es necesario señalar una pensión para el menor de acuerdo a sus necesidades (Exp. N° 4235-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 33-34)*

## APLICACIÓN EXTENSIVA

### ARTÍCULO 571

*Las normas de este Subcapítulo son aplicables a los procesos de aumento, reducción, cambio en la forma de prestarla, prorrateo, exoneración y extinción de pensión de alimentos, en cuanto sean pertinentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario

---

1. Las disposiciones relativas al proceso de alimentos reguladas en este subcapítulo se aplican supletoriamente a todas las demás pretensiones relacionadas con la pensión de alimentos.

Este artículo es una expresión de integración normativa, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el art. IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1º disposición final CPC)

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas contenidas en el presente sub-capítulo, para suplir el vacío en la regulación del procedimiento para pretensiones referidas al aumento, reducción, cambio en la forma de prestarla, prorrateo, exoneración y extinción de pensión de alimentos. No resulta aplicable este procedimiento para los temas de filiación o del hijo alimentista.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

2. En las prestaciones de alimentos, la pensión alimentaria tiene el carácter de provisoria, pudiendo ser modificados a través de un procedimiento ulterior con el aporte de nuevos elementos y pruebas; sin embargo, en determinadas circunstancias, puede ampararse una excepción de cosa juzgada, cuando se intenta una demanda fundada en una causa que ya ha sido rechazada, por ejemplo, si se declaró que el demandado no está obligado a prestar alimentos al actor por no ligarle ninguna relación de parentesco, salvo el pronunciamiento que hubiera fundado en la insuficiencia de la prueba.

Reafirmando el carácter provisorio de los alimentos, la Casación N° 1473-97-Cajamarca (El Peruano, 9 diciembre de 1998) sostiene lo siguiente: “en materia de cosa juzgada se distingue la cosa juzgada formal de la material. La primera se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso la segunda en cambio se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. La cosa juzgada material está protegida por una excepción puntual, que no permite que se siga un nuevo proceso con el mismo fin; y tratándose de juicios de otorgamiento de pensión alimenticia, el monto fijado tiene siempre carácter provisional, pues la pensión alimenticia se puede aumentar o reducir según se acrecienten o disminuyan las posibilidades económicas del obligado y las necesidades de los alimentistas, como establecen los artículos 571 del CPC y 481 y 482 CC”.

Ello se explica porque los alimentos se brindan sobre dos supuestos bastante relativos: la capacidad económica de quien lo brinda y la necesidad del alimentista; esto es, que el juez al momento de fijar los alimentos tendrá en cuenta la capacidad económica del demandado, pues, por grandes que sean las necesidades del alimentado, si las posibilidades económicas del alimentante son reducidas, no habrá más remedio que amoldar a ellas la fijación de la pensión.

Como ya se ha señalado, la sentencia dictada en el proceso de alimentos puede ser modificada, pues, no tiene carácter de cosa juzgada, mas para que esto se produzca es necesario que **varíen las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se fijo la pensión alimenticia**. Véase el caso del obligado a prestar alimentos que sufre un accidente que lo limita permanentemente para trabajar. Se extingue, igualmente, por la muerte del deudor o del acreedor, en razón del carácter personalísimo de la obligación.

Bajo ese contexto, de ausencia de cosa juzgada, resulta procedente la reducción de la pensión alimenticia, si se demuestra que quien la recibe cuenta con otras entradas que habría ocultado, o el caso que la pensión resulte elevada con relación a los escasos ingresos de quien los presta; o si han fallecido dos de las cuatro alimentistas, procede la reducción de la pensión a la que fue condenado el esposo y padre.

Para la procedencia del aumento de la pensión de alimentos, se observan algunos indicadores como la época en que fue fijada la primera cuota, la diferencia de edad de la alimentaria, su incapacidad actual para el trabajo y el aumento del caudal del alimentante. Esto implica que si el obligado ha mejorado su posición económica por un nuevo empleo y por percibir importantes ingresos, podría proceder el aumento de alimentos, al margen que la pensión se hubiere fijado convencionalmente. También corresponde aumentar si la propia edad de los niños inducía la posibilidad que ella fuera aumentada gradualmente, de un modo paralelo a las nuevas necesidades que traería consigo un crecimiento y desarrollo. Algunas opiniones sostienen que el aumento debe ser en proporción al mejoramiento de las condiciones económicas del obligado. La Sala Suprema de nuestro país ha señalado que si bien el estado de necesidad de la alimentista mayor de edad se acredita con el hecho de que es madre soltera y desempleada, conforme a la normatividad vigente, dicho estado a fin de dar lugar a la subsistencia de la obligación de proveer alimentos debe sustentarse en su incapacidad física o mental debidamente comprobada, las cuales delimitan el principio de solidaridad familiar que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales de aquellos que no pueden satisfacerlas por sí mismos.

También se ha sostenido, en otro caso, que debe existir equidad entre los padres para determinar el aumento de pensión por alimentos. Véase en la Casación Nº 1060-03 SANTA, (Publicada en El Peruano, 30 de abril de 2004), la Sala Suprema ha señalado que el tema del aumento de alimentos no se agota en el tema de la remuneración del padre, sino que atiende al hecho de que tanto el padre como la madre se encuentran obligados a alimentar y educar a sus hijos, mas aún, si de autos no se verifica que la madre se encuentre incapacitada para coadyuvar al sostenimiento de la menor.

Por otro lado, mediante la Casación Nº 2228-2003-UCAYALI (El Peruano, 31/01/2005), se sostiene "si al finalizar la unión de hecho, uno de los convivientes desea reclamar una pensión de alimentos deberá acreditar la condición de abandonado". Al respecto, la Corte Suprema precisa que el artículo 326 del Código Civil establece que, para que se conceda una pensión de alimentos en una unión de hecho, el solicitante deberá mantener una relación convivencial actual o, en todo caso, deberá acreditar la condición de abandonado cuando esta hubiera terminado. Asimismo, en este último supuesto, el conviviente abandonado (en este caso, la demandante) podrá elegir entre una indemnización o una pensión de alimentos.



### JURISPRUDENCIA

---

*Al proceso de reducción de alimentos, es de aplicación extensiva las normas contenidas en los artículos 560 y siguientes del CPC. El conocimiento del proceso por el juez que*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

efectuó el primer emplazamiento, solo se encuentra prevista para el prorrateo, mas no para la reducción de alimentos (**Exp. N° 99-3438, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 297**)

Es infundada la reducción de alimentos, si no se acredita que el cumplimiento del monto fijado por alimentos, pone en peligro la propia subsistencia del accionante.

Resulta irrelevante para los fines del proceso, la situación económica de la demandada, puesto que la pensión alimenticia que se pretende reducir fue establecida de mutuo acuerdo, y es de presumir que al demandado le constaba la situación económica de su ex cónyuge al efectuar la propuesta de convenio (**Exp. N° 376-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 35**)

Es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de la fijación de pensiones alimentarias, en ese sentido, si se reducen las posibilidades de uno de los obligados y subsisten las necesidades del alimentista, el juez de la causa está plenamente facultado a establecer o aumentar la obligación a cargo del otro obligado, mediante las pruebas y sustentos suficientes (**Cas. N° 725-99-Lambayeque, El Peruano, 31/08/99, p. 3388**)

Para que continúe la prestación alimentaria de un alimentista mayor de edad, se requiere acreditar que está siguiendo una profesión u oficio exitosamente; la omisión de dichas pruebas acarrea la exoneración de la pensión alimenticia (**Exp. N° 454-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 129-130**)

No es procedente la solicitud de prorrateo de alimentos, cuando la suma de las distintas pensiones no exceda la porción embargable de las rentas del obligado, es decir, del cincuenta por ciento de su haber (**Exp. N° 135-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 127-128**)

Procede el pedido de variación en la forma de prestar la pensión de alimentos, si han variado las condiciones laborales del obligado.

Debe tomarse con reserva la declaración jurada de ingresos por no ser imperativa la investigación de dichos ingresos.

Debe considerarse las cargas a que se halle sujeto el obligado para fijar el monto de los alimentos, como es el tener una obligación similar con otra hija menor de edad (**Exp. N° 449-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 121-122**)

Si bien es evidente el aumento de sus necesidades básicas de una hija alimentista en edad escolar, debe tenerse en consideración para aumentar prudencialmente la pensión de alimentos, el no perjudicar el derecho de otras personas dependientes (**Exp. N° 452-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 123**)

Si bien no resulta legalmente exigible la obligación alimentaria a partir de los dieciocho años de edad, la previsión de situaciones de excepción, implica que aquélla no puede cesar automáticamente, si el cumplimiento de ese deber moral ha sido fijado judicialmente. Lo contrario dejaría abierta la posibilidad para que el obligado solicite la repetición de lo pagado por dicho concepto después de producida aquella circunstancia, en evidente colisión con el espíritu de protección de las normas dictadas a favor de los alimentistas (**Exp.**

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

**Nº 2607-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 135-136)**

*El accionante tiene igual obligación que la madre para atender a las necesidades de los menores, más aún si se encuentran en la etapa, de desarrollo escolar. No puede aceptarse la reducción de alimentos si no se encuentra debidamente sustentada y no existe impedimento para que el accionante desarrolle otras actividades en horario diferente para cubrir los gastos mínimos de los niños, por ser parte de su misión paterna (Exp. Nº 1628-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 143)*

*La pensión alimenticia dada por resolución judicial, dejará de regir una vez que los hijos menores adquieran la mayoría de edad; sin embargo, la misma podrá continuar si subsiste el estado de necesidad o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente (Exp. Nº 305-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 148)*

*La subrogación de la obligación alimenticia opera de pleno derecho, cuando el padre del menor alimentista, quien ejerce la patria potestad, se apersona al proceso y cumple la obligación por tener legítimo interés (Exp. Nº 1647-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 149)*

*Debe ampararse la demanda de alimentos si el accionante es alumno universitario y el demandado no ha demostrado que su hijo sea un mal alumno (Exp. Nº 358-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 224-225)*

*Procede la reducción de alimentos si la cónyuge percibe un sueldo superior al obligado y la menor alimentista cuenta con una edad cuyas necesidades no son tan exigentes (Exp. Nº 5100-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 37-39)*

*No existe razón valedera para solicitar la reducción de los alimentos, a los siete meses después de haber voluntariamente conciliado (Exp. Nº 2460-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 39-40)*

*El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere de seguir prestándolo si disminuyen sus ingresos de modo tal que no pueda atender a la obligación sin poner en peligro su propia subsistencia (Exp. Nº 2476-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 45-46)*

*Si no se acredita que los hijos mayores de edad sigan con éxito alguna profesión u oficio ni se encuentren en estado de necesidad, se extingue la obligación alimentaria (Exp. Nº 2440-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 47-48)*

*Si el padre a los 16 días que el alimentista adquirió la mayoría de edad plantea la exoneración de alimentos, esta debe desestimarse pues es obvio que el alimentista aún no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia (Exp. Nº 3484-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 36-37)*

*Siendo el objeto de la acción, la exoneración de la obligación alimentaria y la consiguiente reducción por haber adquirido la mayoría de edad el hijo alimentista, la demanda debe*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

entenderse con quien ya no va a gozar de ese derecho y tenga capacidad para comparecer en el proceso, por sí mismo (**Exp. Nº 3155-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 38-39**)

Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla.

Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones (**Exp. Nº 471-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, p. 318**)

La pensión alimenticia fijada porcentualmente, varía automáticamente, según las modificaciones del ingreso que perciba el obligado. A1 fijarse el aumento de la pensión alimenticia se debe tener en cuenta, no solo las posibilidades del obligado, sino las necesidades que este afronta; así como que la accionante no se encuentra imposibilitada de laborar, y de esta manera coadyuvar a la satisfacción de sus necesidades (**Exp. Nº 418-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 142**)

Subsiste la obligación del alimentante de proveer al sostenimiento de sus hijos e hijas mayores de 18 años, si están siguiendo con éxito una profesión u oficio, así como alas hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia (**Exp. Nº 2377-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 32-33**)

Aun cuando la actora labora y percibe una remuneración mayor que la del emplazado, ello no exonera o disminuye la obligación de este frente a su menor hija (**Exp. Nº 3256-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 26-27**)

Si bien el emplazado cuenta con 21 años de edad, se encuentra en plena formación física e intelectual, tiene afán de superación y deseos de proseguir estudios superiores, propósitos que en ningún momento los ha desatendido, cabe amparar la pretensión para que el padre continúe apoyándolo en la continuación de sus estudios (**Exp. Nº 992-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 222-223**)

La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades de los alimentistas y las posibilidades del alimentante (**Exp. Nº 2443-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 41-42**)

Debe ampararse la demanda de aumento de alimentos, a favor de quien aún mantiene vínculo legal, porque al haberse señalado la pensión alimenticia en intis, al cambio de la actual moneda circulante Ónuevos solesÓy carece de valor real (**Exp. Nº 1725-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 151**)

Si bien no resulta legalmente exigible la obligación alimentaria a partir de los dieciocho años de edad, la previsión de situaciones de excepción, implica que aquella no puede cesar automáticamente, si el cumplimiento de ese deber moral ha sido fijado judicialmente. Lo contrario dejaría abierta la posibilidad para que el obligado solicite la repetición de lo pagado por dicho concepto después de producida aquella circunstancia, en evidente colisión con el espíritu de protección de las normas dictadas a favor de los alimentistas (**Exp. Nº 2607-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 135-136**).

## GARANTÍA

### ARTÍCULO 572

*Mientras esté vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente, a criterio del juez.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.N.A. art.

---

### Comentario

---

1. La sentencia de alimentos no tiene efecto de cosa juzgada, lo que permite que las partes puedan demandar aumento o disminución del monto fijado como pensión de alimentos, en caso se modificare las circunstancias tenidas en cuenta al momento de fijar la pensión. No obstante el carácter provisorio de la pensión de alimentos, la norma contempla que, en tanto se encuentre vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, se debe exigir al obligado la constitución de garantía suficiente para satisfacer los alimentos; mas aún, que estos siempre se abonan por meses adelantados (ver artículo 566 CPC).

2. Como ya se ha señalado, el presente artículo exige garantías para asegurar el pago de cuotas futuras, sin ser relevante que el deudor esté al día o no, en el pago. Esta garantía es importante, porque en caso que el alimentante incurra en atrasos que obliguen a sucesivas intimaciones y requerimientos, puede permitir al alimentista recurrir con éxito a trabar embargo sobre la garantía hasta cubrir la proyección de la suma adeudada o por un tiempo determinado. Algunas opiniones sostienen que la cuota alimenticia siempre debe abonarse en dinero efectivo, sin embargo, hay otras posiciones que aceptan –de manera excepcional– la satisfacción de los alimentos en especie, sobre todo si el demandado ofrece alojar en su casa al actor.

No obstante existir la condena de alimentos, puede ocurrir la posibilidad que el deudor alimentario no cumpla con ellas, por diversas razones, como la afectación de su solvencia económica. Ante esta posibilidad, la norma permite que el alimentista pueda precaverse contra esta eventualidad exigiendo al obligado la constitución de garantía suficiente, la que puede ser real o personal; por tanto, el deudor alimentario podría entregar en garantía un bien de propiedad de este con un derecho real de hipoteca, prenda, anticresis, warrants, etc.; o podría extender la responsabilidad derivada del contrato a otras personas, como sería la fianza, de tal manera que para que el acreedor quede en la imposibilidad de cobrar su crédito,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

será menester que tanto el deudor originario, como el garante, caigan en insolvencia. Esto aumenta notoriamente las probabilidades de que el crédito será satisfecho, sobre todo porque el acreedor alimentista se encargará de exigir un garante de conocida fortuna.

3. La norma no precisa el tipo de garantía que se pide, por tanto, se puede concurrir para este fin, a las que provienen del derecho real y del derecho de crédito. Ellas representan las dos maneras básicas de poder dar satisfacción a un interés jurídicamente protegido. En los derechos reales, el alimentista puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; en cambio, en los derechos de crédito el alimentista exige de otro u otros, personalmente obligados, una prestación favorable a su interés.

En otras palabras, en el derecho real, el titular puede alcanzar directamente el interés que tiene protegido a base de actuar de manera inmediata sobre la cosa; por el contrario, en el derecho de crédito, el interés protegido consiste en una conducta perfectamente delimitada y definida que incumbe a otro u otros sujetos de derecho. Esta conducta, referida a la prestación de alimentos, es precisamente el objeto directo de la protección jurídica en el derecho de crédito, que solo de manera indirecta o mediata recae sobre el contenido de la prestación debida. En otras palabras, la fianza es un contrato unilateral, de garantía personal, en virtud del cual un tercero se compromete a responder ante un acreedor alimentista, del cumplimiento de la obligación asumida por un deudor alimentario, para el caso de que este incumpla la misma. Con este tipo de garantía se asegura el pago de la pensión de alimentos a favor del beneficiario por parte del fiador; esto significa que el acreedor alimentista puede perseguir al fiador desde que la obligación se haya hecho exigible; no siendo necesario perseguir al deudor principal, a no ser que este interponga el beneficio de excusión.



## JURISPRUDENCIA

---

*El cónyuge no tiene la libre disposición para gravar un bien inmueble de la sociedad conyugal.*

*No puede el demandado garantizar el pago de las futuras pensiones alimenticias con un bien de propiedad de la sociedad conyugal (Exp. Nº 1284-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 221)*

*El porcentaje de la compensación por tiempo de servicios del obligado que se embarga en forma de retención, constituye una garantía para el pago de pensiones a futuro.*

*Esta suma constituye una garantía mientras esté vigente la sentencia que ordena la prestación de alimentos, pudiendo el obligado pedir que se traslade a otro bien que a consideración del Juzgador sea suficiente para responder de la obligación (Exp. Nº 1646-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 136)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El monto de la indemnización o compensación por tiempo de servicios embargado al obligado a prestar alimentos, sirve tanto para garantizar las futuras pensiones que se devenguen en los casos que se haya dejado de prestar servicios y no se labore o se perciba pensión que no alcance a cubrir las necesidades básicas de los alimentistas y/o para hacer efectivo el pago de pensiones adeudadas (Exp. Nº 1128-95, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 146)*

**Sub - Capítulo 2º**  
**SEPARACIÓN CONVENCIONAL  
Y DIVORCIO ULTERIOR**

**APLICACIÓN SUPLETORIA**

**ARTÍCULO 573**

*La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con el inciso 13 del artículo 333º del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

 **Comentario**

1. El procedimiento sumarísimo acoge las pretensiones de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por acuerdo de los cónyuges; así como el divorcio consecuente.

Dichas pretensiones aparecen referidas en el inciso 11 del artículo 333 y artículo 354 del Código Civil, respectivamente. En el primer caso, se dice que son causales de separación de cuerpos: la separación convencional, después de transcurridos dos años de celebración del matrimonio; y transcurrido dos (02) meses de la notificación de la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la declaración de disolución del vínculo matrimonial (ver artículo 580 CPC).

Esto significa para Cornejo<sup>(1)</sup> que “los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas –que sin embargo no desean ventilar ante los

(\*) Texto según el art. 7 de la Ley 27495 de 07-07-2001.

(1) Cornejo, op. cit., p. 312.

tribunales– o simplemente por el hecho que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación y solicitan la autorización judicial para exonerarse mutuamente de los deberes de lecho y habitación”. Hay un sector de la doctrina que cuestiona la separación convencional. Señalan que ella se dirige a satisfacer el particular interés de los cónyuges, evitando exhibir las escandalosas incidencias de su vida, olvidando que el matrimonio no es un negocio privado, sino una institución social fundamental<sup>(2)</sup>.

Vemos pues que frente a las desavenencias de la vida conyugal, originadas por tantas razones, los protagonistas de ella, han decidido poner fin a su relación por medio del acuerdo, sin embargo, dicho acuerdo no será suficiente para el efecto final que buscan, cuál es, lograr la separación de cuerpos, si es que no recurren a la jurisdicción.

La procesalización del acuerdo para la separación de cuerpos será la condicionante de la autocomposición. Se parte de la necesidad de la solución procesal para obtener resultados, que sin la exigencia del legislador podrían conseguirse en vía autocompositiva, por citar, para la separación convencional, hace falta seguir un proceso para verificar si concurren efectivamente los requisitos exigidos por Ley. No es determinante el *pseudo* proceso ulterior para confirmar y homologar el acuerdo de las partes. La intervención judicial exige en tales casos como una garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges: el público y social en cuanto las consecuencias de la disolución del matrimonio.

2. El artículo 6 de la Resolución Administrativa N° 006-2004-CE-PJ establece “cuando concurren varias personas como demandantes o demandados, pagarán el arancel respectivo por cada titular de la acción, salvo las sociedades conyugales que conformen una misma parte...”, sin embargo, mediante Oficio Circular N° 036-2005-A-CSJL/PJ –de manera desatinada- se precisa que dicha condición no se cumple en las demandas de separación convencional y divorcio ulterior, debiendo cada uno de los cónyuges acompañar su arancel judicial por ofrecimiento de pruebas, porque “no cumplen con la condición de ser una parte, aun cuando, ambos litigantes se pusieron de acuerdo para poner fin a la sociedad conyugal y por ende, presenten la propuesta de convenio referida a los fines regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales”.

---

(2) *Ibidem*.

## INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 574

*En los procesos a que se refiere este Subcapítulo, el Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La separación convencional encierra una solución autocompositiva que requiere de la procesalización para alcanzar los objetivos que se busca. Aquí ambos cónyuges van a unirse para conformar una sola parte, para enfrentarse al Ministerio Público, quien actuará en calidad de parte, para completar la bilateralidad del proceso. Esta procesalización estará orientada a la aprobación judicial del convenio presentado.

2. A pesar que en el proceso civil predomina la autonomía de voluntad de los particulares, se permite que el Ministerio Público actúe en él, sea como parte, como tercero o como dictaminador. En el caso concreto de la separación convencional, permite que el Ministerio Público pueda ejercer su función como parte en el proceso judicial, como lo regula el art. 113 CPC, y como tal “no emite dictamen”, sino que tiene el deber de contestar la demanda y realizar todos los actos relacionados con la defensa de la parte que representa.

Es atendible que el Ministerio Público intervenga para compensar la bilateralidad, propio del proceso judicial, caso contrario estaríamos ante un procedimiento no contencioso, orientado a que el Estado renuncie, en favor de los particulares, la facultad de administrar justicia, reduciendo al juez a la categoría de un simple testigo o de un funcionario notarial. De ahí que la intervención del Ministerio Público, en el caso de la separación convencional no puede reducirse a una labor dictaminadora, de expresar una opinión jurídica, como sucede en el divorcio por causal; sino que su intervención está dada –como parte– en el proceso. Ahora bien, dicha intervención, bajo la redacción primigenia del artículo en comentario era indiscriminada; bastaba que se promoviera la pretensión de separación convencional para que el Ministerio Público intervenga automáticamente como parte demandada, sin embargo, esa fórmula ha sido modificada a fin que el Ministerio Público intervenga como parte, “solo si los cónyuges tuviesen hijos

sujetos a patria potestad". Esto implicaría que la misión asignada al juez, al margen de emitir una declaración constitutiva, es atribuirle una misión contralora con fines homologatorios sobre la propuesta contenida en el convenio de separación convencional, para verificar no solo la capacidad de disposición de los cónyuges intervinientes sino las condiciones que por Ley se exige para promover este tipo de pretensiones, como es el caso del tiempo transcurrido entre la celebración del matrimonio y el pedido de separación convencional y ulterior divorcio. Caso contrario, si no operara la misión homologatoria del juez sobre la propuesta de disposición de los cónyuges, la pregunta que surge es determinar ¿quién ejerce el contradictorio en el caso de la separación convencional cuando los cónyuges no hubieren tenido hijos? Véase el caso de una pretensión de separación convencional sobre un matrimonio civil celebrado bajo causales de nulidad. ¿Quién ejercerá el contradictorio para cuestionar la validez del matrimonio y por tanto, suspender los efectos de la pretensión convencional demandada?

3. En estos últimos tiempos se viene discutiendo en el Congreso de la República, el **Proyecto de Ley N° 392-2006**<sup>(1)</sup>-que propone desjudicializar el proceso de separación convencional, a fin que se tramite ante la Municipalidad en la que celebró el matrimonio. Toma como antecedentes, el **Proyecto N° 01265/20001** que incorporaba su tramitación a los procesos no contenciosos a ser tramitados por los Notarios y justifica su propuesta en los costos para el ciudadano para acceder a dicho proceso convencional y a la sobrecarga del Poder Judicial, que permitiría que estos conflictos, que no generan mayor controversia porque las partes están de acuerdo, se formalice en otras instancias no judiciales. Pérez,<sup>(2)</sup> es uno de los autores que sostiene la desjudicialización de las separaciones convencionales a través de la intervención notarial, por haberse otorgado atribuciones y funciones controladoras y fiscalizadoras del cumplimiento de la legalidad. El Notario, dice Pérez, al intervenir en el divorcio, lo haría como creador del nuevo Derecho preventivo, controlando la legalidad de los acuerdos entre los cónyuges, sin contradicciones, ni lesión de los intereses de los menores hijos, ni de uno de los cónyuges de modo que la escritura de divorcio esté apta para el tráfico jurídico, garantizando la debida publicidad del acto, sin el coste personal y patrimonial que un largo y tortuoso proceso de divorcio, en sede judicial, causa a todos los implicados en él.

(1) Dice el referido Proyecto de Ley presentado en Octubre del 2006, por la Congresista Rosario Sasieta Morales, por el grupo Alianza Parlamentaria, que "la realidad nos muestra que al no facilitarse la disolución del vínculo matrimonial, en aquellos casos que pretende atender esta iniciativa, se produce generalmente la formación de familias paralelas, con la consiguiente limitación a su desarrollo armónico, la estabilidad económica y la formalización de su patrimonio, lo que a todas luces resulta más dañino para la institución matrimonial que el divorcio en sí mismo." Sobre la temática, ver en Perez Gallardo Leonardo, El divorcio por mutuo acuerdo ante Notario, en Diálogos con la jurisprudencia, No 98, Lima, p. 119

(2) Perez Gallardo Leonardo, El divorcio por mutuo acuerdo ante Notario: mitos y tabues, en Diálogo con la Jurisprudencia, No 98, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 121.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El **Proyecto de Ley, Nº 1000/2006-PE** acoge la iniciativa legislativa a fin que la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se desjudicalice y pueda ser tramitada ante la autoridad administrativa municipal, con la finalidad de brindar a la ciudadanía un sistema eficiente y eficaz que pueda permitir satisfacer de modo oportuno una necesidad de orden personal, familiar y social. Sostiene el citado Proyecto que el Código Civil constituye el cuerpo legal en el que se establece que para contraer matrimonio civil, es necesario la declaración de voluntad en forma oral o escrita ante el Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de los solicitantes. En tal sentido, la misma autoridad que celebró el matrimonio debe encontrarse legítimamente facultada para disolverlo, cuando los cónyuges declaren por escrito que esa es su voluntad; siempre y cuando no existan hijos menores de edad o mayores con incapacidad; así como carezcan de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o cuenten con la escritura pública de acuerdo de separación de patrimonios, debidamente inscrita en los Registros Públicos, o con la escritura pública por la cual los bienes de los cónyuges sean repartidos entre ambos de común acuerdo, de ser el caso.

4. Si se tiene en cuenta, que los intereses en juego en el proceso civil son privados, predominando en ellos la autonomía de la voluntad de los particulares, el proceso civil no es un campo normal de actuación para el Ministerio Público, pero razones como defensa de legalidad, del interés público tutelado por la Ley y satisfacción a través de la jurisdicción al interés social justifican su ingreso. No cabe hacer una referencia general a la presencia del Ministerio Público en el proceso civil, sin que previamente se establezca en que casos concretos la ley prevé la actuación de este órgano. A decir de Montero<sup>(3)</sup>, la publicización de los derechos justifica que el Ministerio Público asuma con plenitud la condición de parte. Si bien se trata de una parte especial, dado que su interés no es privado, actuando en defensa de la legalidad (así como el abogado del Estado es parte parcial, defendiendo los intereses concretos de la administración), el Ministerio Público, defendiendo los intereses de la sociedad, atendiendo al hecho que esta ha reflejado cuál es su interés en la ley, y siguiendo los principios de unidad y dependencia.

Cuando el ordenamiento crea una parte, dice Montero, no cabe afirmar que está desconectada de la relación jurídico material que se discute en el proceso. No cabe decir, como suele hacerse, que la sociedad a la que representa el Ministerio Público, no se ve afectada por la declaración de incapacidad de una persona, por la disolución del vínculo conyugal, por la nulidad del matrimonio, etc. Ello no es cierto. Cuando la ley legitima al Ministerio Público en estos procesos es por estimar que existe un interés público en juego que hay que tutelar. La Sala Civil de la Corte Suprema, ha señalado que "si bien el Ministerio Público tiene la representación de

---

(3) Montero Aroca, t. II, op. cit. p. 81

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

la sociedad en el juicio, tal representación solo lo es para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y al interés social, pues, es un organismo autónomo cuyas principales funciones son las defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos (...) que esa representación del ente social abstracto no comprende la que concretamente tiene el procurador respecto de los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio”<sup>(4)</sup>.

---

(4) Ejecutoria suprema del 16 de febrero del 1982, exp: 169-81, Lima, (Taramona José, Compendio de ejecutorias supremas, Jamse editores, Lima, 1982, t. II, pp. 55-56)

## REQUISITO ESPECIAL DE LA DEMANDA

### ARTÍCULO 575

*A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.*

*El inventario valorizado sólo requerirá de firma legalizada de los cónyuges.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 706-711

C.P.C. Colombia arts. 444, 445, 446

---

### Comentario

---

1. La separación convencional parte del supuesto de la existencia del concierto de voluntades de los propios cónyuges, para buscar la separación de cuerpos y posterior disolución del vínculo conyugal. Prueba de ello, es la propuesta de convenio que las partes someten al juez, en la que de mutuo acuerdo han regulado el ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, previo inventario valorizado de los bienes, si lo hubiera. Esto último en aplicación extensiva del artículo 320 CC que dice: “fenecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas (...)”.

A pesar que la separación convencional es una expresión autocompositiva de conflictos, está condicionada a la procesalización, para verificar si concurren efectivamente los requisitos de Ley para decretarlo, en todos los aspectos derivados de dicha vinculación, como el ejercicio de la patria potestad (si hubiere hijos menores), los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales (si hubiere bienes cuya propiedad sea acreditada). No es determinante para el proceso ni vinculante para el juez, confirmar y homologar dichas voluntades, en los términos que aparece expresada en la propuesta del convenio. La intervención judicial se exige en tales casos como una garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse

en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges: el público y social en cuanto a las consecuencias de la disolución del matrimonio.

2. El convenio que los cónyuges acompañan al proceso, al margen de contener la expresión de la voluntad de ellos en temas derivados de la relación conyugal, es una propuesta que el juez valorará al momento de sentenciar, sin embargo, dicho documento constituye un requisito especial de admisibilidad de la demanda, el mismo que debe aparecer anexado a ella.

Como es un documento privado, debe ser ratificado por los cónyuges en la audiencia de Ley, para validar los efectos que a futuro generará las voluntades expresadas en él.

Dicho convenio, requiere de ciertas formalidades para ser incorporada válidamente al proceso. Debe ser escrito, suscrito por ambos cónyuges, requiriendo además de firma legalizada ellos, cuando el inventario es valorizado.

3. Cuando se trata de una disolución del vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta de los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista en el artículo 340 CC, concordante con el artículo 420 CC, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o ambos padres y se confía la misma al que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio del juez, atendiendo siempre al bienestar de los hijos. En cuanto a los alimentos de los hijos menores también debe estar estipulado, no solo el monto de las asignaciones sino la forma en la que se abonarán ello, esto es, directamente o por depósitos bancarios. En cuanto a los alimentos de los cónyuges, mutuamente pueden exonerarse de su prestación.

4. El convenio debe tener la liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada. Al respecto, la Sala Suprema, en la Casación Nº 2280-2001-TACNA (El Peruano, 01/12/2004) señala que los bienes adquiridos durante la relación convivencial tienen la calidad de bienes sociales, incluso si en Registros Públicos se consigna una información distinta. En este sentido, en caso de conflicto entre un derecho personal (crédito) y un derecho real (propiedad), prima este último por tener carácter persecutorio, *erga omnes*. La Sala Suprema considera que al haberse adquirido el bien sub litis dentro de la relación convivencial (entre la tercerista demandante y el deudor del crédito por el cual se trabó el embargo) cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, debe entenderse que dicha adquisición se realizó bajo la sociedad de gananciales y, por lo tanto, es un bien social. La Sala también precisa que en los bienes sociales no pueden distinguirse acciones o derechos (cuotas) por no tratarse de una copropiedad. Así, concluye que mientras exista sociedad de gananciales no puede trabarse embargo sobre

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

los derechos expectaticios que corresponderían a cada miembro en caso de fenecer la sociedad de gananciales.

En la Casación Nº 2421-2002-LA LIBERTAD, (El Peruano, 30/09/2004), se establece que la sociedad de gananciales no responde por las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, si es que ella no le reporta algún beneficio. La Sala Suprema señala que en caso de que un cónyuge contraiga una obligación patrimonial, sin el conocimiento y consentimiento del otro cónyuge, dicha obligación no le será exigible a la sociedad de gananciales si es que no le hubiera representado algún beneficio. Al respecto, la Sala Suprema señala que es adecuado el criterio de responsabilidad por las obligaciones previsto en el artículo 315 del Código Civil, que dispone que la sociedad de gananciales solo responderá por las obligaciones asumidas por esta y no por obligaciones asumidas personalmente, por uno de los cónyuges, salvo que el objeto de estas hubiese tenido como beneficiario a la sociedad en conjunto.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es infundada la reducción de alimentos, si no se acredita que el cumplimiento del monto fijado por alimentos, pone en peligro la propia subsistencia del accionante.*

*Resulta irrelevante para los fines del proceso, la situación económica de la demandada, puesto que la pensión alimenticia que se pretende reducir fue establecida de mutuo acuerdo, y es de presumir que al demandado le constaba la situación económica de su ex cónyuge al efectuar la propuesta de convenio (Exp. Nº 376-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 35)*

*La separación convencional establece como requisito especial para su obtención y posterior disolución del vínculo matrimonial, el acuerdo de ambos cónyuges, respecto a todos los puntos que contiene la demanda.*

*Resulta evidente el conflicto de intereses entre ambos cónyuges sobre la propiedad de un inmueble, pues, por un lado, ambos afirman en la demanda que se trata de un bien adquirido dentro del matrimonio, y, posteriormente el cónyuge mediante escrito, asocia sin su consentimiento, el nombre de su cónyuge y expresa en forma unilateral que el referido inmueble es un bien propio que le transfirió su señora madre, hecho que limita el derecho de defensa de la cónyuge (Exp. Nº 632-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 26)*

*Se requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en virtud del principio de literalidad (Exp. Nº 951-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 287)*

*En los casos de separación convencional, ambos padres mantienen el ejercicio de la patria potestad, al no constituir dicho ejercicio, acto disponible de los mismos, como sí lo es la tenencia (Exp. Nº 932-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 98)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El Juez del proceso judicial de Separación Convencional y ulterior divorcio, debe resolver todo lo necesario en cuanto a las pretensiones subsidiarias a la petición principal de Divorcio Relativo atendiendo, en cuanto sea conveniente, al acuerdo de los cónyuges co-mandantes.*

*No debe confundirse el capital accionario con la titularidad de los activos de la persona jurídica, por más que los inmuebles sean su único activo o el activo más importante (Exp. Nº 889-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 99-100)*

*Si los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal a una de separación convencional, en la audiencia de conciliación deben acordar los otros puntos de la propuesta de convenio como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales (Exp. Nº 2577-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 112)*

*El convenio de las partes respecto a los bienes no es susceptible de ser modificado por el juez (Exp. Nº 1512-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 58-59)*

*Es nula la sentencia de separación que no ha observado lo que ambos cónyuges han acordado.*

*La propuesta del convenio no es susceptible de ser modificada por el juez (Exp. Nº 285-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 68-69)*

*No debe confundirse la patria potestad con la tenencia. Esta última es atributo de la patria potestad, la que puede ser materia de convenio, el que no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al niño o adolescente.*

*La patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. No puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres (Exp. Nº 826-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 132)*

## ANTICIPACIÓN DE TUTELA

### ARTÍCULO 576

*Expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexado a la demanda, sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La norma acoge la tutela anticipada, basada en la existencia de una demanda admitida de separación convencional y la existencia de un convenio al respecto, que regula el ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, el mismo que aparece anexado a la demanda.

No se trata técnicamente de una cautela, como la medida temporal sobre el fondo, que opera en los casos de divorcio por causal, cuando “a solicitud de cualquiera de los cónyuges, el juez autoriza que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal” (ver artículo 680 CPC) o en los casos de conflictos familiares con hijos menores (ver artículo 677 CPC).

Aquí, es el propio acuerdo, como ejercicio de la autonomía privada de partes, el que provoca la eficacia jurídica sobre lo pactado, y no por obra de la jurisdicción, sin embargo, su eficacia esta condicionada a que dichas propuestas del convenio puedan ser acogidas en la sentencia final.

2. Uno de los efectos que recoge el convenio es la suspensión de los deberes de lecho y habitación. Cada uno de ellos queda por tanto, en libertad de elegir su propio domicilio. Como es lógico, la suspensión del deber de cohabitación lleva implícita la del debito conyugal, pero como ya se ha dicho no autoriza a los cónyuges, puesto que siguen siéndolo, para iniciar o mantener trato sexual con distinta persona.

Origina automáticamente el fenecimiento de la sociedad de gananciales. Producida la separación convencional el régimen de gananciales, si era el que venía ejerciendo, queda *ipso jure* sustituido por el de separación de patrimonios.

La relación alimentaria entre marido y mujer experimenta modificación. La obligación es recíproca y depende de las posibilidades o rentas de cada uno. El juez

al momento de sentenciar fijara la pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba pasar al otro, observando en cuanto sea conveniente lo que ambos cónyuges acuerden, si se trata de una separación convencional.

Los acuerdos del convenio tienen eficacia jurídica, condicionado a que lo que se disponga en la sentencia. Esto implica que el ejercicio de la patria potestad y la prestación de alimentos para los hijos, en los términos que aparecen regulados en el convenio, deja librada su valoración a la prudencia del juez para que se adecue al caso concreto según sus propias circunstancias.

## REPRESENTACIÓN ESPECIAL

### ARTÍCULO 577

*Las actuaciones judiciales podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Como se aprecia, la norma consagra la representación voluntaria, para lo cual, la persona que tenga capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer los derechos que en él se discuten, puede conferir a otra el poder de representarla en el proceso (ver artículo 68 CPC). En tal caso, la legitimación formal del representante será el efecto de la voluntad del representado, expresada en un negocio jurídico (poder) con las formalidades con las que se quiera celebrar (ver artículo 72 CPC) y las facultades que se quiera otorgar (artículo 74 y 75 CPC). La norma en comentario precisamente requiere que las actuaciones judiciales sean realizadas, a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso. De ahí que el otorgamiento de dichas facultades se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente. En relación a la literalidad, la Casación N° 175-95-Pucallpa, del 10 Octubre de 1996, señala: “si bien artículo 75 CPC establece que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad y que no se presume la existencia de facultades no conferidas explícitamente, esto no implica que se debe otorgar un poder específico para que el apoderado conteste determinada demanda judicial, siendo suficiente para ello que se le hubiera conferido expresamente la facultad general de contestar las demandas que se presentan contra su representado”

2. El poder para litis puede ser general o especial. Para este tipo de pretensiones, señala el artículo en comentario, las actuaciones judiciales podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso. Dichas facultades especiales, aparecen reproducidas en el artículo 75 CPC y se requiere de ellas “para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley”.

3. No debe confundirse las facultades especiales, que se otorga por escritura pública o por acta, ante el juez del proceso; con el poder de representación judicial que refiere el artículo 80 CPC, quien interviene en el proceso, con las facultades generales del artículo 74 CPC. En este último caso, dicho poder confiere al defensor la posibilidad de representar a la parte en el proceso, esto es, cumplir y recibir en su interés todos los actos del proceso mismo que no estén expresamente reservados por Ley a la parte personalmente o con facultades especiales.



## JURISPRUDENCIA

---

*Se requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en virtud del principio de literalidad (Exp. N° 951-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 287)*

## REVOCACIÓN

### ARTÍCULO 578

*Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia, cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión, en cuyo caso se archiva el expediente.*

*No se admite revocación parcial ni condicionada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La separación convencional permite que las partes, durante el proceso, puedan reanudar su vida conyugal o reafirmar su posición de poner fin al vínculo conyugal. En el primer caso, dice Cornejo, "si los cónyuges de buena fe creyeron imposible la convivencia matrimonial, llegan después de un período de separación al convencimiento que sus diferencias no son realmente insalvables, que la vida en común les depara ventajas que antes no apreciaron y que por todo ello hallan deseable y útil renovar sus normales relaciones"

2. La norma regula el arrepentimiento de uno de los cónyuges solicitantes de la separación convencional. Esta revocación debe operar dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia y lo puede hacer cualquiera de los cónyuges, en cuyo caso se archiva el expediente. Es un acto unilateral, puro, sin condicionamientos.

Este acto de renuncia a continuar con la pretensión, no requiere el concierto de voluntades, pues, produce efecto la declaración unilateral de uno de ellos, caso distinto al de reconciliación, en el que la separación opera por acto bilateral de ambos cónyuges.

El artículo 346 CC permite poner fin a la separación cuando cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriese después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges harán presente al juez dentro del mismo proceso, a fin que la reconciliación, se inscriba en el registro personal.

Si bien ambos mecanismos (la revocatoria y la reconciliación) se orientan a preservar la relación jurídica conyugal, es importante diferenciar que, en uno y en otro caso, opera la voluntad –unilateral o bilateral– de los cónyuges para preservar el vínculo conyugal. En ambos casos, basta la revocación o la reconciliación para que el proceso que se encontrará en giro se archive.

## CONTENIDO DE LA SENTENCIA

### ARTÍCULO 579

*La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

La sentencia que pone fin al proceso, no solo debe limitarse a pronunciarse por la separación de cuerpos sino que además debe apreciar las propuestas que acoge el convenio sobre la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces.

A pesar de tratarse de una separación convencional, donde las partes –de mutuo acuerdo– han definido los regímenes del ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, en los términos que aparecen en la propuesta del convenio, dichas prestaciones están sujetas a revisión por el juzgador, quien puede desaprobárlas por contener acuerdos contrarios a la ley o por ser perjudiciales a los derechos de los menores o incapaces.

El artículo precisa que la sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, pero en los aspectos de los alimentos y la patria potestad (siempre y cuando aseguren adecuadamente tales derechos); más no hace referencia a los acuerdos sobre la sociedad de gananciales que los cónyuges hayan establecido en el convenio.

Al apreciarse la propuesta sobre el ejercicio de la patria potestad debe tenerse en cuenta que cuando se trata de una disolución del vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta de los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista en el artículo 340, concordante con el artículo 420 CC, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o a ambos padres y se confía la misma al que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio del juez, atendiendo siempre al bienestar de los hijos.



**JURISPRUDENCIA**

---

*El régimen de visitas, más que un derecho de los padres resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral. Está sujeto a variación, según las necesidades de los hijos. La patria potestad es una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres, con el nacimiento de los hijos matrimoniales, y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los cuales se ejercen, en tanto que esta no haya sido objeto de suspensión o pérdida (Exp. N° 1015-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 85)*

*La patria potestad es una institución reguladora de la relación paterno-filial, no pudiendo ser objeto de convenio o renuncia por los padres. Se admite la suspensión o privación de la misma, solo por mandato legal y con carácter de sanción. No debe confundirse con la tenencia ni con la representación legal del hijo.*

*Corresponde al juez fijar, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y acoger en la sentencia la propuesta del convenio, siempre que asegure adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad (Exp. N° 1547-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 130-131)*

*Siendo norma que la patria potestad se suspende en los casos de separación o divorcio de los padres, aún cuando la conciliación extrajudicial practicada por las partes ha sido presentada al proceso e incluso ratificada por las partes en la audiencia respectiva, ello no enerva el significado imperativo de dicha norma (Cas. N° 719-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2205).*

## DIVORCIO

### ARTÍCULO 580

*En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354º del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.C. art.

---

### Comentario

---

1. La norma acoge el supuesto que el estado de separación convencional puede desembocar en la completa ruptura del vínculo (divorcio) si transcurrido dos meses los cónyuges, o uno de ellos, considera que no hay posibilidad de normalizar la vida conyugal. La Casación N° 957-99 del 15 de noviembre 99 señala que “el artículo 354 CC contiene dos supuestos, el primero referido a los casos de separación convencional, en el que cualquiera de los cónyuges puede, basándose en la sentencia de separación, pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial transcurrido seis meses desde su notificación, supuesto que presupone la existencia de una demanda conjunta en la que los cónyuges expresen de mutuo acuerdo la decisión de separarse. Y el segundo supuesto referido al derecho concedido al cónyuge inocente para que en los casos de separación por causal específica, pueda solicitar la disolución del referido vínculo. En consecuencia dicha norma no resulta aplicable al caso en el que exista una sentencia recaída dentro de un proceso en el que se ventilaba una pretensión de divorcio por causal, que dispuso la separación de cuerpos entre los cónyuges atendiendo a una situación de hecho y no a la existencia de alguna de las causales contempladas en el artículo 333 CC”

2. La declaración de divorcio que se solicita es de naturaleza constitutiva, porque busca alterar, cambiar la relación jurídica entablada para disolverla. En tanto no exista esa declaración judicial la situación estará suspendida hasta que los cónyuges decidan exigir dicho pronunciamiento. En este mismo sentido, algunos

---

(\*) Texto según el art. 2 de la Ley 28384 de 13-11-2004.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

autores opinan: “cuando la existencia de la relación jurídica judicialmente declarada depende de la declaración judicial, forma un fallo constitutivo de ella. El proceso de separación conyugal, la declaración de certeza es constitutiva porque la modificación del régimen matrimonial denota mediante la fórmula de la separación no puede constituirse sin el proceso”.

3. Mediante Ley 28384 se modificó los plazos que regulan el divorcio. La modificación del artículo 354 del Código Civil reduce el plazo de conversión de la separación convencional por divorcio de seis (06) a dos (02) meses. Así, el nuevo texto del mencionado artículo establece que transcurridos dos meses de la notificación de la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la declaración de disolución del vínculo matrimonial. Asimismo, conforme a la modificación del artículo 359, se elimina la obligación de elevar a consulta la sentencia de divorcio por separación convencional que no haya sido apelada.

4. Una posibilidad que puede concurrir en este período de separación de cuerpos es la reconciliación. Señala Cornejo<sup>(1)</sup> que la cesación de los efectos de la separación en virtud de haberse reconciliado los cónyuges significa por una parte, que se reanuda la vida en común, se reinstaurará en su caso, un régimen de gananciales que no será por cierto, el mismo que quedó liquidado si tal hubiera ya ocurrido sino uno nuevo, se restituirá a ambos padres el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc. No podrá demandarse nuevamente la separación por los mismos hechos que fueron materia de un proceso terminado, sino solamente por causas nuevas o recién sabidas, situación en la cual los hechos que motivaron el juicio precedente solo podrán ser tenidos en cuenta en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de los nuevos motivos ahora alegados.

La reconciliación es bilateral, no formal, expresa o tácita, pura y simple, no pudiendo, por lo tanto, ser sometida a plazo, condición o cargo. La unión sexual de los esposos, por sí sola, no exterioriza la reconciliación a que hace referencia el artículo 346 CC, sin embargo, hay otros criterios que sostienen que la reconciliación existirá, con solo probarse la unión sexual de los esposos, por esporádica o aislada que ella sea.

Las ofensas anteriores a la reconciliación quedan definitivamente extinguidas con la misma, no pudiendo alegarse ni aún en caso de reincidencia. Solo las ofensas, conocidas por los cónyuges en el momento de la reconciliación son perdonadas con ella, no así aquellas de las que no se tuviere conocimiento. La reconciliación restituye a los cónyuges todos los derechos y deberes personales del

---

(1) Cornejo, op. cit. p. 320

matrimonio. La reconciliación en el divorcio puede ser alegada en tres momentos: a) al contestar la demanda; b) como hecho nuevo y c) después de dictada la correspondiente sentencia de divorcio.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si los cónyuges han otorgado a su abogado las facultades generales de la representación a que se refiere el artículo 74 del CPC, debe ampararse la solicitud de disolución del vínculo presentada por su abogada, pues el artículo 354 del CC no exige en forma expresa el otorgamiento de facultades especiales para poder solicitar la disolución del vínculo del matrimonio (Exp. Nº 98-558, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 162)*

*La solicitud de divorcio en base a la sentencia de separación convencional o separación por causal debe ser ejercido en forma personal por los cónyuges, no estando autorizado el abogado patrocinante para ejercer tal derecho en representación de su patrocinado, a menos que se le hubiese otorgado expresamente dicha facultad (Cas. Nº 957-99-Ica, El Peruano, 26/12/99, p. 4408)*

*En un proceso sobre desalojo por ocupación precaria, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien; y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título (Cas. Nº 1781-99-Callao, El Peruano, 26/12/99, p. 4405)*

*En el proceso de desalojo por falta de pago, lo único que tiene que definirse es si el demandado se encuentra o no en mora en el pago de la renta y no cabe pronunciamiento sobre la vigencia de uno u otro contrato porque ello es ajeno al real objeto de la materia controvertida y porque dicha determinación solo sería relevante si se tratara de desalojo por vencimiento de contrato (Cas. Nº 202-2000, El Peruano, 30/08/2000, p. 6141)*

*Si los codemandantes han manifestado su voluntad de proseguir con la disolución del vínculo matrimonial, mediante escrito presentado a la Sala, ello no importa ratificación, porque en dicho acto no intervinieron los cónyuges co accionarles, sino únicamente el abogado patrocinante (Exp. Nº 271-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 340-343)*

*No procede que el abogado, sin facultad expresa solicite la disolución del vínculo matrimonial amparándose en el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*Ello es un derecho sustantivo de los cónyuges, el que para ser ejercitado por el abogado o un tercero, debe contar con las facultades del artículo 75 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 611-98-1JF, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 343-346)*

*En los casos de separación convencional, luego de notificada la sentencia y transcurrido el plazo correspondiente, cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*No puede el Juez disolver el vínculo matrimonial, sin que ninguno de los cónyuges lo haya solicitado (Exp. N° 345-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 108)*

*Aunque los ex cónyuges no plantearon la liquidación de la sociedad de gananciales en el procedimiento de separación convencional que tramitaron; ello, no es óbice para que la demandante instaure la acción correspondiente, para dilucidarlo.*

*Al disponer la corrección de los asientos registrales se cautela el derecho de la actora evitándole perjuicio patrimonial, pero, ello no acarrea resarcimiento indemnizatorio (Exp. N° 3128-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 262-263)*

*Debe declararse la nulidad de la sentencia si el abogado patrocinante no ha acreditado que se encuentra premunido de la facultad para solicitar la disolución del vínculo matrimonial de las coaccionantes y la declaración de ulterior divorcio (Exp. N° 3429-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 198-199)*

*Ninguno de los cónyuges coaccionantes ha pedido se declare disuelto el vínculo del matrimonio que contrajeron, careciendo el juez de facultad legal para sustituir alas partes en la presente acción, resolviéndola de oficio (Exp. N° 3050-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 199-200)*

*No puede solicitarse la disolución del vínculo matrimonial, antes de seis meses de notificada la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial. Es nula la sentencia consultada al no haberse cumplido con el plazo establecido por ley (Exp. N° 1681-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 97)*

*Cualquiera de los cónyuges podrá pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial, transcurrido seis meses de la sentencia de separación.*

*Es nula la sentencia expedida sin que las partes hayan solicitado la disolución del vínculo del matrimonio (Exp. N° 517-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 42-43)*

## Sub - Capítulo 3º

---

# INTERDICCIÓN

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 581

*La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2. y 3. del artículo 43º y 2. a 7. del artículo 44º del Código Civil.*

*La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 447, 659, 660, 661, 662

---

### Comentario

---

1. La interdicción es la pretensión orientada a cuestionar el estado de incapacidad del individuo, a través de un procedimiento sumarísimo.

Clásicamente se vinculaba la interdicción como un procedimiento para la declaración de la demencia, el que era calificado como el juicio de la insania, sin embargo como lo precisa el artículo en comentario, son varios los supuestos a los que se puede recurrir para lograr la interdicción de una persona. Uno de ellos hace referencia a estar privado de discernimiento y a no poder expresar su voluntad de manera indubitable (ver inciso 2 y 3 del artículo 43 CC)

Como se aprecia de la redacción del propio artículo 43 CC, los privados de discernimiento son personas absolutamente incapaces, porque se considera que carecen de las aptitudes mínimas para gobernarse a sí mismos y administrar sus bienes. Con el objeto de preservarles de su propia inconsciencia y de la explotación de los terceros, la ley los somete a un régimen de protección, equiparándolos a los menores y poniendo al cuidado de su persona y de sus bienes a cargo de un

curador, tal como refiere la redacción del artículo 564 CC. Algunos autores –como Alsina<sup>(1)</sup>– opinan que “tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia cuando una solicitud igual se hubiese ya declarado improbadada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevivientes a la declaración judicial. No es posible, en efecto, someter a una persona a repetidos exámenes por denuncias antojadizas o interesadas cuando los hechos en que ellas se funden son los mismos; por eso la ley acuerda efectos de cosa juzgada a la resolución que declaró la improcedencia de la interdicción. Pero es natural que no comprenda los hechos posteriores al pronunciamiento, los que deben ser materia de un nuevo examen”.

2. La interdicción también se puede lograr bajo los supuestos de la incapacidad relativa. Uno de ellos se refiere al “deterioro mental que impida expresar su libre voluntad” (véase inciso 3 artículo 44 CC). En estos casos, corresponde proveer de curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, aunque no sea demente ni sordomudo, pero librado a sí mismo no podría realizar ningún acto de administración, ni discurrir con probabilidad de acierto acerca de sus asuntos, ni cuidar de ellos personalmente; siendo tal incapacidad de carácter permanente y definitiva. Esta situación no podría ser extensiva a un menor de 14 años porque el menor impúber es absolutamente incapaz y está sometido a la representación legal, siendo sus actos igualmente nulos por falta de discernimiento.

El retardo mental también justifica la interdicción, como lo señala el inciso 2 del citado artículo 44 CC. Señala Espinoza, citando a Santos Briz, que implica una perturbación patológica de la actividad intelectual del sujeto cuando a causa de una enfermedad psíquica, de disposición anímica anormal o de lesión en las células cerebrales, se halla perturbada de tal forma su capacidad de juicio o la formación de su voluntad que no pueden esperarse de él apreciaciones y enjuiciamientos normales.

El otro supuesto para la interdicción es la condición de pródigo, el que está sujeto a tres condiciones: a) la acción de dilapidar bienes; b) que opere bajo la preexistencia de un derecho sucesorio; y c) que exceda su porción disponible.

El dilapidar los bienes denota irracionalidad, ligereza o falta de ponderación del valor de las cosas. Aguilar<sup>(2)</sup> califica al pródigo como “el derrochador de de sus bienes, el que hace gastos excesivos o frívolo consumo de sus bienes, aquel que no tiene un concepto claro del valor de las cosas y por ello los dilapida; algunos llegan a decir que en la prodigalidad hay una suerte de desarreglo mental, una falsa concepción de la riqueza”.

---

(1) Alsina Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, 2º ed, t.VI, juicios especiales, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 422.

(2) Aguilar Llanos Benjamín, Código Civil Comentado, t. III (segunda parte), Gaceta Jurídica, Lima, p. 586.

El contexto sucesorio en el que se desarrolla esta causal, requiere de la existencia de un cónyuge o herederos forzosos. Ello resulta reiterativo, porque el cónyuge es heredero forzoso, por tanto, al referirse al contexto sucesorio, bastaría calificarse de herederos forzosos; sin embargo, la gran interrogante que surge es saber si cabe alegar dicha causal cuando el pródigo no se ubique bajo dicho contexto sucesorio. Si partimos de la idea que la incapacidad busca evitar que la persona ingrese a una situación de insolvencia e insuficiencia para su propia subsistencia, convirtiéndose en una carga para su familia y para la sociedad misma, podríamos opinar que si sería factible dicha intervención, sin embargo, el referente que se utilizaría para cuantificar la porción de disposición ya no sería el que se señala el artículo 584 CC. Dicho artículo califica de pródigo al que dilapida bienes que exceden de su porción disponible, contrario sensu, si la disposición irresponsable no excede dicho límite, ¿podría operar dicha causal para declarar su incapacidad?

La mala gestión constituye otra causal para la interdicción, siempre y cuando por dicha gestión “se ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos”, tal como lo señala el artículo 585 CC. Aguilar<sup>(3)</sup> distingue el mal gestor del pródigo así. “En el caso de este, su desarreglo mental gira en torno a no apreciar el valor de las cosas y por ello el derroche de los mismos, mientras que en aquel sí hay concepto claro del valor de los bienes, pero no hay diligencia, conocimiento, pericia para administrar esos bienes y es esta impericia la que lo lleva a perder parte de su patrimonio”.

Cotejando la descripción del artículo 584 y 585 CC se puede advertir que –existiendo herederos forzosos– la ley le pone un límite, la porción disponible, mientras que en el caso del mal gestor, la pérdida refiere a la mitad del patrimonio.

Para Juan Espinoza, el tratamiento de los pródigos y de los malos gestores en el Código Civil es desigual. Mientras que para la prodigalidad, establece un criterio cuantitativo, para la mala gestión, cuenta con régimen mixto, en el que no solo se debe acreditar la pérdida de mas de la mitad de los bienes, sino que se establece un criterio cualitativo, cuando “deja al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión”. Considera que no solo debe limitarse a los titulares de la pretensión, como son los herederos forzosos, sino que también dependan econonómicamente del sujeto que se quiere declarar interdicto.

En cuanto a los ebrios habituales, se parte de la justificación que al ser habituales bebedores, estas personas carecen de facultades necesarias que le permitan realizar actos válidos por sí mismos, es necesario intervenir para tutelar sus propios intereses y la de su familia. En el caso de los toxicomanos, su incapacidad

---

(3) Op. cit. p. 588.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

va a estar sustentada en el consumo de sustancias químicas (psicofármacos), que le va a generar una situación de dependencia hacia su consumo. En tales circunstancias, deberá designarse un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena (ver artículo 586 CPC).

3. Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público; salvo en los casos del pródigo y del mal gestor, que solo le corresponde a su cónyuge, sus herederos forzosos, y por excepción el Ministerio Público, de oficio a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados (ver artículo 587 CC). En el caso de la interdicción del ebrio y del toxicómano solo le corresponde al cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (ver artículo 588 CC).

Como señala la norma en comentario, la demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho. Calamandrei<sup>(4)</sup>, reafirmando la dialéctica del proceso, sostiene que “en el proceso, las partes son necesariamente dos, aún en los procesos llamados de única parte, porque la dialéctica del proceso ha originado que en los ordenamientos modernos la creación de una parte oficial artificial, como en el proceso penal acusatorio, en el cual el Ministerio Público se contrapone al imputado y como ocurre en la interdicción, en los que el interés del incapacitado es el único que debe tutelarse, a pesar de lo cual, la ley exige la presencia en juicio de un actor legitimado para obrar en contradictorio con él”.

En relación a los intervinientes pasivos señalan algunas opiniones que solo son partes el curador provisorio y el Ministerio Público. No obstante ello, también se ha reconocido el derecho del presunto insano para intervenir en el proceso, porque, mientras no se declare judicialmente su interdicción, no puede ser privado del derecho de defensa y porque puede aportar elementos de juicio que resulten útiles para apreciar el estado de su salud o para suplir la negligencia del curador provisional.

Para nuestro Código Procesal, la demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide. En tales circunstancias, el interdicto puede intervenir en el proceso, a través de su curador procesal, para asegurar la defensa de este en el proceso. (ver artículo 61 CPC). Fuera del proceso de interdicción no tiene ninguna representación, ni interviene en la administración de los bienes. Su única misión

---

(4) Calamandrei Piero, *Proceso y democracia*, Ediciones jurídica Europa-américa, Buenos Aires, 1960, p. 147.

es representar y defender al interdicto, ya que la pretensión en debate pone en tela de juicio su capacidad.

4. Por otro lado, debemos precisar que la naturaleza jurídica del proceso de insania y su emplazamiento dentro de la jurisdicción voluntaria o contenciosa ha sido y es objeto de intensa discusión en la doctrina. Afirma Podetti, que en el proceso de insania las personas a quienes la Ley autoriza a formular la denuncia, son sujetos procesales secundarios; sus facultades y cargas procesales son limitadas y su legitimación “ad procesum” puede ser temporal. Limitaciones que derivan –según Podetti– a) de la naturaleza de orden público de la cuestión a dilucidarse, que amplía considerablemente las facultades del órgano jurisdiccional; b) de la circunstancia que el interés sustancial que mueve el proceso es el presunto insano; c) que las facultades y cargas consiguientes se distribuyen entre el órgano jurisdiccional, el curador, el insano y el denunciante; d) que no puede admitirse que el móvil del denunciante sea la declaración de insania sino la constatación de si ella existe o no, y en caso asertivo, su declaración y la adopción de medidas de seguridad de las personas y bienes del interdicto<sup>(5)</sup>.

5. En cuanto a los criterios que se puede invocar para apreciar la incapacidad, el Código Civil cita a los siguientes: a los que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.

En tanto se define la interdicción, en atención a los criterios citados, resulta procedente recurrir a la medida innovativa, ante la inminencia de un perjuicio irremparable. El juez de la interdicción, a petición de parte o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción, la medida cautelar que exija la naturaleza y alcance de la situación presentada (ver artículo 683 CPC).

Esta norma resulta coherente con lo regulado en el artículo 567 CC que dice: “el juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional”. Véase el caso de los sujetos que se encuentren privados de discernimiento y que además sean peligrosos. En estos casos el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a si mismo o dañe a otros.

5. Algunas opiniones como Santos Sifuentes<sup>(6)</sup> consideran que se debe modificar el criterio de peligrosidad. Corrientemente en los peritajes se observa la tendencia a calificar de peligroso e incapaz total al enfermo de esquizofrenia, por el

(5) Citado por Alsina, op. cit. p.420.

(6) Cifuentes Santos, Tutela jurídica del enfermo mental, en Ponencias presentadas en el Congreso Internacional sobre Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Cultural Cuzco, 1988, Lima, p. 179.

solo hecho de serlo. “El mito social de la peligrosidad del enfermo mental, lleva a decretar internaciones negativas. Por eso es de toda urgencia crear puentes de comunicación entre la psiquiatría actual y el Derecho. El enfermo que tiene posibilidades frente a la vida, no debe verlas coartadas; la libertad es para su curación sumamente importante. La pérdida casi completa de la libertad, nombrándole un representante que lo sustituye como sujeto, impide examinar las posibilidades de alguna solución intermedia que mantenga los aspectos rescatables de la personalidad del enfermo, para permitirle el entrenamiento propio y los medios adecuados de una cura gradual”. Considera que el Derecho, debe permitir la gradualidad y la diferenciación, por cuanto está probado que las tipologías infranqueables, aparte de ser equivocadas en la realidad, producen efectos contrarios a la curación, dado que ponen restricciones, reprimen y cercenan en límites a veces innecesarios y contraproducentes a lo único que es importante en este campo jurídico: obtener el receso de la enfermedad y rescatar a la persona; por ello sostiene dicho autor que debería modificarse la ley para declarar la incapacidad parcial; de manejarse grados, de permitir al incapaz de realizar actos para los cuales no hay impedimento en su estado patológico.

La crítica del autor debe ser contrastada con lo que regula el Código Civil sobre la extensión y límites de la curatela. Señala el artículo 581 CC, el juez al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél. Esto implica que el marco jurídico —al referirse a la incapacidad— si permite las graduaciones, según las particularidades de cada interdicto.

6. Apreciéese que la medida innovativa a que refiere el artículo 683 CPC es una medida provisoria, en tanto se define el derecho que sustenta la pretensión principal; sin embargo, cuando se ha declarado la interdicción y no ha existido medida limitativa a la libertad del interdicto, para internar al incapaz en un establecimiento especializado, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del Consejo de Familia (ver artículo 578 CC).

Otra medida provisoria que el juez puede dictar, en tanto se defina la interdicción es la designación de un curador provisional. Véase el caso de la demencia notoria e indubitable. Aquí el juez podría ordenar se recaude los bienes del interdicto denunciado y se entregue, bajo inventario a un curador provisional, para que los administre. El artículo 567 CC al respecto señala: “el juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional”.

Se considera notoria la demencia cuando el certificado médico que se acompaña a la demanda lo califica así expresamente; en su defecto, antes de nombrarse curador a los bienes debe oírse al presunto insano y consultar a los médicos que han suscrito el diagnóstico u otros especialistas. Esas funciones son de mera custodia y conservación de los bienes, y comprenden las gestiones necesarias

para el cobro de los créditos y pago de las deudas; sin embargo, si el insano se constituya en una amenaza para la seguridad ajena, que requiera por referencia médica de internamiento en un establecimiento especializado, el curador necesitará contar con autorización judicial para tal fin, la que podría definirse bajo los alcances del artículo 578 CC, en forma provisoria, hasta la decisión final. Las funciones del curador provisional terminan con la sentencia que declara la interdicción, para dar lugar al nombramiento de curador definitivo, si fuere el caso.

7. La interdicción precede a la futura designación de curador procesal, de ahí que señale el artículo 567 CC lo siguiente: “no se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda la declaración judicial de interdicción, salvo el caso del inciso 8 del artículo 44 CC”. Esto implica que a la pretensión de interdicción puede acumularse la pretensión accesoria para designar curador. En tanto, interpuesta la demanda de interdicción debe nombrarse para el demandado un “curador procesal” para que lo represente y defienda en el proceso, hasta que se pronuncie sentencia definitiva. La elección de la persona para el cargo de curador remite al juez a la prelación del artículo 569 CC y a los directores de los Asilos si los incapaces estuvieren asilados.

Declarada la interdicción, el juez proveerá al incapaz de un curador definitivo que tendrá a su cargo el cuidado de su persona y la administración de sus bienes. Como señala el artículo 576 CC “el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios”.

La designación de la persona del curador corresponde al juez, salvo los casos en que la Ley establece quién ha de desempeñar esas funciones. Nuestro Código Civil contempla la prelación de curatela legítima en el siguiente orden: al cónyuge no separado judicialmente; a los padres; a los descendientes, prefiriéndose a más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo; a los abuelos y demás ascendientes; a los hermanos (ver artículo 569 CC).



### JURISPRUDENCIA

---

*Procede amparar la interdicción si se adviene el estado de deficiencia en la salud mental de la demandada que la priva de discernimiento, el que se agudiza dada su avanzada edad.*

*Por razones de economía procesal, debe nombrarse un curador procesal a la presunta interdicta, toda vez, que no existe oposición alguna para ello (Exp. Nº 60073-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 503-504)*

*Los padres carecen de legitimidad activa para plantear la interdicción civil, invocando como causal la toxicomanía. La legitimidad para obrar es atribuida al cónyuge y a los familiares*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

que dependen de él y -por excepción- al Ministerio Público, por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (**Exp. N° 5501-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 453-454**)

Para producir certeza respecto de la interdicción civil, resulta necesario que a la audiencia concurra el facultativo que expidió la certificación médica, conjuntamente con el presunto interdicto, para la respectiva ratificación prevista en el inc. 2 del artículo 582 del CPC así como, la identificación personal del demandado y la información que debe proporcionar directamente al juzgador, sobre el estado de salud actual del presunto interdicto (**Exp. N° 23-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 465-466**)

En los procesos sobre interdicción, la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto debe ser ratificada en la audiencia respectiva.

Es nula la sentencia que omita convocar al médico que extendió la certificación médica, pues no se ha verificado la vigencia y validez del contenido de dicho certificado, ni la identificación del facultativo respecto del presunto interdicto <(**Exp. N° N-1279-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 464**)

Están sujetas a curatela las personas incapaces, que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento o sufran deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Procede amparar la interdicción de la persona que presenta severas expresiones de defecto de personalidad y discernimiento, que no le permitan llevar una vida laboral activa ni tomar determinaciones adecuadas para su despliegue en la vida civil (**Exp. N° 436-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 137**)

La interdicción civil está dirigida a establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, incurso en los supuestos previstos en el artículo 44 del C.C.

Debe ampararse la interdicción si se acredita que la presunta interdicta adolece de parálisis cerebral severa (**Exp. N° 3337-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 74**)

No se puede nombrar curador para los incapaces sin que proceda declaración judicial de interdicción.

Es imprescindible fijar la extensión y límites de la curatela a que debe estar sujeta el interdicto, teniendo en cuenta el grado de incapacidad de este (**Exp. N° 734-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 80-81**)

La interdicción es la declaración judicial de incapacidad de las personas mayores de edad que por impedimento físico o mental no pueden ejercer por sí mismas sus derechos (**Exp. N° 1894-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 81-82**)

Debe ampararse la pretensión del actor si se diagnostica a la interdicta demencia degenerativa, enfermedad de Alzheimer, demencia multi infartos.

Procede el nombramiento de curador después de la declaración de interdicción civil.

Debe declararse la nulidad del nombramiento de curador no solicitado por ser un exceso en el pronunciamiento del Juez (**Exp. N° 1579-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 82-83**)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La pretensión del actor de obtener de los demandados, una indemnización por haber pretendido interdicarlo civilmente, es viable. Empero debe precisarse que tales daños son causados por culpa y que estos son de naturaleza moral.*

*Debe indemnizarse atendiendo a la magnitud y el menoscabo producido (Exp. Nº 1723-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 165-167)*

*Se tramitan en proceso sumarísimo las acciones posesorias.*

*En un proceso por desalojo no cabe dilucidar el mejor derecho a la propiedad (Exp. Nº 181-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 329-331)*

*No procede amparar el pedido de interdicción si de los informes médico periciales practicados al demandado, refieren que la demencia senil no le impide expresar su voluntad libremente, de manera tal que no esté privado de discernimiento (Exp. Nº 435-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 319-320)*

*Es procedente declarar la interdicción civil al establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona, como es la demencia presenil definitiva, o Enfermedad de Alzheimer (Exp. Nº 81-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 456)*

*La declaración de interdicción está dirigida a establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona mayor de edad.*

*Resulta viable en este tipo de procesos el nombramiento de curador (Exp. Nº 187-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 457)*

*Si bien no es materia del petitorio el nombramiento de curador del incapaz, a efectos de brindar una efectiva tutela jurisdiccional, por economía y celeridad procesal, debe integrarse a la sentencia sobre interdicción civil consultada la designación del curador (Exp. Nº 9929-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 138)*

*No es posible nombrar curador para los incapaces sin que preceda la declaración judicial de interdicción.*

*No es viable el nombramiento de curador en un proceso de interdicción (Exp. Nº 86-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 39-41)*

*Puede pedir la interdicción del incapaz, su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público. Para tal fin, debe considerarse como pariente del interdicto, a la madre política de este (Exp. Nº 1757-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 41-42)*

*La demanda de interdicción se dirige contra la persona del presunto interdicto así como contra aquellas personas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieren hecho.*

*No es posible nombrar a curador para el incapaz sin que preceda la declaración judicial de interdicción.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Es obligación del Juez, cuando declare la interdicción de un incapaz fijar la extensión y límites de la curatela, según el grado de incapacidad del interdicto (Exp. N° 95-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 188-189)*

*La interdicción es la declaración judicial de incapacidad de las personas mayores de edad que por impedimento físico o mental no pueden ejercer por sí mismas sus derechos (Exp. N° 1894-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 81-82)*

*Debe ampararse la pretensión del actor si se diagnostica a la interdicta demencia degenerativa, enfermedad de Alzheimer, demencia multi infartos.*

*Procede el nombramiento de curador después de la declaración de interdicción civil.*

*Debe declararse la nulidad del nombramiento de curador no solicitado por ser un exceso en el pronunciamiento del Juez (Exp. N° 1579-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 82-83)*

*No procede amparar el pedido de interdicción si de los informes médico periciales practicados al demandado, refieren que la demencia senil no le impide expresar su voluntad libremente, de manera tal que no esté privado de discernimiento (Exp. N° 435-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 319-320)*

*No procede amparar el pedido de interdicción si de los informes médico periciales practicados al demandado, refieren que la demencia senil no le impide expresar su voluntad libremente, de manera tal que no esté privado de discernimiento (Exp. N° 435-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 319-320).*

## ANEXOS ESPECÍFICOS

### ARTÍCULO 582

*Adicionalmente a lo previsto en el artículo 548º, a la demanda se acompañará:*

- 1. Si se trata de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan; y,*
- 2. En los demás casos: la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Italia arts. 712-720*

*C.P.C.M. Iberoamerica arts. 346-351*

---

## Comentario

1. El artículo 548 CPC está dedicado a la integración normativa en los procesos sumarísimos, ante la posibilidad de vacíos o lagunas de la Ley procesal. Con la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. El artículo 548 CPC nos remite a lo regulado en el artículo 476 CPC, sin embargo, a través del presente artículo se exige para la interdicción lo siguiente:

En caso que la incapacidad refiera al pródigo y al que incurre en mala gestión, se requiere el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan. La redacción de este inciso permite la incorporación de los testigos documentales, en caso no se pudiere viabilizar la declaración de testigos. En ese mismo sentido, también podría incorporarse al proceso el informe de peritos sobre la gestión del presunto interdicto y la cuantificación de los bienes perdidos o dilapidados, en la proporción que fija los artículos 584 y 585 CC. Si bien, no es propiamente una pericia, la información que se suministra al proceso es ingresada como un medio documental

2. En los demás casos, que no sean los citados en el inciso 1, requieren de la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende

expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva. Ello es atendible, porque la norma no exige que la certificación del presunto interdicto sea realizada por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, para darle la connotación y los efectos de un documento público, sino que remite a la libertad de formas para demostrar —a través del documento— el estado del presunto interdicto. Como tal, requiere que quién suscriba dicha certificación la realice bajo juramento o promesa de veracidad. Como no se trata de un documento público, se hace necesario el reconocimiento de este, por quien aparece extendiendo la certificación médica. Dicho reconocimiento se hará en la audiencia de Ley, en la que el otorgante deberá ratificarse en el contenido de su diagnóstico sobre el estado del presunto interdicto. Esto se justifica porque teniendo en cuenta la trascendencia de la interdicción, quien la promueva debe fundarse en un elemento objetivo que autorizara a suponer la existencia de motivos suficientes serios para someter al denunciado a la investigación de su estado mental y a todo lo que esa investigación puede requerir. Es importante que el informe médico señale con la mayor precisión posible, el diagnóstico de la enfermedad, el pronóstico de la misma, el régimen aconsejable para la protección y asistencia del mismo.

3. Al margen de la prueba documental que se requiere se agregue conjuntamente con la demanda, el juez, en la etapa correspondiente del proceso y al margen de la ratificación de los médicos, podrá designar de oficio a dos médicos psiquiatras para que informen dentro de un breve término, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. Si los facultativos no estuviesen de acuerdo, el juez designará un tercero como dirimente de aquellos. La apreciación de la prueba pericial corresponde al juez, quien lo hará en la sentencia teniendo en cuenta los otros elementos de prueba que obran en el proceso.

Si ha sido admitida la competencia de los médicos peritos, ante la uniformidad de sus opiniones, principios científicos en que las fundan y la falta de otras pruebas o elementos que las contradigan, no cabe sino aceptar la incapacidad alegada. Las declaraciones prestadas por personas que carecen de conocimientos médicos y por facultativos que solo trataron socialmente al paciente, o por problemas médicos extraños a su personalidad psíquica, no pueden ser valoradas en la misma forma que las opiniones de especialistas, que revisten valor científico respecto a ese estado psíquico.

4. El elemento objetivo que autorice el inicio del proceso de interdicción, no puede ser otro que los certificados médicos de los que resulte la existencia de un estado de perturbación mental. No es suficiente atribuir la incapacidad, para admitir la demanda, sino se requiere de evidencias objetivas y concretas que sean demostrativas que hay motivos para presumir un estado de anormalidad en el denunciado.

Podría ocurrir que el demandante, que hubiese comprobado las perturbaciones del supuesto interdicto, no hubiera podido hacerlas verificar por un médico, porque no le fue posible lograr el acceso a este. Tal circunstancia no obstaba a la interposición de la demanda, pero previamente a la admisión de ella, debe materializarse el resultado del examen médico, pudiendo el juez ordenar a ese efecto la comparecencia del demandado, siempre que mediaren otros elementos concretos, como testigos documentales u otros documentos o evidencias, que hicieran presumible el fundamento de la demanda. Véase que la norma requiere que se acompañe a la demanda la certificación médica, sin embargo, cuando no fuere posible acompañar dicho certificado, el juez podría requerir –de manera extraordinaria– la opinión de un médico legista, para determinar el estado de incapacidad del emplazado.



#### JURISPRUDENCIA

---

*La propietaria del inmueble de litis mal puede entablar demanda de reivindicación contra la inquilina. Es improcedente la demanda (Exp. N° 11-96-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 291-293).*

## CASO ESPECIAL

### ARTÍCULO 583

*Cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

## Comentario

---

La interdicción del incapaz puede ser solicitada por su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público; salvo en los casos del pródigo y del mal gestor, que solo le corresponde a su cónyuge, sus herederos forzosos, y por excepción el Ministerio Público, de oficio a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados (ver artículo 587 CC).

En el caso de la interdicción del ebrio y del toxicómano solo le corresponde al cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (ver artículo 588 CC).

Frente a los supuestos descritos líneas arriba, la norma hace referencia a un caso especial, cuando el incapaz constituya grave peligro para la tranquilidad pública. En dicho caso, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona. El Ministerio Público puede solicitar la interdicción porque tiene a su cargo el cuidado de la persona y de los bienes de los incapaces. A través de este artículo se le otorga personería para suplir la omisión de los parientes, aunque se trate del cónyuge, pues, como señala el inciso 1 del artículo 159 de la Constitución del Estado, corresponde al Ministerio Público promover de oficio, la acción judicial en defensa de los intereses públicos tutelados por el Derecho.

## REHABILITACIÓN

### ARTÍCULO 584

*La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar, siguiendo las reglas de este Subcapítulo. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 624-637

---

### Comentario

---

1. La incapacidad declarada judicialmente puede cesar con el reestablecimiento del interdicto. La rehabilitación del incapaz en los casos de encontrarse privado de discernimiento y que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, en los casos de los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos se concede en la medida que el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial que desapareció el motivo. Igual procedimiento se sigue para los casos de rehabilitación por retardo mental y deterioro mental. Algunas opiniones al respecto consideran que en caso de duda debe mantenerse la interdicción, pero no es necesaria que la seguridad sea definitiva, sino que la seguridad se mantenga estable, según el resultado del informe médico

En los casos de los pródigos, mala gestión, ebrios habituales y toxicómanos, la rehabilitación solo podrá ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela (ver artículo 613 CC)

2. La norma en comentario hace referencia a los sujetos que pueden pedir la rehabilitación del interdicto, la que puede ser ejercida por el propio interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar; sin embargo, bajo la normatividad del Código Civil (ver artículo 610), se considera que la interdicción puede ser solicitada “por el curador y por cualquier interesado”, pero no comprende de manera expresa al propio interdicto, como si lo hace el Código Procesal.

Como consecuencia de la declaración judicial que levanta la interdicción por rehabilitación, cesa la curatela.

Como señala el artículo en comentario, en esta rehabilitación se conforma un litisconsorcio pasivo, pues, se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, siempre y cuando no sea este el que promueva la rehabilitación.



## JURISPRUDENCIA

---

*La pretensión del actor de obtener de los demandados, una indemnización por haber pretendido interdicarlo civilmente, es viable. Empero debe precisarse que tales daños son causados por culpa y que estos son de naturaleza moral.*

*Debe indemnizarse atendiendo a la magnitud y el menoscabo producido (Exp. N° 1723-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 165-167)*

## Sub - Capítulo 4º

### DESALOJO

#### PROCEDIMIENTO

##### ARTÍCULO 585

*La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.*

*Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.*

*Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código”.*

---

##### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

#### Comentario

1. El desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario.

Por la simplicidad de la pretensión, la norma señala que la restitución del predio se tramita bajo las reglas de un procedimiento breve y sencillo, como es el sumarísimo, ello en atención al principio de economía procesal; sin embargo, las reglas de este procedimiento se hacen extensiva, a la restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios, como señala el artículo 596 CPC.

2. Este proceso requiere de una etapa de cognición, en el que el juez luego de oír a las partes y examinar las pruebas, dicta sentencia, haciendo lugar o rechazando

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la demanda y solo en el caso que el demandado no cumpla voluntariamente la sentencia se procede a su ejecución forzada, a través del lanzamiento, en aplicación del artículo 953 CPC.

Lo sumario de este procedimiento comprende una sola audiencia, con una carga probatoria reducida, pues, solo resulta admisible el documento, la declaración de parte y la pericia (ver artículo 591) cuando el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo.

3. Para fijar la competencia para la restitución del predio es necesario tener en cuenta varios referentes. La materia, la cuantía y el territorio. En cuanto a lo primero, por referirse a pretensiones de relaciones privadas, le corresponde el juez civil, sin embargo, la cuantía basada en la renta mensual –si hubiere– permitirá que la competencia pueda comprender no solo a los jueces de primera instancia sino a los jueces de paz letrados. Como señala el artículo 547 CPC “cuando la renta mensual es mayor de cincuenta unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los jueces civiles. Cuando la cuantía sea hasta las cincuenta unidades de referencia procesal, son competentes los jueces de paz letrados”. Esto implica, que si no se ha establecido renta alguna, como el caso de la ocupación precaria, corresponderá el conocimiento del desalojo al juez de primera instancia.

En cuanto al territorio, debe repararse, que si la pretensión de desalojo es personal, debe distinguirse si las partes se encuentran o no vinculadas por una relación contractual. En el primer supuesto, es juez competente el del lugar de ubicación del inmueble, en el segundo, corresponde al juez del lugar del domicilio del demandado. Cuando existen varios demandados el actor puede radicar la demanda ante el juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos, pues, revisitando la obligación de restituir carácter indivisible resulta aplicable al caso lo dispuesto en el inciso 1º del art: 24 CPC.

4. Nótese que la redacción del artículo hace referencia al predio, remitiéndose al artículo 596 CPC cuando se trate de bienes muebles e inmuebles, distintos a los predios. Para el Derecho, predio es una propiedad inmueble que se compone de una porción delimitada de terreno. La delimitación, puede ser física, mediante vallas, mojones u otros sistemas, o simplemente jurídica, mediante la descripción en una escritura de propiedad. Con la aparición de las normativas sobre regulación urbanística, se ha limitado la capacidad del propietario a la hora de utilizar los terrenos, diferenciándolo en muchos casos en función del destino que se le da al predio, de ahí que tenemos clasificaciones de predios rústicos, predios industriales y urbanos. En cambio los bienes inmuebles (viene de la palabra inmóvil) son aquellos como casas o predios, que son imposibles de trasladar sin ocasionar daños a los mismos, porque forman parte de un terreno o están anclados a él.

5. La distinción entre predio y bien inmueble, nos puede llevar a sostener que una misma persona no necesariamente es titular del terreno y de la fábrica que obre sobre él. Cuando el bien se encuentre ocupado por terceras personas ajenas a los titulares, ¿cómo podrá dilucidarse la restitución del bien?. Mediante la Casación N° 2340-2002-LIMA (publicada en El Peruano, 30 de julio de 2004) la Sala Suprema considera que *“en un proceso de desalojo por precariedad, el Juez está facultado para pronunciarse sobre la alegación de la propiedad de la edificación del inmueble, siempre y cuando lo sostenido esté debidamente acreditado y no se afecte el principio de congruencia.”* La Sala Casatoria considera que la sentencia de vista revocó la apelada porque la actora sólo es propietaria del terreno, sin haberse acreditado, conforme a la normatividad aplicable, la titularidad de la fábrica levantada sobre el terreno, obligación ineludible que ha incumplido y respecto de la cual incidieron tanto el demandado como el litisconsorte necesario al contestar la demanda, cuando indicaron que la actora adquirió un terreno y no la vivienda construida. No obstante, en dicha sentencia tampoco se estableció que los demandados sean propietarios de la fábrica, sin tener título para ocupar el inmueble. Al respecto, se consideran algunos datos estipulados en la cláusula cuarta del contrato de compraventa, en el que se dejó constancia, que además del terreno se entregaba los aires, servidumbre, entradas, salidas y todo cuanto de hecho y derecho le correspondiese, al tratarse de una venta *ad corpus*. En ese sentido, la Sala considera que al no existir declaratoria de fábrica que objete el derecho de propiedad de la demandante sobre la construcción, se tendría que haber acreditado que es otra persona la que construyó y cuyos derechos no fueron adquiridos por la actora.

6. La redacción originaria de este artículo fue modificada a la versión actual, como resultado del proyecto de Ley N° 541/2006/CR de fecha Octubre del 2006, en la que se proponía acumular a la pretensión de desalojo el cobro de arriendos. Se sostenía que ambas pretensiones se sujetarán a las reglas del procedimiento sumarísimo, dejando a salvo la posibilidad al demandante, si no opta por la acumulación, de hacer efectivo el cobro de arriendos en el proceso ejecutivo, tal como está contemplado en el art: 693. Al margen de la propuesta legislativa, también concurre la posibilidad de la acumulación objetiva subordinada de pretensiones referidas al desalojo por falta de pago y por vencimiento de contrato.

Como se aprecia de la redacción actual de este artículo, se permite acumular la pretensión de pago de arriendos a la pretensión de desalojo por falta de pago, sin que ello afecte la posibilidad de recurrir al cobro de arriendos, en el proceso ejecutivo conforme lo establece el inciso 6 del artículo 693 CPC. El primer argumento que se plantearía a esta acumulación objetiva de pretensiones, sería la no coincidencia con las vías procedimentales para cada pretensión, pues, el cobro de arriendos, en atención a su naturaleza, tiene asignado el proceso ejecutivo a diferencia del desalojo por falta de pago que tiene asignado la vía procedimental sumaria. Uno de los requisitos que se exige para la procedencia de la acumulación

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

objetiva es que ambas pretensiones sean tramitables en una misma vía procedimental (ver inciso 3º artículo 85 CPC), situación, que felizmente es superada por la propia redacción de la norma al exceptuarle expresamente de esa exigencia. Aquí prima un criterio de economía procesal y de evitar fallos contradictorios para viabilizar dicha acumulación. Quedará en la estrategia de cada litigante, privilegiar la satisfacción acumulada o no de dichas pretensiones, sobre todo, si la suerte procesal de ambas pretensiones va a estar regida bajo el principio de la unidad del proceso, por tanto, basta que se impugne una pretensión amparada en la sentencia para que se suspenda la ejecución de dicha sentencia. La posibilidad de la ejecución anticipada de sentencia, en caso sea impugnada, no esta presente literalmente en la norma, como si opera en el caso de los alimentos, tal como lo recoge el artículo 566 CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*Se debe entender que el arrendatario ocupa el bien arrendado cuando dicho bien se encuentra a su disposición, esto es, puede acceder a él en cualquier momento, aun cuando se encuentre totalmente vacío.*

*Mientras el arrendatario no formalice la devolución al arrendador, se considera, que continúa ocupando el bien arrendado (Exp. Nº 470-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 112)*

*Reiteradas casaciones expedidas tienen establecido que en un proceso sobre desalojo por ocupación precaria, el actor debe acreditar fehacientemente su derecho de propiedad con relación al bien sublitis y que la parte demandada ejerce una posesión sin título que la respalde o habiéndolo tenido, éste ha fenecido (Cas. Nº 2474-99-La Libertad, El Peruano, 11/01/2000, p. 4526)*

*Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno sobre el cual se ha edificado cuando quien solicita el desalojo no tiene título de lo construido y los demandados sean dueños de lo edificado, pues no se puede ordenar la desocupación solo del lote prescindiendo de lo construido. La interpretación correcta de la posesión precaria es que el supuesto precario no deba tener título alguno, ni del terreno ni de la construcción, mientras que el propietario debe serlo tanto del terreno como de la construcción (Cas. Nº 1780-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4339)*

*En un proceso sumarísimo sobre desalojo por ocupación precaria, resulta impertinente pretender determinar cuál de los justiciables tiene el mejor derecho de propiedad (Cas. Nº 1922-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4342)*

*Desde el momento en que el demandado en un proceso de desalojo consigna al juzgado las llaves del inmueble materia de litis, se encuentra exento de la obligación de pagar la renta, en razón que la consignación que no ha sido objeto de oposición da por cumplida la prestación debida (Cas. Nº 2232-97-Lima, El Peruano, 30/11/99, p. 4189)*

*La acción de desalojo por ocupación precaria no es la vía adecuada para dilucidar el mejor derecho de propiedad sino para definir si la posesión se ejerce con o sin título (Cas. Nº 938-98-Lima, El Peruano, 04/01/99, p. 2350)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si los demandados acreditan tener un justo título para ocupar el inmueble, como es el contrato de compraventa de acciones y derechos adquiridos en copropiedad con el demandante no puede ampararse la pretensión por ocupación precaria. No se puede dilucidar la validez del acto jurídico en este proceso, sino en el pertinente (Exp. N° 60068-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 162-163)*

*La carencia o falta de vigencia de título que justifique la posesión de un bien, determina la precariedad regulada en el artículo 911 del CC. No se encuentra dentro de ello, el derecho de habitación que alega la demandada, si la demandante constituyó dicho derecho a favor de su madre, la demandada, indefinidamente.*

*Si bien no se ha precisado plazo de vencimiento, por el cual las partes puedan dar por concluido el contrato, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1361 del CC (Exp. N° 1014-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 147-148)*

*No basta la mera afirmación que el inmueble alquilado no se encuentre sujeto al D. Ley 21938 sino que es necesario que se pruebe tal afirmación (Exp. N° 1173-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 114-115)*

*Se tramitan en proceso sumarísimo las acciones posesorias.*

*En un proceso por desalojo no cabe dilucidar el mejor derecho a la propiedad (Exp. N° 181-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 329-331)*

*La iniciación de un proceso de desalojo por ocupante precario, no acredita la perturbación de la posesión, por lo que no procede el interdicto de retener.*

*La carga de la prueba en todo proceso, recae sobre quien afirma un hecho o aquel quien lo contradice alegando hechos nuevos (Exp. N° N-687-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 473)*

*Debe ordenarse la desocupación del inmueble si la demandada no ha acreditado el pago de la renta por los meses cuya mora se le imputa en la demanda (Exp. N° N-264-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 458)*

*Nuestro ordenamiento procesal no permite que se desaloje a las personas, sin un previo juicio en el que hayan podido ejercer su derecho de defensa, aun cuando estas personas pudieran ser calificadas como usurpadores, invasores u ocupantes precarios, pues es precisamente en el proceso judicial en el que quedará demostrada o no la condición que se les atribuye, y, de ser procedente, se ordenará su desalojo (Exp. N° 320-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 459-460)*

*Si el cónyuge de la demandada recibió de su empleadora el inmueble de litis para que lo ocupe como vivienda; al haberse extinguido el vínculo laboral, el título que tenía la emplazada para poseer el bien materia de esta acción ha fenecido.*

*El artículo 911 del C.C. señala que la posesión es precaria si se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido (Exp. N° N-586-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 463)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Merece amparar la pretensión del demandante si éste acredita debidamente su derecho de propiedad sobre el bien cuya desocupación solicita y el demandado en modo alguno, acredita la existencia de vínculo contractual o de otra naturaleza que justifique la ocupación del bien (Exp. N° 330-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 342-343)*

*Si el demandante entregó voluntariamente el inmueble de litis a los demandados, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.*

*La causa que dio origen a la posesión de los demandados es lícita, porque responde al apoyo familiar que les brindaron sus padres y suegros, respectivamente, hecho que no está impedido por la Ley (Exp. N° 1089-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 331-332).*

*Si el demandante entregó voluntariamente a los demandados el predio, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.*

*La relación sustantiva del dueño del inmueble de litis, es la de un propietario no poseedor frente a un poseedor no propietario, cuya situación jurídica se resuelve mediante la acción reivindicatoria (Exp. N° 591-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 337-339).*

## SUJETOS ACTIVO Y PASIVO EN EL DESALOJO

### ARTÍCULO 586

*Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598º, considere tener derecho a la restitución de un predio.*

*Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución.*

---

#### CONCORDANCIA:

*C.P.C. art.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Italia arts. 657-663, 679-688*

---

### *Comentario*

---

1. Palacio, señala que la “acción de desalojo compete a todo aquel que tenga sobre la cosa un derecho de posesión o su representante, contra todo ocupante que no pretende sobre la misma un derecho excluyente a la posesión o a la tenencia, aunque la ocupación repose sobre un derecho adquirido como consecuencia de un contrato que le acuerda la tenencia, por un termino expreso o implícitamente limitado”.

La norma hace referencia a los sujetos legitimados para demandar y ser demandados en el desalojo. A pesar que la norma haga referencia solo a las partes, consideramos que los terceros también pueden incorporarse al proceso. Estos también están legitimados para actuar, por tener interés directo o indirecto en el resultado del proceso. Véase los siguientes casos: el artículo 97 CPC considera que está legitimado para intervenir en el proceso a título de tercero adhesivo simple o coadyuvante. En el caso del artículo 587 CPC “si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia”.

2. La norma hace expresa referencia al propietario, como uno de los legitimados para demandar. Ello es atendible porque el uso y disfrute del bien, constituye la forma primaria del ejercicio de dominio, que puede cederse a título oneroso o gratuito.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El arrendador, quien tiene el uso y goce del bien, puede ceder o arrendar este, en las mismas condiciones que pudiera hacerlo el propietario; en consecuencia, este poseedor estará también legitimado para promover la acción de desalojo. Ello implica que este poseedor, puede demandar el desalojo sin necesidad que demuestre su calidad de propietario, porque en tal caso, el derecho de dominio resulta ajeno a la causa de dicha pretensión.

Además de los citados, la norma deja a la particularidad de cada caso, que “todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio” pueda demandar el desalojo. Uno de ellos es el arrendatario que subarrienda, en todo o en parte el bien, siempre y cuando no esté prohibida la contratación. El arrendatario, en relación al subarrendatario contrae las obligaciones y adquiere derechos de arrendador y los efectos del subarriendo. Si el inquilino subarrienda se convierte en subarrendatario respecto del subinquilino y tiene contra este la acción de desalojo, independientemente de sus relaciones con el propietario.

Otro de los legitimados activos es el usufructuario. Este tiene el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no altere la sustancia. En tal sentido, el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho, a título oneroso o gratuito, pero es directamente responsable frente al propietario, de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le entregó el bien. Su situación es análoga a la del arrendador principal, ya que sus relaciones con el inquilino se rigen por los términos del contrato, independientemente de las que resulten de su calidad de usufructuario frente al dueño de los bienes. Palacio<sup>(1)</sup> considera que “el nudo propietario no puede (en el supuesto que se hubiese cumplido la tradición) demandar el cese de un arrendamiento contratado por el usufructuario, pues no tiene derecho para usar y gozar de la cosas de la que es propietario, ya que ese derecho le corresponde exclusivamente al usufructuario”.

En el caso de los condóminos, el copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo, ni aun en la parte que le pertenece, sin el consentimiento de los demás partícipes (ver artículo 971 CC); sin embargo, cualquier copropietario puede promover las acciones posesorias, los interdictos y desalojo (ver artículo 979 CC).

La norma cuando refiere que “todo aquel que, considere tener derecho a la restitución de un predio”, excluye expresamente de dicha legitimidad a los poseedores de hecho (ver artículo 598 CPC). Estos no podrán recurrir al desalojo sino a los interdictos. Si bien, ambos tienen un modelo sumarísimo y buscan la restitución del bien despojado, dicha restitución busca tutelar la posesión de hecho, sin tomar en cuenta el derecho a la posesión que tuviere; situación distinta en el

---

(1) Palacio, op. Cit. p. 91.

desalojo, en el que se ventilará la existencia o no del derecho al uso y goce del bien. Apreciéese además, que los interdictos encierran decisiones provisorias, ajenas a los efectos que genera las acciones petitorias en el desalojo. En conclusión, el propietario, arrendador, poseedor, usufructuario, usuario y el comodante son sujetos legitimados activos para demandar el desalojo; sin embargo, a pesar que la norma no lo precise, consideramos que el garante de un predio alquilado, perfectamente podría intentar el desalojo del inquilino, al cual ha garantizado. Otras opiniones recomiendan en el propio contrato de arrendamiento, insertar una cláusula de subrogación al garante en los derechos del propietario para que pueda también ejecutar el desalojo y evitar la prolongación en el tiempo. Es una cláusula difícil de obtener, pues el propietario podría negarse a firmar una pretensión en ese sentido.

3. Una persona puede poseer un bien como propietario, como poseedor mediato o inmediato, como mero tenedor, como ocupante precario.

El arrendatario, como poseedor inmediato, constituye uno de los sujetos pasivos de la relación procesal. En estos casos, media un contrato de arrendamiento, oral o escrito, por el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (ver artículo 1666 CC). Ello significa, que el arrendador del bien puede ser el propietario, usufructuario, usuario, etc.

El derecho de pedir el desalojo no puede ser solicitado exclusivamente contra el inquilino o arrendatario, sino que ha de considerarse contra todo el que ilegal o indebidamente disponga de lo que otro pueda usar o gozar sin invocar un título o derecho legítimo y se niegue a devolverlo a su legítimo propietario o poseedor; esto es, que el desalojo también procede contra todo tenedor o precario cuya obligación de restituir sea exigible.

4. También puede ser requerido el precario o cualquier otra persona a quién le sea exigible la restitución.

El precario es quien ocupa la cosa a raíz de un acto de liberalidad o tolerancia por parte de su dueño y sin plazo alguno, razón por la cual este último puede requerir la devolución en cualquier momento. El precario no tiene vínculo alguno con el propietario u otro titular de derecho real sobre el bien, por tanto se es precario, frente a quien tiene derecho a poseer. Esta expuesto a que el titular del derecho real le reclame el bien en cualquier momento

El artículo 911 CC toma esta condición del título para definir al ocupante precario bajo dos supuestos: la ausencia de título y el título fenecido. En el primer caso, se trata del poseedor que entró de hecho en la posesión, como el usurpador. Aquí nunca existió título; situación distinta al caso del ocupante con título fenecido, por decisión judicial, por cumplimiento del plazo o condición resolutoria, por mandato

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de ley, etc. Aquí el título que generó la posesión ha fenecido. Véase los siguientes casos: el propietario que vende el bien, deja de ser propietario, ya no tiene título pero puede ser un poseedor no legitimado; si fenecce el título del poseedor por remate o venta judicial del bien, la posesión ejercida es de naturaleza precaria; si se posee un inmueble en virtud de un contrato de compraventa, al haberse resuelto este de puro derecho, tal título ha fenecido y en consecuencia dicha persona tiene la condición de precaria. En el contrato de comodato, cuando el título de comodante fenecce cuando el comodante le solicita la restitución del bien, en cuyo caso aquel tiene la condición de precario

El título es el hecho o acto jurídico en virtud del cual se invoca una determinada calidad jurídica, como ser propietario, arrendatario, usufructuario, esto es, el poseedor con título es poseedor con derecho y el poseedor sin título es poseedor sin derecho.

Hay opiniones –como la de Torres<sup>(2)</sup>– que consideran que si la posesión se sustenta en un título nulo (posesión ilegítima) el poseedor no puede ser demandado a través del desalojo, como ocupante precario, sino que se le demandará acumulativamente la nulidad o anulabilidad del título y la reivindicación del bien. Así, el que posee un predio en base a un contrato de compraventa nulo puede ser demandado para que se declare la nulidad del acto jurídico compraventa y para que restituya el bien a su titular (el demandante). Esta diferencia entre posesión ilegítima y posesión precaria, aparece en los artículos 906 y 911 Código Civil.

Hay que distinguir la posesión ilegítima de la precaria. En el primer caso, existe un título pero adolece de vicios, de forma o de fondo, que conlleva a la nulidad o anulabilidad, en cambio en la posesión precaria nunca existió título alguno o el que se tenía ha fenecido; esto lleva a diferenciar que no es lo mismo posesión ilegítima de posesión precaria.

Ahora bien, el poseedor ilegítimo puede ser de buena o mala fe, tiene título pero inválido por defectos formales o de fondo, en cambio, precario es quien no acredita tener título para poseer un bien o cuando el que tenía ha fenecido; sin embargo, hay otros autores, como Avendaño que identifican a la posesión precaria con posesión ilegítima. Lama More<sup>(3)</sup> también considera que el concepto actual de precario debe hacerle extensivo al que posee con título manifiestamente inválido; considera que la posesión ilegítima debe entenderse como aquella que se ejerce sin título alguno, por ser está contraria al Derecho; que la posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima y que no debe ser considerado precario al poseedor ilegítimo que posee en virtud de un título cuya invalidez no sea evidente o resulte oponible al propietario.

---

(2) Torres Anibal, "La Posesión precaria, en Revista Jurídica del Perú, año LV, N° 62, Mayo-Junio, 2005, pp. 12.

(3) Ver en Proyecto de Ley N° 538/2006-CR de fecha 20 de octubre del 2006.

Mediante la Casación N° 1437-99-Lima, publicada El Peruano el 26 de Diciembre de 1999, p. 407, se señala que “una de las clasificaciones de la posesión considera a esta como legítima o ilegítima, siendo la primera la que se conforma con el Derecho, mientras que la ilegítima es la contraria a Derecho; siendo la posesión de buena fe y la posesión de mala fe una subclasificación de la posesión ilegítima. El artículo 906 CC establece que la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título, de donde se podría pensar que la ilegitimidad en la posesión solo estaría dada por la existencia de un título viciado; es decir que adolece de una causal de nulidad o anulabilidad, sin embargo, la ilegitimidad en la posesión también se presenta cuando esta se basa en un título en el que el transfiriente carece de legitimidad para ello. En este caso el defecto es de fondo, lo que nos conduce a admitir como causal de ilegitimidad de la posesión no solo el vicio formal que pudiese invalidar el título del adquirente, sino también su falta de derecho a la posesión; sin embargo, ambos supuestos parten de la existencia de un título, que por presentar defectos de forma o de fondo convierten a la posesión en ilegítima; debiendo entenderse como título al acto jurídico en virtud del cual se invoca una determinada calidad jurídica, es decir, hace referencia a la relación jurídica existente”.

4. La norma hace referencia a los sujetos emplazados, sin embargo, también se puede recurrir a la citación (no emplazamiento) del garante con la demanda. El objetivo es notificarle de la acción por las repercusiones que va a tener a futuro para este. Si bien, el garante termina con su obligación al vencer el contrato o al momento de la devolución del inmueble, por vencimiento de contrato se entienden también todos los efectos que deriven del mismo, esto quiere decir, que el garante continúa obligado al pago de daños y perjuicios o de los alquileres que quedaron sin abonar, más allá de la finalización del contrato.

Un problema que se presenta en este tipo de contrataciones, es la vigencia de la garantía. Si bien, quien la otorgó la hizo en atención a un plazo determinado en el contrato, lo que se busca es prolongar la garantía, a los contratos ya vencidos. A pesar que el artículo 1700 CC precise que no se trata de una renovación del contrato sino de una continuación del mismo, la idea es que los garantes deben desligarse de cualquier renovación del contrato hecha sin su aprobación. En ese escenario, algunas opiniones sostienen que una vez vencido el contrato, si el inquilino no se va y el propietario no se preocupa demasiado por desalojarlo porque sabe que tiene el garante para hacerse cargo, este último puede ponerle un freno a ambos, a través de una carta notarial, al final del contrato, intimándolo a hacer desalojar al inquilino, si es que se nota que no está muy apurado en retirarlo, bajo apercibimiento de quedar exonerado por su falta de acción. En cambio, si el inquilino se resiste a dejar el inmueble contra la voluntad del propietario, el garante entonces no queda liberado de su responsabilidad.



**JURISPRUDENCIA**

*Los contratos no son lo que las partes denominen sino lo que el negocio jurídico contiene. Aunque existe semejanza entre el arrendamiento y el usufructo no son figuras idénticas, pues en el arrendamiento una persona transfiere el uso de un bien a cambio de una renta el usufructo es un derecho real, temporal de usar y disfrutar los bienes ajenos.*

*En tal sentido, puede demandar la restitución del predio, todo aquel que considere tener derecho a la restitución (Exp. N° 30782-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 300)*

*Habiendo fallecido el arrendador, el contrato no se extingue sino que sigue surtiendo efectos entre los herederos del arrendador con la arrendataria, pues la muerte de aquél no está prevista como causal de resolución ni conclusión del arrendamiento (Exp. N° 98-45782, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 115)*

*Debe ampararse la demanda si se ha resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa del inmueble cuya desocupación se solicita, pues la demandada no cuenta con justo título que ampare su posesión, la que deviene en precaria (Exp. N° 49345-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 51)*

*Si a la demandada se le permitió quedar en el inmueble por el grado de familiaridad, tal como lo expresa la demandante, ello configura un derecho de uso y habitación, establecido por la propia actora a favor de los demandados, el mismo que carece de plazo determinado por no haberse fijado.*

*No se presenta la ocupación precaria, pues existe un derecho de uso y habitación, el cual constituye el título de la demanda (Exp. N° 40569-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 53)*

*Habiendo demostrado el demandado, mediante minuta de fecha cierta, haber adquirido la propiedad del bien; y habiendo celebrado éste contrato de arrendamiento con terceros, los mismos que ocupan el bien, esa situación impide considerarles como poseedores precarios, toda vez que se encuentran premunidos de un título otorgado por quien se atribuye calidad de propietario (Exp. N° 17216-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 54)*

*En el desalojo por ocupación precaria el propietario debe tener el dominio sobre el bien de litis, debiendo el demandado por su parte acreditar si tiene título que ampare su posesión.*

*Si bien se acredita que el anterior propietario tenía con los demandados la relación de arrendamiento, los nuevos propietarios requirieron la desocupación del predio, lo que implica un aviso extrajudicial que pone término a la relación de arrendamiento existente; siendo así, el título de arrendamiento ha fenecido encontrándose los demandados en calidad de precarios (Exp. N° 1565-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 56)*

*Si no se ha acreditado que exista obligación de los copropietarios a respetar el contrato de arrendamiento posterior al fallecimiento de la primigenia propietaria, celebrado con el padre del demandado también fallecido; por tanto el demandado no tiene título que justifique*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

su posesión sobre el inmueble de litis, se encuentra incurso en el artículo 911 del CC (**Exp. N° 11538-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 49**)

Debe ampararse la desocupación por precario si la demandante demuestra tener inscrito su derecho de propiedad, pues, el contenido de la inscripción se presume cierto y produce sus efectos mientras no se declare judicialmente su invalidez (**Exp. N° 9448-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 50**)

Si la demandada es hija de la arrendataria fallecida, es heredera forzosa de ésta, por tanto, no es ocupante precaria pues se ha producido la continuación del arrendamiento, por aplicación, contrario sensu del inc. 5 del artículo 1705 del Código Civil (**Exp. N° 40949-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 46**)

Los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Si no se ha desvirtuado la condición de inquilino que tenía el causante, se produce la continuación del arrendamiento para su heredera forzosa (**Exp. N° 40945-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 509-510**)

El desalojo es una acción posesoria que no requiere de la demandante título de propiedad del predio, pues, el artículo 586 del Código Procesal Civil faculta a demandar a todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio.

El depósito judicial al Banco de la Nación a nombre del juzgado no tiene efecto alguno, ni acredita el pago de la renta, porque estuvo en poder de la demandada (**Exp. N° 35383-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 504-505**)

Resulta irrelevante para el desalojo, el requerimiento extrajudicial de restitución del bien y pago de la renta, pues, el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas (**Exp. N° 45421-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 505-506**)

Procede el desalojo por precario, mientras no exista sentencia firme que invalide el derecho de propiedad de la demandante, pues, se presume cierto y produce todos sus efectos el contenido de la inscripción registral, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

No corresponde al colegiado por razón de la materia en controversia ameritar las relaciones personales del cónyuge de la emplazada con la demandante (**Exp. N° 24559-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 161-162**)

Para amparar el desalojo por ocupante precario, el actor debe acreditar el dominio sobre el bien cuya restitución pretende, debiendo por su parte el demandado acreditar con qué título ampara la posesión que jarca sobre el mismo.

El argumento que la demandada ocupa el bien en mérito al contrato de arrendamiento suscrito por su madre con los anteriores propietarios, no surte efectos frente al nuevo propietario por no estar inscrito, a tenor del artículo 1708 del Código Civil (**Exp. N° 36058-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 153-155**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El contrato privado de cesión de derechos y acciones celebrado por el demandado no enerva la calidad de ocupante precario, por venir ejerciendo posesión sin corta con título justo, pues, el hico ha sido transferido por una persona que no tenía derecho aún sobre dicho bien y sin la debida autorización de los compropietarios (Exp. N° 25263-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 156-157)*

*Cuando hay varios herederos, cada uno es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.*

*Si bien cada propietario tiene derecho a servirse del bien común, sin alterar su destino ni perjudicar el interés de los demás, sin embargo, si un codueño hace uso exclusivo del mismo, los demás están facultados para ejercitar la acción indemnizatoria o realizar las acciones para hacer cesar la indivisión del bien, empero no resulta procedente el desalojo por ocupante precario (Exp. N° 28502-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 157-158)*

*Es infundada la demanda que pretende el pago por los frutos dejados de recibir, por la posesión que habrían venido deteniendo los demandados como ocupantes precarios del inmueble. El pago que se pretende se equipara en realidad a la renta dejada de percibir, lo que no guarda correspondencia con el concepto de frutos.*

*Frutos civiles son los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica (Exp. N° 141-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 151-152)*

*La norma contenida en el inc. 2 del artículo 1708 del C.C. es de carácter permisivo. Sus efectos surten en caso que el adquirente así lo manifieste; pero, si éste decide no continuar con el contrato de arrendamiento, se dará por concluido. El título que amparaba la posesión del demandado carece de eficacia frente al nuevo propietario (Exp. N° N-1303-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 478)*

*Si la demandante es la única propietaria del bien materia de desalojo, el contrato de arrendamiento celebrado con persona distinta de la demandante, no es oponible a ésta, porque los contratos solo surten efecto entre las personas que lo han celebrado.*

*No resulta aplicable el artículo 1708 del C.C. por no estar inscrito el arrendamiento y porque no hay prueba alguna que evidencie que la demandante ha asumido la obligación de respetar dicho arrendamiento (Exp. N° N-1317-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 482)*

*Si el accionante es propietario del 70% de los derechos y acciones del inmueble de litis y la empresa demandada acredita ser propietaria del 30%, para plantear la pretensión de desalojo debe determinarse con precisión el bien o porción del bien a desocuparse. Como se busca la desocupación total del inmueble, se concluye que existe incertidumbre respecto a si dichos ambientes que ocupa el demandado, constituyen o no el setenta por ciento del predio (Exp. N° 53641-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 467-468)*

*Si el actor ha probado ser propietario del lote de terreno pero no de la fábrica existente sobre dicho terreno, no tiene legitimidad activa en el proceso. Dicha probanza es fundamental, pues, solo así el actor está habilitado para pedir la restitución de lo edificado (Exp. N° 453-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 469)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Al no acreditar la parte demandada, encontrarse al día en el pago de la renta convenida, resulta de amparo la pretensión de desalojo por falta de pago.*

*Si el demandado señala su condición de casado, es su obligación acreditar su estado civil, demostrar que su cónyuge se encuentre ocupando el bien y que haya formulado denuncia civil en el estadio respectivo, para poder amparar su derecho (Exp. N° 859-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 470)*

*Si bien la demandante no ha llegado a demostrar en forma convincente que el bien submatría sea propio, también es cierto que el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges, no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro. Debe ampararse la pretensión de desalojo por ocupante precario, si la demandante en su calidad de cónyuge no asiente que los hijos de su marido continúen viviendo en la casa conyugal, mal se le podría obligar a actuar en contra de su voluntad (Exp. N° 211-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 471-472)*

*Cuando el arrendador pide la devolución del bien, una vez vencido el plazo del contrato, cursando el aviso de conclusión del arrendamiento, ya no cabe hablar de continuación del arrendamiento sino de fenecimiento del título del arrendatario, quien sin justificación alguna se niega a devolver el bien.*

*Es lógico y justo que el mal arrendatario pague la penalidad convenida o una prestación igual a la renta del período precedente, pues, se está usando sin autorización ni título el bien que se reclama (Exp. N° 152-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 473)*

*Si bien el demandado pretende justificar su posesión en el predio, bajo el argumento de la existencia de un contrato de arrendamiento celebrado con la copropietaria del predio, también es cierto que el copropietario del bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Si lo hace el arrendamiento es válido siempre y cuando los demás copropietarios lo ratifiquen expresa o tácitamente (Exp. N° 673-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 474-475)*

*Debe ampararse la demanda de desalojo si el demandado no acredita que el derecho de propiedad que tiene el accionante ha sido declarado judicialmente ineficaz; en tanto la inscripción de la propiedad en los registros de la propiedad inmueble, surte sus efectos.*

*Si se enajena el predio, los adquirentes solo respetarán el arrendamiento existente entre los ocupantes y los transfirientes, cuando dicho contrato esté inscrito o cuando se haya obligado a ello (Exp. N° 540-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 251-252)*

*Si el demandado recibió el inmueble para que lo ocupe en su calidad de guardián del edificio, ese derecho se extingue al dar por terminado el vínculo laboral, pues, el título que tenía el emplazado para ocupar el bien, ha fenecido (Exp. N° 2-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 148)*

*Con el desalojo se busca recuperar la posesión cedida. No puede hablarse de posesión precaria si en la diligencia preparatoria, no cuestionada ni objetada por la demandante, se ha acreditado que se estaría reclamando la posesión a quien también tendría la calidad de propietario. En este tipo de procesos no puede discutirse ni deliberarse sobre el derecho de propiedad (Exp. N° N-690-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 149-150)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si el contrato de compraventa ha quedado resuelto, el título que tenía la demandada para poseer legítimamente el predio materia de desalojo, ha fenecido convirtiéndose en poseedora precaria (Exp. N° 433-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 151)*

*Si bien la compraventa es consensual y su inscripción no es un acto constitutivo del derecho que emana de dicho contrato, sin embargo, no se encuentra acreditado que el accionante cuente con prueba idónea que lo acredite como titular del predio, para poder amparar el desalojo por ocupante precario, más aún si se tiene en cuenta el tracto sucesivo según la partida registral (Exp. N° 503-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 152)*

*Debe desestimarse la demanda si el emplazado ha accedido a la posesión del predio en calidad de socio de la asociación demandante y no ha perdido dicha condición para que pueda producirse de pleno derecho la pérdida de su título posesorio (Exp. N° 739-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 153)*

*Si el demandado posee el bien inmueble en su condición de trabajador de la demandante, al haber cesado tal condición, la razón que justifica su posesión ha desaparecido, encontrándose bajo los alcances del artículo 911 del CC (Exp. N° 123-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 154)*

*No obstante que la demandada ha acreditado haber mantenido vínculo contractual con la arrendataria en relación al inmueble que ocupa; también es que tal relación no genera vínculos con el actual propietario, a quien no abona renta alguna por concepto de alquileres, ni menos acredita la existencia de título o contrato que los involucre, pese a conocer su calidad de propietario del predio (Exp. N° N-939-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 155-157)*

*Si el demandado ha poseído el inmueble con la facultad que le confería el título de propiedad y si dicho título ha cesado, con los resultados del posterior proceso de retracto, debe ampararse la demanda por ocupante precario en aplicación del artículo 911 del Código Civil (Exp. N° 1305-93-Ayacucho, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 584-585)*

*Aún cuando la actora no haya probado en forma fehaciente que la parte del bien que ocupan los emplazados sean precisamente la que es objeto del desahucio por ocupante precario, ello no impide que en aplicación de lo previsto por el artículo 979 del Código Civil la demandante inicie acciones posesorias para recobrar el bien, máxime que la parte demandada no ha cuestionado la calidad de propietario del accionante sobre el del inmueble de litis (Exp. N° 188-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 589-590)*

*Es requisito indispensable para el desahucio por ocupación precaria que el demandante acredite plenamente ser propietario del inmueble sublitis. La :sola minuta de compra-venta y la del préstamo hipotecario no elevada a escritura pública no acredita plenamente la propiedad de la demandante máxime si no existe prueba de haber entregado el monto del préstamo hipotecario a la vendedora (Exp. N° 45-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 588-589)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Si bien el contrato de arrendamiento para que surta eficacia no requiere de formalidad alguna, sin embargo, es necesario que se demuestre su existencia a través de los medios probatorios pertinentes, a efecto de hacer valer las consecuencias que de éste deriven **(Exp. Nº 58891-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 222)**

“... No puede denegarse el derecho de un propietario con derecho protegido por el Estado y la ley de ejercer la posesión inmediata del bien, bajo el argumento de existir conflicto de propiedad sobre él, porque las presunciones de conocimiento de las inscripciones y de certidumbre de su contenido, previstas en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Civil, hacen que aquél no tenga sino que probar en el proceso como el que se tiene a la vista (Desalojo) la propiedad del inmueble y que el emplazado lo haga respecto al título que respalda su posesión o en todo caso a un derecho de igual o similar categoría que el opuesto...” **(Exp. Nº 99-96, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 504-505)**

La acción y la contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio.

Si el Juez ha fijado como único punto controvertido el determinar la ocupación precaria de la demandada; resulta obvio que las testimoniales ofrecidas por la demandada, deberán tratar sobre el punto o hecho controvertido fijado por el juez, aunque no se haya especificado el hecho controvertido respecto del cual deberán declarar **(Exp. Nº 774-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 278-280)**

La enajenación de un bien arrendado origina los efectos del artículo 1708 del Código Civil mas no convierte en precario a un poseedor con título vigente **(Exp. Nº 342-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 125-127)**

Siendo el demandado, hijo de los titulares del contrato de locación-conducción, al fallecimiento de uno de los titulares, dicho convenio continua para con él en su calidad de heredero, según el artículo 1710 del Código Civil.

A la codemandada en su condición de cónyuge del emplazado en mención, también le alcanza la eficacia del acuerdo **(Exp. Nº 343-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 123-124)**

No se configura la posesión precaria, si la demandante ha autorizado el derecho de uso y habitación a favor de los demandados y sin plazo determinado. Existe posesión precaria cuando se trata de una posesión sin derecho o mala fe **(Exp. Nº 1179-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 152)**

El concepto de uso precario a que se refiere el artículo 586 del CPC es quien ocupa sin título, sin consentimiento del dueño y sin pagar merced conductiva.

Es infundada la demanda si la demandante accedió voluntariamente a que los emplazados viviesen en el inmueble materia de desalojo **(Exp. Nº 65010-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 157-158)**

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El derecho de uso y habitación sin plazo determinado, constituye el título del demandado para no hacer viable la demanda de ocupación precaria (Exp. N° 13430-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 174-176)*

*Si bien los recibos de pago de la renta acreditan que la arrendataria ha continuado ocupando el bien con posterioridad a la fecha de vencimiento del contrato, éstos no acreditan la existencia de un pacto de renovación, por el contrario, se aprecia que la demandada ha continuado con el arrendamiento bajo las mismas estipulaciones, conforme al artículo 1700 del CC (Exp. N° 28946-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 223)*

*Habiéndose por Ley prorrogado la vigencia de los contratos de arrendamiento, no puede exigirse obligaciones indemnizatorias por supuesta permanencia indebida del arrendatario, no obstante de haberse pactado el pago adicional por cada día que medie entre el vencimiento del contrato y la desocupación de éste (Exp. N° 1689-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 61-63)*

*Quien tiene un derecho pre-establecido sobre el bien, no tiene la condición de precario (Exp. N° 1768-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 334-335)*

*Existiendo un contrato donde se origina el derecho de los demandados y habiendo éstos pagado el correspondiente impuesto de alcabala, no tienen la condición de precarios (Exp. N° 603-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 336-337)*

*No procede amparar una acción por ocupación precaria si el actor ha limitado su accionar en contra de una persona que no ocupa el inmueble y que más aún no ha probado que existe (Exp. N° 235-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 80-81)*

*El hecho de haberse disuelto el vínculo matrimonial entre la demandada y su cónyuge no implica legalmente que la demandada se desvincule del contrato de arrendamiento, máxime si en la actualidad continua conduciéndolo y pagando la merced conductiva (Exp. N° 1247-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 124-125)*

*La enajenación de un bien arrendado origina los efectos del artículo 1708 del Código Civil mas no convierte en precario a un poseedor con título vigente (Exp. N° 342-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 125-127)*

*No pueden las partes en un proceso de desalojo, discutir cuestiones relativas al mejor derecho que le asiste a las partes sobre el predio (Exp. N° 507-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 326-327)*

*Si el demandante entregó voluntariamente el inmueble de litis a los demandados, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.*

*La causa que dio origen a la posesión de los demandados es lícita, porque responde al apoyo familiar que les brindaron sus padres y suegros, respectivamente, hecho que no*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

está. impedido por la Ley (Exp. Nº 1089-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 331-332)

Deviene en improcedente la pretensión de la actora que no acredita el derecho de propiedad sobre el inmueble cuyo desalojo pretende (Exp. Nº 231-NC-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 335-336)

Si el demandante entregó voluntariamente a los demandados el predio, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.

La relación sustantiva del dueño del inmueble de litis, es la de un propietario no poseedor frente a un poseedor no propietario, cuya situación jurídica se resuelve mediante la acción reivindicatoria (Exp. Nº 591-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 337-339)

No procede amparar la demanda de desalojo si la demandante acompaña el contrato de compra-venta del predio de litis y no así la escritura de transferencia debidamente inscrita.

La exigencia de escritura pública constituye garantía para el derecho de tercero (Exp. Nº 498-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 341-342)

Si no se advierte inscripción a nombre del causante como de su ascendiente ni mucho menos de la Sociedad de Beneficencia Pública, carece la accionante de legitimidad que la autorice para reclamar el predio.

En los procesos de desalojo por ocupación precaria, es requisito sine qua non acreditar la titularidad del bien (Exp. Nº 1132-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 426-427)

El arrendamiento está constituido por la prestación consistente en ceder el uso de un bien y como contraprestación el pago de cierta renta convenida.

Hallándose el demandado en uso del bien, debe cumplir con su contraprestación. En todo caso, consignar la renta a efectos de exigir el recibo con las formalidades tributarias (Exp. Nº 621-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 214)

Debe ordenarse la desocupación del inmueble si la demandada no ha acreditado el pago de la renta por los meses cuya mora se le imputa en la demanda (Exp. Nº N-264-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 458)

Mientras no se declare judicialmente resuelto el contrato de compra-venta, celebrado con el demandado, no se puede considerar a éste ocupante precario del inmueble (Exp. Nº 1354-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 65-67)

La garantía. dejada al momento de firmar el contrato de arrendamiento para cumplir con las obligaciones del contrato, no puede aplicarse al pago del canon arrendaticio, ya que su finalidad no es esa (Exp. Nº 1326-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 95-96)

El juez establecerá una asignación anticipada de alimentos cuando exista vínculo familiar acreditado en forma indubitable, y por tanto, sea inobjetable la responsabilidad que se le atribuye al demandado (Exp. Nº 764-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 147)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*“... Al no cumplirse el presupuesto inicial señalado (acreditación del derecho de propiedad del accionante en el desalojo por ocupación precaria), a fin de ejercitar el derecho reclamado, no resulta necesario calificar la condición de precariedad de los demandados...” (Cas. Nº 119-96-Huaura, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 516-517)*

*“... El demandado ocupa el predio en base a un título idóneo, cuyo mérito no puede ser discutido en un procedimiento sumarísimo como el de autos (de desalojo por ocupación precaria)...” (Cas. Nº 3310-99-Piura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 518-519)*

*La legitimidad para obrar de quien pretende el pago de la renta derivado de un contrato de arrendamiento requiere no solo ser el arrendador, sino también tener como tal la calidad de propietario, o por lo menos estar facultado por el propietario para arrendar el bien materia de la propiedad.*

*No habiéndose acreditado que el actor tuvo autorización para arrendar el bien a favor del ejecutado, carece de legitimidad para obrar al plantear la demanda. (Exp. Nº 262-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 510-511)*

*Los herederos del arrendatario pueden continuar usando el bien, sustituyéndose en las condiciones del contrato. Estos arrendatarios no tienen la condición de ocupantes precarios (Exp. Nº 65-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 465-466)*

*La ocupación precaria está determinada por el hecho de ejercer la posesión del bien sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido; empero no puede ser considerado precario el que prueba haber contribuido con dinero a la adquisición del inmueble, toda vez que existe una expectativa de propiedad (Exp. Nº 332-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 467)*

*Para otorgar tutela jurisdiccional en los procesos de desalojo por ocupante precario, resulta intrascendente conocer la forma como asumió la posesión, siendo más bien de importancia el análisis del título actual con el que viene poseyendo (Exp. Nº 598-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 468)*

*Corresponde al demandado que ocupa el predio acreditar que la posesión que ostenta se ampara en un título justificativo; en tanto que el demandante, debe demostrar que le asiste el derecho a solicitar la devolución del bien.*

*El contrato de arrendamiento no puede ser opuesto al adquirente que no asumió la obligación de respetarlo, máxime que no existe obligación legal de hacerlo por no encontrarse inscrito dicho acuerdo (Exp. Nº 1409-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 151)*

*Existiendo un contrato de arrendamiento de duración indefinida, respecto al inmueble materia de desalojo, celebrado por el demandante con el padre de los demandados, a la muerte de éste, se ha producido la continuación del arrendamiento para con los sucesores en aplicación del artículo 1705 del CC (Exp. Nº 06-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 155-156)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Si bien los recibos de pago de la renta acreditan que la arrendataria ha continuado ocupando el bien con posterioridad a la fecha de vencimiento del contrato, éstos no acreditan la existencia de un pacto de renovación, por el contrario, se aprecia que la demandada ha continuado con el arrendamiento bajo las mismas estipulaciones, conforme al artículo 1700 del CC (**Exp. Nº 28946-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 223**)

Si no se advierte inscripción a nombre del causante como de su ascendiente ni mucho menos de la Sociedad de Beneficencia Pública, carece la accionante de legitimidad que la autorice para reclamar el predio.

En los procesos de desalojo por ocupación precaria, es requisito sine qua non acreditar la titularidad del bien (**Exp. Nº 1132-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 426-427**)

No se considera como título posesorio el contrato de arrendamiento presentado por la demandada, si no demuestra la arrendadora haber tenido la calidad de tal.

El demandante, como nuevo propietario, no está obligado a respetar el referido contrato por no haber asumido dicha obligación, así como por no encontrarse inscrito, por lo que en virtud del artículo 1708 del C.C. puede darlo por concluido (**Exp. Nº 1591-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 477**)

“... El accionante (en el proceso de desalojo por ocupación precaria) debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien, tal como lo establece el artículo quinientos ochentiséis del Código Procesal Civil; y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien materia de controversia, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título” (**Cas. Nº 1781-99-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 513-514**)

No tiene la condición de arrendatario, el hermano de la titular, no obstante consignar la renta judicialmente a la muerte de ésta (**Exp. Nº 1066-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 44-46**)

No tiene la condición de ocupante precario la emplazada que adquiere el inmueble de litis por compra-venta, no obstante su condición de inquilina (**Exp. Nº 1666-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 46-47**)

La titularidad que alega el actor no está suficientemente probada pues según la copia literal de dominio, se le asigna la propiedad del inmueble por testamento, siendo necesario que presente el actor el título supletorio o el testamento protocolizado ante el Notario (**Exp. Nº 1185-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 96-97**)

Procede el desalojo de los demandados que no han acreditado fehacientemente guardar parentesco alguno o tener vocación

hereditaria respecto de quien figura como inquilina en los recibos que acompañan, así como haber cumplido con el pago puntual de la renta, por el predio de litis (**Exp. Nº 656-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 328-329**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Procede el desalojo de los demandados que no han acreditado fehacientemente guardar parentesco alguno o tener vocación*

*hereditaria respecto de quien figura como inquilina en los recibos que acompañan, así como haber cumplido con el pago puntual de la renta, por el predio de litis (Exp. N° 656-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 328-329)*

*Es requisito indispensable para el desahucio por ocupación precaria que el demandante acredite plenamente ser propietario del inmueble sublitis. La sola minuta de compra-venta y la del préstamo hipotecario no elevada a escritura pública no acredita plenamente la propiedad de la demandante máxime si no existe prueba de haber entregado el monto del préstamo hipotecario a la vendedora (Exp. N° 45-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 588-589)*

*El concepto jurídico de ocupante precario a que se refiere el artículo 911 del Código Civil es la del uso del bien sin título ni vínculo contractual alguno con el propietario sin pagar renta (Exp. N° 697-95-Huánuco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 592-593)*

*Si no se advierte inscripción a nombre del causante como de su ascendiente ni mucho menos de la Sociedad de Beneficencia Pública, carece la accionante de legitimidad que la autorice para reclamar el predio.*

*En los procesos de desalojo por ocupación precaria, es requisito sine qua non acreditar la titularidad del bien (Exp. N° 1132-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 426-427)*

*En el proceso de desalojo por ocupante precario, el poseedor tiene la carga de la prueba de la existencia de un título que justifique su posesión (Cas. N° 1299-99-Lima, El Peruano, 09/11/99, p. 3894).*

*Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno sobre el cual se ha edificado cuando quien solicita el desalojo no tiene título de lo construido y los demandados sean dueños de lo edificado, pues no se puede ordenar la desocupación solo del lote prescindiendo de lo construido. La interpretación correcta de la posesión precaria es que el supuesto precario no deba tener título alguno, ni del terreno ni de la construcción, mientras que el propietario debe serlo tanto del terreno como de la construcción (Cas. N° 1780-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4339).*

*Si los medios probatorios solo certifican un proceso de transferencia de propiedad en trámite y ni ratifican la existencia de un título de propiedad idóneo ni que el ocupante en el proceso de desalojo sea precario, de ningún modo podrán dichos medios de prueba cambiar el sentido de las sentencias expedidas a favor del presunto ocupante precario (Cas. N° 167-98-Callao, El Peruano, 21/11/98, p. 2077).*

*Tratándose de una acción de desalojo por ocupante precario, el accionante debe probar fehacientemente su condición de propietario del inmueble de litis.*

*No obstante la Sala ha observado que la documentación es insuficiente para identificar debidamente la propiedad, dicha observación no ha sido subsanada por la actora, por lo que en aplicación del artículo 196 del Código Procesal Civil debe declararse improcedente la demanda (Exp. N° 220-96, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 323-325).*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Debe desestimarse la acción que bajo la invocación del artículo 1704 del CC. no prueba la existencia de un contrato de arrendamiento, para reclamar el desalojo máxime si es propietario, a quien se le atribuye maliciosamente la condición de inquilino (Exp. Nº 331-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 340-341).*

*No cabe discutir en una acción de desahucio por ocupación precaria el derecho de propiedad que recíprocamente invocan las partes, menos pronunciarse acerca de quien le asiste el mejor derecho de propiedad.*

*Tratándose del derecho de propiedad no es admisible la coexistencia de las personas titulares del derecho real de propiedad (Exp. Nº 86-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 586-588).*

*“... No puede denegarse el derecho de un propietario con derecho protegido por el Estado y la ley de ejercer la posesión inmediata del bien, bajo el argumento de existir conflicto de propiedad sobre él, porque las presunciones de conocimiento de las inscripciones y de certidumbre de su contenido, previstas en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Civil, hacen que aquél no tenga sino que probar en el proceso como el que se tiene a la vista (Desalojo) la propiedad del inmueble y que el emplazado lo haga respecto al título que respalda su posesión o en todo caso a un derecho de igual o similar categoría que el opuesto...” (Exp. Nº 99-96, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 504-505).*

## TERCERO CON TÍTULO O SIN ÉL

### ARTÍCULO 587

*Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso.*

*Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.*

*El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única.*

*Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el Juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma regula la posibilidad que el actor denuncie la existencia de subarrendatarios u ocupantes ajenos a la persona a quien éste le cedió la posesión, en su demanda. La denuncia no solo corresponde al actor sino también puede operar por los propios emplazados, en atención al artículo 102 CPC que dice: “el demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin que se le notifique del inicio del proceso”.

Esto significa que en la demanda o en la contestación, las partes, sean demandantes o demandados, deben expresar si existen o no subarrendatarios u ocupantes terceros. El actor si lo ignora, podrá remitirse a lo que resulte de la diligencia de notificación (ver artículo 587 CPC), de la contestación a la demanda, o ambas. Véase que la determinación de terceros en el proceso, constituye una carga que pesa sobre ambas partes, pero siendo el demandado quien necesariamente debe conocer la existencia de sub-arrendatarios u otros ocupantes, el actor puede limitar el cumplimiento de aquella información a las constancias de la diligencia de notificación del traslado de la demanda, de la contestación de ésta, o de ambos actos.

El fundamento de la exigencia estriba en el hecho que siendo la sentencia de desalojo ejecutable contra cualquier ocupante del inmueble, como señala el artículo 593 CPC, es razonable que todo aquel que revista esa condición sea notificado del traslado de la demanda o de la existencia del proceso a fin que pueda hacer valer en él, los derechos que estime asistirle.

2. La norma señala que en caso el demandante denuncie en su demanda, al tercero ajeno a la relación material, éste será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso”. Véase que se trata de una denuncia no de un emplazamiento ni de una incorporación al proceso como parte; en igual forma, si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.

La norma señala que el “tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única”. No compartimos la calificación de “litisconsorcio voluntario” que se otorga al tercero en un proceso de desalojo. Como señala dicha norma “el tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única. Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107”. Consideramos que debe intervenir en el proceso, pero en atención a su interés jurídico lo podríamos ubicar bajo la figura del tercero coadyuvante que regula el artículo 97 CPC, de tal manera, que si en la audiencia se advierte que éste carece de título posesorio, debe operar la extromisión, figura que a tenor del artículo 107 se orienta a separar del proceso al tercero legitimado, no a la parte, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia. Véase que el alcance de la eventual intervención de los ocupantes del inmueble se juzga con mayor rigor, en atención al título posesorio que presente el tercero.

3. Si bien, el artículo 587 CPC señala que “si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia”; sin embargo debe precisarse que no todo tercero puede ser incorporado al proceso, por mas que se encuentre en el bien. Véase el caso del servidor de la posesión, esto es, quien conserva la posesión en nombre del poseedor y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, por citar, la hija de los demandados que ocupa el bien, conservándolo por estar de viaje sus padres. Dicha situación no califica a la tercera como poseedora del inmueble de litis, para comprenderla bajo los alcances del presente artículo; tampoco está habilitada para formular el llamamiento posesorio, a que refiere el artículo 105 CPC, pues dicho llamamiento es un deber que se imputa estrictamente a quien es demandado, para llamar o citar al legitimo poseedor para que sea integrado a la litis y como consecuencia de ello, quedar el llamante fuera del proceso. Esto es, si ha entablado la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

relación procesal validamente con los arrendatarios del predio de litis, mal se podría exigir a la servidora de la posesión proceda al llamamiento posesorio, por no haber sido ésta emplazada con la demanda y por tanto no ser parte en el proceso. Aún más, si por error algún lo hubiere admitido, en la audiencia de Ley, el juez al advertir que el tercero carece de título posesorio, aplicará lo dispuesto por el artículo 107 CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*El tercer ocupante del predio, puede actuar como litisconsorte voluntario, en este caso no integra la relación procesal, pero habiéndose incorporado con la calidad de necesaria, se incorpora a la relación procesal, por lo que necesariamente debe ser incluido en el pronunciamiento jurisdiccional (Cas. Nº 937-98-Lima, El Peruano, 21/12/92, p. 2271)*

*Quien teniendo un bien en nombre de otro; es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, 'Y si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso, en cuyo caso el Juez emplazará con la demanda al poseedor (Exp. Nº 911-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 476-477)*

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden éstos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única.*

*No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una, persona como poseedor del mismo. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo la defensa de la misma al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título (Exp. Nº 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348)*

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única (Exp. Nº 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348).*

*El tercer ocupante del predio, puede actuar como litisconsorte voluntario, en este caso no integra la relación procesal, pero habiéndose incorporado con la calidad de necesaria, se incorpora a la relación procesal, por lo que necesariamente debe ser incluido en el pronunciamiento jurisdiccional (Cas. Nº 937-98-Lima, El Peruano, 21/12/92, p. 2271).*

*Procede la denuncia civil de los subarrendatarios que ocupan el predio sub litis, toda vez que el resultado del mismo va a afectar sus derechos.*

*Si se permite la incorporación al proceso del tercero que ocupa el predio, es menester integrar a los otros ocupantes del inmueble materia de la pretensión demandada, a efecto que puedan hacer uso de su derecho a la tutela jurisdiccional (Exp. Nº 44888-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 364-365).*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única.*

*No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una persona como poseedor del mismo. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo la defensa de la misma al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título (**Exp. N° 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348**).*

## FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA

### ARTÍCULO 588

*Si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que sólo se encuentra en relación de dependencia respecto de otro, conservando la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105º, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La norma se vincula con el llamamiento posesorio a que refiere el artículo 105 CPC. Parte del supuesto de una falta de legitimidad pasiva, al ser emplazado quien no tiene la condición de poseedor del predio de litis. Véase el caso del servidor de la posesión regulado en el artículo CC que dice: "...".

2. En el supuesto que este servidor sea emplazado, este tiene el deber de proceder a la denuncia civil al poseedor legitimado. Este servidor debe realizar las diligencias pertinentes para colocar la pretensión del actor en condiciones viables frente al verdadero legitimado para intervenir. La exposición de motivos del Código General del Proceso Uruguayo<sup>(1)</sup>, al referirse al llamamiento posesorio dice: "(...) se trata de un deber de colaboración con la justicia que obliga a quien sabe por conocimiento propio que la demanda está erróneamente dirigida contra él a indicar el verdadero responsable, en virtud de la situación sustantivo que se ha planteado en el proceso (...)".

En esas circunstancias, corresponde al actor modificar su demanda (pues no hay emplazamiento válido) y dirigirla contra el denunciado, permitiéndose así la extromisión del primitivo demandado. Si el actor se opone al ingreso del denunciado, siguiendo la pretensión contra quien demandó, se expone a que la demanda sea rechazada por falta de legitimación en el demandado.

---

(1) Tomado de la exposición de motivos del Código General del Proceso Uruguayo, elaborado por Enrique Vescovi, editorial Abaco, Montevideo, 1990, p. 198 citado por Carrión Jorge, Tratado de Derecho Procesal Civil, Grijley, Lima, 2000, p.315.

También tiene la posibilidad el demandado de ejercer la defensa procesal, a través de la excepción de falta de legitimidad pasiva, provocando la suspensión del proceso hasta que el demandante restablezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene.

3. Si el emplazado acredita su condición de servidor de la posesión, debe sobrecartarse el admisorio al poseedor legitimado y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación. La citación del legitimado para contradecir produce una sustitución procesal de parte; véase en ese sentido lo que señala el artículo 105 CPC: “si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el Juez emplazará con la demanda al poseedor”.



## JURISPRUDENCIA

---

*En los procesos de desalojo, la parte demandante puede ser además todo aquel que se considere con derecho a la restitución del bien. Si de los recibos de arrendamiento se advierte que el uso del bien continúa a nombre del último concesionario titular, los sucesores legales de éste tienen legitimidad para incoar el desalojo promovido (Exp. N° 30755-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 259)*

*Si los demandados, quienes ocupan el inmueble de litis como propietarios, vienen exigiendo judicialmente el cumplimiento del contrato a su anterior propietario y este ha transferido dicho inmueble al demandante, sin esperar que se defina la situación jurídica que conlleva la demanda de cumplimiento de contrato, no resulta posible amparar la demanda sobre desahucio por ocupación precaria, discutiendo el derecho de propiedad entre el demandante y demandado dentro de un proceso sumario (Exp. N° 279-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 591-592).*

## NOTIFICACIÓN

### ARTÍCULO 589

*Además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta.*

*Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Italia arts. 664-668*

---

## Comentario

---

1. Las notificaciones, implica la manera como se comunica el juez con los justiciables en el proceso, con el fin de tener certeza que los actos procesales sean efectivamente conocidos por sus destinatarios. Ello va a permitir que las partes tengan la posibilidad de materializar los argumentos para su defensa, en atención al principio de bilateralidad que acompaña al proceso.

El código permite el uso de diversos medios de comunicación que sean adecuados para el fin. Las notificaciones encierran ciertas formalidades, con efectos procesales, sin embargo el acto mismo de la notificación encierra una actividad netamente administrativa

2. El emplazamiento del demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real, si allí se encontrara; sin embargo, adicionalmente a este supuesto recogido en el artículo 431 CPC, señala el artículo en comentario que la demanda debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si éste fuere distinto.

El notificador tiene el deber de hacer saber la existencia del proceso, a cada uno de los subarrendatarios u ocupantes presentes en el acto de notificar, aunque no hubiesen sido denunciados, previniéndoles que la sentencia que se pronuncie producirá efectos contra todos ellos y que dentro del plazo fijado para contestar la demanda, podrán ejercer los derechos que estimen corresponderles.

La norma señala "si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta

sobre lo ocurrido” esto implica que frente a situaciones donde el predio de litis carezca de numeración visible, sea por que hubiere sido retirado deliberadamente por los ocupantes demandados para evadir los efectos de la notificación o porque la estructura de su edificación y ubicación no permita su identificación numérica, el auxiliar judicial encargado de practicar tales notificaciones tiene el deber de materializar dicha notificación, dejando las cédulas en el predio de litis, previa descripción de éste, tomando para ello evidencias propias del predio, como registro del medidor de consumo de electricidad o de agua, diseño del predio; además deberá cumplir su cometido, inquiriendo a los vecinos sobre la identificación del predio, para lo cual redactará un acta sobre lo ocurrido.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es nula la sentencia si la demandada solo ha sido notificada en su dirección domiciliaria y no en el predio materia de desalojo.*

*El apersonamiento de la demandada al proceso, no convalida ni subsana dicha omisión, pues ella tiene por objeto verificar si el predio se encuentra ocupado o no por un tercero (Exp. N° N-1159-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 480-481)*

*Tratándose de un proceso de desalojo, además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinto.*

*El conocimiento oportuno del texto de la demanda y la contestación de ésta, no convalida la omisión de la notificación (Exp. N° 955-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 471)*

## DESALOJO ACCESORIO

### ARTÍCULO 590

*Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a la acumulación objetiva de pretensiones al permitir –en ejecución forzada– el lanzamiento, no derivado propiamente del proceso de desalojo sino de la acumulación de otras pretensiones, que se han ventilado ante la vía procedimental abreviada o de conocimiento.

Esto significa que la pretensión de desalojo no solo puede ser dilucidada como única pretensión en los procesos sumarísimos sino que puede ser acumulada a otras pretensiones de mayor cobertura, que se ventilan en la vía procedimental abreviada o de conocimiento, siendo calificada la restitución bajo dicha acumulación como una pretensión accesoria, esto es, que existiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal se amparan también las demás. Véase en el caso de la siguiente acumulación de pretensiones: resolución de contrato, pago de frutos y restitución del bien materia de resolución. En caso se ampare la pretensión resolutoria, la misma que tiene la condición de principal, las relacionadas con el pago de frutos y restitución del bien, también serán de amparo.

Ahora bien, la referencia al lanzamiento que hace la norma en comentario, nos ubica en la ejecución forzada de la restitución demandada y amparada, sin embargo, la propia norma hace hincapié a la oportunidad en que pueden ser integradas estas pretensiones para la acumulación sobrevenida. Un primer momento es hasta el día de la audiencia de conciliación, sin embargo, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la Ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda, como sería el caso de los gastos procesales (ver artículo 412 CPC).

Véase que el citado artículo 97 CPC hace referencia al momento de la incorporación de las pretensiones accesorias al proceso, sin embargo, ello se distancia de la oportunidad de la condena y de su ejecución forzada. La regla que debe operar en estos casos, es la condena positiva expresa a la pretensión accesoria acumulada, caso contrario, no se puede alegar la existencia de título para dicha

pretensión accesoria de restitución, menos se podrá recurrir a la ejecución forzada, esto es, al lanzamiento de una condena no declarada.

2. Para que proceda la acumulación debe contemplarse que estas sean de competencia del mismo juez y sean tramitables en una misma vía procedimental, como lo exige el artículo 85 CPC. Esto significa que el monto de la indemnización a reclamar o el valor de los frutos no deben superar la cuantía para el procedimiento sumarísimo, esto es, que no sea mayor de veinte unidades de referencia procesal (ver inciso 7 artículo 546 CPC). Esto implica que en caso la acumulación supere la cuantía del procedimiento sumarísimo, ya no sería procedente esta.

El tema de la vía procedimental como requisito para la acumulación debe ser tomado con especial reflexión, sobre todo cuando a la pretensión originaria que se viene tramitando por la vía procedimental de conocimiento se pretende acumular pretensiones que se tramitan por la vía sumarísima. En esos casos consideramos que la vía procedimental no debe ser óbice para la procedencia de la acumulación. Como señala la Casación N° 1835-2005-Cono Norte, publicada en El Peruano del 3 de octubre de 2006 sostiene "las pretensiones no resultan ser incompatibles entre si, si la elección de una no impide el ejercicio de la otra. En tal sentido, si se tramita el otorgamiento de escritura pública en un proceso de conocimiento, que es más amplio, no se afecta el debido proceso".



### JURISPRUDENCIA

---

*En virtud del principio de quien puede lo más puede lo menos, la acción que discute el desalojo para la entrega únicamente de la posesión, no se encuentra sujeta a plazo prescriptorio tan igual como la acción reivindicatoria (Exp. N° 9396-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 301)*

*Frente a un derecho real de propiedad, corresponde oponer otro de igual jerarquía, debiendo éste estar inscrito con anterioridad al de aquél, a quien se opone.*

*Si de manera accesoria se ha planteado la restitución de la posesión del predio, su procedencia o improcedencia está ligada a 1a suerte que corra la pretensión principal (Exp. N° 4026-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 161-162)*

*Si bien el proceso tiene por objeto principal la desocupación del bien, el Juez atendiendo al principio de economía procesal debe pronunciarse sobre la devolución de la garantía –la misma que ha sido consignada–, por ser un aspecto accesorio al conflicto principal (Exp. N° 692-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 332-333)*

*La restitución del bien está concebida como la reivindicación del mismo y no como una acción de desalojo; dado que quien lo solicita es el propietario no poseedor contra una poseedora no propietaria, haciendo ejercicio del ius reivindicandi (Exp. N° 1145-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 70-74)*

## LIMITACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

### ARTÍCULO 591

*Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El contrato de arrendamiento es definido en el artículo 1666 del Código Civil, de la siguiente manera: “por el contrato de arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”.

Esta definición normativa, nos permite precisar que estamos ante un contrato consensual, que se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades, que no requiere forma determinada para perfeccionarse y que contiene prestaciones recíprocas, por cuanto crea prestaciones a cargo de ambas partes, como es, la entrega del bien por el arrendador y el pago de una renta por el arrendatario. Para Bigio<sup>(1)</sup>, “la reciprocidad se manifiesta no solo mediante la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino en la vinculación existente entre ellas, de tal manera que tienen la calidad de prestación y contraprestación”.

Otra característica que concurre a esta contratación es la onerosidad, pues, implica ventajas como sacrificios para el arrendador y el arrendatario. Asimismo se califica este contrato de conmutativo, porque las partes están en condiciones de conocer las ventajas que le va a reportar su celebración.

2. La reciprocidad de las prestaciones, conlleva a que el Código Civil establezca expresamente las obligaciones del arrendatario y del arrendador. Destaca como obligación esencial del arrendatario, el pago de la renta, entendida esta como la contraprestación por el uso del bien materia del contrato. Para Messineo<sup>(2)</sup>, “el fundamento del deber de abonar el canon, no está en la efectividad del goce de la

---

(1) Bigio Chrem Jack, El contrato de arrendamiento, Gaceta Jurídica editores, Lima, s/ref, p. 31.

(2) Citado por Bigio, op. cit. p. 81.

cosa por parte del arrendatario, sino en la privación del goce que sufre el arrendador; basta la posibilidad del goce exclusivo, para que el arrendatario este obligado al canon; en efecto, tal posibilidad implica (sic) ya que el arrendador no puede gozar por su parte”.

El pago de la renta es la obligación principal a cargo del arrendatario, por ello es determinante para que se configure la relación material que se fije dicha prestación, caso contrario estaríamos ante un comodato o préstamo de uso.

El medio normal para acreditar el pago de la renta es el recibo que otorga el arrendador. El hecho de acreditarse el pago de alguna de las cuotas periódicas o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como señala el artículo 1231 del Código Civil.

3. El ordenamiento jurídico ante el hecho del arrendatario moroso, permite la resolución del contrato si no abona la renta por mas de dos meses y quince días; (ver inciso 1 del artículo 1697 CC); además ha diseñado un procedimiento ejecutivo para el cobro de la renta impaga, el mismo que será exitoso en el supuesto que el deudor tenga bienes, caso contrario se torna en una imposibilidad material su cobro.

El incumplimiento de las prestaciones recíprocas, faculta a la resolución del contrato. Uno de los supuestos de la resolución que recoge el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil, señala la falta de pago de la renta por un período de dos meses y quince días. Se trata de una resolución, que puede ser ejercitada por el arrendador, por contener un supuesto de incumplimiento voluntario posterior a la celebración del contrato y que según Bigio<sup>(3)</sup> “constituye una regla a favor del arrendatario, por cuanto le confiere un régimen especial distinto al que el Código Civil dispensa a todo deudor que incumple la prestación que le corresponde ejecutar. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil el perjudicado puede solicitar la resolución del contrato ante el incumplimiento de cualquier prestación. Tal situación no ocurre en el caso del arrendador, quien no puede –salvo pacto distinto– demandar la resolución del contrato ante la falta de pago de un solo período de renta”.

De lo desarrollado, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico regula el arrendamiento, como un contrato de prestaciones recíprocas, destacando el pago de la renta como un elemento central a cargo del arrendatario, que en caso de incumplimiento genera la resolución del contrato.

4. Cuando en la relación de arrendamiento se discute la falta de pago o el vencimiento del mismo, se promueve la pretensión de desalojo, a través de un procedimiento sumarísimo, para brindar respuestas prontas ante tal incumplimiento,

---

(3) Op. cit. p.137.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

por ello, en atención al principio de economía procesal que busca que el proceso se realice procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, se ha limitado la carga probatoria de las partes a tres medios de prueba típica: los documentos, la declaración de parte y la pericia; sin embargo, debe precisarse que esa limitación es a la carga probatoria mas no a la facultad probatoria de oficio del juez, por tanto, este podría incorporar medios de prueba (de oficio) ajenos a los citados en el presente artículo.

A pesar que se busque la simplificación de las formas del debate y los términos abreviados del proceso, en el procedimiento sumarísimo para el desalojo, es conocida la respuesta tardía del sistema judicial a ello, permitiendo que el inquilino no solo se reafirme en el no pago de la renta sino en la de otros servicios básicos, como el consumo de agua, luz y mantenimiento si fuera el caso<sup>(4)</sup>, contraviniendo con ello, otra de sus obligaciones recogidas en el artículo 1681 del Código Civil que dice: “el arrendatario está obligado a pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan”. La inercia del sistema para brindar respuestas oportunas frente al derecho ya conculcado permite que el inquilino siga disfrutando de la mora, ante una tutela judicial débil.



### JURISPRUDENCIA

---

*El contrato de arrendamiento no constituye título ejecutivo. Es trascendente en la medida que prueba el monto a que asciende la renta por la que se ha obligado el ejecutado.*

*Si el demandado cuestiona el monto de la obligación demandada, no así la obligación misma de pagar los arrendamientos, el Juez debe centrar la valoración de la prueba en los recibos impagos y en todos los medios que en forma conjunta dilucidan el debate (Exp. N° 1839-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 236)*

*“... En procesos por desalojo por ocupación precaria, corresponde la carga de la prueba a la parte demandada, quien debe acreditar que la tenencia del inmueble que ocupa es justa y que paga canon arrendaticio...” (Exp. N° 1282-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 114)*

(4) Señala la medida cautelar (expediente 231-06- 1º Juzgado de Paz Letrado de Jesús María-sec: Cereceda) interpuesta en el proceso de desalojo contra Carlos Bernuy Revilla y Carmen Flores de Bernuy lo siguiente: 1) Como se aprecia del reporte de consumo del servicio de luz eléctrica correspondiente al suministro No 208766 de la Empresa Edelnor SAA, instalado en el predio de litis, se ha procedido al corte del servicio eléctrico, porque los demandados no han pagado el consumo de tres meses, ascendiendo la deuda al importe de 352 nuevos soles; 2) Ante el corte del servicio, el demandado ha procedido ilegalmente a reinstalarse el servicio, motivando que la empresa Edelnor SAA, verifique esta irregularidad y traslade a la propietaria del predio, donde esta instalado el servicio cortado, los gastos de esta reinstalación clandestina.(...) no solo es la deuda por consumo de luz eléctrica sino que además viene dejando de pagar los arbitrios municipales que asciende a 300 nuevos soles”.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El arrendamiento está constituido por la prestación consistente en ceder el uso de un bien y como contraprestación el pago de cierta renta convenida.*

*Hallándose el demandado en uso del bien, debe cumplir con su contraprestación. En todo caso, consignar la renta a efectos de exigir el recibo con las formalidades tributarias (Exp. N° 621-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 214)*

*“... La presente acción de desalojo la inicia la demandante a título de arrendadora, y por el mérito del contrato de arrendamiento no cuestionado (...), invocando la causal de vencimiento del mismo; por lo que corresponde al demandado probar que el arrendamiento ha sido prorrogado o que cuenta con otro contrato que se encuentra vigente...” (Exp. N° 588-98, Sala Civil para Proceso Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 509-510)*

*Resulta irrelevante para el desalojo por vencimiento del plazo referirse a cuestiones relativas al monto de los alquileres devengados (Exp. N° 1160-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 325-326)*

*La garantía, dejada al momento de firmar el contrato de arrendamiento para cumplir con las obligaciones del contrato, no puede aplicarse al pago del canon arrendaticio, ya que su finalidad no es esa (Exp. N° 1326-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 95-96)*

## REQUERIMIENTO

### ARTÍCULO 592

*El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El proceso sobre desalojo requiere de una etapa de cognición, en el que el juez luego de oír a las partes y examinar las pruebas, dicta sentencia, haciendo lugar o rechazando la demanda.

En caso se ampare la demanda, la condena al desalojo se declarará. Si el demandado no cumple voluntariamente la condena se procede a su ejecución forzada, a través del lanzamiento. Precisamente, el artículo en comentario nos ubica en una nueva etapa del proceso, la ejecución, cuyo objeto central es la satisfacción forzada del derecho declarado en la sentencia firme o el acuerdo homologado por las partes.

2. El artículo en comentario condiciona el lanzamiento de los ocupantes del predio, a un criterio material y temporal, como es, que haya transcurrido seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.

Una aplicación textual de la norma, lleva a un sector de la judicatura a ordenar el lanzamiento, cumplido el supuesto de temporalidad, luego de haberse agotado los criterios materiales que describe la norma; sin embargo, hay otras posiciones en la judicatura, que condicionan el lanzamiento a un acto procesal previo, como es el requerimiento, esto es la advertencia conminatoria para que desocupe el inmueble el condenado, en el plazo de seis días, caso contrario se procederá al lanzamiento.

El apercibimiento es tomado como una medida preventiva y tiene por finalidad corregir la incorrección de una conducta, a cuyo efecto se hace uso de la conminación de una sanción en potencia, en el acto mismo del apercibimiento. Esa conminación que hace el juez, debe tener un sustento legal y con motivo de la conducta resistente de la parte, condenada para que esta haga algo. Agotado el requerimiento, recién se hace efectivo el apercibimiento decretado.

3. Apartándose del principio que recoge el artículo II del TP del CPC, que dice: “el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia” la norma precisa que el lanzamiento operará, a pedido de parte; ello en atención a que el impulso de oficio rige para la función cognoscitiva del proceso, como regla general, mas no para la ejecución, en el que prima la actividad de parte.

Como señala el artículo 713 CPC, las resoluciones judiciales se ejecutarán a pedido de parte, por tanto, resulta coherente lo regulado en el presente artículo sobre la actividad de parte, pues, el lanzamiento es una expresión de la ejecución forzada en los procesos de desalojo. Si bien el artículo II del TP, condiciona la excepción del impulso de oficio a los casos expresamente señalados en este Código, el presente artículo no es una expresión de dicha excepción, pues no se invoca bajo la función cognoscitiva del proceso, como si sería en el caso en que se debate la pretensión de divorcio por causal o separación de cuerpos, donde expresamente el artículo 480 CPC señala que el proceso solo se impulsará a pedido de parte.

## LANZAMIENTO

### ARTÍCULO 593

*Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.*

*Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.*

*Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La sentencia de desalojo no puede ejecutarse contra el demandado que no haya tenido oportunidad de intervenir en el proceso, sea por hallarse afectado de irregularidades el acto de notificación; sin embargo, esta exigencia no es extensiva a los terceros que ocupen el bien, sin ser demandados. Como dice la norma “el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación”.

Ello es atendible porque el artículo 587 regula la oportunidad para la incorporación de estos terceros al debate. Uno de ellos es por obra del propio actor, quien tiene el deber de denunciar a estos, ajenos a la relación establecida entre él y la persona a quién cedió la posesión; la otra posibilidad de incorporación de los terceros ocupantes, es cuando son noticiados por el propio auxiliar judicial encargado de notificar el admisorio de la demanda. Véase que la norma permite la incorporación de los terceros al proceso de cognición sumarísima bajo la calidad de terceros coadyuvantes o colaboradores, esto es, terceros que se incorporan en el proceso para coadyuvar a la defensa del derecho del demandado en el proceso.

El efecto que tendrá la sentencia final sobre estos terceros será reflejo o indirecto, pues, solo se condenará a la parte más no a los terceros colaboradores. Agotada la función cognoscitiva del proceso, la intervención coadyuvante de

terceros carece de razón de ser, pues, el derecho ya está definido, ya está declarado y por tanto, resulta coherente que ya no se requiera su intervención en el proceso, a pesar de presentarse como un tercero ocupante del predio donde se ejecutará el lanzamiento.

2. La ejecución de la sentencia de desalojo contra los ocupantes del inmueble solo se halla supeditada a la circunstancia de haber sido regularmente notificados del traslado de la demanda, no se requiere que ellos se hayan presentado al proceso.

La sentencia se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual con intervención del personal auxiliar del juzgado y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del demandado y demás ocupantes.

La prestación condenada se satisface con la entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Esta ejecución puede ser gradual hasta concluir con la entrega total del bien.

La norma regula un plazo de garantía, post ejecución, computado luego de la ejecución íntegra de la prestación. Esta garantía tiene como finalidad asegurar en el tiempo la entrega del bien totalmente desocupado, pues, en caso se vea alterada por obra del propio vencido, el vencedor podrá solicitar un nuevo lanzamiento. Véase que la norma hace hincapié que la alteración provenga por obra del propio vencido, para insistir nuevamente en el lanzamiento, caso contrario, si la afectación proviene por actuación de terceros, no procederá en dicho proceso el lanzamiento de estos, sino que se tendrá que promover una acción independiente a la concluida.

En materia de ejecución, de manera particular, se debe tomar en cuenta el uso del bien; por citar, hay que apreciar que el lanzamiento del inmueble, que se destina para el funcionamiento de un colegio, o al servicio de la educación, según la 4ª disposición final del D.Leg. N° 709, debe operar al término del año lectivo en que el mandato judicial adquiere la calidad de firme.

Cuando se trata de enajenación de inmuebles hipotecados a favor de empresas, vía remate judicial o por adjudicación directa, no será de aplicación lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1708 CC, salvo que el respectivo contrato de arrendamiento se hubiera encontrado inscrito con anterioridad a la fecha de la constitución de la garantía hipotecaria (ver artículo octavo de las Disposiciones Finales y Complementarias de la Ley del sistema financiero, N° 26702).

Tampoco opera el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble materia de remate judicial, en caso de haberse otorgado la adjudicación en pago al acreedor ejecutante de un porcentaje definido de acciones y derechos sobre dicho bien. El inciso 3 del art: 739 CPC señala "el auto de transferencia del inmueble debe con-

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tener la orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario, dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento." En este caso, la adjudicación y transferencia que se le otorgó al ejecutante-adjudicatario son cuotas ideales (alícuotas) sobre todo el inmueble, apareciendo en una relación de copropiedad con las demás personas que detentan las acciones y derechos sobre el inmueble, no siendo el cien por ciento de toda la propiedad materia de adjudicación. Además se debe tener en cuenta que las acciones y derechos de los remates y las transferencias corresponden a cuotas ideales y no a un espacio específico del inmueble, por ello, de acceder a lo solicitado se estaría afectando el derecho que sobre ese espacio no independizado tienen los demás condóminos<sup>(1)</sup>.

---

(1) Sobre el particular, véase el expediente N° 9454-2003, ante el 41 Juzgado Civil de Lima

## SENTENCIA CON CONDENA DE FUTURO

### ARTÍCULO 594

*El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.*

*Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. Una de las expresiones de tutela preventiva que acoge el Código Procesal Civil, la ubicamos en la condena a futuro regulada en el artículo 594 para los casos de desalojo.

Consiste en provocar la intervención de la jurisdicción para solicitar la condena del demandado, pese a que aún no ha vencido la obligación. Con ello, se busca que la jurisdicción obre por una prestación todavía no debida y que no se deberá sino hasta después de la condena, por lo cual no hay ninguna violación del derecho en el momento de la sentencia. En ese sentido Michelle<sup>(2)</sup>, señala “la acción preventiva es concedida para conseguir la declaración de un derecho cuando este último, aún no habiendo sido violado o judicialmente discutido, se hace objetivamente incierto en su existencia o en su contenido, en cuanto de hecho el mismo es discutido o desconocido por otros”.

La tutela preventiva, puede apreciarse como característica funcional común a diversos tipos de acciones, esto porque puede cumplir la función de prevenir antes que reprimir la violación, la misma que puede ser cumplida por distintos tipos de tutela estructuralmente diversos, como por ejemplo, las acciones de mero conocimiento, las acciones cautelares o las condenas de futuro.

---

(1) El presente comentario ha sido tomado del trabajo realizado por Ledesma Marianella, "La tutela preventiva en las sentencias de futura ejecución" en *Derecho & Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 25, 2005, Lima, p. 76.

(2) Michelle Gian Antonio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p.396.

En el caso de la condena de futuro desempeña una función preventiva, semejante a la tutela cautelar. Decimos ello porque ese interés (peligro de incumplimiento) exigido para tal condena coincide con el estado de peligro (*periculum in mora*) que es también condición normal del proceso cautelar; sin embargo, no pueden confundirse ambas figuras. Si se prescinde del interés, que nace del peligro y no de la lesión del derecho, se trata de casos de tutela ordinaria con efectos definitivos.

La medida cautelar y la condena de futuro tienen al menos un elemento bien distinto, las primeras tienden a realizar una tutela provisional, destinada a durar solo hasta que la declaración termine; en estas últimas, en cambio, la tutela jurisdiccional acordada por el juez es de carácter definitivo, pues, la sentencia tiene la eficacia de cosa juzgada.

Por otro lado, es importante señalar que a diferencia de la condena ordinaria, el interés para obrar en la condena de futuro, surge no del daño o lesión del derecho, sino del peligro de un daño jurídico, esto es, del probable incumplimiento de una obligación de prestación futura. Si no hay este peligro, carecería de justificación el ejercicio anticipado de la acción de condena.

Todo ello nos lleva a preguntarnos por qué, no se busca tutela a través de medidas cautelares, en vez, de acudir a las condenas de futuro. Intentando alguna respuesta diremos que las medidas cautelares tienen un carácter instrumental, que las priva de aptitud para tutelar por sí solas de forma definitiva una situación digna de protección, de ahí que hay que reconocer la insuficiencia de las medidas cautelares como instrumentos para la tutela de los acreedores antes del vencimiento; tal resultado solo pueden dispensarlo las condenas de futuro, aunque no puede excluirse, sin embargo, la posibilidad que se acuerden medidas cautelares en apoyo de los procesos en que se ejerciten acciones de condena a prestación futura.

2. Las condenas de futuro son aquéllas en las que el actor pide al órgano jurisdiccional que imponga al demandado la realización de una prestación, esto es, un comportamiento o una conducta positiva o negativa, de ese demandado: ya sea de dar, hacer o no hacer; si tiene éxito el accionante, no solo se declara la existencia del derecho, sino también que tal derecho debe ser satisfecho (mandamiento de prestación al demandado) y, si no ocurre esto voluntariamente, el actor puede, fundándose en semejante sentencia, provocar la ejecución de la prestación insatisfecha<sup>(3)</sup>. Estas condenas asumen por tanto, una doble función: declarar el derecho y preparar la ejecución forzada.

---

(3) Lopez Simó Francisco, Las condenas de futuro, Aranzadi editorial, Navarra, 2001, p. 22.

Para Chiovenda<sup>(4)</sup>, no siempre la sentencia de condena tiene como condición una violación, y aún menos una violación actual del derecho; esto ocurre, solo por regla general, pues, hay casos en los que se puede obrar por una prestación no debida todavía y que no se deberá sino hasta después de la condena, por lo cual no hay ninguna violación del derecho en el momento de la sentencia: así se puede pedir preventivamente la condena del inquilino al abandono del inmueble para el día del vencimiento del plazo, o cuando el deudor incurre en mora en el pago de alguna cuota correspondiente a una prestación periódica (alimentos, interés, rentas, etc.) pueden reclamarse todas, es decir, las cuotas vencidas y las exigibles en el futuro.

3. Existen diversas teorías que explican la condena a futuro. Unas sostienen que se limitan a declarar la existencia de una determinada prestación a cargo del demandado y a favor del actor; otras consideran que contiene una orden al demandado de realizar la concreta prestación que voluntariamente no cumplió; otra corriente, asume que se prescinde de la voluntad del condenando para la realización de la prestación porque le coloca en una sujeción a los órganos coactivos del Estado, de tal forma que la prestación se realizará contra su voluntad.

4. Los caracteres más notables que la doctrina atribuye a esta figura, son: la prestación no debe ser exigible en el momento de la demanda; y, la eficacia ejecutiva de la sentencia no debe ser inmediata sino alejada o diferida. En otras palabras, la condena de futuro, importa una condena cuando no se ha producido todavía el incumplimiento. Ella podrá, en el futuro, legitimar la ejecución forzada cuando el derecho a exigir la prestación se convierta en actual y el deudor no cumpla. Esto implica que no es necesario para que exista una pretensión de condena, que la obligación que se impone nazca simultáneamente con la decisión que actúa la pretensión, sino que puede imponerse para un tiempo posterior, de ahí el nombre de condena futura.

5. Por otro lado es importante señalar que el legislador puede emplear alguno de los tres siguientes sistemas:

El primero, se orienta a positivar los concretos supuestos de condena de futuro, es decir, el propio legislador establece los casos en que el ordenamiento permite este tipo de pretensiones; el segundo sistema admite estas pretensiones con carácter general siempre que exista un específico interés en accionar, consistente en la verosimilitud o probabilidad del futuro incumplimiento de la prestación, dejando que el juzgador aprecie en cada caso concreto si se da ese interés, basándose para ello en determinadas circunstancias actuales, como el comportamiento

---

(4) Chiovenda Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.1, Cardenas editor y distribuidor, Mexico, 1989, p. 223-224.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

del futuro deudor frente a otros acreedores actuales, o su voluntad manifestada de incumplir, o la precariedad de su situación económica que, alegadas y acreditadas, justifican acoger la condena de futuro; por último, el tercer sistema, en el que combinando los dos criterios anteriores, se permite los supuestos concretos establecidos en la ley, también, se prevea que se pueda interponer demanda de condena futura en cualquier otro supuesto en que se dé el interés específico de esta clase de condenas.

Frente a dichos sistemas sostenemos que nuestro Código Procesal acoge el primer sistema descrito, esto es, el que positiva los concretos supuestos de acciones de condena de futuro, solo para los casos de desalojo. Chioventa<sup>(5)</sup>, fundamenta el pronunciamiento de este tipo de condenas en el interés en accionar y enumera como más comunes, cinco casos de condenas de futuro: a) en la necesidad de prevenir el daño que derivaría de la falta de un título ejecutivo en el momento que la prestación sea debida (juicios preventivos); véase el caso del arrendador que no pudiese en el momento en que vence el plazo del arriendo, tener la cosa arrendada; b) en la conveniencia de evitar procesos reiterados para conseguir lo que es debido periódicamente (alquileres, alimentos u otras prestaciones periódicas); c) en la necesidad de tener un título ejecutivo para obtener la actuación de la ley respecto a una prestación que depende de una contraprestación del actor, cuando este declare estar dispuesto a la contraprestación; d) cuando la ley concede al juez la facultad de señalar un término al deudor, el señalamiento de este término puede hacerse a la vez que la condena, la cual es así realizable para el futuro (lo mismo ocurre cuando la sentencia se pronuncia a la vez sobre la resolución del contrato y la condena a una prestación, concediendo un plazo al demandado); f) caso de crédito exigible mediante requerimiento del acreedor en el domicilio del deudor y no requerido aún, la sentencia puede por economía de los procesos, condenar al pago condicionado al requerimiento en ese lugar.

En los casos citados, señala Chioventa, que la sentencia que se dicta es de condena y no de mera declaración, porque el juez tiene como objetivo final, la ejecución de la propia sentencia. Además, tal condena es necesariamente de futuro, porque, al no haber ninguna violación del derecho en el momento de la sentencia, su eficacia está diferida en el tiempo; y siempre, la admisibilidad de la condena de futuro se justifica, en todos los casos, con base al principio del interés en accionar, independientemente, por tanto, del hecho de una norma legal prevea expresamente la figura<sup>(6)</sup>.

---

(5) Chioventa Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.1, Cardenas editor y distribuidor, Mexico, 1989, p.224.

(6) Ver art. 100 CPC italiano: Interés para accionar.- Para proponer una demanda o para oponerse a la misma, es necesario tener interés en ello. Art.

6. Las condenas de futuro en sentido estricto no encierran verdaderas sentencias de condena, porque a pesar de su virtualidad para preparar la ejecución no puede haber declaración de responsabilidad, dado que el incumplimiento no se ha verificado todavía; tampoco se trata de sentencias que se reducen a la declaración de certeza de la obligación, sin embargo, la mayoría de la doctrina las conceptúa como sentencias de condena.

Es necesario distinguir las condenas de futuro de las sentencias de pura declaración. En la primera, a pesar que se obtiene cuando la violación del derecho no se ha llevado a cabo todavía (lo que no permite que se produzca en forma inmediata la ejecutoriedad propia de toda sentencia de condena) es una verdadera condena y no una sentencia de pura declaración, puesto que tiene por finalidad la realización forzosa en el momento del vencimiento. Por el contrario, la sentencia de declaración obtenida con anterioridad al vencimiento de la obligación, no se convierte en título ejecutivo en el momento del vencimiento. La sentencia que no tuvo originariamente función preparatoria de la ejecución no puede adquirirla después.

7. Tampoco puede considerarse sentencia de condena futura a aquellas sentencias cuyo importe se debe determinar en ejecución de sentencia, no habiéndose fijado bases para la liquidación. Esto nos lleva a diferenciar las condenas de ejecución futura de la llamada condena genérica o de reserva. Esta siempre va a estar referida a prestaciones dinerarias pero ilíquidas, pues, la sentencia no fija el importe concreto de esos daños. Ello conlleva a la necesidad de liquidar la condena, esto es, determinar exactamente qué cantidad de dinero debe ser entregada por el deudor, con citación para ello de este; en cambio la condena de prestación futura, puede ser o no ser dineraria (véase el caso del desalojo en el caso del artículo 594 CPC que busca la condena a la entrega del bien, vencido el plazo del arrendamiento).

Además siendo dineraria, es posible que se conozca su cuantía, por ejemplo, si la sentencia condena al pago de las rentas adeudadas y todas las demás que vencieran en el futuro, la fijación del quantum dependerá de una simple operación matemática, en aplicación del artículo 689 CPC.

La condena con reserva se produce cuando, habiendo sido objeto de una declaración de condena, no será posible ni precisar la cuantía a que debe ascender la indemnización, ni tan siquiera, establecer las bases o criterios para una posterior liquidación. Estamos ante una prestación actual, aunque ilíquida; en cambio en la condena de futuro, al momento de solicitar la condena del demandado y de dictarse la sentencia correspondiente, aún no ha vencido la obligación. Esto significa, que aún cuando su importe concreto tenga que determinarse en el período de ejecución, no por eso la prestación impuesta al demandado en una sentencia de condena con reserva sea considerada como una condena de futuro.

Cuando la sentencia contiene una condena con reserva, esta puede ser inmediatamente ejecutada, porque se trata de una condena a prestación actual y en este sentido ejecutable de inmediato, solo que, al ser una condena ilíquida, debe integrarse con ciertas actuaciones previas al despacho de la ejecución para cuantificar la reserva.

Esto no significa que la sentencia que contiene una condena con reserva no sea directamente ejecutable. Una cosa es que sea necesario determinar el importe de la condena con reserva y otra, muy diferente, que la ejecución no pueda comenzar mientras no se produzca la exigibilidad de la prestación debida y su falta de cumplimiento, como ocurre en el caso de la sentencia que contiene una condena de futuro.

8. Otro aspecto que destacar se relaciona con el interés. El derecho del justiciable a la tutela concreta, sienta sus bases en el concepto de interés, el mismo que ha de ser positivo y concreto, jurídico y legítimo, nacido y actual.

La razón por la cual se impone al actor que alegue un interés nacido y actual, radica en que la función del juez se orienta a solucionar litigios ya nacidos, por lo que un interés simplemente eventual no sería suficientemente; la exigencia de la resolución judicial ha de traducirse en utilidad práctica e inmediatamente tangible; en tal sentido, podría decirse que las acciones de condena a prestación futura no le es imputable un interés actual, sin embargo ello no es cierto. Como señala López Simó<sup>(7)</sup> los parámetros para medir la actualidad del interés son distintos. “cuando, dentro de la tutela preventiva, se alude a las denominadas acciones de condena de futuro se dice que el derecho del justiciable a la tutela radica en el concepto de interés pero en un interés que no arranca de la violación del derecho material privado, puesto que la lesión del mismo no se ha producido, sino que se asienta solo en el temor o en la posibilidad eventual, pero actual, de aquella violación”.

Se discute mucho si un interés puede considerarse existente cuando la violación del derecho no ha ocurrido todavía. Una concepción más moderna de la función jurisdiccional lleva a ampliar dicha actividad hasta comprender hipótesis de tutela asegurada por el juez sin que el derecho sea violado, pero para impedir de algún modo su violación<sup>(8)</sup>.

A decir de López Simó, se trata de tutelar una situación actual, que no es antijurídica en sí, pero que el ordenamiento considera digna de protección porque se basa en la previsión fundada de una violación futura; y esa tutela actual que el

---

(7) Op. cit. p. 38.

(8) Michelle, op. cit. p. 395.

ordenamiento otorga se asienta en un interés en obrar también actual porque se dirige a hacer surgir la protección de esa situación actualmente jurídica pero razonablemente previsible de futura violación. Es decir, en estas denominadas condenas de futuro, lo único futurible sería la lesión del derecho; lo demás –tanto la situación jurídica digna de protección como el interés del actor en poner en marcha la maquinaria judicial para protegerla– sería actual. Desde esta perspectiva, señala López Simó, ha de ponerse de relieve que el interés propio de las condenas de futuro, precisamente por su actualidad, encaja sin mayores dificultades dentro de la concepción ordinaria de este presupuesto de la acción.

9. Como se aprecia de la lectura del artículo 594 CPC, este solo hace referencia a las condenas en caso de desalojo, cuando se tenga que demandar el vencimiento del plazo para restituir el bien, sin embargo, consideramos que no solamente puede ser demandado derechos no vencidos como el desalojo sino ampliarse a otros supuestos como pretensiones dinerarias, siempre y cuando, el crédito no dependa de una contraprestación.

No existe en la norma procesal disposición alguna que prohíba ampliar los supuestos de condena a futuro, mas allá de los que establece el artículo 594 CPC.

Las prestaciones periódicas puede también ser objeto de condena a futuro en relación a las prestaciones que venzan después de recaída la sentencia, pues, conforme señala el artículo 428 CPC, estas pueden operar antes de la sentencia, siempre y cuando hubiere “el actor reservado el derecho a ampliar la demanda si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional”.

A pesar que la norma no lo señale consideramos que las condenas a futuro deben hacer referencia a derechos existentes pero aún no vencidos; esto es, los derechos futuros quedan fuera del ámbito de aplicación de la condena a futuro. Además debe tenerse en cuenta que el vencimiento de la prestación debe estar determinado, ya sea por la Ley o por voluntad de partes, o al menos poder determinarse, en función de un acontecimientos posterior, de acuerdo con el calendario; porque la ejecución va a empezar una vez transcurrido la fecha del calendario que menciona la sentencia, pero en tanto, se puede ir dictando la condena. Con esta figura se permite que el demandante tenga a la llegada del vencimiento un título de ejecución en mano, permitiéndolo así la efectividad de la tutela jurídica.

Otro aspecto que podría considerarse es la posibilidad que frente a la interposición de una demanda de condena ordinaria, se ponga de manifiesto que el derecho aún no esté vencido, en ese caso, el actor podría modificar su demanda a una condena a futuro; si por el contrario, pendiente una demanda de condena a futuro (ver artículo 428 CPC) y se produce el vencimiento antes que recaiga la sentencia, aquí si cabe sin necesidad de modificar la petición, condenar a la prestación inmediata.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

10. Otro de los supuestos que regula la norma es el efecto que produce el allanamiento del emplazado y la entrega del bien al vencimiento del plazo.

Una de las reglas que rigen para los gastos procesales señala que la parte que se allana o reconoce la demanda dentro del plazo para contestarla está exonerada de los gastos. (ver artículo 413 CPC) esto es que no es suficiente allanarse a la demanda para que opere la exoneración sino que ella debe darse dentro del plazo para la contestación con la demanda, luego de ese plazo, en el transcurso del proceso hasta antes de la sentencia, si estaría sujeta a la condena de los gastos siempre y cuando sea vencida en el proceso.

En el caso de la tutela preventiva, estamos ante una sentencia con condición suspensiva, la misma que también va a afectar el modo del reparto del gasto procesal. Señala la norma el supuesto que “el emplazado se allane a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante” para que luego este pague las costas y costos del proceso.

Nótese que la norma no hace diferencia sobre el momento en que hubiere operado el allanamiento, si es en el plazo para contestar o luego de este. Solo se exige el supuesto del allanamiento y la entrega del bien al vencimiento del plazo.

Como se promueve antes del vencimiento del plazo contractual, las costas serán a cargo del accionante si el demandado se allana a la pretensión y desocupa el inmueble en la época convenida y pactada. Este allanamiento se desdobra, primero, debe producirse el acto de sumisión a lo reclamado y luego el cumplimiento en tiempo propio, es decir, el reintegro de lo locado en la oportunidad acordada.

Las ideas expuestas líneas arriba la resumimos así:

a. La tutela que dispensan las condenas de futuro responde a una concepción más moderna de la función jurisdiccional que lleva a ampliar la actividad jurisdiccional hasta comprender hipótesis de tutela asegurada por el juez, aún sin que el derecho sea violado, pero para impedir de algún modo su violación

b. El nombre de condenas de futuro no es del todo adecuado, puesto que realmente no se trata de futuras condenas, sino de condenas presentes con ejecución futura, cuando el plazo venza o la condición se cumpla

c. Una vez dictada la sentencia de condena de ejecución futura no será ejecutable, mientras el derecho a prestación en ella declarado, no se haya hecho exigible: la ejecución forzosa solo puede tener lugar, después de producida la exigibilidad del derecho, vencido el plazo o cumplida la condición.

d. En las condenas de ejecución futura, la sentencia no puede ir seguida de inmediata ejecución forzosa; pese a ello, se afirma que la sentencia es de conde-

na, y no de mera declaración, porque en esos casos el juez tiene como punto de mira, la ejecución de la propia sentencia

e. Estas condenas tienen una regulación limitada a los procesos de desalojo, lo que no impide ampliar la cobertura a supuestos dinerarios, siempre que las prestaciones estén definidas en el tiempo.

Con ello se evitaría tener que acudir reiteradamente a los juzgados para obtener el cumplimiento de las obligaciones periódicas, pues bastará una sola sentencia como título para cada uno de los eventuales incumplimientos

f. La condena a prestación futura integra un objeto procesal que no reclama mayores particularidades procedimentales que las que se deriven de la materia en debate (desalojo) cuyo cumplimiento a título futuro se reclama

g. Con la condena de futuro, se logra una aproximación temporal entre el momento que se dispone del título de ejecución y el que produce la exigibilidad de la prestación, esto es, vencida la prestación y constatado su incumplimiento, el demandante dispone ya de un título para la ejecución de su derecho.

Con ello se ahorra tiempo y los peligros que conllevaría la tramitación del proceso declarativo de condena, pues, ya se ha anticipado ese trámite, como parte de la tutela preventiva ejercida.

## PAGO DE MEJORAS

### ARTÍCULO 595

*El poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. Este proceso no es acumulable al de desalojo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Las mejoras son modificaciones materiales, realizadas por actividad humana o por obra de la naturaleza (aluvión), que hacen que el bien mantenga o se incremente su valor económico. Algunos autores la califican como “gastos útiles y reproductivos que con determinados efectos legales, hace en propiedad ajena, quien tiene respecto de ella algún derecho similar o limitativo al dominio”.

Las mejoras pueden ser apreciadas como necesarias, útiles y voluntarias. Las necesarias: son aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada, mantienen el valor constante del bien. Su no realización originaría una depreciación del valor de este, véase el caso de los trabajos para impedir el derrumbe de una casa; las útiles, no son fundamentales para el valor del bien pero aumentan el valor de este. Véase el caso de la instalación de una cisterna para agua, en la casa del propietario; las voluntarias calificadas de suntuarias, son aquellas de exclusiva utilidad para el que las hizo, por citar, instalar azulejos en el inmueble.

2. Las mejoras son ejecutadas, realizadas y pagadas en forma inicial por el poseedor, como consecuencia del derecho real sobre el bien. El poseedor tiene la facultad de exigir el reembolso al propietario, convirtiéndose este en deudor y el poseedor en acreedor, con facultad de exigir la prestación del reembolso y retener el bien hasta que la prestación sea concluida.

El reembolso no distingue si el poseedor es de buena o mala fe. Protege el perjuicio que sufriría el poseedor de mala fe, si es que las mejoras no son reembolsadas, beneficiándose inadecuadamente el propietario. Se señala que se “distorsiona el valor del bien en el mercado y el costo marginal que el propietario del bien tendría: sería excesivo y perjudica al poseedor que es quien hizo el gasto de la mejora, sin que el beneficio sea igual o similar al dinero invertido en la realización de

las mejoras". El artículo 918 CC hace referencia a la retención, como facultad que tiene el acreedor de retener el bien que tiene en su poder, si el crédito no se encuentra debidamente garantizado.

Las mejoras de recreo no son reembolsables, pues sirven al ornato y comodidad del poseedor. El poseedor tiene derecho a separar del bien que posee, las mejoras de recreo efectuadas. En relación a la oportunidad, esta opera mientras el poseedor ejerce su derecho sobre el bien. Restituido el bien, ese derecho se pierde. El plazo para iniciar la acción de reembolso es de 2 meses de producida la restitución (ver artículo 919CC)

3. La norma aparentemente nos podría llevar a suponer una acumulación de pretensiones, para dilucidar el desalojo y el pago de las mejoras, sin embargo, la redacción del artículo 595 CPC condiciona a que el demandado por desalojo, interponga en otro proceso, demanda de pago de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación. Dice además el citado artículo 595 CPC, que el proceso por mejoras no es acumulable al de desalojo. Esto implica que el proceso de desalojo y el proceso de mejoras nunca podrán reunirse para que las dos demandas se resuelvan en una única sentencia, esto es, que nunca operará la acumulación de procesos por disposición expresa de Ley. Ello resulta coherente con lo regulado en el artículo 559 CPC, que dice: no es procedente la reconvención en los procesos sumarísimos, lo que no significa que se afecte que al derecho de contradicción, todo lo contrario, la reconvención es una expresión del derecho de acción del demandado y no del derecho de contradicción. La causas de dicha restricción se encuentra en la falta de complejidad y rapidez que requiere el trámite de los asuntos allí tratados, pues, como dice el inciso 6 del artículo 546 CPC, se recurre a dicha vía procedimental cuando "el juez considere atendible su empleo debido a la urgencia de la tutela jurisdiccional". En opinión de Ariano<sup>(1)</sup>, el propio artículo vincula uno y otro proceso en una extraña forma: cuando medie una previa demanda de desalojo, el poseedor demandado deberá interponer su demanda de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación, entonces, ¿por qué se constriñe al poseedor demandado en desalojo a demandar las mejoras en el momento indicado en el artículo 595 CPC, si luego, una vez pendientes no se pueden reunir y cada uno vivirá su propia vida sin interferir con el otro? ¿dónde está la racionalidad de este plazo "vinculado"?

4. Como hemos señalado, las mejoras son ejecutadas, realizadas y pagadas en forma inicial por el poseedor, como consecuencia del derecho real sobre el bien, sin embargo, esa condición no es atribuible al poseedor del artículo 595 CPC, por que este ejerce la posesión, no en atención a un derecho real, sino en

---

(1) Ariano Eugenia, "Las mejoras entre el CC y el CPC: tratando de desenredar una madeja muy enredada" en Diálogos con la Jurisprudencia, N° 78, Marzo, 2005, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 80.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

virtud a un derecho personal, proveniente de un contrato que le confiere derecho de goce, como el caso del arrendatario y el comodatario, o un deber de custodia, como el depositario.

El poseedor a que refiere el artículo 917 CC es aquel que se beneficia de las presunciones de la posesión (ver artículos 912 y 914) por tanto, se encuentra en perfecta condición para usucapir la propiedad del bien, situación que no le corresponde al arrendatario, comodatario, depositario, usufructuario, etc. El artículo 917 CC es aplicable al “poseedor no propietario” que sufre la pérdida de la posesión del bien como consecuencia de ser vencido en el proceso de reivindicación. Las mejoras del poseedor a que refiere el artículo 917 CC no se asemejan a las realizadas por el poseedor, a que refiere el artículo 595 CPC. En opinión de algunos autores, la fuente del equívoco está en la palabra “restitución” que aparece en el artículo 917 (artículo 919 CC) pues dado que objeto del desalojo es la restitución de un predio o de cualquier otro bien, cada vez que ello se demande, podría pensarse que entre en juego el artículo 917 CC. Ello no es así por cuanto el derecho a la restitución que se puede hacer en el desalojo es la consecuencia de la violación de la obligación (contractual o legal) de “restitución” (artículo 586 CPC).

5. La redacción del artículo 595 CPC lleva a interpretar que existen dos momentos que tiene el poseedor para demandar el pago de mejoras: antes y después de la demanda de desalojo; sin embargo, ello resulta contraproducente con el poseedor del artículo 917 CC, pues, como sostiene Ariano<sup>(2)</sup>, “este jamás demandaría su pago antes de ser demandado, por el simple motivo que ese “poseedor” mejora un bien que posee como propio y no como bien ajeno. Si antes que ese dueño aparezca en escena, nuestro poseedor demanda el pago de mejoras, reconocería la titularidad ajena sobre el bien”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Las mejoras, entendidas como la alteración material del bien que tienen por finalidad repararlo, aumentar su valor o proporcionar mayor ornato o comodidad, deben ser abonadas por el dueño del bien al poseedor, salvo que se haya acordado expresamente que éstas quedan en beneficio del propietario (Exp. Nº 38716-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 57)*

*Es obligación del juez ordenar el monto exacto del pago de las mejoras útiles y necesarias que efectivamente se hayan realizado y se encuentren en el inmueble materia de litis y no de los recibos, teniéndose en cuenta además, el valor de depreciación de las mismas.*

*Es nula la sentencia que declara fundada el pago de mejoras basado en el dictamen pericial, que no disgrega aquellas mejoras que constituyen las necesarias y útiles; así*

---

(2) Ibidem.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

como tampoco lo hace el juez (**Exp. N° 52140-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 58**)

*El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual. Este criterio no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de necesarias.*

*En los casos que el poseedor debe ser reembolsado por mejoras, tiene derecho de retención (**Exp. N° 341-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 163-164**)*

*No puede ampararse el pago de mejoras si el demandante no acredita que posee el bien inmueble con título válido, ni que haya contado con la autorización expresa o tácita del demandado para efectuar la edificación que dice haber construido.*

*El denominado "formulario de declaración de fábrica en vía de regularización" no acredita por sí solo que el actor haya efectuado las obras que allí se precisan, por constituir una declaración jurada unilateral de éste (**Exp. N° N-1108-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 172**)*

*Debe desestimarse la pretensión del pago de mejoras si se pactó que éstas quedarán a beneficio de la arrendadora, sin obligación por parte de ésta de reembolsar su importe.*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (**Exp. N° 30857-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 166**)*

*Las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución del predio deben ser abonadas al poseedor, no siendo esto así cuando las mejoras fueran hechas después de la citación con la demanda, en cuyo caso son de reembolso las mejoras necesarias.*

*Es nula la sentencia si el juez no ha tenido en cuenta el tipo de mejoras valorizadas, ni el tiempo de construcción a efecto de determinar su abono, teniendo en cuenta la fecha de la citación con la demanda (**Exp. N° 1124-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 339**)*

*El derecho de pago de mejoras y el derecho de retención se ejerce siempre por el poseedor contra el propietario, y no contra aquel de quién hubiese adquirido la posesión, si no tuviese tal calidad de propietario (**Exp. N° 3292-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 159-160**)*

*Si se pretende el pago de mejoras, el informe pericial no solo debe remitir a señalar las obras efectuadas, sino que debe precisar si constituyen una alteración material del bien a efecto de repararlo, o únicamente para aumentar su valor, o proporcionar mayor ornato o comodidad, conforme al presupuesto del artículo 916 del CC.*

*El informe pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimientos especializados en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad esclarecer algún hecho controvertido y brinda al juez elementos necesarios que contribuyan a crear convicción (**Exp. N° 504-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 161-165**)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Debe desestimarse la pretensión del pago de mejoras si se pactó que éstas quedarán a beneficio de la arrendadora, sin obligación por parte de ésta de reembolsar su importe.*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. Nº 38857-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 166)*

*Debe interponerse la demanda para el pago de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación de la demanda de desalojo (Exp. Nº 1164-93, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 238-239)*

*Si la demandada dió en arrendamiento a la accionante un terreno totalmente desocupado por el término de cinco años en el que 1a actora ha levantado una construcción definitiva, dicha edificación levantada en terreno ajeno no tienen la naturaleza jurídica de las mejoras (Exp. Nº 469-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 445-446)*

*Si se pretende el pago de mejoras, el informe pericial no solo debe remitir a señalar las obras efectuadas, sino que debe precisar si constituyen una alteración material del bien a efecto de repararlo, o únicamente para aumentar su valor, o proporcionar mayor ornato o comodidad, conforme al presupuesto del artículo 916 del CC.*

*El informe pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimientos especializados en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad esclarecer algún hecho controvertido y brinda al juez elementos necesarios que contribuyan a crear convicción (Exp. Nº 504-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 161-165).*

*Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis a la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrido ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el Juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial (Cas. Nº 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11).*

## RESTITUCIÓN DE OTROS BIENES

### ARTÍCULO 596

*Lo dispuesto en este Sub-Capítulo es aplicable a la pretensión de restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios, en lo que corresponda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El artículo hace referencia a la restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios. Bajo la clasificación de bienes inmuebles (viene de la palabra inmóvil), tienen esta consideración todos aquellos bienes como casas o fincas, que son imposibles de trasladar sin ocasionar daños a los mismos, porque forman parte de un terreno o están anclados a él.

A diferencia de los bienes, el derecho aprecia como predio a una propiedad inmueble que se compone de una porción delimitada de terreno, que puede ser física, mediante vallas, mojones u otros sistemas, o simplemente jurídica, mediante la descripción en una escritura de propiedad. Con la aparición de las normativas sobre regulación urbanística, se ha limitado la capacidad del propietario a la hora de utilizar los terrenos, diferenciándolos en predios rústicos, industriales y urbanos.

El presente artículo, esta referido a la integración normativa, que opera para llenar los vacíos de la Ley procesal, en el caso específico de la “restitución de bienes muebles e inmuebles, distintos a los predios”. Véase el caso de los bienes fungibles entregados en arrendamiento, como las máquinas, artefactos, letreros, etc., a diferencia de lo regulado en el artículo 585 CPC, que hace expresa referencia al procedimiento para la restitución de predios.

Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1 disposición final CPC)

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración.

La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas contenidas en el procedimiento de desalojo, para suplir el vacío en la regulación del procedimiento para bienes muebles e inmuebles distintos a los predios. Véase el caso de la pretensión que tiene por objeto asegurar la libre disposición de ciertos bienes muebles e inmuebles, cuando son detentados sin título alguno contra la voluntad de quienes tienen derecho a ella.

2. En el proceso de desalojo, bajo los supuestos del artículo 585 o del 596 CPC, resulta aplicable la medida temporal sobre el fondo, que regula el artículo 679 CPC, frente a la hipótesis que el arrendatario hubiese hecho abandono del bien arrendado, a fin que el arrendador pueda requerir la tenencia de este, con el carácter de medida cautelar, debiéndose tomar razón del estado del bien inmueble e inventariarse los bienes muebles. Véase que el objeto de la cautela se orienta a preservar el bien arrendado del posible deterioro que pudiese experimentar a raíz del abandono, puntualizándose que la entrega del bien al arrendador supone la existencia de un proceso contencioso en trámite, en el que se busca el reconocimiento judicial del derecho a la restitución del inmueble y la obtención de una sentencia que condene al cumplimiento de esa prestación. Esta tenencia será provisional hasta que el fallo final firme que condene la entrega.

Noticiado el juez por el demandante que el inquilino ha abandonado el inmueble sin dejar persona que haga sus veces, es recomendable que el juez no solo se guíe por la constatación policial que haga referencia al abandono, sino que se informe sumariamente al respecto, ordenando la verificación del estado del inmueble, sin perjuicio de indagar entre los vecinos para saber de la existencia y paradero del inquilino. La viabilidad de la medida se halla supeditada a la circunstancia que el inmueble se encuentre totalmente abandonado, de manera que ella no procede si existen ocupantes, con prescindencia de la legitimidad de la ocupación, o si resulta acreditado que el abandono obedeció a causales extrañas a la voluntad del locatario, como ocurriría si lo hubiese privado de su libertad.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si el demandado ha venido percibiendo utilidades como consecuencia del indebido alquiler que ha efectuado de los aires del inmueble que conduce; pese a que el accionante ha solicitado de manera reiterada la devolución del bien, debe abonar los frutos, pues, ha obtenido provecho económico.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Los frutos son provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. Estos pueden ser naturales, industriales y civiles (Exp. Nº 63030-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 45)*

*El poseedor de buena fe hace suyo los frutos. Si la buena fe de los demandados duro hasta que se dispuso la desocupación y entrega del bien, en aplicación del artículo 908 del C.C. no gravita contra ellos obligación alguna de pagar frutos con anterioridad a dicho mandato pero si los que se han producido con posterioridad (Exp. Nº 226-95-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 257-258)*

*No puede ejecutarse el desalojo sobre un inmueble no independizado porque no puede determinar el área de desocupación.*

*El haber sido declarados herederos no le otorga ni quita derechos respecto de los bienes del causante, dado que la sentencia que los declara es meramente declarativa y no constitutiva de derechos (Exp. Nº N-673-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 461-462)*

*Para acceder al pedido de restitución es indispensable que la peticionante haya sido desposeída del bien, esto es que no haya sido emplazada o citada como corresponde.*

*No resulta suficiente para acceder al pedido la sola condición del cónyuge del demandado sino que debe ser ocupante del predio (Exp. Nº 1173-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 169-170).*

## Sub - Capítulo 5º

# INTERDICTOS

### COMPETENCIA

#### ARTÍCULO 597

*Los interdictos se tramitan ante el Juez Civil, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 605º.*

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

### Comentario

1. La posesión es calificada como un derecho real que se configura a partir de las conductas objetivas que se observan en las personas con relación a los bienes.

Clásicamente se sostenía que en la posesión concurren dos elementos: *corpus* y *animus*. El *corpus* permite el contacto físico con la cosa o posibilidad de tenerla; el *animus*, la intención de conducirse como propietario, esto es, no reconocer la propiedad de otro. Esto lleva a que concurren dos teorías: la subjetiva y la objetiva.

Nuestro Código Civil acoge la teoría objetiva (ver artículo 896 CC) cuyo principal exponente es Ihering. Descarta el *animus*, por su difícil probanza y la necesidad de ampliar el espectro de la posesión posesoria. El *corpus* lo flexibilizó al máximo, afirmando que es poseedor quien se conduce respecto de la cosa como lo haría un propietario, es decir, la usa o la disfruta. Para Ihering el *corpus* de la posesión debía sustentarse en una razón práctica: la apariencia de estar ejerciendo un derecho y a partir de ella permitir el ejercicio pacífico del dominio y sus atributos. El contacto físico o la posibilidad de él no es lo esencial, sino la apariencia que se desprende de la conducta del poseedor, cualquiera que sea esta. Si hay contacto o posibilidad del mismo no es lo central para la posesión.

La posesión supone el ejercicio de hecho no de derecho. Descarta la noción de legitimidad. Posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo). Ambos gozan por el solo hecho de ser poseedores, de todos

los derechos que corresponde al poseedor; sin embargo, llegará un momento que el poseedor ilegítimo tenga que restituir, pero, mientras ello no ocurra, es verdadero poseedor.

2. El artículo en comentario, acoge uno de los mecanismos que tiene el poseedor (al margen que sea legítimo o ilegítimo) para la defensa de la posesión, como es el interdicto. A través de él, el Derecho protege la simple posesión, sin importarle que esta sea legítima o ilegítima, de buena o mala fe. Algunos autores definen al interdicto como “los procesos judiciales civiles sumarísimos, de prueba limitada exclusivamente a la posesión, destinados a resolver provisionalmente sobre la posesión actual, con prescindencia del derecho, tanto para mantenerla o conservarla como para recuperarla”<sup>(1)</sup>.

El simple hecho de la posesión justifica la protección de ella, pero de manera provisional, hasta que se dilucide en otro proceso de mayor amplitud –como es el proceso de conocimiento– “el derecho a la posesión”, todo ello, para evitar que se altere la paz social; sin embargo, los interdictos no pueden dejar de ser apreciados bajo una visión ética, como es, presumir la buena fe del poseedor; así como, en el hecho para el poseedor que dicha posesión le conduzca a la adquisición de la propiedad a través de la usucapión.

Mostrando una explicación a esta tutela judicial preventiva, Torres<sup>(2)</sup>, citando a Messineo, dice: “si al titular de un derecho le estuviere permitido reprimir por sí mismo el ejercicio ajeno (aunque fuera arbitrario) del derecho de él (titular) y, por consiguiente, hacerse justicia por sí mismo (defensa privada de los derechos), resultaría turbada la pacífica convivencia social, por lo que es aconsejable sacrificar al titular del derecho, en beneficio del no titular, hasta tanto se declare en juicio que este no tiene derecho a la posesión (no es titular), solo entonces estará obligado a entregar el bien poseído; y podrá ser privado de él aun por la fuerza”.

Para nuestro Código Civil concurren tres mecanismos para la defensa de la posesión: la defensa de facto extrajudicial (artículo 920) y la defensa judicial, como los interdictos y las acciones posesorias (artículo 921). Estas últimas se configuran como remedios procesales distintos, pues, mientras los primeros tutelaban la posesión actual, sin considerar si tiene derecho o no a la posesión, e incluso la mera tenencia, las segundas amparan la posesión jurídica, es decir, el derecho a la posesión.

Esto implica que cualquiera fuere resultado del interdicto, siempre queda al vencido la posibilidad de discutir “el derecho a la posesión” en un proceso posterior, sin perjuicio además de la pretensión petitoria. El artículo 601 CPC al respecto

---

(1) Torres Anibal, *Derechos Reales*, t. I, Idemsa, Lima, 2006, p. 451.

(2) Messineo, *op. cit.* p. 205, citado por Torres Anibal, *Derechos Reales*, t. I, Idemsa, Lima, 2006, p.442.

señala: "la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento".

Esto implica que la sentencia que se obtenga en la pretensión interdictal es provisoria, esto es, que constituirá cosa juzgada con relación al hecho de la posesión y a los actos perturbatorios, más no con relación al derecho posesorio que las partes puedan reclamar a futuro en un proceso de conocimiento. Esto implica que la sentencia recaída en una acción posesoria si produce los efectos de la cosa juzgada, no pudiendo reabrirse el debate sobre el derecho declarado judicialmente.

3. La norma regula la competencia en los interdictos. La distribución de la competencia responde a la necesidad de una mejor y eficiente administración de Justicia. Razones de interés público y privado, motivos de economía funcional, presunciones de mayor o menor capacidad técnica, aptitud psíquica, necesidades de orden, comodidades de prueba, criterios de garantía y una equitativa facilidad que se otorgue para la defensa, han inducido al Estado a poner linderos al ejercicio de la potestad, delimitándola por medio de la regulación normativa. En líneas generales podemos decir que la competencia responde a la aplicación del principio de la división del trabajo porque permite asegurar el mayor acierto en la administración de justicia.

Para fijar la competencia se recurre a diversos criterios, como la cuantía la materia, el territorio, etc. En el caso en comentario, la competencia objetiva, no toma en cuenta la cuantía de la pretensión posesoria sino la materia, de ahí que expresamente señale el artículo en comentario que "los interdictos se tramitan ante el Juez Civil". Ello resulta coherente con lo regulado en el artículo 6 CPC que considera que la competencia solo puede ser establecida por la ley.

En cuanto a la competencia territorial, se puede recurrir al juez donde se encuentre el bien o los bienes, tratándose de pretensiones sobre derechos reales, a elección del demandante, como señala el inciso 1 artículo 24 CPC. Señala además la citada norma, "si la demanda versa sobre varios inmuebles, situados en diversos lugares será competente el juez de cualquiera de ellos".

4. La norma acoge otro supuesto para delimitar la competencia territorial del juez civil: el despojo judicial. En tal caso, señala el artículo 605 CPC, que el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución. Si el juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso. Esto implica, que frente a un despojo judicial en el que no se ha emplazado o citado al desposeído, este en primer orden, tiene la posibilidad de recurrir directamente ante el juez de la medida para lograr ser repuesto en la posesión del bien, caso contrario, ante la negativa del

juez del desalojo, el tercero tiene expedito su derecho para hacerlo valer como pretensión autónoma en otro proceso, como sería el caso del interdicto de recobrar; ello en aplicación del artículo 603 CPC que considera la procedencia del interdicto de recobrar cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo.

5. Diferente situación es la del servidor de la posesión (ver artículo 897 CC). Este no es poseedor porque su conducta no satisface un interés propio sino el de otra persona. Desarrolla conductas y acciones sobre el bien, su accionar no constituye exteriorización de derecho propio sino el ejercicio de un encargo. El servidor de la posesión no puede ejercer la defensa posesoria judicial como demandante, por carecer de legitimidad, sin embargo, si podría ejercer la defensa posesoria extrajudicial a que refiere el artículo 920 CC así: "repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias". Este servidor defiende la posesión para el poseedor, por tanto, está facultado para la autotutela cuando alguien intenta perturbarlo despojarlo del cuidado del bien. En atención a la legítima defensa que justifica esta acción, tanto el poseedor como el servidor de la posesión están legitimados para su ejercicio.



## JURISPRUDENCIA

---

*El nuevo código procesal civil ha derogado las normas relativas al interdicto de adquirir, el que se sustentaba en el mejor derecho a la posesión, reafirmando así, que para el derecho peruano, en materia posesoria el hecho hace el derecho y no a la inversa.*

*Los interdictos constituyen un instrumento procesal válido para la defensa de la posesión, típico derecho real, pero tal verdad no supone que con ellos solo se protejan los derechos reales adquiridos en forma derivada como los son aquellos derechos reales que se sustentan en la celebración de actos jurídicos de distinta naturaleza, sean bilaterales o unilaterales, intervivos mortis causa (Cas. Nº 166-94-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.16)*

*Si la construcción vecina a la propiedad del recurrente, tiene vista sobre la integridad del inmueble de propiedad de éste, violando su privacidad, dichos hechos dan lugar a un interdicto de obra nueva, pues la única forma de proteger adecuadamente el derecho supuestamente violado es impidiendo la continuación la obra o la demolición de lo ya edificado en cuanto daña la propiedad del actor (Exp. Nº 418-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 598-599)*

*El interdicto de retener es un medio procesal expedito en defensa de la posesión que tiene lugar cuando el poseedor es perturbado en la posesión. Se requiere para el ejercicio de la acción interdicta) la concurrencia de dos elementos: que quien lo solicite se encuentre en actual posesión y que existan actos materiales que impidan la pacífica posesión (Exp. Nº 1448-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 467-468)*

## LEGITIMACIÓN ACTIVA

### ARTÍCULO 598

*Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a la legitimidad activa para promover el interdicto. Esa legitimidad recae no solo en el simple poseedor sino también en el tenedor del bien, siendo irrelevante conocer si se tiene título o no para poseer legítimamente el bien. Esto implica que está perfectamente legitimado para actuar el usurpador de un bien que ve turbado su posesión.

Si asumimos que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes de la propiedad; la defensa que se le permite a todo poseedor afectado, se orienta a recuperar la posesión fáctica que venía ejerciendo. No corresponde en este tipo de acciones dilucidar su derecho a la posesión, sino restituir la posesión –que de hecho ejercía– antes del despojo o perturbación, sin considerar si tiene derecho o no a la posesión. Ello se explica porque el fundamento de este tipo de tutela es provisional y sumaria, a fin de prevenir la violencia, evitando así que quién tenga “derecho a la posesión” haga justicia por sí mismo, sin perjuicio que dicho derecho o el mejor derecho a la posesión que tuviere, sea dilucidado posteriormente a través de las acciones posesorias.

2. La posesión fáctica legitima al poseedor para recurrir a la pretensión interdictal, sin hacer distinciones si busca recobrar la posesión del bien o el cese de la perturbación a la posesión de hecho de este, ya que el interdicto de retener se diferencia del de recobrar en cuanto a la amplitud de la lesión sufrida.

El interdicto de retener es una pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia; a diferencia del interdicto de recobrar que requiere que el actor haya sido privado, aunque sea en forma parcial, de la posesión o de la tenencia del bien. Esto implica que con el interdicto de retener se

busca que el accionante se mantenga en al posesión del bien, a diferencia del interdicto de recobrar que busca que la autoridad judicial reponga en la posesión al despojado de ella.

3. El interdicto puede ser ejercido incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación. Véase el caso del poseedor ilegítimo, usurpador, que ocupa el inmueble por varios años. Este al ser despojado del bien –sin previo proceso– perfectamente puede recurrir contra el propietario del bien (quien tiene otros derechos reales de distinta naturaleza al poseedor inmediato) para recobrar la posesión de hecho, a través de la pretensión interdictal.



## JURISPRUDENCIA

---

*“... La carga de la prueba, radica en la parte demandante, en consecuencia le corresponde probar a ésta, la posesión del bien que alega y los actos perturbatorios, en este juicio de interdicto de retener...” (Exp. N° 1881-94, Primera Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 115)*

*“... Para la defensa de la posesión por intermedio de los interdictos no es necesario evaluar los títulos de los que nace el derecho a la posesión, consecuentemente desde el punto de vista de la prueba, en el interdicto no tiene significación la prueba escrita de la posesión ni el título posesorio, sino que se discuten únicamente la posesión Táctica y actual del actor y el hecho perturba torio o de despojo; por lo cual, asumiendo la postura doctrinal predominante respecto de la institución sub exámine, se concluye que la posesión que ha sido contractual o judicialmente reconocida pero que no existe fácticamente no es posesión (Cas. N° 282-96-Ica, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 521-523)*

*Todo poseedor puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él (Exp. N° 1099-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 94)*

*Todo condómino puede utilizar los interdictos sin necesidad del concurso de los demás y aún puede ejercitarlo contra cualquiera de ellos que lo perturbe en el goce común (Exp. N° 112-96, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 321-322)*

*La persona que no está en posesión de la cosa, no obstante tener título para ello puede plantearla acción de interdicto de adquirir para requerir al que lo posee, siempre y cuando no se encuentre ocupándolo por más de un año, conforme lo dispone el artículo 994 del Código de Procedimientos Civiles (Exp. N° 873-89-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 599-600)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si la relación interdicta demandada se sustenta en el despojo del que fuera objeto la actora, para lo cual acompaña los documentos a nombre de su conviviente, el juez debe integrarlo a la relación procesal a fin de tener mejores elementos de juicio para resolver el conflicto (Exp. N° 1313-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianna, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 478).*

*Es infundada la demanda sobre interdicto de retener si el accionante no tiene la condición de poseedor o tenedor del bien cuyo interdicto pretende.*

*No puede considerarse poseedor al demandante por encontrarse en relación de dependencia con la demandada, pues conserva la posesión a nombre de éste en cumplimiento de órdenes e instituciones de aquellos (Exp. N° 549-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianna, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 600-601).*

## PROCEDENCIA

### ARTÍCULO 599

*El interdicto procede respecto de inmueble, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público.*

*También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando ésta es aparente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 606, 607, 608

---

## Comentario

1. La norma reproduce –en parte– la redacción del artículo 921 CC cuando considera que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos, siempre y cuando dichos bienes no sean de uso público. Véase que no están protegidos por los interdictos los bienes muebles no inscritos, los derechos extrapatrimoniales y los bienes del Estado destinados al uso público.

Se puede calificar de uso público a una extensión de terreno o espacio territorial cuyo dominio pertenece al Estado y su uso o aprovechamiento pertenece a todos los habitantes de un territorio. Así ocurre, por ejemplo, cuando en una calle o plaza pública se autoriza la instalación de un quiosco o bien se permite que el dueño de un bar sitúe unas mesas y sillas en la calle, retirados estos bienes del parque, no podrá el poseedor recurrir al interdicto para recobrar la posesión porque se trata de un bien de uso público. En igual forma, las actividades comerciales que se realizan sobre la vía pública, como la venta ambulante, cuando estos ambulantes sean retirados de la vía pública, no pueden recurrir al interdicto por tratarse de bienes de uso público.

En cambio, si procede el interdicto de retener si se colocan mojones en una propiedad privada que la Municipalidad considera incorporada al dominio público. Si aquella pretende recuperar la posesión de un bien, que sostiene pertenecer a ese tipo de dominio, debe recurrir a las vías legales para que sea reconocido su derecho y no proceder por sí y mediante el uso de la fuerza.

2. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando esta es aparente.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La servidumbre es un derecho real del cual es titular el dueño del predio dominante. Es una carga que sufre un predio en beneficio de otro. El predio dominante tiene derecho a usar parte del predio sirviente e impide que el dueño de este ejerza alguno de sus derechos de propiedad.

La servidumbre es inseparable. El predio dominante necesita del predio sirviente. Se transfiere la servidumbre con los predios que la contengan. Se mantienen las servidumbres cualquiera sea su propietario del bien.

Las servidumbres positivas facultan al dueño del predio dominante, a hacer algo en el predio sirviente, por ejemplo: servidumbre de paso. En las servidumbres aparentes se manifiestan por sus signos exteriores. Ella se encuentra regulada en el artículo 1040 CC. Esta servidumbre es pública y rige la prescripción solo para la servidumbre aparente. Se equipara a la posesión, con justo título y buena fe para adquirir la servidumbre en cinco años o diez años si hay mala fe. Véase el caso de la clausura de un camino, cuando existen signos visibles de la servidumbre ya que se ha transitado por más de un año.

Las servidumbres son aparentes –según Romero<sup>(1)</sup> cuando se manifiestan a simple vista, trabajos exteriores, tales como una ventana, una puerta, un canal; por ello se denominan también visibles. Ejm: la servidumbre de luz. En cambio las no aparentes son aquellas cuyo conocimiento no puede tenerse por ningún signo visible y solo se obtiene estudiando los títulos de propiedad. Por ejemplo, las servidumbres de no edificar a mayor altura. Una persona visita a una finca y observa que solo tiene un piso; pero no puede saber si ello se debe a que existe una servidumbre que prohíbe edificar a mayor altura, lo que solo podría conocer estudiando los títulos de propiedad”.

3. La servidumbre no puede estar limitada al titular del predio dominante, se extiende a todas las personas que estén relacionadas al predio dominante. El uso de personas extrañas, ajenas a la servidumbre es útil por que permite mantener la vigencia de la servidumbre y evitar la extinción de esta por el no uso (artículo 1050 CC).

Al margen que la norma haga referencia a la servidumbre aparente, en las servidumbres positivas también procedería el interdicto de retener cuando el propietario del predio sirviente realice construcciones o efectúe trabajos sobre el predio de su propiedad siempre que pueda alterar el ejercicio de la servidumbre (ver artículo 1047 CC). Se faculta la variación al propietario del predio sirviente, en lugar y modo de su ejercicio, siempre que cumpla con dos condiciones: si el ejercicio de la servidumbre le es incomoda y que la modificación no perjudique el ejercicio de la servidumbre.

---

(1) Romero Romaña, t. II, op. cit. p. 343, citado por Torres Anibal, op. cit. p. 457.

En la Casación Nº 2424-01-Ancash, la Sala Suprema Civil ha señalado “resulta improcedente que el propietario del predio sirviente pretenda interponer acciones interdictales contra la servidumbre legal, pues si el actor pretende el retiro, en este caso, de los postes gemelos que sostienen un transmisor de energía eléctrica, así como de los cables eléctricos que también lo sostienen, debe proceder de acuerdo a lo normado por el artículo 98 de la Ley de la materia, pues las acciones interdictales no proceden contra las servidumbres, salvo las aparentes”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Constituye requisito sine qua non para resolver los interdictos, acreditar en forma indubitable la posesión, objeto de litigio.*

*Es infundada la demanda, si de la inspección judicial con la intervención de peritos, no es posible precisar si la poza de agua ha sido construida como consecuencia de los actos perturbatorios que hubieren realizado los demandados (Exp. Nº 58928-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 479-480)*

*“... Es requisito sine qua non para resolver este tipo de conflictos, acreditar en forma indubitable la posesión, objeto del litigio...” (Exp. Nº 58928-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 529-530)*

*En el interdicto de retener no se discute la propiedad sino la posesión, por tanto habiendo acreditado la accionante el ejercicio de la posesión merece amparar la demanda (Exp. Nº 887-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 190-191)*

## REQUISITOS Y ANEXOS

### ARTÍCULO 600

*Además de lo previsto en el artículo 548º, en la demanda deben expresarse necesariamente los hechos en que consiste el agravio y la época en que se realizaron.*

*Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El artículo 548 CPC está dedicado a la integración normativa en los procesos sumarísimos, ante la posibilidad de vacíos o lagunas de la Ley procesal. Con la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. El artículo 548 CPC nos remite a lo regulado en el artículo 476 CPC, sin embargo, se exige de manera especial los requisitos siguientes:

a) Se exprese los hechos del agravio, el que se mide bajo dos supuestos: la perturbación de la posesión y la desposesión del bien.

El primer caso implica la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia. Requiere que se realicen contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer y sin que tengan como consecuencia una exclusión absoluta del poseedor, por ejemplo, la destrucción de alambrados y cercos, el retiro de tranqueras. Esto implica que los actos perturbatorios llevados a cabo contra la voluntad del poseedor (o tenedor) no procede si el actor entregó voluntariamente la posesión o tenencia del bien al demandado.

En el caso que pese a mediar dicha exclusión, el actor haya calificado al interdicto como de retener, no corresponde sin embargo el rechazo de la demandada, sino la aplicación de las normas que se adecuen a las circunstancias de hecho alegadas y probadas, en atención al principio *iura novit curia* del artículo VII TP del CPC.

Con respecto a los actos emanados de autoridades administrativas, siempre que se transformen en turbaciones de hecho de la posesión o de la tenencia, el

interdicto de retener es procedente cuando aquellas se cumplen en forma irregular o en materias extrañas a sus facultades regladas y se lesionan de tal manera derechos de los particulares. Esto es, que las resoluciones administrativas no son susceptibles de impugnarse mediante la promoción del interdicto analizado cuando se ejecutan en ejercicio del poder de policía o respecto de bienes pertenecientes al dominio público y no afectados a concesión.

b) Se precise la época en que se realizaron los hechos que se denuncian. Ello porque el tiempo genera efectos en la viabilidad de la interdicción. Como señala el artículo 921 CC y el 601 CPC, “la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta su demanda”, por tanto, el juez debe exigir desde el primer momento, información clara y precisa sobre cuándo se realizaron los hechos que afectaron la posesión del recurrente para que se pueda computar el plazo de prescripción e invocar como excepción.

c) Se acompañe medios de prueba referidos exclusivamente a probar dos hechos: la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio. La prueba solo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia equivocada por el actor, la verdad o falsedad de los actos de perturbación atribuidos al demandado, y la fecha en que éstos se produjeron. La procedencia del interdicto sólo está supeditada a la prueba que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y que el demandado lo ha turbado en ellas mediante la realización de actos materiales.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, si bien el artículo no hace referencia a ella, debe comprender en primer termino al autor material del acto perturbatorio de la posesión o de la tenencia, aun cuando adujere haber obrado por cuenta de terceros, pero en el supuesto que aquél haya actuado en cumplimiento de ordenes recibidas de un superior jerárquico, la demanda puede interponerse contra la entidad que representa.



## JURISPRUDENCIA

---

*Tratándose de interdictos el actor debe expresar además de los hechos en que consiste el agravio, la época en que éstos se realizaron, para determinar si se encuentra vigente el derecho del accionante a recurrir al: órgano jurisdiccional en defensa de la posesión de la que ha sido despojado, puesto que el plazo para ejercitarla previsto en el artículo 601 del CPC es de caducidad y no de prescripción (Exp. Nº 569-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 472)*

## PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

### ARTÍCULO 601

*La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Las defensas posesorias pueden ser catalogadas, según el ámbito donde se ejerza como defensas extrajudiciales y judiciales. En este último caso, se puede recurrir a los interdictos y a las acciones posesorias, como lo señala el artículo 921 CC.

El artículo en comentario considera que la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda, plazo que coincide con el señalado en el citado artículo 921 CC.

Si bien la acción prescribe por el transcurso del tiempo, el derecho a la posesión se mantiene para ser ejercido a través de las acciones posesorias para lo cual la norma le asigna un procedimiento amplio como es el de conocimiento, a diferencia del procedimiento sumarísimo del interdicto.

Para otras legislaciones, el plazo que se fija para el ejercicio de la pretensión interdictal es calificada de caducidad, por tanto, ella puede ser declarada de oficio, *in limine*, disponiendo no dar curso al interdicto, caso contrario puede el demandado hacerla valer como excepción, situación que no operaría invocar bajo la redacción del actual artículo, dejando la posibilidad de recurrir —a la parte— a la excepción de prescripción extintiva que regula el inciso 12 del artículo 446 CPC; sin embargo, bajo la opinión de Torres<sup>(1)</sup>, se considera que dicho plazo debe entenderse como uno de caducidad y lo justifica así: “Si se establece que la demanda debe indicar necesariamente la época en que ocurrieron los hechos en que consiste el agravio es para que el juez se pronuncie de oficio, sin invocación de parte, sobre la extinción del plazo, por lo que se debe modificar el artículo 601 CPC estableciendo que el plazo de un año es de caducidad y no de prescripción”.

---

(1) Op. cit. p. 462.

2. Como ya se ha dicho líneas arriba, la defensa posesoria judicial puede también orientarse a las acciones posesorias, en primer orden; sin embargo, puede darse el caso, que si el demandante no interpuso la pretensión interdictal dentro del año de iniciado el hecho pueda recurrir a las acciones posesorias para recuperar la posesión del bien.

En estos casos hay que precisar que no todos los poseedores pueden recurrir a la acción posesoria, sino aquellos que tienen la condición de propietario o que sean titulares de algún derecho real que los legitime para solicitar la restitución de la posesión; en cambio los interdictos, se orientan a la tutela de la posesión fáctica, de un poseedor no legitimado, como podría ser la posesión del usurpador. Aquí el poseedor recobra o afianza su posesión de hecho inmediata, sin considerar si tienen derecho o no a la posesión, a diferencia de las acciones posesorias que si corresponde a quienes tienen derecho a la posesión.

Con relación a la prueba, en el interdicto se debe acreditar la posesión del actor y el hecho perturbatorio o desposesorio, la misma que no requiere de prueba escrita; en cambio, en la acción posesoria si tiene fuerza la prueba instrumental en el que conste el título posesorio que justifique el derecho a la posesión.

Por último, véase que el camino procesal a seguir en ambos casos es distinto. En las acciones posesorias le corresponde un procedimiento amplio, como es el de conocimiento, a diferencia del procedimiento sumarísimo que rige para los interdictos. En este último caso, la acción debe promoverse dentro del año, contado desde el inicio de la perturbación o despojo, a diferencia de la acción posesoria que puede promoverse en cualquier momento, aún después de vencido el año de los hechos perturbatorios o de despojo. En ese sentido, coincidimos con la opinión de Torres<sup>(2)</sup>, cuando señala que el vencido en el interdicto puede recurrir a la acción posesoria, o a la acción reivindicatoria si tiene la calidad de propietario no poseedor, o la acción de mejor derecho de propiedad si es que el poseedor actual también alega ser propietario.



## JURISPRUDENCIA

---

*Tratándose de interdictos el actor debe expresar además de los hechos en que consiste el agravio, la época en que éstos se realizaron, para determinar si se encuentra vigente el derecho del accionante a recurrir al: órgano jurisdiccional en defensa de la posesión de la que ha sido despojado, puesto que el plazo para ejercitarla previsto en el artículo 601 del CPC es de caducidad y no de prescripción (Exp. N° 569-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 472)*

*Todo poseedor puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él (Exp. N° 1099-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 94)*

(2) Op. cit. p. 455.

## ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

### ARTÍCULO 602

*Se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdic-  
tal, las pretensiones de pago de frutos y la indemnizatoria por  
los daños y perjuicios causados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 614-618

---

### Comentario

---

1. La norma acoge la posibilidad de reunir varias pretensiones, provocando una acumulación objetiva y originaria de estas. La acumulación sirve para la satisfacción de dos o más pretensiones; como la restitución del bien, el pago de frutos y la indemnización por los daños causados.

Hay razones que justifican la acumulación como la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo, darían lugar a diferentes procesos. Por otro lado, la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también la justifica.

En el primer caso se obtiene una ventaja desde el punto de vista de la economía; en el segundo, en el de la justicia o de la certeza. Qué sentido tendría tener tres petitorios para reclamar en tres procesos distintos, como mayor tiempo, esfuerzo y dinero; pero además, fundamentalmente –como ya se ha señalado– sirve para evitar fallos contradictorios.

2. Para que proceda la acumulación debe contemplarse que estas sean de competencia del mismo juez y sean tramitables en una misma vía procedimental, como lo exige el artículo 85 CPC. Esto significa que el monto de la indemnización a reclamar o el valor de los frutos no deben superar la cuantía para el procedimiento sumarísimo, esto es, que no sea mayor de veinte unidades de referencia procesal (ver inciso 7 artículo 546 CPC). Esto implica que en caso la acumulación superare la cuantía del procedimiento sumarísimo, ya no sería procedente esta.

El tema de la vía procedimental como requisito para la acumulación debe ser tomado con especial reflexión, sobre todo cuando a la pretensión originaria que

se viene tramitando por la vía procedimental de conocimiento se pretende acumular pretensiones que se tramitan por la vía sumarísima. En esos casos consideramos que la vía procedimental no debe ser óbice para la procedencia de la acumulación. Como señala la Casación N° 1835-2005-Cono Norte, publicada en El Peruano del 3 de Octubre de 2006 sostiene “las pretensiones no resultan ser incompatibles entre si, si la elección de una no impide el ejercicio de la otra. En tal sentido, si se tramita el otorgamiento de escritura pública en un proceso de conocimiento, que es más amplio, no se afecta el debido proceso”.

3. El artículo diseña la posibilidad de acumular otras pretensiones dinerarias al interdicto, como los frutos y la indemnización.

En cuanto a los frutos diremos que es aquello que produce un bien sin que haya alteración ni disminución alguna de su sustancia. Los frutos son un excedente económico. Se insertan como factores de producción, pudiendo ser percibidos monetariamente o mediante especie, no siendo necesario que se destinen al consumo de manera directa o indirecta. A pesar que los frutos como los productos son provechos, la norma no hace referencia a las pretensiones orientadas al pago de los productos. Estos son los accesorios que se separan, extraen del bien y que alteran o disminuyen la sustancia del bien. Al ser obtenido, agota o destruye el bien del cual se extrae, lo que no ocurre con los frutos.

Los frutos pueden ser naturales (nacen o producen de modo espontáneo, sin la intervención del hombre), industriales, que se obtienen por el concurso de la industria o trabajo del hombre aplicado a la producción en general y los frutos civiles son los que proceden del bien en correspondencia al goce que otra persona distinta de su propietario tiene del mismo. Ejm: rentas que el bien produce (arrendamiento).

En cuanto a la propiedad de los frutos, este como regla general corresponde al propietario del bien; salvo que se asigne por acuerdo o ley. El titular del derecho de adquisición de los frutos puede serlo a título de propietario, de productor o derivado de dicha titularidad de una relación jurídica específica. El presente artículo permite que los frutos sean recabados no por el propietario del bien sino por el poseedor de este.

Para el cómputo de los frutos se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (mano de obra, uso maquinarias, transporte, etc.). A pesar que la norma no hace referencia a los gastos en la generación de frutos naturales, debe reducirse para determinar si existen excedentes económicos, caso contrario, generaría un enriquecimiento sin causa. Quien hace suyo los frutos debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para que prosperen las acciones posesorias, los medios probatorios deben referirse exclusivamente a probar la posesión y el acto desposesorio, mas no el título que permite dicha posesión, sea cual fuese la naturaleza de dicho acto.*

*Es válido demandar acumulativamente al interdicto, la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios causados (Exp. N° 49483-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 512-513)*

## INTERDICTO DE RECOBRAR

### ARTÍCULO 603

*Procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo.*

*Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920º del Código Civil, la demanda será declarada improcedente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario

---

1. Este interdicto calificado también de despojo o de reintegración, permite al poseedor o tenedor –de un bien mueble o inmueble– del cual ha sido total o parcialmente despojado requerir judicialmente la restitución de la posesión o tenencia perdidas.

Debe mediar un desapoderamiento efectivo del bien, no bastando la existencia de actos perturbatorios que justificarían, en todo caso, el interdicto de retener y menos aun las molestias o menoscabos transitorios. Tampoco es necesario, la exclusión absoluta del poseedor o tenedor, siendo suficiente el despojo parcial, lo que ocurriría, por ejemplo, frente a la construcción de un edificio que encerrase parte de un terreno. Algunas legislaciones, a diferencia de la nuestra, exigen que el desapoderamiento se haya producido con violencia o clandestinidad, añadiendo inclusive el abuso de confianza, sin embargo, para nuestra legislación es de exigencia el simple despojo.

Como ya lo han determinado reiteradas ejecutorias, el interdicto de recobrar protege únicamente la posesión directa, actual e inmediata, más no la indirecta o mediata (Cas. Nº 1909-2001), en tal sentido, si el interdicto de recobrar es planteado por quien no posee, pero cuenta con título posesorio para hacerlo, no es amparable, toda vez que no está en discusión el mejor derecho a la posesión sino la mera situación fáctica de la posesión. La pretensión interdictal no admite otra discusión sobre la posesión material del bien objeto de la acción. La sentencia que resuelve un interdicto, no tiene ningún efecto respecto del derecho de propiedad.

Véase a continuación algunos casos de procedencia: el despojo frente al cambio de cerradura y a la consiguiente negativa de permitir la entrada del inquilino; si el actor se encontraba en la posesión o tenencia del departamento a partir de la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

fecha del fallecimiento de la causante y el demandado se introdujo en el forma violenta, para lo cual debió forzar la cerradura alegando su condición de cónyuge supérstite y haber convivido siempre con la difunta; el despojo al locatario del local arrendado mientras este se hallaba detenido e imposibilitado de atender personalmente su negocio.

2. La legitimación activa para promover este interdicto pertenece, tanto al poseedor con posesión jurídica como al poseedor actual y momentáneo e incluso al mero tenedor. Solo se admitirán pruebas que tuvieren por objeto demostrar el hecho de la posesión o tenencia invocadas así como el despojo y la fecha en que este se produjo para los efectos del plazo de prescripción a que refiere los artículos 921 CC y 601 CPC.

Como expresamente señala la redacción del artículo, requiere que el poseedor haya sido despojado, esto es, perdido la relación de hecho con las cosas y no haya mediado proceso previo. Si ha sido desposeído como consecuencia de una orden judicial, sin emplazamiento, procede el interdicto de recobrar.

El despojo es todo acto por el cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial. No requiere violencia, mala fe o dolo. Se configura con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor. Implica pérdida de posesión en virtud de un acto unilateral del tercero, el cual no es consentido por el poseedor primigenio.

3. El poseedor también puede recurrir a la defensa posesoria extrajudicial. Si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente. Toda posesión es protegida para el derecho. Solo no goza de ella los servidores de la posesión, en cuanto se refiere a la defensa posesoria judicial (artículo 921 CC), pudiendo ejercer la defensa extrajudicial de hecho para recobrar el bien que conserva en nombre de otro.



### JURISPRUDENCIA

---

*No resulta viable amparar el interdicto, porque ello importa reponer al demandante en el derecho de posesión del que fue privado, el mismo que resulta materialmente imposible, pues el demandado ha efectuado edificaciones sobre el lote, no pudiendo reponer al estado anterior de posesión al demandante, tanto más, que no hay un pronunciamiento sobre la mala fe del demandado que posibilite la demolición o haga suyo lo edificado. En el interdicto no puede debatirse si el demandado actuó de buena o mala fe al levantar su vivienda, así como tampoco se puede analizar si el demandante ha perdido su condición de socio y que ello ha dado lugar a la pérdida del lote (Exp. N° 153-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 305)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Tratándose de un interdicto de recobrar corresponde al demandante acreditar el hecho efectivo de la posesión sobre el bien, con manifestaciones objetivas, como son los actos de utilización del predio al momento del despojo. No se puede discutir en este proceso, el título posesorio.*

*Si el demandado admite haber ingresado al bien, haciendo uso y disfrute de su derecho de copropietario, dicho derecho no se discute en el interdicto sino el despojo de la posesión (Exp. N° 38044-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 511-512)*

*En la acción interdictal no es procedente pronunciarse sobre la propiedad, sino se debe acreditar la posesión del demandante conjuntamente con la prueba fehaciente que acredite la desposesión.*

*Es infundada la pretensión si no se acredita que el demandado sea quien haya realizado el despojo del bien a la demandante, puesto que las partes en coordinación con sus respectivos abogados, acordaron la entrega de la llave del predio al presidente de la asociación donde se ubica el bien; por lo que, tampoco, se acredita que este último haya desposeído a la demandante (Exp. N° 48062-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 514-515)*

*Para que proceda el interdicto de recobrar, se requiere que quien ejerza la acción tenga la posesión inmediata del bien; al no acreditarse tal presupuesto resulta infundada la demanda (Exp. N° N-1064-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 483)*

*Si se acredita que el demandante ha estado en posesión del área demandada, habiendo sido perturbado la misma, el Juez ordenará que se reponga en la posesión del que fue privado (Exp. N° 1417-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 483-484)*

*“... El interdicto de recobrar es asunto en el que la cuestión controvertida se contrae a probar que el accionante estuvo en posesión del bien subjudice, y que el emplazado lo ha privado de su posesión, y por ello las pruebas tienen por finalidad establecer estas dos situaciones factuales...” (Exp. N° 514-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 525)*

*“... Tratándose de un proceso sobre interdicto de recobrar, lo que se tiene que acreditar es la posesión que ejercía la demandante y el despojo del que es objeto por parte del demandado...” (Cas. N° 2589-99-Cajamarca, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 524)*

*“... Tratándose de un proceso de interdicto de recobrar, cuya finalidad es defender la posesión como un derecho, el demandante debe probar que tuvo la posesión y que fue despojado de la misma, para lo cual el Juez valorando los medios probatorios y apreciándose de manera conjunta, declarará fundada la demanda solo respecto de aquellas pretensiones cuyos hechos sustentatorios hayan sido fehacientemente acreditados” (Cas. N° 1172-97-Apurímac, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 526-528)*

## DEMANDA FUNDADA E INTERDICTO DE RECOBRAR

### ARTÍCULO 604

*Declarada fundada la demanda, el Juez ordenará se reponga al demandante en el derecho de posesión del que fue privado y, en su caso, el pago de los frutos y de la indemnización que corresponda.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Uno de los efectos positivos para el actor, con la sentencia firme, es lograr la restitución de la posesión o tenencia del bien que fue despojado, sin embargo, esta restitución del bien no necesariamente se puede lograr a través de una sentencia que declara fundada la demanda –como refiere este artículo– sino a través de medidas anticipadas que buscan declarar el derecho de fondo, sin sentencia, cuando existe una fuerte probabilidad del derecho a la restitución que se alega y la necesidad impostergable de quien la pide, como es el caso que recoge el artículo 681 CPC.

Cuando el derecho invocado fuere casi probable y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución inmediata del bien, el juez podrá ordenarla previa contracautela que prestará el demandante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida. El artículo 681 CPC señala: “en el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida”.

2. Si se declara fundado el interdicto de recobrar puede concurrir la posibilidad que el juez, además ordene el pago de los frutos y la indemnización que corresponda, si hubieren sido demandados. Hay que recordar que el artículo 602 CPC permite la acumulación de dichas pretensiones, tanto para los interdictos de recobrar y de retener, generando una acumulación objetiva y originaria de estas.

Ambas pretensiones son accesorias de la principal, sin embargo, el amparo de cada una de ellas, estará condicionada a la actividad probatoria que se desarrolle en ellas, de tal manera, que podría declararse fundada la demanda en cuanto a la restitución del bien despojado e infundada en cuanto al pago de frutos o indemnización.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Debe tenerse en cuenta que para el cómputo de los frutos se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (mano de obra, uso maquinarias, transporte, etc.). A pesar que la norma no hace referencia a los gastos en la generación de frutos naturales, debe reducirse para determinar si existen excedentes económicos, caso contrario, generaría un enriquecimiento sin causa. Quien hace suyo los frutos debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación.

## DESPOJO JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL

### ARTÍCULO 605

*El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar. El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución. Si el Juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La norma regula los mecanismos de defensa al que puede recurrir un tercero ante el despojo judicial. La condición elemental es que el tercero afectado, no haya sido citado ni emplazado en el proceso en el que se ordenó la desposesión.

El despojo implica el desapoderamiento real y material del inmueble, al margen que se haya producido con o sin violencia. No se trata de una acción posesoria propiamente dicha, desde que solo tiene por objeto restablecer el orden prohibiendo que nadie pueda hacerse justicia por sí mismo; tiende a restablecer el estado de hecho anterior al despojo, sin que sea admisible la discusión sobre la naturaleza de la posesión.

2. Cuando ese desapoderamiento provenga por mandato judicial, este puede ser atacado por parte de quien no intervino en el proceso, mediante el interdicto de recobrar.

En un primer momento, el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución. Dicho proceso debe ser el escenario natural donde este perjudicado deba exigir la restitución inmediata del bien. En concordancia con lo establecido en este artículo, Palacio<sup>(1)</sup> considera que

---

(1) Palacio, t. op. cit. p. 28.

es “inadmisible el interdicto contra resoluciones judiciales, pues los vicios procesales que eventualmente pueden afectar la posesión o la tenencia deben alegarse, mediante nulidades en el proceso en el que ocurrieron, aun cuando el afectado no haya sido parte en aquél”.

3. Como señala la norma, si el Juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él; caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer, a través del interdicto de recobrar. En consecuencia, no procede el interdicto de recobrar frente a la interposición de una demanda de desalojo, si la pretensión se dirigió contra quien ocupa el inmueble como arrendatario.

En el supuesto que el tercero desposeído interponga el interdicto de recobrar, como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede este tercero invocando el artículo 681 CPC, recurrir a la medida temporal sobre el fondo para lograr anticipadamente la restitución pretendida.



## JURISPRUDENCIA

---

*El interdicto tiene por objeto proteger el hecho de la posesión que se acredita por sus manifestaciones objetivas, independiente del título posesorio.*

*Tratándose de un despojo judicial, el demandante debe acreditar haber acudido ante el juez que dictó la orden judicial solicitando la restitución y que el despojo se haya efectuado sin ser emplazado o citado. El artículo 605 del CPC ampara la posesión contra los actos arbitrarios en que habría incurrido el juez, lo que implica que éste no tuvo en cuenta las normas previstas en interés del poseedor o contraviniendo las disposiciones de Ley (**Exp. Nº 1118-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 304**)*

*Para acceder al pedido de restitución es indispensable que la peticionante haya sido desposeída del bien, esto es que no haya sido emplazada o citada como corresponde.*

*No resulta suficiente para acceder al pedido la sola condición del cónyuge del demandado sino que debe ser ocupante del predio (**Exp. Nº 1173-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 169-170**)*

## INTERDICTO DE RETENER

### ARTÍCULO 606

*Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.*

*Admitida la demanda, el Juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 610, 611, 612, 613

---

## Comentario

1. Este interdicto es calificado de perturbación, de pretensión por inquietación o acción conservativa. Evita que el poseedor sea perturbado en el ejercicio de su posesión o la perturbación de orden material: hechos y no amenazas. Es la pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia. La redacción del artículo en comentario precisa que “la perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso”. Véase el caso de la destrucción de alambrados y cercos, el retiro de tranqueras, la utilización de un pozo de agua.

Como se aprecia, este interdicto presupone no el despojo de la posesión sino realización de actos materiales o de otra naturaleza con los que perturba la

posesión. A través de la Casación N° 721-2002-Lima<sup>(1)</sup>, publicada el 2 de febrero de 2004, la Sala Suprema ha resuelto “el registro visual constituye un acto perturbatorio, pues, evita el disfrute de la posesión (...) la Sala Superior al haber considerado que su Derecho a la privacidad e intimidad debería ser defendido y ventilado en la vía correspondiente, en clara alusión a la vía de amparo, restringe su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues le exige transitar una vía que es opcional, excepcional y residual”.

En ese mismo sentido aparece el siguiente pronunciamiento<sup>(2)</sup>: “con la inspección judicial, el informe pericial y el informe del jefe del área técnica de la Municipalidad, está acreditado que los ventanales del cuarto y quinto piso del edificio multifamiliar, de propiedad de los demandados, ofrecen plena viabilidad (sic) hacia el patio anterior y otros ambientes del inmueble colindante habitados por el demandante, con lo que se atenta contra su derecho a la privacidad e intimidad y consecuentemente perturbando su posesión, y facultando para accionar conforme a los artículos 598 y 606 CPC, concordante con el artículo 921 del CC”.

2. La procedencia del interdicto solo está supeditada a la prueba que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y que el demandado lo ha turbado en ellas mediante la realización de actos materiales y contra la voluntad del poseedor o tenedor, esto significa, que el interdicto de retener no procede si el actor entregó voluntariamente la posesión o tenencia del bien al demandado. En la Casación 1698-97-ICA, la Sala Suprema ha señalado que “el interdicto de retener se interpone cuando el poseedor es perturbado en su posesión por actos ejecutados por el demandado o por encargo de él, con indicación de la fecha en que se practicaron. Los actos perturbatorios deben ser comprobados de manera objetiva, siendo para este caso la inspección judicial. No prospera la acción, cuando la posesión se viene ejerciendo en forma conjunta, como es el caso de los copropietarios”.

Además, la procedencia de este interdicto se halla supeditada a la circunstancia que los actos turbatorios no tengan por resultado la exclusión absoluta del poseedor o tenedor, porque en tal hipótesis no corresponde aquel interdicto sino el de recobrar.

La prueba idónea en este tipo de pretensiones es la pericia y el reconocimiento judicial, sin perjuicio que se pueda recurrir a otros medios de prueba pertinentes que permitan demostrar el hecho perturbatorio.

(1) Casación citada en el trabajo de Torres Anibal, p. 478.

(2) 2° Sala Civil de Trujillo, Exp. N° 147-98-Trujillo, publicada en Rev. Normas Legales, t. 319, citada por Torres, op. cit. p. 479.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

3. En cuanto la oportunidad de la actuación probatoria, señala el artículo en comentario que esta opera luego de admitida la demanda. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado. La prueba solo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia equivocada por el actor, la verdad o falsedad de los actos de perturbación atribuidos al demandado, y la fecha en que estos se produjeron.

En la Casación N° 2283-00-Callao del 20 de mayo de 2000 (Publicado en El Peruano, 1 de marzo de 2004), se señala que “en un proceso de interdicto de retener, cabe la admisión de una prueba presentada luego de la etapa postulatoria si se trata de un medio probatorio ordenado por el juez en el admisorio”. La Sala Suprema advierte que en el admisorio, el juzgador designó un perito para que intervenga en las diligencias de inspección judicial, quien entregó su informe pericial antes de llevarse a cabo la audiencia única (evidentemente, precluída la etapa postulatoria del proceso), sin observación alguna de las partes; sin embargo, la Sala considera que la prueba ordenada no es extemporánea y menos aún que su mérito constituya una trasgresión de normas procesales, pues tal actuación obedece a lo dispuesto por el artículo 606 del Código Procesal Civil.

3. No son interdictos de retener las turbaciones de derecho, sean judiciales o extrajudiciales, de manera que aquel no procede, frente a la interposición de una demanda, si la pretensión se dirigió contra quien ocupa el inmueble y el proceso tramitó sin irregularidad procesal alguna. Según Palacio<sup>(3)</sup> “el interdicto es inadmisibles contra resoluciones judiciales, pues los vicios procesales que eventualmente pueden afectar la posesión o la tenencia deben alegarse, mediante incidente de nulidad, en el proceso en el que ocurrieron, aun cuando el afectado no haya sido parte en aquel”.

Con respecto a los actos emanados de autoridades administrativas, resulta procedente cuando aquellas se cumplen en forma irregular o en materias extrañas a sus facultades regladas y se lesionan de tal manera derechos de los particulares. Véase el caso de la colocación de mojones en una propiedad privada que el Municipio considera incorporada al dominio público. Dice la casuística que “si aquella pretende recuperar la posesión de un bien que sostiene pertenecer a ese tipo de dominio debe recurrir a las vías legales para que sea reconocido su derecho y no proceder por si y mediante el uso de la fuerza”.

4. En el caso de las servidumbres, como señala el artículo 1035 CC “la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho a dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos”.

---

(3) Palacio, op. cit. t.VII, p. 28.

Esto implica que la posesión de una servidumbre se defiende por medio del interdicto, aunque esta sea aparente (ver artículo 559 CPC). Véase que procede el interdicto en el caso de la clausura de un camino cuando existen signos visibles de servidumbre y aquél se ha transitado por más de un año. No procede interdicto para defender la posesión de los yacimientos minerales, lagunas, fauna, flora.



## JURISPRUDENCIA

---

*El interdicto de retener es un medio de defensa posesoria que persigue el cese de los actos perturbatorios que impiden el pleno ejercicio de la posesión que ostenta la parte demandante, por lo que, para obtener tutela jurisdiccional mediante esta acción, debe acreditar el demandante estar en la posesión del bien sub-litis y la realización de actos perturbatorios por parte del demandado (Exp. Nº 58928-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 306)*

*Procede amparar la pretensión si se demuestra que el demandado ha despojado del lugar donde venían ambos trabajando, para quedarse en posesión de la totalidad del puesto de venta, tanto más, que planeó un traspaso que no efectivizó por no cancelar la totalidad de lo convenido (Exp. Nº 7202-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 307)*

*En un interdicto de retener, no se discute la propiedad sino la posesión, por tanto, la perturbación posesoria que da lugar a la acción incoada ha de consistir en actos materiales, asistiéndole al poseedor el derecho de servirse de los interdictos –incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza–.*

*Si no se ha acreditado por parte del demandante el ejercicio de la posesión en el piso donde se han efectuado las construcciones, merece desestimarse la demanda (Exp. Nº 108-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 308)*

*El interdicto de retener es una defensa posesoria que persigue la casación de los actos perturbatorios de la posesión, así como la suspensión de una obra nueva o la demolición de una obra ruinosas.*

*Debe ampararse la demanda si de las inspecciones judiciales se advierte que las obras de construcción efectuadas en el predio del demandado vienen afectando el pleno ejercicio de la posesión de la demandante (Exp. Nº 23-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 515-516)*

*Es improcedente la demanda si a la interposición de ésta, no se encontraba en posesión del bien el demandante, pues, no está habilitado para ser parte activa de la relación procesal. La nulidad de oficio constituye una declaración del juez de carácter excepcional y solo procede cuando el acto procesal carece de los requisitos indispensables para la obtención de la finalidad, a fin de evitar un inútil dispendio de la actividad procesal (Exp. Nº 29671-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 516-518)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, significando que la perturbación posesoria que da lugar al interdicto ha de consistir en actos materiales. En estos procesos no cabe discutir la propiedad sino la posesión (Exp. Nº 109-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 518-519)*

*El interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, significando que dicha perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza*

*Es improcedente ordenar el cese de los actos perturbatorios en el interdicto porque la demandante ya no se encuentra en posesión del bien, sin perjuicio de ello, merece exonerársele de los gastos procesales pues ha tenido motivos atendibles para litigar (Exp. Nº 8777-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 520-521)*

*Los medios probatorios que deben concurrir al interdicto de retener deben estar referidos a la demostración de los hechos perturbatorios invocados por la accionante.*

*Procede la indemnización, si a la fecha de la interposición de la demanda, existían actos perturbatorios que han generado daños debido a las excavaciones que se realizaron en el inmueble de propiedad de la accionante, las que han turbado la tranquila posesión que ésta detenta (Exp. Nº 661-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 484-485)*

*No debe ampararse el interdicto de retener si no recae sobre bien inmueble o bien mueble inscrito.*

*Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.*

*No procede el interdicto de retener si se perturba la posesión del negocio, que utiliza el pasillo de una quinta, para lo cual la autoridad municipal le ha obligado a cerrarlo (Exp. Nº 70-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 486-487)*

*Tratándose de interdictos de retener, la legitimidad activa de la parte demandante, está sustentada en el solo hecho de considerarse perturbado en su posesión.*

*La relación jurídica sustantiva se da entre el poseedor y el agente perturbador, independientemente de no existir entre ambos relación contractual alguna. Son el poseedor y el perturbador los conformantes de la relación jurídica procesal (Exp. Nº 912-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 412-413)*

*Para amparar la pretensión de interdicto de retener, debe acreditarse que el accionante se encuentra en posesión del bien y que existen actos perturbatorios que impiden el libre ejercicio de su derecho de posesión. El proceso interdictal no admite otra discusión que la posesión material del bien objeto de la acción. La sentencia que resuelve un interdicto, no tiene ningún efecto respecto del derecho de propiedad (Exp. Nº N-735-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 158)*

*La naturaleza de la acción de interdicto de obra nueva resulta incompatible con el de recobrar. El interdicto de obra nueva requiere que exista construcción en propiedad del*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

demandado. El interdicto sobre las servidumbres solo debe ser respecto de las convencionales para lo cual es indispensable el título (Exp. Nº 1057-94-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 596-597)

La iniciación de un proceso de desalojo por ocupante precario, no acredita la perturbación de la posesión, por lo que no procede el interdicto de retener.

La carga de la prueba en todo proceso, recae sobre quien afirma un hecho o aquel quien lo contradice alegando hechos nuevos (Exp. Nº N-687-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 473)

Es presupuesto para la procedencia del interdicto de retener que el demandante se encuentre en posesión del bien, al momento de la interposición de la demanda y que el demandado practique actos perturbatorios en esa posesión, de forma tal que, impidan al actor conducir el inmueble en forma normal, vale decir, le causen perturbación en la posesión sin llegar a desposeerlo (Exp. Nº 1290-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 481-482)

La perturbación posesoria que da lugar al interdicto de retener ha de consistir en actos materiales. No puede ampararse si el actor funda su pretensión en el hecho de haber sido amenazado por funcionarios públicos (Exp. Nº 287-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 323-324)

En el interdicto de retener resulta fundamental que el actor acredite la posesión del inmueble sub litis, así como los actos materiales perturbatorios (Exp. Nº 117-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 322-323)

En las acciones sobre interdicto de retener carece de legitimidad para obrar el accionante que no tenga la posesión inmediata del bien.

La posesión es una relación de hecho entre la persona y la cosa (Exp. Nº 364-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 597-598)

Es infundada la demanda sobre interdicto de retener si el accionante no tiene la condición de poseedor o tenedor del bien cuyo interdicto pretende.

No puede considerarse poseedor al demandante por encontrarse en relación de dependencia con la demandada, pues conserva la posesión a nombre de éste en cumplimiento de órdenes e instituciones de aquellos (Exp. Nº 549-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 600-601)

El interdicto de retener es una defensa posesoria que persigue la cesación de los actos perturbatorios de la posesión, así como la suspensión de una obra nueva o la demolición de una obra ruinosas.

Debe ampararse la demanda si de las inspecciones judiciales se advierte que las obras de construcción efectuadas en el predio del demandado vienen afectando el pleno ejercicio de la posesión de la demandante (Exp. Nº 23-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 515-516).

La iniciación de un proceso de desalojo por ocupante precario, no acredita la perturbación de la posesión, por lo que no procede el interdicto de retener.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La carga de la prueba en todo proceso, recae sobre quien afirma un hecho o aquel quien lo contradice alegando hechos nuevos (Exp. N° N-687-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 473).*

*La perturbación posesoria que da lugar al interdicto de retener ha de consistir en actos materiales. No puede ampararse si el actor funda su pretensión en el hecho de haber sido amenazado por funcionarios públicos (Exp. N° 287-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 323-324).*

## SENTENCIA FUNDADA E INTERDICTO DE RETENER

### ARTÍCULO 607

*Declarada fundada la demanda, el Juez ordenará que cesen los actos perturbatorios y lo que corresponda de acuerdo al segundo párrafo del artículo 606º, además del pago de los frutos y de la indemnización, de ser el caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El interdicto de retener es la pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia.

Para amparar esta pretensión los actos perturbatorios deben exteriorizarse en actos materiales y ser realizados contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer y sin que tengan como consecuencia la exclusión absoluta del poseedor, sin embargo, en caso de mediar dicha exclusión, y el actor haya calificado al interdicto como de retener, no corresponde el rechazo de la demandada, sino la aplicación de las normas que se adecuen a las circunstancias de hecho alegadas y probadas, en aplicación del principio del *iura novit curia* (ver artículo VII TP CC).

La procedencia del interdicto solo está supeditada a la prueba que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y que el demandado lo ha turbado mediante la realización de actos materiales

2. Uno de los efectos positivos para el actor, es lograr el cese de los actos perturbatorios. Si la perturbación consiste en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso, se dispondrá la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones.

Además puede concurrir la posibilidad que el juez, ordene el pago de los frutos y la indemnización que corresponda, si hubieren sido demandados. Hay que recordar que el artículo 602 CPC permite la acumulación de dichas pretensiones, tanto para los interdictos de recobrar y de retener, generando una acumulación objetiva y originaria de estas.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Ambas pretensiones son accesorias de la principal, sin embargo, el amparo de cada una de ellas, estará condicionada a la actividad probatoria que se desarrolle en ellas, de tal manera, que podría declararse fundada la demanda en cuanto el cese de los actos perturbatorios e infundada al pago de frutos e indemnización.

Debe tenerse en cuenta que para el cómputo de los frutos se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (mano de obra, uso maquinarias, transporte, etc.). A pesar que la norma no hace referencia a los gastos en la generación de frutos naturales, debe reducirse para determinar si existen excedentes económicos, caso contrario, generaría un enriquecimiento sin causa. Quien hace suyo los frutos debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación (ver artículo 893 CC).



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se acredita que el demandante ha estado en posesión del área demandada, habiendo sido perturbado la misma, el Juez ordenará que se reponga en la posesión del que fue privado (Exp. N° 1417-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianna, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 483-484)*

# TÍTULO IV

## PROCESO CAUTELAR

### Capítulo I

## MEDIDAS CAUTELARES

### Sub - Capítulo 1º

## DISPOSICIONES GENERALES

### JUEZ COMPETENTE, OPORTUNIDAD Y FINALIDAD

#### ARTÍCULO 608

*Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA 608º

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 274, 275, 276

C.P.C.N. Argentina art. 195

---

### Comentario

1. La actividad de la jurisdicción para dirimir un conflicto y brindar tutela efectiva, pasa por una etapa previa de conocer los hechos alegados y acreditados por las partes, para luego, definir el derecho en discusión, esto es declara la existencia o no del derecho afectado; sin embargo, a pesar de haberse establecido la certeza del derecho reclamado, puede darse el caso que se mantenga la renuencia a satisfacerlo, circunstancias que obliga a la parte beneficiada a recurrir a la ejecución forzada de éste. En tanto sucede ello, la situación de hecho que justificaba la tutela del derecho reclamado puede alterarse, a tal punto, que puede

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

llegar a desaparecer, tornando en ilusión la satisfacción del derecho declarado. Bajo ese contexto, aparece en el escenario el proceso cautelar, para cumplir una función diferente al proceso de conocimiento y de ejecución, dirigida a garantizar el eficaz desenvolvimiento de los procesos ya citados; pero, la tutela cautelar no solo tiene como finalidad asegurar el resultado del proceso, sino como señala Reimundin<sup>(1)</sup> tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional.

En el tiempo que transcurre mientras espera poder iniciar o mientras se desarrolla un proceso, puede suceder que los medios que le son necesarios (pruebas y bienes) se encuentren expuestos al peligro de desaparecer o, en general de ser sustraídos a la disponibilidad de la justicia; o, más genéricamente, puede suceder que el derecho cuyo reconocimiento se pide, resulte amenazado por un perjuicio inminente e irreparable. La acción cautelar está siempre vinculada por una relación de instrumentalidad, respecto de la pretensión principal ya propuesta o por proponerse. Tiene como fin garantizar el resultado de la pretensión principal; no obstante ello, la acción cautelar es autónoma y puede ser aceptada o rechazada según su contenido y urgencia alegada.

2. El proceso no se agota en un instante. El tiempo que tome desde que se inicia el proceso hasta que se logre una sentencia en definitiva, que dirima el conflicto, podría llevar a buscar tutela para conservar o para innovar la situación de hecho existente, prohibiendo su transformación o imponiendo la mutación de ese estado; pero también la tutela puede orientarse a asegurar a futuro la ejecución forzada de una sentencia, como sería el caso del embargo, que busca inmovilizar los bienes de propiedad del obligado. Ello se explica porque para evitar poner en cuestionamiento la efectiva tutela de la jurisdicción, se hace necesario pedir a ella otro tipo de respuestas, ya no la dirimente de un conflicto, sino la que busque asegurar, conservar o anticipar los efectos del derecho en discusión.

En ese sentido, el artículo en comentario reafirma esa finalidad al señalar que la medida cautelar esta "destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva". La falta de custodia frustraría la eficacia de la función dirimente. Tenemos que precisar que se pide el aseguramiento, no para que la jurisdicción resuelva el conflicto, sino para que genere otro tipo de respuestas, otras situaciones que proporcionen una real efectividad del derecho; sin embargo, existen medidas que buscan conservar alguna situación de hecho en discusión o anticipar los efectos de lo que se busca.

---

(1) Reimundin Ricardo. Derecho Procesal Civil, Viracocha editorial, Buenos Aires, 1956, p. 362.

Frente a ellas, el aseguramiento, se percibe como el efecto tradicional en medidas cautelares, pues, se invoca la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme. Para Ortells Ramos<sup>(2)</sup>, el aseguramiento se caracteriza por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente pueda desarrollarse los efectos de la sentencia principal, pueda efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. El aseguramiento no produce una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal, esto es, no significa que el actor perciba la cantidad reclamada, sino que la afectación de determinados bienes para la futura ejecución forzada y una cierta preferencia a percibir el producto resultante de su realización forzosa; por citar, dice Ortells<sup>(3)</sup> “en la anotación preventiva de la demanda, que no es inscripción a favor del actor, permitirá que ésta se produzca con plena efectividad a pesar de inscripciones a favor de terceros realizadas en el ínterin”.

El efecto conservativo en la medida cautelar es más influyente sobre la esfera jurídica del demandado que el aseguramiento. Cuando se argumenta que traspasar los límites del aseguramiento es tolerar una ejecución sin título, sin embargo, dice Ortells<sup>(4)</sup>, “se olvida que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave: permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante autotutela de alguna de las partes, que altere por sí y ante sí el *statu quo* previo al conflicto.” Véase las medidas cautelares como la suspensión de acuerdos impugnados de sociedades y asociaciones, que impide que aquellos puedan ejecutarse y alterar consiguientemente la situación; la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva.

Por otro lado, las medidas cautelares pueden llegar a tener unos efectos innovativos y anticipativos a la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. Ya no se trata que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses que en aquella estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Pueden citarse bajo estos efectos a los alimentos provisionales (asignación anticipada de alimentos) que el juez puede acordar a cargo del demandado cuando hayan sido reclamados judicialmente estos.

3. Adviértase la oportunidad en que puede operar la medida cautelar: antes del proceso y luego de iniciado éste.

En el primer supuesto, esta medida esta sujeta a la condición de formular su pretensión dirimente ante la jurisdicción dentro de los diez días posteriores a la ejecución (véase el artículo 636 CPC). Igual exigencia corre para el caso de medidas

---

(2) Ortells Ramos Manuel, El proceso cautelar civil (una aportación a su teoría general) en Estudios de Derechos Mercantil en Homenaje al profesor Broseta Pont Manuel, t.II, Tirant to Blanch, Valencia, 1995, p. 2701.

(3) Op. cit. 2702.

(4) Op. cit. 2703.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

cautelares dictadas antes del inicio del procedimiento arbitral (véase el artículo 79 Ley N° 26572).

Véase que el citado artículo 636 CPC condiciona que el beneficiado con la medida debe interponer su demanda ante “**el mismo juez**”, dentro de los diez, posteriores al acto. Ello no implica que sea el mismo juez que recibió la solicitud cautelar, sino el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse. El artículo 33 CPC regula la competencia del juez en este tipo de medidas.

Nótese que la redacción del artículo en comentario hace referencia a lo siguiente: “Todo Juez puede, **a pedido de parte**, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso”. Sobre este particular, léase el comentario que realiza Rivas<sup>(5)</sup>: “el artículo 608 CPC no significa sino atribuir al juez el poder jurídico de dictar tales medidas, pero no que por su sola adopción puede fijarse definitivamente la competencia, alterándose la regla fundamental prevista al efecto. No obstante ello, el artículo 608 tiene otro significado, ya que sirve para posibilitar que aún siendo incompetente, en caso de urgencia o de necesidad, el magistrado requerido puede dictar la medida cautelar sin perjuicio de la ulterior radicación ante el juez competente. En todo caso tendrá la posibilidad de declarar su incompetencia oficiosamente, de acuerdo a los términos del artículo 35 y la parte afectada, la de cuestionarla oportunamente al saber de la medida trabada”.

La redacción de este artículo tiene su antecedente en el artículo 224 del derogado Código de Procedimientos Civiles que autorizaba solo el juez de primera instancia a decretar embargos preventivos, anteriores a juicio y por sumas superiores a veinte libras. En cambio “habiendo litigio” solamente podía decretarlos el juez interviniente en la causa. Con la redacción de la norma en comentario apreciamos una cobertura mayor porque le corresponde a todo juez decretar la medida cautelar.

4. En relación al modo como se ejerce la pretensión cautelar señalamos lo siguiente: Las medidas se promueven a iniciativa de parte. El artículo 608 del CPC recoge la influencia del principio dispositivo en la pretensión cautelar cuando señala: “todo juez puede, **a pedido de parte**, dictar medida cautelar...”. A pesar que el artículo 608 CPC así lo regule, consideramos la posibilidad de la intervención de oficio del juez para adoptar medidas de protección, sin pedido de parte, en casos relacionados con el cuidado de la persona y bienes del menor<sup>(6)</sup>, como el que aparece regulado en el artículo 683 y 677 del CPC<sup>(7)</sup>.

(5) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares, ... op.cit. p. 82.

(6) Por citar, el artículo 514 CC señala que mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.

(7) Artículo 683: Interdicción.- El juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.  
Artículo 677: Asuntos de familia e interés de menores: Cuando la pretensión principal versa sobre separación,

En estos últimos tiempos, en la judicatura Argentina, se viene desarrollando la llamada “cautela humanitaria”, que en *stricto sensu* no es que sea una medida cautelar, sino una especie de justicia preventiva, que busca evitar por razones de humanidad y solidaridad social, perjuicio a terceros. Peyrano<sup>(8)</sup>, al referirse a esta medida señala el caso, de una pretensión resarcitoria promovida por los padres de un menor que se accidentara en una acumulación de aguas formada en terrenos del ejército argentino, el tribunal –de oficio– (además de amparar las pretensiones del demandante) dispuso, advertido de la grave situación de peligro existente para la comunidad, por la posibilidad cierta que se repitieran accidentes análogos- la construcción de un cerco que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles, que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar, todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad a costa de la demandada. A tal creativa y adecuada solución arribó el tribunal, no obstante que en tal sentido, nada pidió la actora.

Se busca, aparte de satisfacer la pretensión resarcitoria del actor, hacer realidad la función preventiva de daños que hoy se reconoce como un poder y un deber de los magistrados, para justificar el calificativo de cautelar humanitaria. Como refiere Peyrano<sup>(9)</sup>, “a título de diligencia oficiosa, se acepta como posible en casos excepcionales, que el juez superando los principios de legitimación y congruencia, decreta mandatos preventivos, tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva”.

Por otro lado, apreciése que no se puede afirmar que sólo el actor puede solicitar las medidas cautelares. La redacción del artículo 608 autoriza a “**ambas partes**” para solicitar la medida cautelar, pero siempre que el demandado hubiere acumulado a la demanda, una pretensión sucesiva al proceso.

La pretensión cautelar puede promoverse antes de la demanda o después de ella. Sobre el particular el citado artículo 608 CPC señala: “todo juez puede (...) dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste”, sin embargo, ello no es del todo cierto, porque según la naturaleza de la medida cautelar que se elige, hace que ella solo pueda ser trabada luego de haber interpuesto la demanda, como ocurre con la anotación de la demanda en Registros Públicos; o

---

divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados por ella.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53 CPC.

(8) Peyrano Jorge, “La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano” en Themis, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2º época, 1993, N° 22, Lima, p.16.

(9) *Ibidem*.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la autorización para vivir en domicilios separados en caso de separación y divorcio. (véase el caso del artículo 680).



### JURISPRUDENCIA

---

*Si se advierte que el aseguramiento del cumplimiento de la obligación demandada, ha sido garantizado con la prenda constituida para dicho efecto, no resulta amparable la medida cautelar (Exp. N° 97-62101-467, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 323)*

*La pretensión cautelar para la transferencia de acciones, es improcedente, si la controversia con relación a ella, se ventilan en diversos procesos judiciales, por el juez natural, en concordancia con el derecho a un debido proceso.*

*Actuar en contrario significaría interferir en la labor jurisdiccional, por un ente de la misma jerarquía, mas aún, cuando constituye un principio y derecho de la función jurisdiccional, que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ni interferir en el ejercicio de sus funciones (Exp. N° 9660-99, Sala Civil Especializada de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 324)*

*La petición de no disponer el levantamiento de la medida de embargo ordenada, contiene un imposible jurídico que determina su improcedencia de plano por cuanto su posible otorgamiento implicaría desacatar un mandato judicial firme.*

*La desafectación debe ejecutarse en sus propios términos, pues, existe obligación legal para toda persona y autoridad acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales emanadas de autoridad judicial competente (Exp. N° 3863-98, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 325)*

*Es improcedente la medida cautelar si ninguna de las pretensiones guarda relación de instrumentalidad con ella, pues, el statu quo posesorio que pretenden mantener ríe se encuena sujeto a las resultas del proceso, puesto que en él se busca un efecto declarativo, mas no, el derecho real de posesión que se pretende preservar con la medida cautelar (Exp. N° 18078-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 551-553)*

*No puede denegarse la medida cautelar por el hecho de aparecer las siglas de la obligada en las fichas respectivas como sociedad civil de responsabilidad limitada, si de la misma ficha aparece como sociedad comercial, pues, no pueden preexistir dos razones sociales idénticas en el registro.*

*El juez debe considerar que en este caso especial, resulta más conducente atender a la medida que rechazarla, estando al principio de eventualidad (Exp. N° 39847-303-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 553-554)*

*Habiéndose concedido medida cautelar sobre bien inmueble no inscrito, el plazo de diez días para interponer la demanda, deberá contarse a partir de la fecha de la efectivización de esa medida, independientemente de la inscripción preventiva (Exp. N° 2668-1036-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual,*

**Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 542)**

*Toda medida cautelar que se solicite tiene que estar ligada a la pretensión que motiva la demanda.*

*Si el recurrente plantea se suspenda todo acto destinado a despojarlo de sus bienes por su condición de comunero, no se condice ello con el petitorio de su demanda, cual es, impugnar los acuerdos de la asamblea comunal, que es una materia ajena a la medida **(Exp. Nº 604736-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 544-545)***

*No es viable solicitar en una medida cautelar, antes de iniciado un proceso, la anotación en los Registros Públicos de una demanda aún inexistente, pues, se requiere la existencia de un proceso principal, esto es, por lo menos de la interposición de la demanda **(Exp. Nº 51558-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 524)***

*El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene rango constitucional, por lo que el órgano jurisdiccional debe amparar la pretensión cautelar del acreedor, con observancia de las disposiciones legales.*

*La norma sustantiva señala los canales de liquidación de la sociedad de gananciales, entre los que no figura el hecho que alguno de los cónyuges tenga pendiente de cumplimiento, obligaciones personales de dar suma de dinero **(Exp. Nº 3559-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 113-115)***

*Debe cautelarse el derecho del ganador de perseguir la satisfacción de la deuda, sin que ello signifique que se afecte el patrimonio del perdedor más allá de lo que significa el pago del capital, intereses y gastos **(Exp. Nº 1591-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 244-245)***

*Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la decisión a adoptarse en forma definitiva, y se caracterizan por importar un prejuzgamiento, ser provisorias, instrumentales y variables.*

*La medida cautelar puede ser variada, atendiendo a las circunstancias particulares del caso **(Exp. Nº 37-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 474)***

*El acreedor tiene derecho a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. No constituyen bienes inembargables los que pertenecen a una sociedad conyugal **(Exp. Nº 202-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 479)***

*Debe desestimarse el argumento de que la medida cautelar debe subsistir mientras no se resuelva el recurso de casación, puesto que toda medida cautelar es provisorio porque puede desaparecer sin que se haya expedido un fallo definitivo.*

*El proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, pues existe una situación de subordinación por la cual éste (proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero éste (el cautelar) no puede aparecer sin aquél, o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquél **(Exp. Nº 865-7-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 483-484)***

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La acción revocatoria es de naturaleza conservativa, recuperatoria y no nulificante. Para intentarla es necesario que concurran los requisitos previstos en el artículo 195 del C.C.*

*Para la acción pauliana, la ejecución de una medida cautelar sobre derechos y acciones atribuidos a una persona, tampoco enerva el derecho del acreedor de esa y de la propietaria de las cuotas ideales, en la medida que no es el embargo el que se cuestiona sino la enajenación de un bien de propiedad común por supuestamente burlar su acreencia (Exp. N° 3284-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 70-71)*

*La medida cautelar tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una sentencia futura a la cual debe estar conectada por el vínculo de la instrumentalidad.*

*La tutela cautelar debe estar necesaria y directamente vinculada a la actuación del derecho sustancial cuyo aseguramiento eficaz se pretende proteger (Exp. N° 708-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 252-253)*

*No puede calificarse la medida cautelar para una futura ejecución forzada si se hace el petitorio dentro de un proceso judicial y se apoya en una sentencia favorable (Exp. N° 45-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 336-337)*

*No existiendo orden de pago contenida en el mandato ejecutivo, no resulta atendible la medida cautelar.*

*Sin embargo, el juez, con la facultad que le confiere el artículo 611 CPC puede disponer la medida cautelar que considere adecuada, atendiendo a la naturaleza de lo que va ser la principal (Exp. N° 280-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 481-482)*

*La Ley no prevé que una medida cautelar decretada en un proceso judicial sea enervada o declarada sin efecto por otro proceso donde se discuten las mismas relaciones sustantivas y los mismos*

*intereses económicos, aun, cuando éstas fueran enfocadas desde distintos ángulos jurídicos (Exp. N° 995-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 363-364)*

*La medida cautelar constituye el instrumento legal que permite garantizar la efectividad de una sentencia a dictarse en un proceso, como tal, cumple una función primordial en la defensa de los derechos sustantivos.*

*Una de las características de la medida cautelar es la prejudicialidad, lo que indica un adelantamiento de opinión del juez respecto de lo que más adelante se resolverá (Exp. N° N-566-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 478)*

## SUSTITUCIÓN DEL JUEZ

### ARTÍCULO 609

*Si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro Juez, éste conocerá también del proceso cautelar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Una de las características de la medida cautelar es su instrumentalidad, esto es, nace al servicio del proceso definitivo. Ella está siempre subordinada a un fallo definitivo, aún cuando precede al proceso. Se orienta, más que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia de la sentencia; más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta. Esto explica la razón para que cuando opere la sustitución del juez en el conocimiento del proceso principal, éste también se extienda al conocimiento del proceso cautelar. La función del proceso cautelar no es independiente del proceso definitivo. Existe subordinación. No puede aparecer el proceso cautelar sin la existencia del proceso definitivo. Esta dependencia justifica también que ante la sustitución del juez, el conocimiento del proceso principal pase a otro, quien también conocerá del proceso cautelar. En ese sentido, no puede conocer el proceso principal un juez y el proceso cautelar otro, máxime si la imparcialidad de uno de ellos, está en duda.

2. La norma nos coloca en el supuesto que cuando el juez natural que conoce el proceso principal es sustituido por las causales que cita el presente artículo. El nuevo juez que continuará el conocimiento del proceso principal debe también asumir el proceso cautelar, para lo cual, el juez originario de la medida cautelar debe remitir el expediente al juez sustituto. La norma solo hace referencia a la sustitución del juez por impedimento, recusación, excusación o abstención, sin embargo, consideramos que esos supuestos no son cerrados porque pueden incorporarse otras situaciones que lleven al mismo fin, como es, separar por medida disciplinaria del conocimiento del proceso al juez originario.

3. El sistema de impedimentos y recusaciones ha sido construido dentro del derecho procesal para que los ciudadanos y especialmente las partes puedan evitar, que en determinado caso se vulnere la imparcialidad del juez. El Código Procesal en los artículos 306 y 310 CPC establece el procedimiento para el ejercicio

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de esta garantía del justiciable, que a la vez posibilite la defensa del juez frente a quien va dirigida la sospecha.

La recusación es el medio por el cual las partes exteriorizan su voluntad para que un juez determinado se separe de su conocimiento por sospechar de su imparcialidad. El sujeto activo siempre es la parte y el pasivo el juez de todas las instancias, aún los de la Sala de Casación. La recusación tiene que fundarse en algún motivo como razones de parentesco, de sentimientos, entre otras causas que detalla el artículo 307 CPC, caso contrario se rechazarán liminarmente tal como hace referencia el artículo 314 CPC.

El Código Procesal admite la recusación con expresión de causa y promueve un incidente contra el juez invocando hechos y situaciones jurídicas tipificadas en el artículo 307 CPC, con el objeto de obtener la separación del proceso.

La excusación o impedimento del juez consiste en la espontánea declaración del juez de encontrarse impedido para conocer de un asunto.

El impedimento es el hecho legalmente previsto que imposibilita al juez conocer de un proceso judicial. Los impedimentos están fijados en el artículo 305 CPC para asegurar la imparcialidad del juez y ofrecer garantía a los administrados y litigantes. Cuando concurre una de las causales del citado artículo 305 CPC, el juez está obligado a declararse impedido tan pronto advierta la existencia de ella. Tales casuales son taxativas y deben, por lo tanto, interpretarse restrictivamente. Si no lo hace, cualquier persona podrá formular contra él una recusación, para que no conozca de la actuación o del proceso.

Recusación e impedimento persiguen el mismo fin: apartar del juez sospechoso como garantía del justiciable. Cuando el juez siente afectada su imparcialidad, desde ese mismo momento de la manifestación surge una condición impeditiva para el ejercicio de la jurisdicción en el respectivo proceso. En ese sentido señala la norma: “el Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella”.

La abstención del juzgador también puede ser extensiva a motivos que perturban la función de éste, por decoro o delicadeza, tal como refiere el artículo 313 CPC. La abstención es pues el deber de cada Juez de apartarse del conocimiento de un proceso en concreto, por considerar afectada su imparcialidad.

## REQUISITOS DE LA SOLICITUD

### ARTÍCULO 610

*El que pide la medida debe:*

- 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;*
- 2. Señalar la forma de ésta;*
- 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;*
- 4. Ofrecer contracautela; y,*
- 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C.M. Iberoamerica art. 277*

*C.F.P.C. México arts. 437, 438, 439*

---

## Comentario

---

1. Cuando un sujeto recurre a la jurisdicción para buscar tutela cautelar, lo hace con un instrumento llamado solicitud, en el que traduce su voluntad de pedir una medida cautelar. Los objetivos de esa solicitud es dar inicio al proceso cautelar y lograr el pronunciamiento de la jurisdicción al respecto.

Esta solicitud es importante porque es el vehículo a través del cual la parte va a plantear su pretensión cautelar y fijar la forma de ésta; si fuera el caso, señalará los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación, así como el ofrecimiento de la contracautela y la designación del órgano de auxilio judicial correspondiente.

La solicitud cautelar, constituye una forma de cómo se materializa el derecho de acción, el mismo que no siempre es a través de una demanda, sino que bien puede ejercitarse mediante una solicitud. En el caso particular de la medida cautelar fuera de proceso, se aprecia que se puede acudir al órgano jurisdiccional sin demanda. En este caso, no estamos ante un proceso sino ante un procedimiento, porque todo proceso se inicia con una demanda. Este pedido cautelar es una instancia, porque constituye una etapa previa a la actuación del órgano jurisdiccional.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Esta solicitud genera ciertos efectos, como la carga del actor para impulsar el procedimiento cautelar; determina los sujetos del proceso cautelar y fija el objeto de decisión de la medida cautelar. Si bien el juez dicta la medida cautelar en la forma solicitada, ella puede alterarse, si el juez considere adecuada otra medida en atención a la naturaleza de la pretensión principal. Sobre el particular véase lo regulado en el artículo 611 y la llamada medida cautelar genérica del artículo 629 CPC.

2. La solicitud debe contener los “fundamentos de la pretensión cautelar” (ver inciso 1º). Esta exigencia es determinante para conceder la medida, pues, en ella el interesado debe mostrar los elementos de la cautela: verosimilitud y peligro en la demora; si se carece de éstos, la pretensión se desestimará y carecería de objeto ingresar a analizar la adecuación de la medida, la contracautela, tipo de cautela, bienes, órgano de auxilio, etc.

En los fundamentos está el sustento de la cautela, la misma que constituye un elemento de la resolución cautelar, sin embargo, a pesar que la redacción de este inciso lo limite a ello, consideramos que se debe aportar prueba, preferentemente documental, que sustente lo expuesto. Esta exigencia resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 611 CPC que dice: “el juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa...”; exigencia que también se reproduce en la medida temporal sobre el fondo: “...por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada...” (artículo 674 CPC). La prueba anexa a los fundamentos expuestos, son los referentes a los que acudirá el juez para aproximar la probabilidad del derecho a tutelar y justificar la urgencia que se requiere.

El inciso 2 hace referencia a la forma de la cautela, para lo cual puede recurrir a las medidas para futura ejecución forzada (embargos) a la anotación de la demanda, a la medida temporal sobre el fondo, a la medida innovativa y de no innovar y la medida genérica. La forma de la cautela debe ser congruente con la naturaleza jurídica del bien que se quiere afectar y la pretensión que se busca asegurar; por citar, un vehículo, al ser un bien registrable y registrado puede ser embargado en forma de depósito, secuestro e inscripción; sin embargo, en atención a la adecuación de la medida, hay que apreciar si esta forma de cautela contribuirá a la satisfacción de la pretensión en debate; por ejemplo: si se discute únicamente el mejor derecho de propiedad, la medida que no podría ampararse será la de futura ejecución forzada (embargo) por no estar en discusión pretensiones dinerarias o apreciables en dinero, sin embargo, una de las medidas adecuadas al caso sería la anotación de la demanda. Véase aquí que la forma de la cautela requiere ser contrastada con la naturaleza de la pretensión en discusión y con los bienes que se quiere afectar.

3. El otro requisito que debe contener la solicitud cautelar, si fuere el caso, es la designación de los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su

afectación. Si estamos ante pretensiones dinerarias, la afectación de bienes dentro del monto que se propone, sería un buen referente (ver artículo 642 CPC); sin embargo, dicha fórmula no sería aplicable para el caso de pretensiones extra patrimoniales, salvo que además de la pretensión principal (no patrimonial) se discuta acumulativamente una pretensión dineraria, por ejemplo la indemnización acumulada a la pretensión de mejor derecho de propiedad.

Hay que precisar que no es suficiente designar el bien que se quiere afectar, sino que se debe acreditar, en la misma solicitud cautelar que dicho bien le pertenece al presunto obligado. Véase lo que señala el artículo 642 CPC al respecto: “el embargo consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho de presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero”. De una primera lectura, del inciso 3º del artículo en comentario con el artículo 642 CPC, encontraremos que este último no sólo permite la afectación, a los bienes sino que también los extiende a los derechos del presunto obligado. En este mismo sentido, el artículo 611 CPC, al referirse al contenido de la resolución cautelar señala: “la medida sólo afecta los bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso”. Esto nos lleva a sostener, que el inciso 3º del artículo 610 CPC en comentario, no debe apreciarse restrictivamente a los bienes, sino que también se podría incorporar la afectación de derechos al respecto.

Si apreciamos estas exigencias, bajo la óptica de los derechos reales, podemos sostener que el poder directo e inmediato sobre una cosa, que concede a su titular un señorío pleno sobre un bien es la propiedad, sin embargo, también puede concurrir un derecho real sobre un bien ajeno, de forma tal que en el ámbito de poder concedido, que varía según el derecho real que se trate, tiene la cosa sometida a su dominación, como sería el caso del usufructo, la superficie, etc. Si A deja a B la propiedad de sus bienes, y a C el usufructo de los mismos, en aquella el dueño de la cosa conserva la propiedad de ésta, pero se establece sobre ella un derecho real de otro. Otro caso, el dueño transfiere la propiedad del bien, pero al hacerlo retiene parte de las facultades que sobre aquella le correspondían, formando con ellas un derecho menor: A, cede actualmente a B la propiedad de la finca X, pero reservándose el derecho a usarla y disfrutarla (derecho de usufructo) mientras viva. La constitución del usufructo tiene diversas fuentes (artículo 100 CC). Albaladejo<sup>(1)</sup> comentando los derechos reales sobre cosa ajena sostiene: “una de dos, 1º absorben toda la utilidad que ésta presta, de forma que, mientras subsisten, dejan al dueño vacío del goce de la misma (por ejemplo, el usufructo, que da derecho a usar y disfrutar totalmente la cosa); 2º sólo sustraen al dueño alguna parte de utilidad que la cosa puede proporcionarle, o le reducen únicamente en algún aspecto su poder pleno sobre aquella (por ejemplo, una servidumbre

---

(1) Albaladejo Manuel, Derecho Civil, V.1, t.III, Bosch, Barcelona, 1994, p. 38.

de paso, que sólo le impide prohibir que quien la tiene atravesase por la finca de su propiedad. Ahora bien, como quiera que la Ley considera inaceptable que la propiedad de una cosa y la total utilidad que la misma puede prestar se disocien con carácter definitivo, no permite el establecimiento a perpetuidad de derechos reales del primer grupo”.

Ahora bien, la fórmula que consagra el artículo 611 y 642 CPC sobre la afectación a los derechos, además de los bienes, nos permite también ubicar dichos derechos a los de crédito del deudor. A través de estos derechos no hay poder directo, del titular del derecho, el deudor, sobre la cosa, sino sobre la conducta del obligado. Véase el caso del deudor que entrega en alquiler un bien, tiene un derecho de crédito a exigir el pago de una renta.

En el derecho de crédito, el beneficio, la utilidad o la satisfacción de su interés que el titular obtiene por el uso del derecho, se lo proporciona la conducta del obligado (deudor); en el derecho real, su titular los obtiene directamente de la cosa. En tales circunstancias, puede operar la medida cautelar de retención para afectar los derechos de crédito proveniente de una relación jurídica, donde el deudor tenga una acreencia a su favor. El artículo 657 CPC hace referencia a ello, al señalar “cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del juzgado...”.

4. La posibilidad de la afectación del bien o derecho del presunto obligado, tiene la justificante en el concepto de patrimonio, el que es definido como: “el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona física o jurídica, destinado a lograr la satisfacción de sus necesidades y a garantizar sus responsabilidades”. Se ha discutido en la doctrina si las deudas forman parte del patrimonio. Para Lledó y Zorrilla<sup>(2)</sup>, no hay duda que en el lado pasivo del patrimonio, las deudas son un elemento imprescindible del mismo, cuyo carácter –solvencia o insolvencia del titular– viene precisamente por el saldo restante de la comparación entre el haber (activo) y el pasivo (deber) de una persona.

Otro aspecto a considerar en el concepto de bienes y derechos es que sean susceptibles del tráfico jurídico, lo que supone a su vez que han de tener un contenido económico –valorables en alguna medida en dinero– y ser susceptibles de comercio entre los hombres. Lledó y Zorrilla<sup>(3)</sup>, plantean algunos supuestos que no forman parte del patrimonio, por no reunir estas dos condiciones, aunque pertenecen a un titular, los siguientes derechos:

---

(2) Lledó Yague Francisco y Manuel Zorrilla Ruiz, Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho, Dykinson, Madrid, 1998, p. 378.

(3) *Ibidem*.

1) Los derechos personales, entendiéndose por tales, los que son atribuidos a un individuo en razón a sus cualidades personales y por lo tanto no son transmisibles; por ejemplo, los derechos derivados de la cualidad de funcionario público; las prestaciones de la seguridad social que corresponden a personas concretas y determinadas; los derechos honoríficos o nobiliarios. En todos estos casos es posible reconocer un contenido económico, pero no pueden formar parte del patrimonio, ya que sobre los mismos no cabe tráfico por persona distinta de su titular; 2) los bienes excluidos del comercio, ya sea por la propia naturaleza del bien o por disposición de una norma positiva; por ejemplo, los bienes considerados de interés general. También hay que incluir aquí la parte del patrimonio que la Ley reserva para atender las necesidades mínimas de su titular y sobre la cual no pueden actuar los acreedores: el denominado patrimonio mínimo inembargable cuya fijación y extensión aparecen acogidas por Ley (ver artículo 648 CPC); 3) tampoco forman parte del patrimonio los derechos personalísimos o fundamentales de la persona, por carácter tanto de contenido económico como por su condición de públicos y por tanto excluidos del tráfico jurídico; 4) derechos y acciones concernientes al estado civil de las personas, como la filiación o la patria potestad.

5. Cuando un demandante recurre a la jurisdicción a pedir tutela cautelar para asegurar que el derecho que se viene discutiendo, sea satisfecho realmente, debe mostrar una simple apariencia del derecho que invoca y sobre todo justificar la urgencia de la medida; sin embargo, la resolución cautelar no sólo contiene una medida cautelar a favor de quien la invoca sino que necesariamente contiene otra medida cautelar a favor del ejecutado, para asegurar, no el derecho en debate, sino los daños que le pueda generar la ejecución de la medida cautelar.

La resolución cautelar contiene medidas precautorias a favor del actor y a favor del ejecutado, para asegurar objetos diversos; así pues, el actor persigue el aseguramiento de la satisfacción del derecho en discusión y el ejecutado el aseguramiento del daño provocado por la ejecución cautelar.

Estas cautelas mutuas, tanto para el actor como para el ejecutado, se justifica por la incertidumbre de la relación jurídica en debate. El juez emite un pronunciamiento, sin tener la certeza del derecho que asegura; sólo la mera apariencia de ese derecho le lleva a aproximarse a una tutela cautelar, justificada por la urgencia de la medida, por ello, ante la ausencia de certeza, el juez tiene que voltear la mirada hacia el ejecutado, para brindarle otro tipo de tutela cautelar, frente al daño que le pudiere generar dicha decisión. Definitivamente, la medida cautelar encierra riesgos, desde que no opera con la certeza del derecho, sino con la mera apariencia de éste; y ese riesgo debe ser asumido por quien se beneficia con la medida. El riesgo no debe ser trasladado al demandado, sino por quien obtiene una afectación sobre la esfera jurídica del ejecutado, de manera anticipada, sin haberse definido aún el derecho en cuestionamiento

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El carácter contingente de la medida cautelar participa precisamente del riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución (ver artículo 621 CPC), pero, esa obligación no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta sino por el hecho que su expedición y ejecución importa riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él.

La contracautela precisamente tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. (ver artículo 613 CPC). Es la seguridad que da una persona a otra que cumplirá lo pactado o prometido. La contracautela se funda en el principio de igualdad, pues, reemplaza en cierta medida, a la bilateralidad.

Implica que la medida cautelar sea doble: asegura al actor un derecho aún no actuado y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel no existiera.

Ella puede ser de naturaleza personal o real. Esta última, puede concurrir bajo cualquiera de los derechos sustantivos de garantía, como la fianza, la prenda, etc.

En otras legislaciones foráneas, se recurre a un concepto amplio de cauciones. Dice el art: 678 del Código de Procedimiento Civil Colombiano que las cauciones pueden ser: "en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguro o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones...". Es así como se distingue dentro de esta clasificación la caución en póliza judicial. Esta garantía es una modalidad del seguro de fianza, en virtud de la cual la aseguradora expide una póliza en donde se compromete a pagar hasta el valor asegurado, los eventuales perjuicios, el crédito, las costas o las multas, que se originen en el evento contemplado como riesgo asegurado. Estas deben otorgarse en el curso del proceso o en ciertas diligencias tendientes a garantizar el cumplimiento de una obligación legal o la conservación de determinada conducta. Este tipo de póliza no tiene vigencia determinada pues esta ligada a la duración del proceso, incidente o recurso en donde ha sido presentada. Una vez aceptada por el juzgado no pueden revocarse sus efectos y no obstante su denominación de seguro de fianza, no goza del beneficio de excusión. Es decir, el acreedor, como sucede con las garantías bancarias expedidas por otras entidades de crédito, puede dirigirse directamente contra la aseguradora quien debe consignar a órdenes del juzgado la suma correspondiente y será éste quien en últimas determine el destino del dinero.

6. Todas las medidas cautelares exigen, en mayor o menor grado, la colaboración de terceros o de los propios interesados especialmente designados a tal fin, para custodiar bienes o personas por mandato judicial. En ese sentido, el inciso 5 del artículo en comentario, considera como uno de los requisitos de la solicitud cautelar, la designación del órgano de auxilio judicial, si fuera el caso.

Este es un auxiliar externo de los jueces, encargado de cumplir una medida cautelar, guardando o vigilando bienes o personas que constituyen la materia sobre

la cual recae la medida. En opinión de algunos autores, estos auxiliares al ser designados o al encargárseles el cumplimiento de una medida, se constituyen en representantes del juez; son calificados como auxiliares externos de los jueces. Pueden ser terceros al proceso o de manera excepcional los mismos litigantes, como sería el caso del embargo en forma de depósito.

Los órganos de auxilio judicial pueden agruparse en instituciones y funcionarios administrativos, como el Banco de la Nación o el Registrador Público; los propios litigantes, cuando uno de ellos es designado depositario de bienes embargados; y los terceros, como el custodio e interventor, que se constituyen en auxiliares ad-hoc para la misión encomendada.

A pesar de la redacción del inciso 5º, debemos considerar que la designación del órgano de auxilio judicial corresponde al juez, a propuesta de las partes, pero puede estar predeterminada por la Ley, como en el caso del depósito en dinero, piedras y metales preciosos, que recae en el Banco de la Nación (ver artículo 649 CPC). Señala el artículo 626 CPC, que cuando el Juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. El secretario es responsable cuando los daños y perjuicios se originan en su negligencia al ejecutar la medida cautelar. Esta responsabilidad podría llevar a la remoción o sustitución del órgano de auxilio, de oficio, en cualquier momento y sin sustanciación, cuando los intereses confiados a la custodia así lo exigieren. Esto implica que el órgano de auxilio, carece de personería para oponerse a su propia sustitución en el cargo, ni tiene por qué exigir razón valedera para que no se le sustituya.

Según el artículo 55 CPC, son órganos de auxilio para la medida cautelar, el depositario, el interventor y la Policía. A diferencia de los peritos, no existe profesión u oficio especialmente predeterminado para el cargo, tampoco existen registros judiciales al que recurrir para la designación, quedando ésta librada al arbitrio judicial, ante la propuesta que hace el solicitante.

El depositario judicial recae en la propia persona del demandado, a quien el juez, en un primer momento le designa para que guarde, custodie y conserve bajo su responsabilidad determinados bienes mientras se resuelve el conflicto en el proceso, con la obligación de restituirla cuando le sea pedida por el juzgado. Cuando la medida no se refiere al depósito sino al secuestro, ingresa el custodio como órgano de auxilio judicial. La custodia judicial no es un contrato, sino una medida de imperio impuesta por un juez. Los órganos de auxilio judicial, son auxiliares de los jueces y no de los litigantes. No depende de éstos y sus relaciones con ellos son indirectas, a través de las instrucciones o directivas que le imparta el juez. Aunque a veces no designe al custodio o lo haga a propuesta de los litigantes, la custodia la encarga el juez, la deja sin efecto, la cambia, da instrucciones, fija la remuneración y ante él deben ser rendidas las cuentas de la misión encomendada.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El interventor es también un colaborador del proceso orientado a fiscalizar el cumplimiento de los mandatos judiciales. Es un delegado extraordinario del juez con poderes y objetivos específicos y hasta especializados a cumplir. Puede darse a nivel de la administración, información y recaudación en una medida cautelar, para lo cual se requiere de cierta preparación para llevar los ingresos y egresos de la empresa afectada, aún más en los casos del informante, debe informar sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, situación que es de mayor exigencia en la intervención en administración, donde el interventor tiene que gerenciar la empresa y formular los balances y declaraciones juradas dispuestas por Ley.

En el caso del retenedor, podría ser el futuro deudor del embargado (créditos, alquileres, etc) a quien se le notifica para que retenga y deposite, todo o parte de lo que debe abonar el embargado, es considerado órgano de auxilio, aun cuando cumpla sin mora con el depósito en el Banco de la Nación y no se hubiere desempeñado como depositario de la prestación debida. (ver artículo 657 CPC)

En el caso del depositario, custodio e interventor, cuando se trate de personas naturales, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

La Policía también es un órgano de auxilio judicial, contemplado en el artículo 638 CPC. Las leyes procesales facultan a los jueces ordenar el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de diversas actuaciones del Despacho, llámese la conducción de grado o fuerza de un testigo, la captura de un vehículo materia de una medida cautelar, el auxilio de la fuerza pública para los lanzamientos, entre otros.

Una de las características del auxilio es que tiene una composición elástica, variable, pudiendo concurrir una pluralidad de órganos, conforme lo señala el artículo 631 CPC en atención a situaciones como el número de bienes, la naturaleza y la ubicación de estos. Nótese que el artículo 632 CPC dispone que los órganos de auxilio perciban retribución que a su solicitud les fijará el juez. Hay algunos Códigos Procesales que exigen la constitución de una fianza a los que se desempeñen como órganos de auxilio para asegurar el buen desempeño.



### JURISPRUDENCIA

---

*Uno de los rasgos distintivos de la pretensión cautelar es su carácter instrumental con relación a su pretensión principal, por ello debe existir una relación de conexidad entre éstas (Exp. N° 3492-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 505-506)*

*La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Resulta conveniente por los derechos a discutirse como son la devolución de bienes y otras pretensiones, que la contracautela sea de naturaleza real (carta fianza) hasta por el mismo monto de la pretensión cautelar, para lo cual el juez deberá otorgar un plazo no mayor de 15 días (Exp. N° 1333-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 489)*

*Debe declararse inadmisibile la medida cautelar si el peticionante no está facultado para otorgar contracautela personal.*

*No puede alegarse que la Ley 26539 convalida esta omisión, porque ésta se refiere de manera puntual a las facultades generales y especiales que contiene el artículo 74 y 75 del Código Procesal Civil, dentro de los cuales no se halla el ofrecimiento de caución juratoria (Exp. N° 80-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 339-340)*

*La medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material.*

*Debe declararse improcedente la medida cautelar solicitada por el representante de la actora, si no indica que se haya concedido facultades expresas para solicitarla y para ofrecer contracautela, bajo modalidad alguna (Exp. N° 1142-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 245-246).*

## CONTENIDO DE LA DECISIÓN CAUTELAR

### ARTÍCULO 611

*El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.*

*La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.*

*La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 196, 197, 531-535

---

## Comentario

1. La medida cautelar es otorgada sin contradictorio y en forma inmediata. Frente a ello, y a fin que no sea arbitraria la decisión que tome el juez, se exige la presencia de ciertos elementos para concederla, como la verosimilitud del Derecho y el peligro en la demora. La contracautela, no es un elemento de la medida cautelar sino un presupuesto para la resolución cautelar, por ende para la ejecución de ella. En ese sentido el artículo en comentario precisa que la contracautela forma parte de la resolución cautelar mas no de la medida cautelar en sí. El solo otorgamiento de la contracautela no autoriza el amparo de la medida cautelar, ella se justifica en atención a la verosimilitud y sobre todo a los efectos que el peligro en la demora encierra; sin embargo, existen otros autores como Monroy Palacios que consideran –a la adecuación– como un tercer elemento para la medida cautelar, pues se exige que la medida cautelar sea congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento. Como señala la norma en comentario, el juez dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada “atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal”.

Ello se puede justificar bajo un sistema publicístico que rige el Código Procesal, donde el juez está dotado de facultades, orientadas a hacer realidad la tutela efectiva.

Esto permite que si el objeto de la medida de no innovar tiene como finalidad asegurar la pretensión dineraria, ella no resulta adecuada, porque perfectamente puede recurrirse para tales fines a las medidas para futura ejecución forzada. El aseguramiento de un bien, con el sólo objetivo de la posterior ejecución forzada no conlleva a la necesidad de la inmutabilidad del bien o de la cosa, ya que incluso pueden ser sustituidos por otros bienes en cuanto puedan responder a la eventual y posterior ejecución. Si bien, la medida cautelar debe ser adecuada a la naturaleza de la pretensión principal, también debe estar premunida de razonabilidad y utilidad, pues, la actividad cautelar responde al principio de la mínima injerencia, que impone evitar los perjuicios innecesarios al presunto deudor u obligado.

2. Cuando nos referimos a la verosimilitud del derecho, tenemos que considerar a lo aparente, esto es, a la probable existencia de un derecho, del cual se pide o se pedirá, tutela en el proceso principal. Como señala Liebman<sup>(1)</sup>, no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial. En ese sentido, para Rivas<sup>(2)</sup> “lo verosímil ha de ser el derecho, que el invocado por quien pide la medida, aparezca a la luz de la razón como posiblemente cierto, es decir, conllevando por su contundencia, la virtud de ser reconocido por un juicio de certeza si se confirman durante el pleito los elementos que se observan al tiempo de formular el juicio de verosimilitud. Es el *fumus boni iuris* del derecho romano. Lo posible es lo que es admitido como susceptible de darse en la realidad; el derecho será verosímil si es probable que exista, y lo probable es lo que se puede demostrar mediante la comprobación de los hechos”. Debe exigirse la mera apariencia del derecho y no la existencia incontestable de él, para lo cual la verificación debe ser *prima facie*, sin exigir un examen exhaustivo. Véase que el indicador a través del cual se va a apreciar la apariencia del derecho es la prueba anexa, como señala el presente artículo, la misma que podría ser requerida –de manera excepcional– a pedido del juez, otorgándole un plazo no mayor de cinco días para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal, tal como lo establece la primera parte del artículo 637 CPC.

3. El peligro en la demora constituye el elemento más importante a tomar en cuenta en el estudio de la medida cautelar. Este requiere ser alegado y justificado, mas no probado. Barrios De Angelis<sup>(3)</sup>, advierte que todo el fenómeno no determina

(1) Liebman Enrico Tullio, Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 162.

(2) Rivas Adolfo, *op.cit.* p.40.

(3) Barrios De Angelis Dante, Teoría del proceso, 2º ed, Julio Cesar Faira editor, Buenos Aires, 2002, p. 209.

un peligro actual para que el objeto del proceso se modifique, por causa externa o interna, antes que las funciones principales se hallen en estado de transformarlo; o que el peligro actual vierta sobre la alteración de los medios de instrucción, por causa externa sumada a la falta de instantaneidad del proceso. En ambos casos se tiene en cuenta el daño previsible para la plena eficacia de las funciones ejercidas en el futuro, de ahí que en la doctrina se haya acuñado la locución *periculum in mora*.

Para invocar el peligro, basta señalar –dice Liemban<sup>(4)</sup>– un fundado temor que mientras se espera aquella tutela, lleguen a faltar o alterar las circunstancias de hecho favorables a la tutela misma, esto implica, que el peligro en la demora (*periculum in mora*) habrá de ser apreciado con relación a la urgencia en obtener protección especial, dado los hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede significar esperar al dictado de sentencia; de ahí que la medida cautelar no solo busque garantizar sino anticipar los efectos de dicho fallo.

El peligro en la demora viene configurada por la concurrencia en la persona del deudor de ciertos indicios que puedan hacer presumir su sustracción a la ejecución de la sentencia que en su día se dicte. Por ejemplo, teniendo domicilio conocido, el deudor desaparece de su domicilio o de su establecimiento, sin dejar persona alguna frente de él; y si la hubiere dejado, ésta señala desconocer su paradero. Según Rivas<sup>(5)</sup>, el peligro puede derivar de la conducta del obligado como la enajenación de bienes del deudor; o por hechos ajenos a su voluntad como la pérdida de cosechas o la caída de precios de los productos de fabricación propia; o la propia naturaleza del bien (uso o inactividad de un automóvil); o las consecuencias económicas del uso o la inactividad (por citar, un vehículo de transporte y su lucro cesante).

Señala Montero Aroca, que “el peligro de las medidas cautelares no es el peligro del daño genérico jurídico, al cual se atiende en los dos procesos clásicos, sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional, considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño; mientras que el daño ya causado encuentra su remedio en los procesos declarativo y ejecutivo, las medidas cautelares tratan de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquellos”.

Es interesante apreciar la opinión de Podetti<sup>(6)</sup> en relación al peligro en la demora, pues, lo califica como el interés jurídico que justifica una medida cautelar. No existe medida alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente. El

---

(4) Ibidem.

(5) Op. cit. p.42.

(6) Podetti Ramiro, Derecho Procesal Civil y Comercial, tratado de las medidas cautelares, t.4, Ediar, Buenos Aires, 1956, p.63.

peligro en la demora es un presupuesto específico y propio de las medidas cautelares, exigible sólo en ellas y lo explica así: “el presupuesto de la existencia del derecho, es común con el proceso donde se actuará, sólo existe una diferencia en cuanto a su prueba. En el proceso definitivo deberá establecerse si existe o no ese derecho, ratificando o desvirtuando la prueba sumaria rendida en el cautelar o destruyendo la presunción admitida. En cambio, la urgencia, el temor de daño, el peligro en la demora, no serán motivo de conocimiento y en consecuencia de prueba en el proceso definitivo”. Señala que el interés procesal en las medidas cautelares, no exige que ese derecho sea actual (puede tratarse de obligaciones no vencidas o condicionales) sino, en que podría ser tarde para hacerlo efectivo, cuando la justicia se pronunciara. Si existe un peligro en el retardo, existe interés actual en obtener la medida cautelar, aun cuando el interés sustancial que asegurará no sea actual.

4. La norma señala que solo se afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. Frente a ello tenemos que señalar que tanto los bienes como los derechos forman parte del patrimonio de una persona física o jurídica, destinado no solo a la satisfacción de sus necesidades sino a garantizar sus responsabilidades. Los derechos, que pueden ser de naturaleza real y personal, así como los bienes que lo integran tienen que ser susceptibles al tráfico jurídico del comercio entre los hombres. Es importante precisar ello porque los derechos que no reúnen estas condiciones, no forman parte del patrimonio, aunque pertenezcan a su titular. Véase el caso de los derechos personales, que son atribuidos a los individuos en razón a sus cualidades personales y por lo tanto no trasmisibles; por ejemplo: los derechos honoríficos o nobiliarios. Ellos no pueden formar parte del patrimonio, a pesar de su contenido económico no cabe tráfico por persona distinta de su titular.

Este enunciado nos permite sostener la siguiente regla: “solo puede afectar los bienes del obligado aunque no se encuentren en su poder”, sin embargo, ello se condice con lo regulado en el artículo 623 CPC que dice: “la medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda”. Véase el cobro dinerario en el que X aparece como fiador. El acreedor decide demandar solo al obligado principal y no emplaza al fiador, solo le cita con la demanda; ello no implica que posteriormente –en el proceso– pueda el acreedor solicitar la afectación de los bienes del fiador citado, a pesar de no haber sido emplazado. Dice el artículo 623 CPC “la medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda”.

Otro supuesto a contemplar es cuando el embargo recae sobre el crédito, en cuyo caso se dirige no contra el deudor, sino contra un tercero acreedor, que a su vez es deudor del embargado. El embargo judicial hace indisponible el crédito

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

en la totalidad del monto de éste e impide el pago en manos del acreedor. Si a pesar de ello el tercero deudor paga a su acreedor, el pago es inoponible al embargante quien puede exigir del deudor un nuevo pago. Claro está que el embargo no modifica la titularidad del crédito ni sus modalidades. El deudor no debe pagar directamente al embargante, ni está obligado a pagar antes del vencimiento del plazo. Llegado el momento en que el crédito sea exigible, el tercero deudor deberá pagar con intervención judicial, o bien depositar lo debido a la orden del juzgado donde se decretó el embargo.

El deudor que ha pagado a su acreedor en infracción al embargo y que por ello debe pagar nuevamente a favor del embargante, está facultado a repetir el pago “contra el acreedor a quien pago”. Dada la finalidad del embargo del crédito, esta medida precautoria no sólo impide el pago, sino también el funcionamiento de otros actos extintivos de la obligación que impliquen la disposición del crédito. Así, el acreedor embargado no puede hacer novación o remisión de la deuda porque haría el embargo ilusorio.

5. Por otro lado, para contrarrestar *el inaudita pars* que se da en la medida cautelar surge la contracautela. Nótese que ella no es concebida como un elemento de la medida cautelar, sino como un presupuesto de la resolución cautelar de tal manera que en el pronunciamiento judicial no puede haber cautela sin contracautela. En tanto perviva la contracautela pervivirá la cautela. El principio de igualdad procesal está presente pues nada justifica, preservar de garantía a la pretensión del actor, sin hacerlo también al ejecutado frente al posible daño que pueda generarse con la ejecución cautelar. Aún mas, puede la resolución cautelar haber contemplado el supuesto de la existencia de la contracautela real, pero en tanto no se efectivice, esto es, no se entregue el bien no podría ejecutarse. Aquí hay dos planos de análisis: la contracautela, como presupuesto para la resolución cautelar y para la ejecución de ella; pero nunca será un referente para la medida cautelar, tal como lo señala la primera parte del artículo 611 CPC, pues, ella opera con un grado de incertidumbre jurídica (verosimilitud) y con la urgencia expresado en el peligro en la demora. Podetti<sup>(7)</sup> señala “siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite”. En ese sentido, es grato apreciar pronunciamientos judiciales que asumen dicha posición, como la emitida por la Sala Comercial de Lima, en el caso Cooperativa de Ahorro y Crédito Aelu con Andres Higa Yaka y otros (Expediente N° 219-2005 de fecha 30 de junio del 2005) por el que anula la resolución apelada que admite la medida cautelar en forma de secuestro conservativo, por los siguientes argumentos: “la naturaleza y alcances de la contracautela deben

---

(7) Podetti, op. cit. p. 64.

ser determinados por el Juez al momento de dictar la decisión cautelar, tal y como lo disciplina el tercer párrafo del precitado artículo 611 CPC, o en todo caso, antes de su ejecución, pues de otro modo surgirá una objetiva desprotección para el demandado o para terceros respecto de los perjuicios que la ejecución de la medida pueda causar en su persona y/o patrimonio (...) en tal sentido, la resolución impugnada resulta nula por no ajustarse al mérito del derecho, más todavía si de lo actuado no aparece que el expediente principal haya merecido sentencia que permita ubicar al tema analizado dentro de la inexigibilidad de ofrecimiento de contracautela que refiere el artículo 615 CPC”.

La contracautela opera como una garantía por la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues, no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, generado por la medida cautelar. Como señala Coniglio<sup>(8)</sup>, la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, “como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente, el eventualmente crédito de resarcimiento, de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar”.

Como la medida cautelar nace para una función asegurativa, la misma puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio. El carácter contingente participa del riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución, de ahí que el artículo 621 CPC señale: “si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de 10 URP y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.

La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta sino por el hecho que su expedición y ejecución importa riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él. Algunos autores cuando se refieren a esta característica de la contingencia señalan dos exigencias: la necesidad de hacer las cosas pronto y la necesidad de hacerlas bien. La medida cautelar junta los supuestos citados para tener como respuesta celeridad y ponderación, pero no el hacer cosas pronto pero mal o hacer cosas bien pero tarde. La medida cautelar tiende hacer pronto, dejando que el problema del bien o mal se resuelva mas tarde, en la sentencia.

(8) Antonio Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3ª ed, Ed. Giuffrè, Milano, 1949, 11, citado por Podetti, op. cit. pp.63-64.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Monroy<sup>(9)</sup>, sostiene que si el propósito es declarar que el solicitante de la medida debe cubrir los daños, ello resulta innecesario, pues el deber y el derecho al resarcimiento al verificarse el daño se encuentran sobreentendidos, peor aún, significa llover sobre mojado, al establecer en una caución juratoria una cifra monetaria, mezclando la inútil caución genérica que es la juratoria, con una caución concreta, inexistente más allá de las palabras.

6. Puede concurrir a la contracautela, diversos derechos personales o reales, en garantía, como la fianza, la hipoteca, la prenda, etc. El artículo 613 CPC, califica a la contracautela de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que implica sólo una promesa de responder de los posibles daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada la pretensión principal.

Existen diversos factores para fijar el monto de la contracautela, como el derecho sustantivo a cautelar; la condición socio-económico de quien peticona la medida; el mayor o menor grado de verosimilitud del derecho, entre otros. Loutayf considera que “el juez debe graduar, al proveer la medida precautoria la calidad y monto de la caución, de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso”. Frente a ellos, es común en la actividad judicial asumir como referente para la contracautela la probabilidad del derecho, de tal manera que, cuando el derecho no tenga una alta apariencia, la contracautela se torne mas fuerte, ello lleva a sostener para algunos jueces que “la contracautela es inversamente proporcional al grado de certeza del derecho que se pretende asegurar”, a tal punto, que cuando el derecho es cierto, por existir una sentencia favorable al demandante, no cabe exigir contracautela, tal como señala la última parte del artículo 615 CPC sin embargo. Aquí ya no cabe referirse a la teoría cautelar, sino a la ejecución forzada, a través de los procesos de ejecución, por eso es que no se exige la contracautela.

Monroy Palacios<sup>(10)</sup> no comparte ese referente para fijar el monto de la contracautela, pues, “a diferencia de la medida cautelar, que es una garantía procesal que busca asegurar la eficacia del proceso, la caución es, si bien una garantía procesal, un mecanismo que tiene como propósito asegurar que los daños producidos por una medida cautelar innecesaria puedan ser resarcidos en su plenitud y en modo oportuno por parte del sujeto que se vio beneficiado, precisamente, por la medida cautelar”. Para el referido autor, es posible establecer dos puntos sobre los cuales debe versar el análisis del juez, a efectos de su concreta y adecuada

---

(9) Monroy Palacios Juan, “una interpretación errónea: a mayor verosimilitud, menor caución y viceversa” en Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 2005, p. 243.

(10) *Ibidem*.

determinación. “El juez debe efectuar a) una calificación aproximativa sobre la magnitud de los perjuicios patrimoniales que la medida cautelar, en la eventualidad en que devenga innecesaria, pueda causar y b) un examen sobre la capacidad económica y la disponibilidad de los activos por parte del sujeto que solicita la medida”.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede la medida cautelar si no se advierte la apariencia de derecho invocado, rasgo o aspecto externo del derecho.*

*El hecho que el solicitante haya interpuesto su acción de prescripción adquisitiva, alegando reunir todos los requisitos, no es suficiente para inferir verosimilitud, sino que debe ser declarado previamente por el juez (Exp. Nº 8062-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 319)*

*La falta de verosimilitud en la solicitud cautelar no es causal de rechazo de la misma, sino, de inadmisibilidad para su subsanación en un plazo no mayor de cinco días (Exp. Nº 99-19415, Segunda Sala Civil Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 320)*

*La verosimilitud del derecho invocado en una solicitud cautelar no implica probanza del mismo, sino la apariencia del derecho reclamado. No se requiere que esté probado fehacientemente, ya que este aspecto es materia a dilucidarse en la demanda principal (Exp. Nº 26504-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 545-546)*

*La verosimilitud del derecho, como uno de los supuestos para la medida cautelar, se entiende como la posibilidad de que éste exista y no como una incontrastable realidad, que solo se logrará establecerse al concluir el proceso respectivo.*

*El peligro en la demora se aprecia como la existencia de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue, y que de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo que de recaer sentencia definitiva favorable, esta permanezca incumplida (Exp. Nº 4199-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 546-547)*

*La función cautelar se caracteriza por ser conservativa o aseguradora del derecho, de manera que solo se requiere la apariencia que existan interés sustanciales, que en doctrina se conoce como el *fumu boni iuris*, lo cual no requiere de certeza del derecho sino de la posibilidad o probabilidad de la existencia del mismo, además del llamado *periculum in mora*, es decir, del hecho natural o voluntario que es capaz de producir un daño (Exp. Nº 24265-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 543-544)*

*La verosimilitud y el peligro en la demora son presupuestos de la medida cautelar contenidos en el artículo 611 del CPC. La verosimilitud o apariencia del derecho invocado, significa que el juez debe realizar una estimación o cálculo de probabilidad que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio. El peligro en la demora es la constatación por parte del Juez, que si no concede de inmediato la medida cautelar*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

a través de la cual garantice el cumplimiento del fallo definitivo es factible que éste jamás se ejecute con eficacia (**Exp. N° 3820-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 525**)

No obstante demandar acumulativamente la nulidad de cosa juzgada fraudulenta e indemnización, no puede concederse la medida cautelar de no innovar porque la misma no es inscribible.

Al existir una sentencia en ejecución, no opera para el otorgamiento de la medida cautelar, la verosimilitud del derecho invocado (**Exp. N° 1700-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 521**)

Es procedente el embargo trabado solo en cuanto a los derechos y acciones que le pudieren corresponder al coejecutado al momento que se liquide la sociedad de gananciales.

Así como es imprescindible proteger a la familia y el matrimonio, no puede dejar de pensarse en la protección de los acreedores que no pueden ver satisfecho su legítimo derecho de crédito, al no contar sus deudores con patrimonio individual suficiente para responder por sus obligaciones (**Exp. N° 42-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 513-514**)

Son presupuestos de la medida cautelar, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. La verosimilitud o apariencia del derecho invocado, significa que el Juez debe realizar una estimación o cálculo de probabilidad que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio. El peligro en la demora es la constatación por parte del Juez, que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento del fallo definitivo, es factible que éste jamás se ejecute con eficacia (**Exp. N° 3968-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 517**)

Los supuestos en que se funda cualquier medida cautelar, es la verosimilitud del derecho, entendido como la posibilidad de que éste exista y no como una incontrastable realidad, que solo se logrará conocer al agotarse el trámite respectivo; que otro supuesto, es la existencia del peligro en la demora, es decir, de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue, y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida (**Exp. N° 456-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 518**)

Para amparar una medida cautelar, debe presentarse copulativamente la verosimilitud del derecho invocado y la necesaria decisión preventiva.

Si exist1n elementos indispensables para conceder una medida cautelar debe ampararse, caso contrario pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

Se puede solicitar una medida cautelar, ante de iniciar el proceso arbitral de dar suma de dinero; ello no debe llevar a considerar como una renuncia al arbitraje pues no existe incompatibilidad alguna con él (**Exp. N° 1050-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 503-504**)

La medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material.

Debe declararse improcedente la medida cautelar solicitada por el representante de la actora, si no indica que se haya concedido facultades expresas para solicitarla y para ofrecer contracautela, bajo modalidad alguna (**Exp. N° 1142-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 245-246**)

No procede amparar la medida cautelar si la persona jurídica que aparece aceptando las letras de cambio no estaba representada por quien tenía la facultad para ello.

Si la futura demanda está dirigida contra quien suscribió los títulos, se infiere que la futura acción a interponerse es de naturaleza distinta a la cambiaría, desde que los derechos que se han de ejercitar salen de la esfera de la literalidad de las cláusulas contenidas en el propio título; por tanto, el juez que conoce la presente petición cautelar no será el mismo que ha de conocer el futuro proceso (**Exp. N° 25446-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 507-508**)

Una medida cautelar importa la decisión del juez sin contradictorio y en forma expeditiva.

Si no existieran elementos indispensables para la concesión de la medida cautelar, su otorgamiento o denegatoria pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

La contracautela debe ser otorgada atendiendo a varios factores, como el derecho sustantivo que se quiere cautelar, la condición social y económica de quien peticiona la medida, así como el mayor grado de verosimilitud del derecho (**Exp. N° 168-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 328-331**)

No existiendo orden de pago contenida en el mandato ejecutivo, no resulta atendible la medida cautelar.

Sin embargo, el juez, con la facultad que le confiere el artículo 611 CPC puede disponer la medida cautelar que considere adecuada, atendiendo a la naturaleza de lo que va ser la principal (**Exp. N° 280-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 481-482**)

En un proceso de cosa juzgada fraudulenta es razonable la actitud del juzgador para negar, por ahora, el petitorio cautelar; pues, el nivel de verosimilitud exige una mayor maduración del proceso (**Exp. N° 277-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 487**)

Se incurre en error al indicar que no pueden afectarse bienes de la sociedad conyugal por deudas propias de los cónyuges, puesto que la medida cautelar no se solicitó sobre la integridad del bien, sino sobre los derechos que le pudiera corresponder, hasta las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales (**Exp. N° 26674-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 108-109**)

La fundabilidad de la pretensión no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en dicho proceso (**Exp. N° 1275-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 501-504**)

La medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho o el peligro que pueda significar la demora producida en la esfera del fallo definitivo o la actuación de la prueba. La apariencia del derecho invocado significa que para obtener la medida cautelar solo es necesario persuadir al Juez que el derecho respecto del cual se pide cautela, es verosímil. El peligro en la demora en la constatación de parte del Juez que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento del fallo definitivo, es factible que este jamás se ejecute con eficacia (**Exp. N° 26578-98, Sala de Procesos**

## PROCESOS CONTENCIOSOS

**Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 509-511)**

“... Para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho; (...) la norma procesal no exige, para los fines de dicha comprobación, una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento, comúnmente efectuado mediante un procedimiento informativo...” (Exp. N° 396-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 545-546)

“... Las medidas cautelares extraordinarias, requieren además de los presupuestos ya conocidos como son: la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora, y la contracautela, un cuarto presupuesto: la irreparabilidad del perjuicio, es decir el peticionante debe acreditar al Juez que si no se hace o se deja de hacer un acto ahora que él lo pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene...” (Exp. N° 17518-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 549-550)

Para la procedencia de la medida cautela además de la verosimilitud del derecho invocado, condición que se infiere del hecho de haber tenido un fallo favorable, también necesario que exista una situación respecto de la cual el peligro en la demora pudiera convertir en irreparable el daño (Exp. N° 417-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.18)

En la pretensión cautelar resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho. Dicha comprobación no exige una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento, comúnmente efectuado mediante un procedimiento informativo (Exp. N° 1396-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 512-513)

La nulidad de la sentencia declarada por vicio procesal, no desmerece la apariencia del Derecho del Título Valor que sirvió de base para otorgar la medida cautelar (Exp. N° 1865-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 176)

Para hacer lugar a una medida cautelar el Juzgador no necesita de “acreditación meridiana” solo requiere que de lo que se exponga y de la prueba en que se sustente pueda inferir la “verosimilitud” del derecho invocado y la necesidad de una decisión preventiva (Exp. N° 230-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 177-178)

Constituye requisito sustancial para la acción de cualquier tipo de providencia cautelar la verosimilitud del derecho invocado (Exp. N° 162-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 179-180)

Para otorgar la medida cautelar, es necesario la concurrencia copulativa de tres requisitos, la verosimilitud del derecho invocado, el real peligro en la demora y el otorgamiento de la contracautela, de modo tal que la ausencia de un de ellos imposibilita al Juzgador adoptar la medida cautelar (Exp. N° 710-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 251-252)

“En la pretensión cautelar resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho. Dicha comprobación no exige una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento, comúnmente efectuado mediante un procedimiento informativo” (Exp. N° 1396-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 512-513)

El peligro que significa la demora del proceso principal hace necesario la expedición de

## CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

### ARTÍCULO 612

*Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 202

---

### Comentario

---

1. La medida cautelar es jurisdiccional porque emana de una decisión judicial y porque busca asegurar la paz social a través de la eficacia de la sentencia. Como señala Calamandrei, “mas que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”, sin embargo, hay otros mecanismos no jurisdiccionales que permiten cautela. Ellos se constituyen fuera del proceso y cumplen fines análogos a las medidas cautelares. Operan como cautela preconstituida como la prenda, la hipoteca, la fianza, cuyo origen es consensual a diferencia del origen jurisdiccional de la medida cautelar.

2. La medida cautelar importa un prejuzgamiento porque anticipa opinión, pero no obliga a resolver al juez en la decisión final en atención a la medida dictada con antelación. El juez no está en condiciones de afirmar que la pretensión demandada será amparada. Si bien se obtuvo la medida cautelar, ella puede ser alterada por lo actuado en la etapa probatoria del proceso, haciendo luego que la decisión final sea diferente a la que se hubiese tomado antes de ella.

3. Otra de las características de la medida cautelar es ser provisoria, decimos ello porque tiene una duración limitada con el tiempo a diferencia del proceso y porque esta relacionada con el fallo definitivo. Emitida la sentencia desaparece automáticamente la medida cautelar y por tanto se cancela la contracautela si se ampara la demanda dando inicio a la ejecución forzada (véase al respecto lo regulado en el artículo 620 CPC). Si la sentencia es infundada, por rechazar la pretensión, desaparece la medida cautelar, dando paso, a examinar la probabilidad de ejecutar la contracautela.

Lo provisorio de la medida justifica que ésta desaparezca sea por sentencia o sin ella. En este último caso, la medida se altera porque concurren pruebas que

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

convencen que la apariencia del derecho ha desaparecido. El fin de esta característica es eliminar el peligro en la demora, como uno de los elementos de la medida cautelar, superado ello, la medida cautelar puede levantarse o desaparecer.

4. El carácter instrumental de la medida recae en que nace al servicio del proceso definitivo. Esta siempre subordinada a un fallo definitivo, aún cuando preceda al proceso. Se orienta, más que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia práctica de la sentencia. Más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta.

La función del proceso cautelar no es independiente del proceso definitivo. Existe subordinación. No puede aparecer el proceso cautelar sin la existencia del proceso definitivo, de ahí que se dice que la medida cautelar nace para el proceso; agotado éste, sea por sentencia, transacción, conciliación, desistimiento, abandono, etc., la medida cautelar cae. Esto significa que necesariamente tiene que existir pendencia simultánea o posterior de un proceso, como es el caso de la medida cautelar fuera de proceso que detalla el artículo 636 CPC. Esta característica es distintiva de la medida autosatisfactiva, que recoge la doctrina, pues, el derecho que se busca tutelar de manera urgente es tan cierto que no requiere de un proceso posterior para demostrarlo.

5. La medida cautelar es variable porque se dicta en atención a la apariencia del derecho. Esta apariencia puede aumentar o desaparecer conforme avanza el proceso. A diferencia de lo que ocurre cuando se emite una declaración de certeza, la decisión que se dicte en una medida cautelar no será definitiva, pues, se admitirá el juego del principio del *rebus sic stantibus*<sup>(1)</sup>, de modo que la medida puede ser variada si cambian las circunstancias que justificaron su dictado.

Si el favorecido con la medida cautelar no ha podido a lo largo del proceso acreditar su derecho, es factible que –a pedido de parte– la medida cautelar sea disminuida; caso contrario, si el derecho aparece consolidado, bien puede el titular obtener medidas cautelares adicionales.

Antes del fallo definitivo, la medida cautelar, puede sufrir modificaciones en cantidad y calidad. Cuantas veces cambia la situación que motivó la expedición de una medida cautelar, el juez podrá modificarla. En este sentido debe apreciarse

---

(1) Cláusula que deriva del latín y significa "siendo así las cosas". Esta cláusula se reputa sobreentendida en los tratados permanentes, y quiere decir que una convención sólo sigue en vigencia mientras el estado de cosas existente en el momento en que concertó no sufra modificaciones esenciales. Para otros autores, esta cláusula tiene aplicación, por principio, en materia contractual privada, especialmente en los contratos de tracto sucesivo. Consecuentemente, en la imprevisión no procede compelerse al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si a la fecha de su ejecución se presentan circunstancias imprevisibles que convierten a la prestación en excesivamente onerosa o gravosa para el obligado, o, en su caso, para el acreedor. Tomado de Flores Polo Pedro, Diccionario de Términos jurídicos, t.II, Cuzco editores, Lima, 1980, p.388.

la regulación de la sustitución y la variabilidad de la medida que regula los artículos 617 y 628 CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*Uno de los rasgos distintivos de la pretensión cautelar es su carácter instrumental con relación a su pretensión principal, por ello debe existir una relación de conexidad entre éstas (Exp. N° 3492-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 505-506)*

*Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la decisión a adoptarse en forma definitiva, y se caracterizan por importar un prejuzgamiento, ser provisorias, instrumentales y variables.*

*La medida cautelar puede ser variada, atendiendo a las circunstancias particulares del caso (Exp. N° 377-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 474)*

*Toda medida cautelar es provisoria, esto es, que tiene determinada duración en el tiempo. Es instrumental y variable porque se puede modificar la forma de la medida (Exp. N° N-311-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 475)*

*Uno de los rasgos distintivos de la pretensión cautelar es su carácter instrumental con relación a su pretensión principal, por ello debe existir una relación de conexidad entre éstas (Exp. N° 3492-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 505-506)*

*La medida cautelar constituye una decisión anticipada tendiente a lograr el equilibrio entre las partes. Es instrumental porque no tiene un fin en sí misma, sino que su razón está sellada por la sentencia futura a dictarse; es variable, porque puede ser ampliada, modificada, variada o suspendida, y es prejudicial, porque importa el adelantamiento de uno o todos los efectos de la sentencia a dictarse posteriormente (Exp. N° N-552-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 476-477)*

*El auto que resuelve la cancelación de la medida no constituye cosa juzgada estando a la naturaleza provisorio, instrumental y variable de toda medida cautelar.*

*El solicitante tiene expedito su derecho para ejercitarlo en la oportunidad y forma prevenida por Ley (Exp. N° 1695-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 353-354)*

*Los bienes integrantes del patrimonio social pueden embargarse mas no rematarse, pues dicho acto daría lugar a liquidar un bien social en forma no autorizada por ley.*

*La naturaleza provisorio de la misma, no puede afectar de manera definitiva la porción que en caso de indivisión corresponda al cónyuge no obligado (Exp. N° N-486-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 494-495)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Debe desestimarse el argumento de que la medida cautelar debe subsistir mientras no se resuelva el recurso de casación, puesto que toda medida cautelar es provisorio porque puede desaparecer sin que se haya expedido un fallo definitivo.*

*El proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, pues existe una situación de subordinación por la cual éste (proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero éste (el cautelar) no puede aparecer sin aquél, o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquél (**Exp. Nº 865-7-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 483-484**)*

## CONTRACAUTELA Y DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

### ARTÍCULO 613

*La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.*

*La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente.*

*La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo.*

*Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 678, 679, 680

C.P.C.N. Argentina arts. 199, 201

---

### Comentario

1. La contracautela responde al principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la ausencia de la contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar. La determinación del tipo y del monto de la contracautela se halla librada al criterio judicial. Como señala el artículo, “la admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente”.

La contracautela se justifica en atención a que la medida cautelar que nace para una función asegurativa, la misma que puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio; de ahí que una de las características

de la medida cautelar es la contingencia, porque está ligada al riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución cautelar.

La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta, sino por el hecho que su expedición y ejecución importa riesgo, que debe ser asumido por quien se beneficia con él. Esto nos lleva a señalar que también concurre una cautela a favor del ejecutado con la medida, por su puesto con un objeto diverso a la del ejecutante, pues, no solo el mandato del juez se orientará a cautelar la satisfacción futura del derecho en litigio sino en cautelar el daño que pudiere causar la ejecución de dicha medida; de ahí que algunas opiniones disienten calificar de contracautela, a la tutela de posible daño al ejecutado con la cautela, pues, en ambos hay cautela.

Algunos autores cuando se refieren a esta característica de la contingencia señalan dos exigencias: la necesidad de hacer las cosas pronto y la necesidad de hacerlas bien. “La medida cautelar junta los supuestos citados para tener como respuesta celeridad y ponderación, pero no el hacer cosas pronto pero mal o hacer cosas bien pero tarde. La medida cautelar tiende hacer pronto, dejando que el problema del bien o mal se resuelva mas tarde, en la sentencia; por tanto, los daños ocasionados al propietario de los bienes por una medida cautelar, pueden ser a cargo de quien la solicitó sin derecho, pero si esos daños resultan del mal cumplimiento de la custodia encomendada, el primer responsable será el mal custodio”. Ello no exime que se reclame dicha indemnización al embargante y éste inserte en dicho proceso una pretensión contra el custodio responsable, bajo la figura del aseguramiento de pretensión futura que refiere el artículo 104 CPC.

2. Como ya se ha expresado al comentar el artículo 611, toda medida cautelar requiere de ciertos presupuestos básicos para que pueda existir. Ellos son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. La contracautela es un presupuesto de la resolución cautelar mas no de la medida cautelar; esto implica que se puede conceder cautela, aún sin la contracautela, pero para la ejecución de la cautela, requiere necesariamente de la previa incorporación de la contracautela.

En otras palabras, los presupuestos a que se hace referencia, pueden agruparse en atención, a la procedencia y a la ejecución de la medida. La verosimilitud y el peligro en la demora son presupuestos de procedencia de la cautela; la contracautela es un presupuesto para la efectividad de la medida, esto es, para su ejecución. Rivas<sup>(1)</sup> explicando este último presupuesto señala: “Una vez dispuesta la medida cautelar por decisión judicial, aparece la necesidad que se produzca o concrete un nuevo presupuesto, pero esta vez para la efectivización, concreción o traba material de la medida: se trata de la contracautela”.

La contracautela es un presupuesto de ejecución de la medida cautelar y que sirve para contrarrestar los perjuicios que puede acarrear al ejecutado con la medida.

Este perjuicio se diluye cuando la pretensión discutida en el proceso principal y garantizada con la medida cautelar es amparada.

Esta diferencia en el tratamiento de la verosimilitud, peligro en la demora y contracautela también lo recoge este articulado. Véase que solo la primera parte del artículo 611 CPC hace referencia a la verosimilitud y peligro en la demora, como elementos de la medida cautelar, sin embargo, la resolución cautelar contempla diferentes presupuestos –además de la medida– la contracautela, el órgano de auxilio judicial, el patrimonio y monto de la afectación, entre otros. Esto significa que solo la verosimilitud y peligro en la demora pueden ser considerados elementos fundamentales de la medida cautelar y la contracautela como presupuesto para la ejecución de ella.

Pueden concurrir como contracautela, cualquiera de los derechos sustantivos de garantía, como la fianza, la hipoteca, la prenda, etc. Algunos autores sostienen que el juez para fijar el monto de la contracautela toma en cuenta el derecho sustantivo a cautelar y el mayor o menor grado de verosimilitud de ese derecho, de tal manera, que frente a un derecho con una fuerte probabilidad de certeza la contracautela operará con menor grado y viceversa, a tal punto, que cuando el derecho sea cierto, la contracautela ya no se requiere (ver artículo 615 CPC). Otros autores, vulnerando el principio de igualdad, consideran que para graduar la contracautela se debe tomar como referente la capacidad económica del que otorga esta contracautela y la posibilidad de disposición de sus bienes. También concurre otro indicador para la graduación, como es la proyección del daño que podría causar con la ejecución cautelar al ejecutado. Esta última posición resulta mas atendible, pues, un embargo en forma de depósito, el riesgo del daño será en menor grado que un embargo en forma de intervención en administración. La proyección del posible daño debe tomar en cuenta además la intensidad de la medida, esto es, el monto o la frecuencia con la que se debe operar.

3. Uno de los supuestos que no regula nuestra legislación esta relacionada con la falta o insuficiencia de contracautela al momento de la ejecución de la medida cautelar. Para Acosta<sup>(2)</sup> los jueces deben ser especialmente cuidadosos para exigir la previa caución al solicitante de la medida; pero ha ocurrido, ocurre y ocurrirá que no obstante ese cuidado la medida se dispone y ejecuta sin que la contracautela se preste, o que la garantía acordada devenga insuficientemente y se hace necesario mejorarla.

En tales circunstancias inquieta al autor averiguar qué remedio debe escoger el afectado para protegerse de las consecuencias perjudiciales que la falta o insuficiencia de la contracautela puede ocasionarle. Se propone a ello, el levantamiento,

(1) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares en el proceso civil peruano, Universidad Antenor Orrego, Rodhas, Lima, 2000, p.38.

(2) Acosta José, El proceso de revocación cautelar, Rubinzal y Culzoni editores, Santa Fe, 1986, p. 46-47.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la caducidad y la nulidad. La pregunta no es ociosa porque una elección desafortunada del instrumento procesal puede conducir al rechazo de la pretensión revocatoria, en virtud de los distintos efectos que cada uno de los medios impugnativos señalados produce. Dice Acosta, el incumplimiento de una contracautela real “no lleva directamente, a la caducidad de la medida” toda vez que las hipótesis de caducidad están explícitamente legisladas y entre ellas no se menciona la citada. En cuanto a la nulidad, se considera que la contracautela no es requisito ni condición del otorgamiento de la medida, sino de su ejecución, por lo que su incumplimiento no afecta la validez del trámite. Por eliminación va quedando el remedio del levantamiento. “La circunstancia de haberse omitido fijar la contracautela, no determina que deba revocarse la medida precautoria, sino que la misma podrá ser levantada en el supuesto que la contracautela señalada se vea incumplida por el embargante”.

En igual sentido Podetti<sup>(3)</sup> señala “siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite”.

Un referente sobre el particular encontramos en el caso de Banco Nuevo Mundo con la Superintendencia de Banca y Seguro seguido ante el 26 Juzgado civil de Lima, Expediente N° 15289-2001, en la que se otorgó y pretendió ejecutar una medida cautelar sin haber materializado previamente la contracautela real ofrecida por el solicitante; en tales circunstancias la ejecución de la medida no podría seguir desarrollándose, motivando que se dispusiera el levantamiento de ella hasta se cumpla el beneficiado con entregar la caución real ordenada<sup>(4)</sup>.

Felizmente, en estos últimos tiempos, resulta grato apreciar pronunciamientos judiciales que asumen la posición de considerar a la contracautela como un elemento de operatividad, indispensable para la ejecución de la cautela. Véase la ejecutoria, emitida por la Sala Comercial de Lima, en el caso Cooperativa de Ahorro y Crédito Aelu con Andres Higa Yaka y otros (Expediente N° 219-2005 de fecha 30 de junio del 2005) por el que anula la resolución apelada que admite la medida cautelar en forma de secuestro conservativo, por los siguientes argumentos: “la

(3) Podetti, op. cit. p. 64.

(4) Véase el considerando quinto de la resolución N° 92 del expediente citado que dice: “al respecto el artículo 613 CPC indica que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución; resulta evidente que tal articulado, que la contracautela debe constituirse previamente siempre y cuando la naturaleza de la contracautela lo exija; en el presente caso es necesario su materialización; siendo la contracautela condición de la ejecución de las medidas cautelares otorgadas, su falta de cumplimiento imposibilita a su vez la materialización de las medidas; que al haberse ordenado ejecutar las medidas sin haberse materializado la contracautela, se ha violado el principio de igualdad, toda vez que se entiende que la Resolución N° 02 suerte todos sus efectos tanto para la parte demandante como la demandada, premisa que no ha contemplado la citada Resolución N° 87; por esta razón se declara fundada la oposición, en consecuencia previamente a ejecutarse las medidas cautelares otorgadas, materialícese la contracautela aceptada por este Despacho (...) y cumplida la efectivización de la contracautela procedase a la ejecución de las medidas otorgadas; dejándose sin efecto por ahora la inscripción de las medidas cautelares otorgadas.

naturaleza y alcances de la contracautela deben ser determinados por el Juez al momento de dictar la decisión cautelar, tal y como lo disciplina el tercer párrafo del precitado artículo 611 CPC, o en todo caso, antes de su ejecución, pues de otro modo surgirá una objetiva desprotección para el demandado o para terceros respecto de los perjuicios que la ejecución de la medida pueda causar en su persona y/o patrimonio (...) en tal sentido, la resolución impugnada resulta nula por no ajustarse al mérito del derecho, más todavía si de lo actuado no aparece que el expediente principal haya merecido sentencia que permita ubicar al tema analizado dentro de la inexigibilidad de ofrecimiento de contracautela que refiere el artículo 615 CPC”.

En un sentido adverso a lo expuesto, aparece el pronunciamiento de la Sala Civil Suprema Transitoria, Exp. N° 216-2004-Lima, del 4 de junio del 2004, en la apelación promovida por Constructora Upaca sociedad anónima, contra la resolución que declara procedente la solicitud cautelar y dispone que antes de la ejecución de la medida, la recurrente presente una fianza bancaria de ejecución automática e irrevocable, bajo apercibimiento de dejarse sin efecto dicha resolución cautelar. La Sala declara la nulidad de la resolución apelada, señalando que: “si bien la contracautela ofrecida por la accionante no produce convicción respecto al derecho que se pretende proteger con ésta, también es cierto que técnicamente el pronunciamiento para solicitar la corrección de ésta no es el adecuado, pues, antes de conceder la medida la Sala Superior debió requerir se cumpla con regularizar la fianza solicitada y solo luego de cumplido con ello conceder la medida cautelar”. Como se aprecia con este pronunciamiento, la contracautela es un presupuesto de la resolución cautelar, que debe estar materializada al momento de dictarse la resolución y no al momento de la ejecución de ésta.

4. La contracautela según su naturaleza se divide en real y personal. La real se va a expresar en una suma de dinero, títulos o bienes, que pueden pertenecer al propio beneficiado o terceros, quienes darán su conformidad.

La contracautela personal se expresa en la fianza, sin embargo, se permite el juramento del propio afectado o promesa de terceros de reconocida solvencia económica y moral de responder por el perjuicio que pudiera producir la traba, por ejemplo, un banco u entidad financiera podría otorgar esa contracautela, siempre y cuando el derecho en discusión no esté relacionado con la mala fe o con la actividad ilícita del Banco.

La contracautela en relación al tiempo, puede ser transitoria o permanente. En el caso de contracautela sometida a plazo, su vencimiento y la falta de renovación, produce la pérdida del efecto garantizador, que se extenderá a la propia medida garantizada, en la forma que señala la última parte de éste artículo, esto es, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo. Este efecto que recoge el artículo en comentario resulta coherente con la razón de ser

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de la contracautela en el procedimiento cautelar. Hay que recordar que la contracautela se funda en el principio de igualdad, que debe tener en cuenta la resolución cautelar, pues, no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera. Mas allá de la forma como se otorgue la contracautela, nada impediría que se cumpla el principio rector en la responsabilidad civil en la actividad judicial, cual, es, todo aquel que cause un daño debe repararlo. Como señala Coniglio<sup>(5)</sup>, la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, “como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventualmente crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar”.



### JURISPRUDENCIA

---

*La pérdida de la contracautela debe entenderse, no en el monto fijado en ella, sino en función a los daños y perjuicios ocasionados al tercero afectado indebidamente con medida cautelar, los cuales deben estar acreditados fehacientemente (Exp. Nº 97-37625-1193, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 321)*

*La responsabilidad del peticionante de una medida cautelar sobre bienes desafectados, alcanza a la pérdida de la contracautela, en atención a las circunstancias que se dieron para la solicitud de la medida. La pérdida de la contracautela debe guardar proporción al daño causado y a la conducta de la parte solicitante.*

*Si no existen elementos idóneos para fijar el pago, al haberse ofrecido caución juratoria, debe estimarse prudencialmente la suma a resarcirse (Exp. Nº 170-99-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 548-549)*

*No obstante que los títulos que aparejan la solicitud cautelar tienen aparente verosimilitud, el juez puede solicitar se mejore la contracautela para asegurar la eficacia practica del fallo definitivo.*

*También puede optar por conceder otra medida, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal (Exp. Nº 22675-1966-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 549-550)*

*La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.*

---

(5) Antonio Coniglio, Il sequestro giudiziario e conservativo, 3º ed, Ed. Giuffré, Milano, 1949, 11, citado por Podetti, op. cit. pp. 63-64.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Resulta conveniente por los derechos a discutirse como son la devolución de bienes y otras pretensiones, que la contracautela sea de naturaleza real (carta fianza) hasta por el mismo monto de la pretensión cautelar, para lo cual el juez deberá otorgar un plazo no mayor de 15 días (**Exp. N° 1333-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 489**)

La medida cautelar innovativa, resulta ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor. No es suficiente para dicha medida la contracautela en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida. Además de los presupuestos señalados en el artículo 611 del C.P.C. requieren además la irreparabilidad del perjuicio, es decir que el peticionante debe acreditar al Juez, que si no se hace ahora lo que pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene (**Exp. N° 17518-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 521-522**)

La contracautela es la garantía que se ofrece para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieren generar por la traba de la medida cautelar.

Si el tercero no ha aportado medio probatorio que acredite los daños y perjuicios invocados, ni menos ha demostrado que el Banco haya obrado de mala fe al solicitar la medida cautelar, la contracautela no se pierde (**Exp. N° 1878-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 519**)

La contracautela tiene relación directa con la apariencia del derecho que fluya de la pretensión. No necesita ser rigurosa la contracautela si en el juicio de probabilidades, la tutela se acentúa (**Exp. N° 142-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 348-349**)

Una medida cautelar importa la decisión del juez sin contradictorio y en forma expeditiva.

Si no existieran elementos indispensables para la concesión de la medida cautelar, su otorgamiento o denegatoria pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

La contracautela debe ser otorgada atendiendo a varios factores, como el derecho sustantivo que se quiere cautelar, la condición social y económica de quien peticiona la medida, así como el mayor grado de verosimilitud del derecho (**Exp. N° 168-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 328-331**)

Debe declararse inadmisibles la medida cautelar si el peticionante no está facultado para otorgar contracautela personal.

No puede alegarse que la Ley 26539 convalida esta omisión, porque ésta se refiere de manera puntual a las facultades generales y especiales que contiene el artículo 74 y 75 del Código Procesal Civil, dentro de los cuales no se halla el ofrecimiento de caución juratoria (**Exp. N° 80-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 339-340**)

Apreciándose que se pretende la devolución de una cantidad pagada como parte del precio de un inmueble, cuyo contrato se intenta resolver, monto ese que se supone de propiedad de los demandantes, no se justifica que se les obligue a constituir contracautela en garantía real o bancaria por cantidad equivalente (**Exp. N° 111-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 341-342**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si el poderdante ha conferido al apoderado la facultad de desistir, transigir pleitos judiciales, entre otras, por las cuales puede poner fin al proceso y tiene la autoridad de cosa juzgada, permitiéndole disponer de derechos patrimoniales, puede entonces ofrecer válidamente contracautela, en representación del actor, a efectos que la medida cautela se constituya en garantía de la obligación demandada (Exp. N° 152-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 343-344)*

*No puede ampararse la medida cautelar presentada por el apoderado de la demandante, quien ofrece contracautela de naturaleza personal, sin tener expresamente dicha facultad. Se requiere de facultades especiales expresas (Exp. N° 4041-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 547-548).*

*Debe declararse inadmisibles la medida cautelar si el peticionante no está facultado para otorgar contracautela personal.*

*No puede alegarse que la Ley N° 26539 convalida esta omisión, porque ésta se refiere de manera puntual a las facultades generales y especiales que contienen los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, dentro de los cuales no se halla el ofrecimiento de caución juratoria (Exp. N° 80-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 339-340).*

*Debe declararse inadmisibles la medida cautelar si el peticionante no está facultado para otorgar contracautela personal.*

*No puede alegarse que la Ley N° 26539 convalida esta omisión, porque ésta se refiere de manera puntual a las facultades generales y especiales que contienen los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, dentro de los cuales no se halla el ofrecimiento de caución juratoria (Exp. N° 80-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 339-340).*

## EXCEPTUADOS DE CONTRACAUTELA

### ARTÍCULO 614

*Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 200

---

### Comentario

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. Responde al principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la ausencia de la contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar.

Por otro lado, la cautela puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicios; de ahí que una de sus características es la contingencia, porque está ligada al riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución cautelar, esto es, presupone la existencia de un daño previo al que hay que resarcir.

La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta sino por el hecho que su expedición y ejecución importa riesgo de daño, que debe ser asumido por quien se beneficia con él; sin embargo, este riesgo no aparece cubierto ordinariamente por la contracautela, cuando los beneficiados con la medida son los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades.

Como refiere el artículo en comentario, están exceptuados de prestar contracautela, pero ello no implica que estén exonerados de asumir indemnización alguna frente al daño que hubiere generado la ejecución de la medida cautelar, toda vez, que es principio general en el Derecho, que todo aquel que causa un daño está obligado a indemnizar. La excepción a la contracautela se sustenta en la ficción de la solvencia económica de los beneficiados y en el trámite administrativo previo,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

que en cada institución estatal se tendría que realizar, para obtener la autorización que permita ofrecer la contracautela frente a la urgencia de las pretensiones cautelares.

En conclusión, como se aprecia de la redacción del art. 611 CPC, constituye regla general para la ejecución de la medida cautelar la prestación de contracautela por el solicitante de ésta, sin embargo, dicha regla tiene algunas excepciones, como la que refiere el artículo 614 CPC en comentario, pero dicha regla no debe ser entendida como la liberación de responsabilidad civil cuando el Estado actúa como parte beneficiada con una medida cautelar. Como se parte de la ficción sobre la capacidad económica del Estado no se requiere que la entrega de alguna garantía real, lo que no significa se exonere al Estado de la responsabilidad de reparar el daño que hubiere generado la ejecución de la medida, si así fuere el caso.

También está exceptuado de contracautela, la parte a quién se le ha concedido auxilio judicial. Esta exención no permite materializar la indemnización al sujeto pasivo de la medida, por carecer de medios económicos; esto no significa que no se busque la igualdad real de acceso a la tutela cautelar, sino la necesaria prestación material del Estado ante dicha carencia.

## CASO ESPECIAL DE PROCEDENCIA

### ARTÍCULO 615

*Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del artículo 610°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 514

C.F.P.C. México art. 440

---

### Comentario

1. La redacción de este artículo nos aleja del concepto de medida cautelar entendida ésta como un medio precautorio para asegurar las resultas de una ejecución que aún no ha sobrevenido, ni se sabe siquiera con certeza si acaecerá. Ya no opera aquí un rol de aseguramiento, de prevención; sino que funciona como un medio instrumental de una ejecución actual, pendiente y no probable.

Este rol lleva a que ya no se le catalogue como medida cautelar sino que se le atribuya un rol ejecutorio, para lo cual, debe partir de un supuesto: la existencia de un título que apareje ejecución. El título existe, es la sentencia que contiene un derecho cierto, solo que se encuentra suspendido su ejecución, en atención a la impugnación interpuesta contra él.

Nótese que son diferentes los requisitos o condiciones que se exigen para ambos casos. La medida cautelar requiere se acredite sumariamente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; además se exige preste una adecuada cautela por los daños que la medida pudiera causar si fuere trabada sin derecho o con justificable abuso o exceso (ver artículo 611 CPC). En cambio, en este tipo de medidas, ya no concurre la incertidumbre del derecho sino la certeza de éste, contenida en la sentencia, cuya ejecución se encuentra suspendida por la garantía de la impugnación. Tampoco cabe exigir contracautela, pues, técnicamente ya no estamos ante cautelas, sino ante medidas que preparan la ejecución cierta.

2. Es importante precisar que la llamada medida ejecutoria no solo se decreta directamente en el proceso de ejecución sino que también puede operar por

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

conversión de alguna de las medidas cautelares anteriores, en la etapa de la ejecución forzada, que se da en la ejecución de sentencia, como es el caso que recoge el artículo 619 CPC. En la medida ejecutoria, el embargo constituye un trámite esencial y necesariamente previo a la citación del remate, por cuanto el proceso se satisface en función de la realización de los bienes que sean necesarios para el pago del crédito reconocido por la sentencia.

3. La tramitación de la medida, en esta etapa del proceso, no le exime que se forme un cuaderno especial para su tramitación, tal como señala el artículo 635 CPC; por ello resulta coherente que se solicite y ejecute en cuerda separada ante el juez de la demanda. Por otro lado, adviértase la diferencia en la formación del cuaderno con el artículo 640 CPC; por la etapa procesal en que se pide, como es, un proceso en trámite, éste se forma con la copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. En cambio, la medida (mal llamada cautelar) a que refiere este artículo en comentario, requiere de la copia certificada de los actuados pertinentes, por dos razones: el expediente principal que contiene la sentencia será materia de revisión en otra instancia, por la impugnación interpuesta; y la actividad que despliegue el juez en la ejecución, mal llamada cautelar, requerirá de la plena demostración de la existencia de un derecho cierto, cuya satisfacción futura ya es materia de ejecución.

4. Debemos recordar que las medidas cautelares ya dictadas, luego de emitida la sentencia, tienen como correlato la cancelación de éstas, si la parte beneficiada con la medida obtiene una sentencia desfavorable, en primera instancia; en ese sentido señala el artículo 630 CPC que la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque la sentencia hubiere sido impugnada.

Véase que por el contexto en el que se dicta la medida, luego de haber obtenido una sentencia favorable, no cabe referirse a una medida cautelar, como indebidamente aparece calificado en el artículo 615 CPC, pues, no hay nada que asegurar sino que prepararse para la satisfacción de ese derecho ya declarado en la sentencia, la misma que su ejecución aparece suspendida a la espera del resultado de la impugnación. Como ya se ha señalado, esta medida ya no se otorga en atención a una verosimilitud del derecho, sino a una certeza ya declarada en la sentencia, la misma que en tanto no se torne firme, no podrá ingresar al proceso de ejecución. El rol ya no es de aseguramiento, sino de preparar la satisfacción del derecho ya declarado. Como refiere algunos autores, "la medida ejecutiva no constituye, por sí misma, un acto definitorio respecto de algún tipo de tutela procesal, sino más bien, tiene una eficacia intermedia, es un acto preparatorio que, concatenado con otros, busca la satisfacción procesal".



## JURISPRUDENCIA

---

*Al no haberse acreditado el abandono total del bien, la medida cautelar orientada a la ejecución anticipada de la sentencia en trámite no procede ampararse, máxime, que no se demuestra que la demora pueda poner en peligro la ejecución de la sentencia (Exp. N° 18923-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 302)*

*Para la procedencia de la medida cautela además de la verosimilitud del derecho invocado, condición que se infiere del hecho de haber tenido un fallo favorable, también necesario que exista una situación respecto de la cual el peligro en la demora pudiera convertir en irreparable el daño (Exp. N° 417-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.18)*

*Si el contrato de arrendamiento financiero no se encontraba inscrito existía imposibilidad del ejecutante, de tomar conocimiento de la existencia de aquél.*

*Se infiere que la conducta procesal ha tenido por finalidad ejercitar las medidas tendientes a lograr el cumplimiento definitivo de la sentencia, por lo que debe exceptuarse a dicha parte del otorgamiento de contracautela (Exp. N° 1850-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 518)*

*Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuere impugnada. Ello es aplicable por extensión a los procesos de ejecución de garantías, que de acuerdo a ley terminan con la expedición del auto respectivo.*

*Los bienes dados en prenda por su propia naturaleza y uso están expuestos a disminución o pérdida de su valor, lo cual puede diluir o dificultar el derecho del actor a cobrar la deuda; por ello, resulta evidente que la demora en resolver la litis representa un riesgo o peligro para el derecho del ejecutante (Exp. N° 1249-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 496)*

*La no interposición de la demanda en el plazo previsto en el artículo 636 del CPC afecta únicamente a la medida cautelar obtenida, mas no impide que se tramite y resuelva la pretensión principal (Exp. N° 1275-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 497)*

*Prescrita la acción cambiaria de un título valor, procede la acción personal contra su aceptante y avalista.*

*Procede la medida cautelar anticipada destinada a evitar un, perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de una sentencia definitiva (Exp. N° 45-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 490)*

## CASOS ESPECIALES DE IMPROCEDENCIA

### ARTÍCULO 616

*No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades.*

*Tampoco proceden contra bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos referidos en el párrafo anterior, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. En toda medida cautelar subyace un interés de orden público a fin que los actos de la jurisdicción sean eficaces cuando busquen restablecer la paz social. También hay un criterio de utilidad, que orienta a satisfacer en preferencia el interés de la administración de justicia sobre el interés privado de los individuos; con esa preferencia, lo que se busca es que los actos de la jurisdicción no sean ilusorios. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 15-2001 de enero del 2004) “el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues sería ilusorio que el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes”; sin embargo, el interés público que encierra toda medida cautelar, lleva también a restringir la cobertura de ésta sobre determinados bienes, a los que los exceptúa de afectar, como es el caso, de “los bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos Regionales y Locales, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento,” por citar, los vehículos de transporte de servicio público sea terrestre o aéreo.

2. La norma también restringe las pretensiones cautelares cuando son dirigidas contra determinados estamentos del Estado. Esta restricción solo opera en el supuesto de medidas cautelares para futura ejecución forzada, no incluyendo dicha limitación a las medidas de innovar y no innovar así como las medidas temporales sobre el fondo, por ser estas medidas anticipadas.

Como se aprecia, aparecen ciertos estamentos del Estado que no están afectos a pretensión cautelar alguna, bajo un criterio extensivo del inciso 1 del artículo 648 CPC. Ello evita que a futuro cualquier controversia que se tuviera con estas dependencias del Estado, solo pueda ser satisfecha a partir de una sentencia firme, la misma que además esta sujeta a la existencia de una partida presupuestaria que permita su pronta ejecución.

Esta norma muestra los privilegios para el Estado, cuando se pretende ejercer contra él, pretensiones cautelares, afectando así el principio de igualdad de las partes en el proceso, evitando la posibilidad de contar con una tutela judicial efectiva. Como señala el Tribunal Constitucional (Exp. N° 006-96-AI/TC, de fecha 7 de marzo de 1997) “la persona que acude en busca de tutela a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el Estado, quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte, que no se merme la seguridad jurídica”.

No solo puede apreciarse la restricción al embargo sobre los bienes del Estado, detallados en el presente artículo, sino el efecto que genera esa limitante para la satisfacción forzada de la pretensión, mas aún, si es de público conocimiento, que uno de los puntos de mayor confrontación con la administración estatal es el mecanismo fijado para el pago de sus deudas, mecanismo que evita que las sentencias expedidas contra la administración estatal puedan ser cumplidas en plazos razonables y evitando los embargos sobre bienes del Estado.

Por último, no podemos dejar de reconocer que la restricción que regula este artículo, parte del supuesto general que los bienes del Estado son inembargables; sin embargo, el artículo 2 de la Ley N° 26756 declara que solo son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva Ley. El Tribunal Constitucional ha interpretado los alcances de la citada Ley señalando que no debe entenderse que la sola exclusión de un determinado bien estatal, lo que lo hace inembargable, sino su condición de bien de dominio público. “*La procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más limite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables*” (ver Sentencia Exp. N° 015-2001-AI/TC 29 de enero del 2004). En conclusión, la regulación del artículo 616 CPC, debe adecuarse a los criterios que expone el Tribunal Constitucional en la sentencia ya citada, pues, no solo se desconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sino que se afecta el principio de igualdad en el proceso.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede la medida cautelar si no está acreditado que la sociedad conyugal, titular del dominio del inmueble que se pretende afectar, se encuentre en liquidación; como tampoco que exista un remanente, luego de pagar las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad, único supuesto en que podrían repartirse las ganancias que corresponderían por mitad a cada cónyuge (Exp. N° 34-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 22)*

*Para la procedencia de la medida cautelar innovativa el peticionante deberá probar entre otros, la inminencia de un perjuicio irreparable.*

*Siendo la Municipalidad de Lima (gobierno local) la demandada, no procede la medida cautelar de anotación preventiva, de conformidad con el artículo 616 del CPC (Exp. N° 1096-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 364-365)*

*No proceden medidas cautelares contra los Gobiernos Locales (Municipales) de conformidad con el artículo 616 CPC (Exp. N° 829-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 365-366)*

## VARIACIÓN

### ARTÍCULO 617

*A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.*

*La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.*

*Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA 617°

C.F.P.C. México arts. 442, 443

---

## Comentario

---

1. Una de las características de la medida cautelar es su variabilidad. Ello implica que la medida dictada puede ser modificada para lograr simetría entre ella y la naturaleza, magnitud o extensión de la tutela ordenada. Cuando no se aprecia este equilibrio, el sistema cautelar permite que cualquiera de las partes, puedan buscar modificarla, a través de la mejora, ampliación, reducción y sustitución de la ya ordenada medida cautelar. Lo provisorio de la medida no aparece regulado en este artículo, sino que está vinculado con la temporalidad del proceso y con la definición del derecho asegurado.

Nótese de la lectura de la primera parte del artículo que se utiliza los supuestos de: “modificar su forma, variar los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituir al órgano de auxilio judicial”.

La norma no hace referencia expresa a otras formas de alteración como la reducción, ampliación y mejora de ésta. La ampliación y la mejora opera cuando la medida cautelar ejecutada no cumple adecuadamente la función asegurativa a la que se ha destinado.

A pesar que la norma no lo precisa, el tercero legitimado, afectado con la medida tiene iguales derechos que el deudor para solicitar la variación por otra menos gravosa, **siempre y cuando este tercero hubiere sido citado con la**

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

**demanda.** Como refiere el artículo 623 CPC, ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar.

2. Una de las situaciones que hasta hoy no ha generado coincidencia es distinguir la ampliación de la mejora de la medida cautelar. Se señala que cuando la variación se refiere al monto o cuantía, estamos ante una ampliación y cuando se dirige a cautelar el mayor número de bienes afectados, porque el bien primitivo sobre el que ha recaído la ejecución es de valor insuficiente estamos ante la mejora.

La variación de la medida es una facultad que le corresponde no solo a ambas partes sino al tercero legitimado, sin embargo, el *inaudita pars* es aplicable solo al beneficiado de la medida que pretende variarlo, situación que no opera con la pretensión revocatoria de la parte afectada. La reserva de la medida cautelar es una constante que acompaña a todo pedido de variación cautelar, situación que no es extensiva si dicho pedido proviene del afectado con la medida.

Cuando se solicita la variación del órgano de auxilio judicial, como el depositario, el interventor o el custodio, estos carecen de personería para oponerse a su propia sustitución en el cargo, ni tiene por qué exigir razón valedera para que no se le sustituya.

2. Como hemos señalado, la medida cautelar puede ser alterada a fin de lograr simetría, entre lo ordenado *inaudita pars* con la naturaleza y magnitud de lo que se reclama. En ese sentido, la norma en comentario, señala “el juez debe atender a la circunstancias particulares de cada caso”. Esa simetría debe conservarse tomando las siguientes reglas para su ejecución:

- a. la medida cautelar debe limitarse a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama mas los gastos procesales.
- b. debe prohibirse al acreedor exigir que el embargo recaiga sobre determinados bienes que generen perjuicio grave para el deudor, siempre y cuando, hubiere otros disponibles.

Véase en el primer caso, la mala praxis de recurrir a afectar varios bienes, por montos irrisorios a su valor real, cuando la cautela perfectamente podría limitarse a solo uno de ellos, por citar, una deuda por \$ 10,000 dólares, se pretende asegurar la acreencia afectando diez vehículos de propiedad del deudor, a razón de \$1,000 dólares por cada vehículo, a pesar que el valor de cada bien asciende a \$12,000 dólares. Si la cautela debe limitarse a los bienes necesarios para cubrir el crédito, afectar uno o dos vehículos, hubiera sido suficiente para el objetivo que se

---

(1) Peyrano Jorge, ¿ampliación de embargos? En: Tácticas del proceso civil, t.II, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1983, p. 116-117.

busca, cual es, asegurar el pago de la pretensión principal más los gastos procesales. En el segundo caso, la cautela debe orientarse al aseguramiento de la pretensión del acreedor evitando que se afecte determinados bienes que generen perjuicio grave para el deudor. Véase el caso del embargo en forma de retención sobre los depósitos que tuviere el deudor en el sistema financiero. Si el deudor fuera una empresa que se dedicara a la actividad comercial, en la que el crédito constituye una herramienta vital para su desarrollo comercial, dicha medida sería perjudicial para la actividad de la empresa deudora, pues, ningún proveedor querrá seguir vinculándose con una empresa que tiene problemas judiciales para el pago de sus créditos, a pesar que dicha medida sea provisoria, sujeta a una probabilidad de una apariencia de derecho, pero aún no cierta; sobre todo, si la deudora tiene otros bienes disponibles que puedan garantizar la satisfacción final de la acreencia reclamada. Como se señala, "debe prohibirse al acreedor exigir que el embargo recaiga sobre determinados bienes que generen perjuicio grave para el deudor, siempre y cuando, hubiere otros disponibles."

3. Por otro lado, tampoco hay una posición uniforme en relación al orden de prelación de la medida cautelar y su posterior ampliación. Peyrano, cataloga a la ampliación como un nuevo embargo, por tanto, corre su suerte independientemente del que se afirma ampliado; en cambio para Rivas la ampliación del embargo, constituye la misma medida. Según Peyrano<sup>(1)</sup> que la ampliación de embargos, permite entronizar un verdadero absurdo al escalonamiento de los privilegios, porque operaría *ex tunc*, retroactivamente. Explica, si luego del primer embargo otros acreedores toman sus medidas cautelares, estas medidas prevalecen en orden de privilegio respecto a la ampliación cuestionada.

El nuevo embargo, dice Peyrano, corre su suerte independientemente del que se afirma ampliado. Esta aseveración cohonesto elementales principios en orden a la publicidad de las medidas cautelares y además es la única capaz de aventar la más palmaria de las conclusiones: que el deudor embargado por un monto pequeño, sucedido el deudor embargado por otro mayor, en connivencia con el primer embargante, amplíe desorbitadamente la primera medida cautelar, dando de esquinazo así al segundo embargante.

Análogamente se ha explicado que la prelación que asiste al embargante, lo es por la suma por la cual se decretó y anotó la medida cautelar, pues, ese importe es el que fija la extensión y alcance del embargo; por ello, si con posterioridad a la anotación de la medida cautelar se ampliará la liquidación, tal ampliación no gozaría de la prioridad si, entretanto, se hubieran dispuesto otros embargos.

En sentido contrario, consideramos que la ampliación de la medida cautelar en forma de inscripción no es una nueva medida, sino la misma medida que mantiene su rango frente a las medidas cautelares sobrevenidas. La naturaleza provisoria de la medida, advierte que ésta pueda ampliarse, reducirse o levantarse. La mejora o ampliación de la medida, opera con algunos de los elementos de la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

resolución cautelar, ya dictada y ejecutada en el Registro, manteniendo el rango originario de la medida anteladamente inscrita. Por citar, si se reduce el monto del embargo, luego que se han inscrito otras medidas más; como es la misma medida, no tendrá que esperar los efectos de las medidas sobrevenidas a la inscripción original, sino que operará la reducción respetando el orden de su inscripción primigenia. En igual sentido, si se busca la ampliación o mejora de la medida, los efectos de estas medidas se ubicarán en el mismo rango de las que provienen.



### JURISPRUDENCIA

---

*Para dar viabilidad al pedido de variación de la medida cautelar, en cuanto al monto, el ejecutante debe desistirse de las demás medidas solicitadas y concedidas (Exp. N° 48994-122-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 558-559)*

*No puede el juez de oficio disponer la variación de la medida cautelar. Ella puede ser solicitada por el titular de ésta, pudiendo la parte afectada, efectuar similar pedido (Exp. N° 34078-477-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 560)*

*La medida cautelar constituye una decisión anticipada tendiente a lograr el equilibrio entre las partes. Es instrumental porque no tiene un fin en sí misma, sino que su razón está sellada por la sentencia futura a dictarse; es variable, porque puede ser ampliada, modificada, variada o suspendida, y es prejudicial, porque importa el adelantamiento de uno o todos los efectos de la sentencia a dictarse posteriormente (Exp. N° N-552-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 476-477)*

*Toda decisión cautelar es provisoria, instrumental y variable e importa un prejuzgamiento. Las resoluciones recaídas en procesos cautelares son susceptibles de variación, en atención a las circunstancias particulares de cada caso, razón por la que no corresponde atribuir inmutabilidad a las decisiones preventivas (Exp. N° 282-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 334-335)*

*El juez a pedido del titular de la medida cautelar o de la parte afectada y en cualquier estado del proceso puede variar ésta, modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto o sustituyendo al órgano de auxilio judicial (Exp. N° 1478-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 255-257)*

## MEDIDA ANTICIPADA

### ARTÍCULO 618

*Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.*

*A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 205

---

## Comentario

---

1. La pretensión cautelar encierra un interés de orden público porque se orienta a dictar medidas que va mas allá de la mera satisfacción del interés privado de los individuos.

El orden público que subyace en la medida cautelar permite que el juez pueda adoptar otras medidas anticipadas a fin de evitar un “perjuicio irreparable” o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. Nótese que se trata de una facultad del juez para complementar el éxito de la medida cautelar ya dictada.

El orden público de la pretensión cautelar busca lograr que los actos de la jurisdicción no sean ilusorios para la búsqueda de la paz social y se expresa, a través de la tutela anticipada y la facultad para autorizar la sustitución, variación o levantamiento de la medida cautelar dictada.

Esta facultad será invocada –a pedido de parte– siempre y cuando se refiera a bienes sometidos a medida cautelar que puedan deteriorarse o perecer por obra

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

del tiempo. Aquí no opera el *inaudita pars*, todo lo contrario, el juez ordenará la enajenación de los bienes, previa citación de la contraria.

Opera en este tipo de medidas una sustitución del bien perecible por el dinero producto de la enajenación. Dicho dinero sigue la suerte del bien enajenado, esto es, continua bajo la función cautelar de la jurisdicción.

Otro supuesto que cita la norma es la figura de la conversión. Si bien no implica una sustitución de los bienes, se busca que el dinero obtenido se convierta a otra moneda, siempre y cuando sea de necesidad, como sería el caso de la hiperinflación, donde la capacidad monetaria nacional se torna débil.

2. Como refiere la norma, además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable. Esta medida opera como un complemento a otras ya dictadas por el juez. La interrogante que se plantea es si esas medidas pueden ser asumidas por el juez de oficio y deben orientarse solo a evitar el perjuicio irreparable al demandante del derecho en discusión, o está puede extenderse a terceros ajenos a la pretensión en debate.

Sobre el particular, aparece desarrollada con gran acogida en la jurisprudencia Argentina la llamada “cautela humanitaria”, la misma que no es una cautela –*stricto sensu*– pero que apunta a evitar –por razones de humanidad y solidaridad social– perjuicios a terceros respecto de un proceso determinado, esto es, se tiende a evitar nuevas víctimas, aparte de las que dieran lugar a la pretensión resarcitoria en debate. Peyrano<sup>(1)</sup> al referirse a esta cautela, lo muestra a través del siguiente caso: En el primero de ellos y con motivo de una pretensión resarcitoria promovida por los padres de un menor que se accidentara en una acumulación de aguas formadas en terrenos del Ejército Argentino el tribunal dispuso de oficio, además de hacer lugar a las pretensiones del demandante –advertido de la grave situación de peligro existente para la comunidad por la posibilidad cierta que se repitieran accidentes análogos– la construcción de un cerco que aislara las excavaciones inundadas así como la colocación de carteles bien visibles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar, todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmas y a costa de la demandada.

Se aprecia –dice el autor– que el Tribunal arbitró oficiosamente medidas encaminadas a impedir la repetición de siniestros análogos; haciéndose así, otra vez realidad la función preventiva de daños que hoy se reconoce como un poder y un

---

(1) Peyrano Jorge, “La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano” en Themis, Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, 1993, N° 22, Lima, pp. 16-17.

deber de los magistrados “a título de diligencia oficiosa, se acepta como posible –en casos excepcionales– que el juez –superando los principios de legitimación y congruencia– decrete medidas –denominadas provisoriamente mandatos preventivos– tendientes a evitar la repetición de daños y perjuicios de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva”.



## JURISPRUDENCIA

---

*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso (Exp. N° 1118-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 248-249)*

*Prescrita la acción cambiaria de un título valor, procede la acción personal contra su aceptante y avalista.*

*Procede la medida cautelar anticipada destinada a evitar un, perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de una sentencia definitiva (Exp. N° 45-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 490)*

*De conformidad con el artículo 11 de la Ley de violencia familiar, puede solicitarse a los juzgados de familia, medidas cautelares que se tramitarán como medidas anticipadas fuera de proceso cuando la seguridad de la víctima o su familia requiera de una decisión jurisdiccional. Procede una medida anticipada de alimentos (Exp. N° 98-48, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 515)*

## EFICACIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

### ARTÍCULO 619

*Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Una de las características de la medida cautelar es ser provisoria. Esto implica, que la medida cautelar tiene duración limitada en el tiempo y con el fallo definitivo. Lo provisorio de la medida permite sostener que luego de emitida la sentencia firme, desaparece automáticamente.

Si la sentencia no ampara la pretensión, la medida cautelar se levanta y es posible ingresar a discutir la ejecución de la contracautela (en el supuesto que se hubiere generado daño con la ejecución de la medida); en cambio, si la sentencia ampara la pretensión, también desaparece la medida cautelar, pero para transformarse en medida de ejecución para el inicio de la ejecución forzada; generando con ello la cancelación de la contracautela, tal como refiere el artículo 620 CPC: “resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho”.

Como se puede apreciar, en cualquiera de los dos supuestos, se tiene como correlato la extinción de pleno derecho de la medida cautelar, pues, la cautela desaparece cuando el derecho se torna cierto, al margen de la impugnación que se hubiere formulado contra la sentencia que desestime la demanda. El artículo 630 CPC en ese sentido señala: “si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada”. En esa misma perspectiva, se orienta la redacción del artículo 615 CPC, cuando señala que es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuere impugnada, no requiriendo para ello el ofrecimiento de contracautela, pues, técnicamente no estamos ante una medida cautelar.

2. La redacción de este artículo lleva a apreciar la conversión de pleno derecho de la medida cautelar a una medida de ejecución. Son diferentes los requisitos o condiciones que se exigen en ambas medidas. En la cautelar se requiere verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; en cambio en la medida ejecutoria, la existencia de un derecho cierto que se busca satisfacer a través de la futura ejecución forzada. Aún mas, podemos hablar de una medida ejecutiva entre el derecho declarado cierto en la sentencia y la impugnación que se hubiere interpuesto frente a ello. Al respecto el artículo 615 CPC refiere, “es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada”.

Como ya se ha señalado la extinción de la cautela para dar paso a la conversión de la medida de ejecución, provoca según Monroy Palacios, una “relación de simultaneidad”, pues, en el mismo momento en que se extingue una situación, aparece una nueva y distinta. “La **medida cautelar** en el momento en el cual culmina un proceso con sentencia firme estimatoria es precisamente un fenómeno de *extinción por conversión de pleno derecho*, luego del cual, la medida cautelar se transforma en **medida ejecutiva**. En este estadio, la medida conserva los efectos prácticos y jurídicos respecto de la situación del demandado, sin embargo, la variación sustancial se produce en los dos aspectos fundamentales antedichos: en el plano **estructural**, la eficacia de la ahora medida ejecutiva ya no se encuentra sujeta a los presupuestos para la concesión de una medida cautelar, tampoco resulta relevante el presupuesto para la actuación de la caución. Por otro lado, en el plano **funcional**, la medida ejecutiva ya no persigue, aseguración de la eficacia del proceso, sino que, automáticamente, se instala como acto de ejecución inicial, al que le sucederán otros actos procesales (ejecutivos) destinados al logro de la satisfacción procesal”.

3. Otro aspecto a considerar en esta transformación de la cautela a la medida ejecutiva es que no necesariamente nace de la extinción de una medida cautelar. La medida ejecutiva puede darse luego de emitida la sentencia, bajo un contexto diverso a la cautela, como es la certeza; sin embargo, se debe tener en cuenta que el tipo de medida que se conceda, esté en función del contenido de la sentencia favorable al actor, toda vez que se pretende con este tipo de medidas, la concreción material del derecho declarado. Esto es calificado como “flexibilidad de las medidas ejecutivas” y que según Monroy, es una característica fundamental de ellas y lo explica así: “un proceso destinado al cobro de una suma de dinero culmina con resultado favorable al actor. En el transcurso del mismo éste se vio beneficiado por una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre un vehículo de propiedad del demandado. Ahora bien, dado que ha operado la conversión de pleno derecho, la medida ejecutiva se encuentra constituida precisamente por el embargo mencionado. Sin embargo, el embargo (en cualquiera de sus expresiones) supone únicamente un acto de afectación jurídica respecto de un determinado bien. Este resultado es insuficiente para proceder a un futuro

remate. Para llegar a ello, previamente es necesario efectuar una desposesión física de los bienes del demandado. El mecanismo adecuado para alcanzar ese propósito se asemeja enormemente al del secuestro conservativo (medida cautelar de desposesión física sobre un bien que no es materia directa de la controversia procesal). De hecho, no existe mejor forma de explicarle al juez qué es lo que se requiere para acceder el remate que no sea a través precisamente de la medida de secuestro. Dado que no estamos en momentos de pedir medida cautelar, ¿qué es lo que se debe hacer? Continuar con la eficacia del embargo (para evitar cualquier intento de enajenación de los bienes) y solicitar, en modo complementario, una medida ejecutiva en forma de secuestro conservativo. Con esta salida, el ejecutor tendrá dos medidas ejecutivas a su favor. La de embargo obtenida de pleno derecho (luego de la extinción por conversión a la finalización del proceso) y la segunda, por iniciativa privada. Ambas actuarán de manera complementaria, permitiendo que la ejecución forzada transite su curso habitual hacia la plena realización del derecho de crédito reconocido por la sentencia”.

Pese a ello, Monroy aprecia que en la práctica forense nacional, si bien bajo distintos formatos, se suele pedir lo mismo que hemos señalado. A veces sucede que se solicita “secuestro conservativo”, otras “medida cautelar de secuestro” o, peor aún, “ampliación de medida cautelar”, pues afirma que a la “ya existente de embargo en forma de inscripción, se le añade la de secuestro”. Se llega también al extremo de solicitar la admisión de una “acumulación sucesiva de medidas cautelares”, pues –se dice– “se está solicitando secuestro en un momento posterior al pedido cautelar originario (embargo)”. Verificando el juzgador que luego de la expedición de la sentencia final, ya no hay lugar para la concesión de medidas cautelares, no encuentra otra alternativa que expedir resoluciones de improcedencia del pedido, en cada uno de los particulares supuestos ejemplificados. Si bien, señala Monroy, se puede sostener, a favor del ejecutante, que muchos de aquellos casos constituyen meros problemas de orden terminológico, ello en nada justifica persistir en el error de confundir dos instituciones que, poseen una estructura y un funcionamiento claramente diferenciados.

4. Como señala la segunda parte del artículo, “la ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito”. Esto lleva a suponer en algunas instancias judiciales, que hay que lograr una medida cautelar para luego ingresar a la ejecución, sin embargo ello no es así. Aquí la pregunta que se plantea es qué elementos debe tener en cuenta el juez para conceder una medida ejecutiva. Frente a ello se sostiene que “el único criterio a utilizarse para su concesión constituye la **idoneidad de las medidas ejecutivas para alcanzar el pleno reconocimiento jurídico y material del derecho reconocido en la sentencia**, es decir, concretar la satisfacción procesal del sujeto victorioso, para así lograr, precisamente, la tutela procesal efectiva.” Señala Monroy que el ejecutante debe fundamentar la necesaria realización de determinados actos destinados a perfeccionar la ejecución. Es erróneo considerar que las medidas cautelares se

caracterizan por su “homogeneidad” con los actos de ejecución forzada, como si toda cautelar se otorgara para una “futura ejecución forzada” y no para otras formas de actuación como es el caso de las medidas coercitivas para los procesos preventivos.

Otro aspecto que resalta el trabajo de Monroy Palacios, es que si bien la persecución se realiza en un plano donde ya existe una decisión con autoridad de cosa juzgada que ampara los derechos del ejecutante, ello no supone que dicho fin pueda ser alcanzado sin limitación ni parámetro alguno. El derecho de defensa del ejecutado o de cualquier tercero ajeno a la relación procesal, debe estar siempre presente, para oponerse a aquellos actos ilícitos que superen injustificadamente el ámbito propio de la debida actuación de la sentencia. De ahí que el juez debe tener en cuenta el principio de razonabilidad y de mínima injerencia, para conceder únicamente aquellas medidas ejecutivas que sean congruentes y razonables con la satisfacción del derecho declarado. Bajo el principio de mínima injerencia dice Monroy, “la necesaria intromisión dentro de la esfera jurídica del ejecutado, con el propósito siempre de lograr el reconocimiento de los derechos del ejecutante, se deberá realizar buscando el mínimo grado de incidencia sobre dicha esfera. Es decir, sin sacrificar, en la medida de lo posible, los derechos del sujeto que no han sido discutidos durante el proceso y que, por tanto, no forman parte del fallo contenido en la sentencia estimatoria”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Debe ampararse la solicitud cautelar orientada a que el Juzgado disponga la suspensión de los embargos, remates y adjudicaciones sustentadas en la Ley 26289 que prescribe, en casos de liquidación de bienes de cooperativas de ahorro y crédito, las medidas cautelares existentes, deben ser levantadas por el solo mérito de la Ley, sin requerir resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros (Exp. Nº 1331-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 516)*

*La Ley no prevé que una medida cautelar decretada en un proceso judicial sea enervada o declarada sin efecto por otro proceso donde se discuten las mismas relaciones sustantivas y los mismos*

*intereses económicos, aun, cuando éstas fueran enfocadas desde distintos ángulos jurídicos (Exp. Nº 995-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 363-364)*

*Prescrita la acción cambiaria de un título valor, procede la acción personal contra su aceptante y avalista.*

*Procede la medida cautelar anticipada destinada a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de una sentencia definitiva (Exp. Nº 45-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 490)*

## CANCELACIÓN DE LA CONTRACAUTELA

### ARTÍCULO 620

*Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Como señala el artículo 613 CPC la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La contracautela se justifica en atención a que la medida cautelar nace para una función asegurativa. Puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio; de ahí que una de las características de la medida cautelar es la contingencia, porque está ligada al riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución cautelar.

La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta sino por el hecho que su expedición y ejecución importa riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él.

Algunos autores cuando se refieren a esta característica de la contingencia señalan dos exigencias: la necesidad de hacer las cosas pronto y la necesidad de hacerlas bien. La medida cautelar junta los supuestos citados para tener como respuesta celeridad y ponderación, pero no el hacer cosas pronto pero mal o hacer cosas bien pero tarde. La medida cautelar tiende hacer pronto, dejando que el problema del bien o mal se resuelva mas tarde, en la sentencia.

2. La suerte de la contracautela, está inminentemente ligada con lo resuelto en la sentencia definitiva. Si ella es favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela se cancela de pleno derecho, pero, en el supuesto que la sentencia sea desfavorable, la contracautela perdurará hasta que responda, quien obtuvo la medida cautelar, por los daños ocasionados con ella.

Lo provisorio de la medida cautelar es extensiva a la contracautela, pues, si partimos del supuesto que ella, la medida cautelar, tiene una duración limitada con el tiempo; emitida la sentencia desaparece automáticamente la medida cautelar y

por tanto se cancela la contracautela si se ampara la demanda dando inicio a la ejecución forzada. En cambio, si la sentencia es infundada, por rechazar la pretensión, desaparece la medida cautelar, dando paso, a examinar la probabilidad de ejecutar la contracautela.

Tanto la contracautela permanente como la sometida a plazo, responderán por las consecuencias nocivas causadas con la medida cautelar durante el tiempo de sus respectivas vigencias, siempre que la sentencia definitiva no declare la improcedencia de la pretensión principal.

Otro supuesto a contemplar en la contracautela radica en establecer hasta cuando tendrá vigencia la contracautela. Rivas<sup>(1)</sup> considera que debe mantenerse por el lapso previsto para la prescripción del derecho del que se trata, sin embargo, también creemos que el perdedor tiene la posibilidad de liberarse de la contracautela, por aplicación analógica de la figura de la fianza sin plazo determinado que regula el artículo 1899 CC pues no es razonable dejar sujeto la vigencia de la contracautela a la indisponibilidad de bienes por lapso prolongado.

3. Apreciéese de la redacción del artículo en comentario, que la cancelación de la contracautela opera cuando lo resuelto es definitivo, esto se explica como resultado de la conversión de la medida cautelar a la ejecución forzada, donde la aseguración de la cautela se transforma a la satisfacción del derecho firme declarado en la sentencia. Monroy Palacios, en su trabajo “Conversión de la medida cautelar en la fase de actuación de la sentencia” explicando esta transformación señala: “la medida cautelar cumple su finalidad aseguratoria hasta el momento mismo de la expedición de la sentencia que declara fundada la demanda. En efecto, a partir de ese instante ya nada queda por *asegurar*, sino que, definida la suerte de la litis e identificado al sujeto demandante como victorioso, el empeño de los actos judiciales estará dirigido (a pedido de parte, para los procesos que reconocen derechos dispositivos) a *satisfacer*, es decir, al desarrollo de actos destinados a que los preceptos contenidos en el fallo (pago de suma de dinero, entrega de un bien, realizar un prestación de hacer, etc.) se cumplan en sus estrictos términos, tanto en el plano jurídico como en el fáctico. Mientras la medida cautelar se otorga en un momento de incertidumbre, en base a una cognición sumaria, la ejecutiva presupone para su existencia un estado de certeza, donde se ha establecido de modo definitivo cuál es el resultado final del litigio; mientras la medida cautelar constituye una resolución judicial que luego de su efectiva actuación (ejecución, en sentido lato) garantiza la eficacia del proceso, es decir, constituye el punto culminante de la protección de un derecho subjetivo (tutela cautelar), la medida ejecutiva no constituye, por sí misma, un acto definitorio respecto de algún tipo de tutela procesal, sino más bien, tiene una eficacia intermedia, es un acto preparatorio que, concatenado con otros, busca la satisfacción procesal”.

---

(1) Rivas Adolfo, op. cit. p. 62.

## SANCIONES POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA

### ARTÍCULO 621

*Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.*

*La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.*

*La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 208

---

## Comentario

---

1. Una de las características de la medida cautelar es la contingencia. Decimos ello porque al estar ligada al riesgo, no hay la seguridad absoluta que la medida que se dicta será útil o no. Dicha constatación solo ocurrirá al final del camino, esto es, cuando la sentencia defina si ampara o no la demanda.

Si se declara infundada la demanda, cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar el titular de ésta pagará los gastos procesales del proceso cautelar y una multa. También podrá, a pedido de parte, ser condenado a la indemnización. De la redacción de este artículo, en ningún extremo hace referencia a la medida maliciosa, como si aparece de la sumilla del artículo. Esto nos lleva a reflexionar sobre el carácter vinculante de dicha sumilla, en relación al contenido del artículo 621 CPC, pues, no se aprecia descripción o referencia alguna al carácter malicioso o abusivo de la medida para justificar la sanción pecuniaria. ¿es suficiente la sumilla del artículo para calificar de tal, el contenido de este?.

Aquí concurre la posibilidad de varias acciones, como una sanción pecuniaria por la medida cautelar innecesaria o maliciosa y una condena a una indemnización

por haber generado daño la medida cautelar. En el primer caso, ella puede ser impuesta por el juez, en atención a las facultades que regula los artículos 410 y 411 CPC y supuestos del art. 112 CPC, a diferencia de la indemnización, que será a pedido de parte, pues ésta es la que tendrá la carga probatoria de mostrar el daño y la magnitud de ésta.

2. Por otro lado nótese que el artículo en comentario se refiere al caso que se declare infundada una demanda, cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar. El supuesto citado, no hace referencia a la demanda que sea declarada improcedente o inadmisibles, sino a un pronunciamiento de fondo que desestime el derecho en discusión. Tampoco precisa si esa condición deba estar contenida en una sentencia firme, sin embargo, debemos señalar que para el artículo 630 CPC, la existencia de una sentencia en primera instancia que desestima la demanda, genera que la medida cautelar quede cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada. Esto nos podría llevar a asumir la hipótesis de extender los efectos de la sanciones por medidas innecesarias a los alcances del artículo 630 CPC, por la cancelación de pleno derecho de la medida cautelar, sin embargo, concurre a dicha hipótesis la posibilidad que la sentencia adversa e impugnada sea revocada en la apelación y se ampare la demanda. En ese supuesto, mas que considerar que la medida cautelar si fue necesaria, hay una preocupación mayor, la ausencia de tutela asegurativa porque la medida se canceló de pleno derecho.

3. Como ya se señalado, la contingencia participa del riesgo. Si se ampara la demanda, la contingencia es cero, pero si no se ampara, ingresa además el perjuicio que se ha ocasionado con dicha medida. La necesidad de hacer las cosas pronto colisiona con la necesidad de hacerlas bien; por ello, lo que se busca es lograr celeridad y ponderación. Las cosas que se hacen pronto pero mal como las que se hacen bien pero tarde participan del riesgo, por ello, la medida cautelar tiende a hacer pronto, dejando que el problema del bien o mal se resuelva mas tarde en la sentencia.

4. La norma regula la posibilidad de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con la medida, dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días. La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar sea injusta sino del hecho que su expedición importa riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con ella. Hay una indefinición legislativa en torno a la responsabilidad subjetiva u objetiva en la contracautela.

Un sector de la doctrina sostiene la responsabilidad objetiva por el mero hecho de la derrota sin interesar la existencia o no de culpa, dolo o mala fe procesal. Como opera la responsabilidad objetiva, el deber de resarcimiento nace del principio de sucumbencia. Basta la derrota en el principal para que el deber de indemnizar se

establezca en el proceso cautelar. Para Condorelli<sup>(1)</sup>, “la medida cautelar es un instrumento peligroso para el contrario y para quien la usa. Es como un arma rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide. Es difícil concebir que se admita la necesidad de probar la mala fe o simplemente imprudencia de quien usa semejante franquicia, para obtener resarza daños injustamente ocasionados. Entre quien usó en su beneficio una medida cautelar con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho, y quien la sufre sin que en ninguna hipótesis pueda de ella obtener un beneficio, no parece dudoso a quién han de cargarse las consecuencias”; sin embargo, en opinión de Ramirez<sup>(2)</sup>, “no todo el que pierde un proceso tiene culpa, ni necesariamente ha abusado del proceso. En tal sentido, una responsabilidad objetiva de carácter general sería injusta, pero tampoco creemos que una responsabilidad subjetiva, basada siempre en la culpa o el dolo, sea la solución. La culpa debe ser el punto de partida, pero admitiendo parámetros objetivos en que esta no es necesaria para condenar al pago de una indemnización. Por ejemplo, ¿el afectado con una medida emitida por el juez de un distrito judicial que “inventa” su propia competencia, necesita acreditar culpa en la contraparte?. Señala Ramirez, que el propio Código Procesal acoge soluciones que giran en torno a la misma idea de responsabilidad objetiva, sin detenerse a apreciar el grado de culpa del agente. Véase sino el caso del artículo 81 que regula la procuración oficiosa. Señala el numeral que si no se produce la ratificación del procurado, se declarara concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios... siempre que a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria. No se habla de dolo o culpa sino de la conducta que manifiestamente (léase, “objetivamente”) carece de razonabilidad.

5. Otro aspecto a destacar la norma en comentario, es el supuesto de la demanda infundada, como condicionante para ser condenado a la indemnización. En opinión de Ramirez<sup>(3)</sup>, esta condicionante debe extenderse a los casos de sentencia que declare improcedente la demanda; igualmente, cuando se declare fundada una excepción. “Es tendencia conocida limitar el derecho a la indemnización solo para aquellos casos en que se declara infundada la demanda, tal como lo dice, restrictivamente, la letra de la Ley. Creemos que se trata de una deficiencia legislativa antes que una toma de posición al respecto, pues, el daño se produce en igual intensidad cualquiera que sea la razón de la no tutela del derecho demandado”. Para Monroy<sup>(4)</sup> “en todos los supuestos en los cuales el proceso

---

(1) Condorelli Jose Luis, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 145, citado por Ramirez, “El abuso de las medidas cautelares” en *Derecho Procesal III Congreso Internacional*, Lima, 2005, p. 317.

(2) Ramirez, op. cit. pp. 317-318.

(3) Ramirez, op. cit. p. 316.

(4) Monroy Palacios Juan, Op. cit. p. 382.

termine sin una sentencia que ampare el derecho pretendido por el demandante, nace la obligación procesal que éste restituya los derechos afectados al sujeto que soportó la medida”.

6. La norma también regula la sanción de los gastos procesales y la multa. Esos gastos se aplicarán en atención al principio general de la condena recogido en el art. 412 del CPC que señala: la parte vencida asume el gasto procesal. En el caso de la medida cautelar innecesaria, los gastos procesales se integrarán en el total que tendrá que ser abonado por el vencido.

Señala la norma que el titular de la medida cautelar pagará la multa, sin hacer mayores distinciones. Opera aquí un pago automático por el solo hecho de la derrota, sin embargo, Rivas<sup>(5)</sup> considera que no le parece que la sola derrota justifique su aplicación; ello solo podría operar en el caso de malicia o mala fe o ante la evidencia de lo innecesario. Señala “el vencedor no obstante haber incurrido en inconducta, no podría sufrir tal penalidad, ya que no se da previsión legal al respecto y las medidas sancionatorias no pueden aplicarse analógicamente. Podría resultar en cambio, del sistema general del artículo 112 si se demostrase su actitud maliciosa destinada a lograr una medida cautelar con la que causar un daño adicional e injustificado al perdedor”.

Como se aprecia de la norma, se establece una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal, situación que no comparte Ramirez<sup>(6)</sup>, quien considera que debe establecerse una fórmula abierta, como por ejemplo, que su fijación atenderá a las circunstancias de tiempo, lugar, valor y naturaleza del bien afectado, el derecho invocado, la duración de la afectación, etc, es decir casuísticamente. El monto ínfimo de la multa alienta al beneficiario de la medida abusiva, pues tiene claro que su “contingencia” económico-punitiva es mínima.

La multa es una sanción pecuniaria que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de ésta a la

(5) Op. cit. p. 68.

(6) Ramirez, op. cit. p. 316.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el art. 421 CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

En conclusión la norma frente a la medida cautelar innecesaria brinda un tratamiento conjunto a tres elementos de naturaleza distinta como son: las obligaciones de origen procesal (costas y costos), las multas (penalidades por incumplimiento de los deberes de parte) y los daños y perjuicios (resarcimientos civiles al sujeto que los sufre). La respuesta jurisdiccional a la triología señalada tendrá como escenario el mismo proceso principal en giro.



### JURISPRUDENCIA

---

*La privación del uso de un vehículo embargado indebidamente constituye un perjuicio susceptible de indemnización. Aunque la prueba aportada no sea completamente asertiva sobre los gastos hechos, se supone que ha debido reemplazarlo mediante el pago de otro medio de transporte por el tiempo que estuvo vigente el embargo.*

*En caso de no haber pruebas acerca del quantum de los daños causados por un acto ilícito, pero si acerca de la existencia de los mismos, cede la regla clásica del (onus probandi) y el juzgador puede y debe fijar el importe de la indemnización por los perjuicios reclamados (Exp. N° 1299-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 467-468)*

*El artículo 621 del CPC permite al juez de la demanda la sanción al titular de la medida cautelar que ha obtenido la misma sin estar premunido del derecho que invocó. Si bien el referido artículo no señala expresamente la situación de la medida cautelar parcialmente atendible, en atención al argumento de que "quien puede lo más puede lo menos", corresponde al juez de la demanda fijar la indemnización (Exp. N° 331-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 488)*

## DETERIORO O PÉRDIDA DE BIEN AFECTO A MEDIDA CAUTELAR

### ARTÍCULO 622

*El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida cautelar. Esta responsabilidad es regulada y establecida por el Juez de la demanda siguiendo el trámite previsto en el artículo 621°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La medida cautelar opera a pedido de parte. El que pide la medida debe proponer el órgano de auxilio judicial correspondiente a la pretensión cautelar. Ello no impide que el juez de oficio, si fuere el caso, incorpore al proceso al veedor a fin que fiscalice la labor del órgano de auxilio designado.

Los órganos de auxilio judicial son mecanismos de apoyo para hacer realidad los fines del proceso. Según el artículo 55 CPC, el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley se catalogan como órganos de auxilio.

Por otro lado, el solicitante de la medida no puede desentenderse de la suerte del bien que sometió a cautela porque responde solidariamente con el órgano de auxilio judicial designado.

Esta responsabilidad opera cuanto el bien ha salido de la esfera de custodia de su titular; de ahí la solidaridad con el auxilio, pues se supone que éste no ha cumplido con sus deberes de ejecución y de custodia, salvo que sea la propia parte la causante del daño.

De todas maneras el que obtuvo la medida cautelar responde por la conducta del auxilio propuesto, porque no puede dejar de informarse y velar por la conservación del bien y porque además en caso de no encontrar satisfactoria las actividades de custodia del auxilio, la parte beneficiada con la medida, está incluso en condiciones de pedir la sustitución del órgano de auxilio judicial (ver artículo 617 CPC)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Señala Rivas, “el deterioro o pérdida del bien estando en la esfera de custodia del auxilio judicial designado por el solicitante de la medida, importará un acto de incumplimiento de deberes, salvo claro está, que no hubiese podido evitar tales consecuencias. De no haberse dado tal imposibilidad, se convierte en responsable solidario con quien logró la cautelar frente al titular del bien afectado; ello sin perjuicio de su responsabilidad ante el solicitante de la medida”.

2. Como señala la norma en comentario, el peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida cautelar. Esto implica que en el supuesto que se dirigiera la pretensión indemnizatoria solo contra el peticionante de la medida, sin comprender en dicha pretensión al órgano de auxilio judicial; éste, el peticionante de la medida cautelar, puede solicitar su incorporación al órgano de auxilio judicial –a través de la denuncia civil que regula el artículo 102 CPC–, por tener ambos responsabilidad solidaria en el evento. En caso, el beneficiado con la medida hubiera sido solo emplazado para la indemnización, éste podría incorporar en dicho proceso al órgano de auxilio judicial, a través de la figura del aseguramiento de pretensión futura, que regula el artículo 104 CPC, para repetir luego contra el órgano de auxilio judicial ante la supuesta condena que tuviere que asumir el beneficiado con la medida. Véase que en la denuncia solo se llama al órgano de auxilio judicial para que asista en la defensa de la que es emplazado solo el beneficiado con la medida, a diferencia del aseguramiento de pretensión de futura, donde no se busca la simple defensa sino la condena en repetición por la indemnización que tuviera que asumir el beneficiado de la medida, siempre y cuando, se asuma que el daño causado a los bienes afectados con la medida cautelar, hayan sido exclusivamente realizados por el actuar antijurídico del órgano de auxilio judicial designado.

Para apreciar la responsabilidad, del peticionante como del órgano de auxilio judicial, debe referirse al deterioro o pérdida del bien afecto a medida cautelar; sin embargo se debe tener en cuenta, que el juez es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando la designación del órgano de auxilio judicial hubiese sido ostensiblemente inidónea, tal como refiere el artículo 626 CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*A pedido del titular de la medida cautelar y en cualquier estado del proceso puede sustituirse el órgano de auxilio judicial. El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial son responsables solidarios por el deterioro o pérdida del bien afecto a medida cautelar (Exp. Nº 1420-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 363)*

## AFECTACIÓN DE BIEN DE TERCERO

### ARTÍCULO 623

*La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda. Ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar.*

*El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional podrán oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40º del Código Civil. Dicha oposición surte efecto aun en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del juez y/o auxiliar judicial. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Los sujetos que concurren al proceso judicial no solo están conformados por las partes sino también por terceros, ajenos a la relación procesal.

Si partimos de la simple idea que tercero es quien no es parte en el proceso, no resulta satisfactorio para definirlo porque es necesario que el tercero tenga un interés jurídico, cierto y tutelable en la pretensión que se va a discutir porque le va afectar de manera directa o indirecta el resultado del proceso. En esas condiciones podemos asumir la presencia de un tercero legitimado en el proceso.

Ahora bien, este tercero puede ser afectado no solo con la decisión final en el proceso sino que sin llegar a ella, en el camino procesal, su patrimonio puede ser afectado, con la única condición: **haber sido citado con la demanda**. Nótese que la norma no refiere al emplazamiento, sino a la citación. A pesar de esta precisión, hay criterios judiciales que tienden a confundir el emplazamiento con la citación con la demanda, como el que aparece en la Casación N° 900-95-Huaura, de fecha 7 de octubre de 1996, que dice: “conforme al artículo 1886 CC, el fiador que se obliga en condiciones iguales a las de sus demás co-fiadores sin pactar expresamente el beneficio de división responde por el íntegro de la deuda del obligado

---

(\*) Texto según el art. 2 de la Ley 27723 de 14-05-2002.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

principal; en consecuencia, quien se obliga como fiador solidario y sin beneficio de división responde por el íntegro de la deuda, sin embargo para poder ejecutar una medida cautelar frente al fiador, **éste ha debido de ser emplazado con la demanda (sic)**, a través de la que se persigue el pago de la deuda en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 623 CPC”.

2. La citación es el acto mediante el cual se dispone que una persona comparezca ante el órgano judicial a fin de realizar o presenciar una actividad en determinado día y hora, por ejemplo la citación de testigos o peritos, se califica como citación, en cambio el emplazamiento es el llamado que se hace al demandado para que dentro del plazo señalado se presente al proceso como parte. Con la citación simplemente se comunica la pretensión que se entabla, con el emplazamiento se constituye la relación procesal entre el juez y las partes.

Esta citación es atendible porque la parte actora debe haber acreditado su relación o interés de este tercero con la pretensión principal. Además, nos permite excluir la posibilidad de afectar el patrimonio del tercero con una medida cautelar fuera de proceso, a que refiere el artículo 636 CPC.

3. Ante la afectación de su patrimonio con una medida cautelar, los medios de defensa que puede ejercer este tercero difiere del tercero no legitimado que regula el artículo 624 CPC. Señala la norma en comentario que “ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar”, esto nos lleva a decir, que en su condición de tercero legitimado puede hacer uso de los medios de impugnación orientados a la revisión y revocación de la medida cautelar. Recordemos que la impugnación no solo puede ser ejercida por las partes sino por los terceros legitimados (artículo 355 CPC)

En esa línea de pensamiento, el cual compartimos, Acosta<sup>(1)</sup> escribe “la legitimación para reclamar el levantamiento de la medida se otorga en principio a quien es parte en el proceso principal, sin embargo la relación procesal típica no agota la totalidad de los intereses controvertidos: cuando una decisión agravia derechos o pretensiones de terceros, éstos adquieren calidad de parte interesada a los fines de su adecuada defensa mediante el pertinente juicio de revocación ante la alzada. Faculta a quien tiene un interés legítimo aunque no sea parte, a tomar intervención en la sustanciación de un recurso de apelación concedido en un proceso cautelar”.

En cuanto al momento procesal que tiene el tercero legitimado para ejercer los medios de defensa señalamos que es el mismo que tienen las partes, esto es, luego de ejecutada la medida. Debemos asumir que al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, en este caso el tercero legitimado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, tal como lo señala el artículo 637 del Código Procesal citado.

---

(1) Op. cit. p. 75.

4. La norma en comentario se contrapone a la siguiente idea rectora: solo se puede afectar los bienes de propiedad del presunto obligado aunque se encuentren en poder de terceros; esto es, como señala el artículo 611 CPC: “la medida solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso”. Esto implica que frente a un mutuo solidario asumido por A y B como deudores, en caso de incumplimiento, el acreedor al demandar a B como uno de los deudores, solo podrá afectar el patrimonio de éste demandado B, salvo que hubiere solicitado se cite con la demanda al deudor A. En este supuesto, si sería factible, no solo afectar mediante medida cautelar los bienes del deudor demandado sino los del deudor citado, a pesar que sea un tercero en la relación procesal entablada. La citación al tercero con la demanda justifica la afectación de sus bienes, descartándose la posibilidad de la desafectación y la tercería como mecanismos de impugnación a la ejecución cautelar, sin embargo, podría recurrir a la apelación o la variación de la medida dictada, entre otras articulaciones. Como señala la norma, “ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar”.

## RESPONSABILIDAD POR AFECTACIÓN DE BIEN DE TERCERO

### ARTÍCULO 624

*Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario.*

*Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Al proceso judicial concurren diversos sujetos, todos ellos con intereses contradictorios, diferentes e idénticos; dentro de ese contexto los terceros que concurren con un interés jurídico relevante con la pretensión que se discute son apreciados como terceros legitimados para participar en él, sin embargo, puede darse el caso que ingresen al proceso terceros, que no tengan algún interés directo o indirecto con la pretensión principal que se discute, sino porque su interés radica, en levantar los efectos de la medida cautelar que afecta su patrimonio. Para estos terceros le es indiferente el éxito o fracaso de la pretensión que se reclama, su interés es coyuntural, se agota en levantar los efectos de la medida cautelar que afecta su patrimonio, mas no tiene ningún interés en la pretensión principal.

Cuando estamos ante este tipo de terceros no legitimados, nuestro sistema procesal le proporciona dos mecanismos para contrarrestar la pretensión cautelar: la tercería y la desafectación. El presente artículo se refiere precisamente a esta última alternativa.

Otro aspecto a considerar en relación a los terceros, es el caso que señala el artículo 623 CPC, que permite que la medida cautelar pueda recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre

que haya sido citado con la demanda. Esa situación de la citación, no del emplazamiento, le excluye de la posibilidad de pedir la desafectación sin perjuicio que pueda concurrir al propio proceso cautelar, a ejercitar su defensa, en caso se ejecute la medida cautelar. Véase el caso del obligado principal que es demandado, y el fiador (sin beneficio de excusión) citado. El fiador es un tercero en el proceso, ajeno a la relación procesal entablada pero con interés directo en las resultas de la pretensión principal; sin embargo, el actor está facultado a solicitar medida cautelar contra los bienes del fiador, siempre y cuando “haya sido citado con la demanda”. En tal caso, el artículo 623 CPC le excluye de la posibilidad de la desafectación, sin perjuicio que pueda hacer uso de otros mecanismos de defensa en el propio proceso cautelar.

2. La medida cautelar permite hacer realidad al acreedor el derecho a obtener tutela asegurativa de la jurisdicción, sin embargo, frente a él concurre el correlativo de la pretensión revocatoria cautelar, la misma que puede tener diversos protagonistas, como el tercero ajeno a la pretensión principal al que se le ha afectado indebidamente su patrimonio. En este caso, la norma señala “en caso que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata”.

Apreciamos que el perjudicado con la medida podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando documentos o títulos que acrediten fehacientemente que el bien pertenece a persona distinta al demandado. El trámite para levantar un embargo sin tercería no implica una duplicación del mismo instituto porque existen notorias diferencias entre ambos institutos que a continuación señalamos:

- a) la desafectación es trabajada como un pedido al interior del proceso en que se dictó la medida cautelar, a diferencia de la tercería que se plantea como una pretensión autónoma en la vía abreviada;
- b) en la desafectación es importante acreditar, en el primer acto de acercamiento a la jurisdicción, la plenitud del derecho de dominio que se invoque, a diferencia de la tercería en la que opera una apariencia del derecho que se invoca, el mismo que se va a dilucidar con la sentencia;
- c) la desafectación se opone sólo contra el beneficiado de la medida a diferencia de la tercería que se dirige contra las partes del proceso principal;
- d) la desafectación no prevé un procedimiento probatorio porque la prueba deberá resultar de los documentos que se acompañen al pedido de levantamiento, esto implica además que no procede la tacha en esta discusión, a diferencia de la tercería, en la que existe un debate probatorio amplio, sometido a las reglas del procedimiento abreviado, con la posibilidad de las tachas u oposiciones,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

e) la desafectación procede incluso si la medida no se hubiera formalizado, a diferencia de la tercería, que opera como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad (ver artículo 100 CPC).

La norma busca autorizar que el tercero perjudicado con la afectación de su patrimonio pida el levantamiento de la medida, sin promover tercería. Además permite –por economía procesal– se presente la prueba documental necesaria para que a través de una sumaria información, bajo un trámite rápido y fácil, se declare la procedencia o no del levantamiento sin tercería. El éxito de esta desafectación está supeditada a la prueba clara y fehaciente del título de dominio, si se trata de un bien inmueble o de una información sumaria de posesión si la cosa fuese mueble.

3. Uno de los cuestionamientos que presenta la norma en comentario, se refiere a la posibilidad de impugnación a quien no es parte ni tercero legitimado. Hay algunos criterios a nivel judicial que sostienen que la resolución que se pronuncia por la desafectación no podría ser apelada por el afectado de la medida porque ella solo puede ejercerse bajo las reglas generales de la impugnación (ver artículo 355 CPC), por tanto, denegado el levantamiento éste solo puede deducir la tercería pertinente. La desafectación debe entenderse como un mecanismo excepcional a recurrir, cuando está probada de manera indubitable la pertenencia del bien al tercero no legitimado.

4. Especial comentario suscita la posibilidad de pedir la desafectación, “incluso si la medida no se hubiese formalizado”. Nótese que en el caso del tercero legitimado, a que refiere el artículo 623 CPC, si es necesario que se haya ejecutado la medida para recién poder impugnarla, condición que no es exigible en el tercero no legitimado a que se refiere el presente artículo. Si bien este tercero tiene la posibilidad de recurrir a la jurisdicción para buscar se levante la medida cautelar dictada, antes que esta se ejecute, su intervención está restringida en cuanto a los medios impugnatorios, los que no podrá ejercer por no tener interés directo e indirecto en la pretensión principal. Su interés se agota en liberar sus bienes, al margen de quien tenga o no, el derecho que se reclama. Sobre el particular, compartimos la opinión de Acosta<sup>(1)</sup> quien señala: “...los documentos privados sin fecha cierta y de cuyo contenido no es dable inferir la propiedad de los bienes de quien solicita el levantamiento del embargo, trabado sobre los mismos, no son hábiles para obtener que se deje sin efecto la medida cautelar por vía incidente y sin deducir las pertinente tercería”.

5. La norma brinda un tratamiento conjunto a tres elementos de naturaleza distinta como son: las obligaciones de origen procesal (costas y costos), las multas

---

(1) Acosta Jose, El proceso de revocación cautelar, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, op. cit, 77.

(penalidades por incumplimiento de los deberes de parte) y los daños y perjuicios (resarcimientos civiles al sujeto que los sufre). La respuesta jurisdiccional a la triología señalada no tendrá como escenario el mismo proceso principal en giro. Los gastos procesales son asumidos por la parte vencida en la incidencia de la desafectación, sin embargo, se señala que la contracautela, en atención a las circunstancias, se pierde a favor del propietario la misma que debe dilucidarse en un proceso independiente. Nótese que cuando la indemnización proviene por la afectación de la parte, señala el artículo 621 CPC que ella debe ser fijada por el juez de la demanda, dentro del mismo proceso” situación que no se precisa en caso de terceros afectados.

Frente a ello señalamos que la afectación cautelar no se satisface con la revocación de la medida sino con el resarcimiento por los daños sufridos, siempre y cuando se demuestre que se utilizó la medida cautelar de manera abusiva o cuando se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. Si bien se autoriza el resarcimiento cuando existen daños acaecidos con motivo de la medida cautelar que se levanta; nos preguntamos que tipo de responsabilidad origina la indemnización. La norma en materia de desafectación no lo precisa. Sólo se remite a señalar: “el peticionante en atención a las circunstancias perderá la contracautela a favor del propietario”, sin embargo, se atribuye un criterio subjetivo para generar sanciones pecuniarias a favor del Estado, como es el caso de la multa, siempre y cuando se acredite la mala fe del peticionante de la medida. Si bien el criterio subjetivo está presente para sancionar el incumplimiento de deberes, queda en discusión determinar si el daño provocado al tercero por la ejecución cautelar, implica una responsabilidad subjetiva.

5. Especial situación para dilucidar la propiedad del bien afectado, se presenta en los casos de especificación y mezcla. Como señala el artículo 937 CC, la especificación opera si el objeto se hace con materia ajena al artífice de éste. Véase el caso del carpintero que transforma la madera ajena en un mueble, el mismo que posteriormente es embargado.

La mezcla es la especie que resulta de la unión de otras materias de diferentes dueños y pertenece a éstos en proporción a sus valores respectivos. Por ejemplo, el vehículo, cuyo motor pertenece al ejecutado y la carrocería a una tercera persona; o el anillo de oro con brillantes, cuyo metal pertenece al deudor y los brillantes a un tercero ajeno al proceso. En ambos supuestos, el gran dilema que se presenta se orienta en establecer la titularidad del bien afectado a favor del ejecutado o del tercero.

6. Uno de los supuestos que se debe tener en cuenta para recurrir a la desafectación es el medio de prueba con que se cuenta. Si la prueba es fehaciente e incontestable, nos llevará a la desafectación, caso contrario, si los medios son débiles o los que existen requieren de actuación probatoria, tendremos que recurrir a la tercera. Véase que los efectos en ambos casos son totalmente diferentes;

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la desafectación se interpone en el mismo proceso cautelar y la eficacia de la decisión final estará sujeta a que ésta quede consentida o ejecutoriada; a diferencia de la tercería, que tiene como efecto la suspensión del proceso donde se dictó la medida, siempre y cuando estuviere en la etapa de ejecución.

Bajo este contexto, es de apreciar lo regulado en el artículo 539 CPC que hace referencia a la suspensión de la medida cautelar, sin haber interpuesto tercería. Ella procede, cuando se tenga una prueba documental incuestionable y se trate de un bien registrable y registrado bajo el dominio de un tercero, ajeno al demandado. Véase que la prueba en este tipo de articulación es determinante por referirse a un bien registrado, cuya ficción sobre la publicidad, nos lleva a una presunción *iure et iure*, sobre el conocimiento de dichos asientos. El artículo 539 CPC particulariza el medio de prueba que se requiere para invocar esta medida, que en el fondo no es más que una desafectación, que perfectamente pudo ser invocada bajo los alcances del artículo 624 CPC; sin embargo, tiene peculiaridades que lo distinguen. En este último caso, el efecto es el levantamiento de la medida a consecuencia de la desafectación inmediata, condicionada a que la resolución que la ordena quede firme; en cambio con el pedido que se formula en atención al artículo 539 CPC, lo que se busca no es la desafectación sino la suspensión de la medida cautelar sin precisar plazo, sin embargo, dicha suspensión debe extenderse como plazo máximo hasta la sentencia de primera instancia, bajo una aplicación extensiva del artículo 630 CPC. En una tercería ordinaria, el efecto de ésta, será la suspensión del proceso, en caso se encontrare el proceso en ejecución, situación que no se pretende con el pedido basado en el artículo 539 CPC que busca la suspensión de la medida cautelar, mas no del proceso principal.

Véase además, que el pedido se corre traslado a ambas partes, como una tercería común, en cambio en la desafectación sólo se corre traslado al beneficiario con la medida para su absolución. La decisión que suspende la medida cautelar, es irrecurrible, situación que no ocurre con la desafectación, que si permite la impugnación. La justificación a su inimpugnabilidad se encuentra en la calidad del medio de prueba que se aporta: se trata de una prueba documental sujeta a la garantía de la publicidad del Registro. En caso fracasare la desafectación o el pedido de suspensión cautelar, los interesados pueden interponer tercería, de acuerdo al artículo 533 CPC-.



### JURISPRUDENCIA

---

*No procede amparar la inscripción de la medida cautelar, si por versión de la propia demandante, corroborada con la documentación pertinente, la propietaria de la aeronave afectada resulta ser una persona jurídica cuya relación en la pretensión principal no ha sido acreditada, ni tampoco ha sido citada con la demanda (Exp. Nº 11649-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 328)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Las deudas personales de un cónyuge únicamente no responden los bienes propios del otro; es decir, que sí responden por esas deudas su parte en los sociales, y, obviamente sus bienes propios, e inclusive, si se prueba que dichas deudas personales se contrajeron en provecho de la familia, también responden por ellas los bienes propios del otro, y con mayor razón su parte en los sociales (Exp. N° 97-38117-2601, Sala Civil Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 329)*

*No procede la desafectación de los bienes rematados en subasta pública y adjudicados al ejecutante, pues, resulta contradictorio reconocer la propiedad de los mismos a favor de un tercero, tanto más, si se tiene en cuenta que el remate no ha sido impugnado.*

*La desafectación y la eventual tercería pueden interponerse antes que se inicie el remate del bien (Exp. N° 51116-97, Sala Civil Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 330)*

*Debe ampararse la desafectación si la ejecutada, en calidad de garantizada no tiene en la fianza derechos dinerarios a su favor que puedan ser objeto de media cautelar, pues, las cartas fianzas solo se convertirán en dinero, cuando la ejecutada incumple su obligación contraída con la empresa a cuyo favor han sido otorgadas.*

*Cuando la ejecutada, deudora en el contrato de fianza, cumple íntegramente sus obligaciones contraídas con la acreedora en el contrato de fianza, el fiador no tendría obligación alguna de hacer efectiva las cartas fianzas dada la naturaleza accesorio del contrato de fianza (Exp. N° 97-45182-1163, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 331)*

*Si la recurrente ha adquirido e inscrito el bien, con anterioridad a la media de secuestro, procede la desafectación.*

*La buena fe registral, solo puede serlo opuesto en vía de acción, no siendo de justicia, que la adquirente tenga que demandar para probar su buena fe, ya que esta se presume (Exp. N° 98-37987-2264, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 332)*

*En la desafectación la norma procesal no prevé trámite previo, pues, si se acredita que los bienes afectados no le pertenecen al demandado, el juez dispondrá inmediatamente la desafectación (Exp. N° 9084-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 555)*

*Para la desafectación de bienes por el tercero propietario debe probarse con documentos fehacientes la propiedad de los mismos. No obstante la documental que presenta la ejecutante, ello no enerva el derecho del desafectante; en todo caso, ella, la ejecutante tiene expedito su derecho para denunciar a los directivos de la ejecutada por disponer de bienes vendidos con reserva de dominio (Exp. N° 5489-1667-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 555-556)*

*Con la desafectación, se ha logrado el mismo propósito que persigue la tercería de propiedad.*

*Al no existir medida cautelar que recaiga sobre el bien inmueble de su propósito, la tercería carece de objeto, porque la decisión de fondo, cual es determinar la propiedad alegada por el tercero, ha sido ya dilucidada, razón por la cual se ha procedido a la desafectación (Exp. N° 38356-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 556-557)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si se comprueba que los recurrentes adquirieron el predio antes de la inscripción del embargo procede la desafectación, toda vez, que la transferencia de la propiedad opera solo por consenso, no siendo necesaria su inscripción en los Registros Públicos para que ella se perfeccione.*

*Cuando se trata de derechos de diferente naturaleza, como es el real y el de crédito, su preferencia se establece aplicando las disposiciones del derecho común (Exp. N° 841-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 557-558)*

*Debe ampararse la desafectación del embargo en forma de depósito sobre los bienes que se encuentren en el domicilio del Vicepresidente del Directorio de la Empresa demandada.*

*Siendo la obligada una persona jurídica, que por mandato legal tiene una existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella, ni están obligados a satisfacer sus deudas, resulta evidente que la medida cautelar se efectuó en bienes ajenos a la obligada.*

*No procede indemnizar por la medida cautelar ejecutada, pues no se ha acreditado malicia ni dolo al efectuar la medida, pues ella responde al legítimo derecho de lograr la materialización de una sentencia, aún no ejecutada (Exp. N° 1062-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 531)*

*Basta un documento indubitable que acredite la propiedad del tercero, de cómo, para que no sea necesario entrar al análisis de la manera en que se hizo la transferencia, ni su modalidad para amparar la desafectación, porque tratándose de una medida cautelar, dichas consideraciones resultan ajenas al proceso, por su carácter instrumental (Exp. N° 265-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 532)*

*El presupuesto exigido para ordenar la desafectación de un bien gravado con medida cautelar es, acreditar fehacientemente que el bien afectado pertenece a persona distinta del obligado. Si los terceros acompañan un testimonio de escritura pública de los derechos y acciones respecto al inmueble embargado; y, dicha compra recién ha sido registrada con posterioridad a la inscripción del embargo, cuya suspensión se solicita, se hace necesario que el derecho de propiedad alegado por los terceros se dilucide en un proceso más amplio de tercería (Exp. N° 1275-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 533)*

*La desafectación de bien de un tercero, que prevee el artículo 624 del CPC, solo procede cuando se acredita fehacientemente que dicho bien pertenece a persona distinta del demandado.*

*La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada, se efectúa con la tradición a su acreedor y se acredita el perfeccionamiento del acto traslativo de dominio mediante documento privado, el que produce eficacia jurídica desde la presentación del mismo ante el Notario Público para que certifique la fecha o legalice las firmas (Exp. N° 2212-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 534)*

*Es fundada la desafectación de bienes muebles siempre y cuando se acredite fehacientemente que los bienes afectados pertenecen a persona distinta del demandado.*

*La transmisión de bienes muebles se perfecciona con la tradición y no por la inscripción en el registro de la propiedad. Ello constituye un medio de publicidad del acto y es meramente facultativo.*

*El numeral 94 del Código de Tránsito y Seguridad Vial establece una presunción juris tantum sobre la propiedad de un vehículo, con documento distinto al certificado de registro*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

o tarjeta de propiedad (**Exp. N° 2204-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 535-536**)

*La desafectación de bien de un tercero, solo procede cuando se acredita fehacientemente que dicho bien pertenece a persona distinta del demandado. La copia legalizada ante el Notario Público del contrato de compraventa acredita el perfeccionamiento del acto traslativo de domicilio. Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica desde la presentación del mismo, ante el Notario Público para que certifique la fecha o legalice las firmas (**Exp. N° 2212-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 537**)*

*Procede la desafectación, si se acredita el perfeccionamiento del acto traslativo de dominio del vehículo automotor reclamado, con documento de fecha cierta y con eficacia jurídica. La transmisión de bienes muebles se perfecciona con la tradición y no por la inscripción en el registro de propiedad (**Exp. N° 2202-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 538**)*

*Es infundada el pedido de desafectación de los bienes materia de medida cautelar si no se ha acreditado fehacientemente que los bienes pertenecen a persona distinta al demandado (**Exp. N° 2276-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 357-358**)*

*El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario. La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él (**Exp. N° 143-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 171**)*

*Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida cautelar pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado (**Exp. N° N-554-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 493**)*

*Debe desestimarse la desafectación si el tercero no acredita fehacientemente que el bien afectado con la medida cautelar le pertenece.*

*La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes que se hallen en él (**Exp. N° 8-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 501**)*

*No obstante haberse dispuesto de los bienes del deudor después de haber sido emplazado éste con el mandato ejecutivo, debe ampararse la desafectación, si las accionantes han acreditado fehacientemente ser las legítimas propietarias de los bienes secuestrados, pues no se requiere que el instrumento público se encuentre inscrito (**Exp. N° 575-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 503**)*

*Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida cautelar pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado.*

*Es infundada la desafectación si el solicitante no ha probado de modo alguno ser propietario de los bienes embargados a la fecha en que se ejecutó la medida cautelar (**Exp. N° 706-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 504**)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El bloqueo registral caduca a los 60 días. Si al momento de ingresar el embargo solicitado por la ejecutante no había bloqueo vigente, no procede la desafectación (Exp. N° N-371-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 505)*

*Es improcedente la desafectación si los bienes afectados con la medida cautelar han sido transmitidos mediante anticipo de legítima con posterioridad al mandato cautelar. El indicado acto jurídico ha tenido como único propósito evadir el alcance de tal mandato judicial, con el objeto de burlar los derechos del acreedor.*

*La ley no ampara el abuso del derecho, tanto más si tratándose de un acto jurídico gratuito, no puede ser opuesto al acreedor. (Exp. N° 10761-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 525)*

*“... La desafectación del bien o bienes materia de la medida, autorizada por el artículo seiscientos veinticuatro del aludido Código (Procesal Civil), solo procede cuando se acredite fehacientemente, esto es, de manera indubitable, que tal o tales bienes pertenecen a persona distinta del demandado...” (Exp. N° 2276-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 491-492)*

*No existe obstáculo legal para afectar con una medida cautela bienes de una sociedad de gananciales, siempre que, la afectación alcance solo a la parte que corresponda al o los obligados cartularmente (Exp. N° 1263-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 249-251)*

*Debe ampararse el recurso de queja si se resuelve no la desafectación de la medida cautelar, como se solicitaba, sino la suspensión de ésta.*

*La desafectación es totalmente distinta a la suspensión. Esta última es irrecurrible (Exp. N° 192-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 247-248)*

*La tercera excluyente de dominio tiene el objeto de recuperar por tercera persona, bienes embargados que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar eran de su propiedad y no del ejecutado (Exp. N° 2117-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 298-299)*

*La responsabilidad extracontractual del cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que les correspondería en caso de liquidación (Exp. N° 1489-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 350-351)*

*No procede el levantamiento de embargo que no invoca el derecho de propiedad del Estado sobre la aeronave gravada sino, tan solo el de posesión.*

*La incautación confiere únicamente una posesión temporal, a las resultas del juicio (Exp. N° 259-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 351-352)*

## EXTINCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA CON EL CÓDIGO DEROGADO

### ARTÍCULO 625

*En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 207, 540, 541, 542

---

### Comentario

---

1. La norma consagra la caducidad de la medida cautelar en los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, a diferencia de su redacción originaria, que hacía extensiva los efectos de la caducidad a los procesos tramitados bajo el actual Código Procesal. La caducidad implica una facultad de duración limitada. Este derecho dirigido a modificar una situación (retener, secuestrar, intervenir un patrimonio) nace con un plazo de vida y pasado éste se extingue. Para aplicar la caducidad se parte de los siguientes supuestos: que se ejecute la medida cautelar y el proceso principal no concluya. Apreciese que se trata de una caducidad y no de una preclusión. La caducidad se refiere a la facultad de accionar dentro de cierto tiempo, caso contrario, se pierde la oportunidad para hacerlo. En la preclusión, la realización de determinado acto agota una actividad para dar paso a otra.

2. La medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Señala Monroy<sup>(1)</sup> que con el viejo Código de Procedimientos Civiles, los procesos podían superar los 7 años. Producto de ello el proceso con-

---

(\*) Texto según el art. único de la Ley 28473 de 18-03-2005.

(1) Monroy Palacios Juan, Bases para la formación de una teoría cautelar, Comunidad, Lima, 2002, p.231.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

cluía por abandono, perdiéndose en el desorden del archivo de los juzgados. Este hecho provocaba una situación bastante problemática para el sujeto afectado por la medida, porque a pesar que el proceso ya se había extinguido, la cautelar continuaba vigente. Con la redacción del 625 CPC –señala Monroy– ya no hace falta ir en busca del proceso perdido, sino tan sólo analizar directamente la fecha en que la cautelar fue ejecutada.

3. La ejecución de la medida es el punto de partida para computar el plazo de caducidad de cinco años. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida.

Una de las preocupaciones que presenta la reactualización es determinar si ella constituye un nuevo embargo. Frente a ello, la última parte del art. 625 CPC, señala que la reactualización requiere de una nueva ejecución cuando implica inscripción registral. La redacción no precisa si ello implica un nuevo embargo, solo refiere la forma de ejecutarse cuando se utiliza el Registro.

Esto es importante aclarar en el caso de la concurrencia de medidas cautelares. Al invocarse la prelación temporal de dichas medidas, tal como lo regula el artículo 639 del CPC, si fuere la misma medida, la reactualización mantendría el privilegio que su inscripción originaria, caso contrario, estaría cediendo lo preferente de su ubicación a la medida cautelar ejecutada siguiente a ella.

Pensamos que la reactualización implica la misma medida pero que por los efectos del tiempo se busca reafirmar su eficacia para otro período más. Si bien el Código no dice nada sobre el nuevo plazo que comienza a correr con la reactualización, ni las veces que se puede ejecutar ella, entenderemos que es el mismo plazo de caducidad de la medida de origen y sin limitaciones al número de veces que se pueda ejercitar la reactualización de la medida. Por otro lado, adviértase que la norma refiere a la reactualización de la medida y no a la prórroga de ésta.

Otro aspecto que presenta la reactualización es referente al trámite in audita parte y notificación ulterior al afectado. La decisión que deniega o concede la reactualización, esta sujeta a apelación.

4. La ampliación de los embargos también va a influir en el cómputo de caducidad de la medida. Peyrano<sup>(2)</sup> cataloga a la ampliación como un nuevo embargo, por tanto, corre su suerte independientemente del que se afirma ampliado; en cambio si optamos por la posición de Rivas diremos que la ampliación del embargo, constituye la misma medida. Señala Peyrano la ampliación de embargos, permite entronizar un verdadero absurdo al escalonamiento de los privilegios, porque

---

(2) Peyrano Jorge, ¿ampliación de embargos? En: Tácticas del proceso civil, t.II, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1983, p. 116-117.

operaría ex tunc, retroactivamente. Explica, si luego del primer embargo otros acreedores toman sus medidas cautelares, estas medidas prevalecen en orden de privilegio respecto a la ampliación cuestionada. El nuevo embargo, corre su suerte independientemente del que se afirma ampliado. Esta aseveración coherente elementalmente principios en orden a la publicidad de las medidas cautelares y además es la única capaz de aventar la más palmaria de las conclusiones: que el deudor embargado por un monto pequeño, sucedido el deudor embargado por otro mayor, en connivencia con el primer embargante, amplíe desorbitadamente la primera medida cautelar, dando esquinazo así al segundo embargante; por ello, si con posterioridad a la anotación de la medida cautelar se ampliará la liquidación, tal ampliación no gozaría de la prioridad si, entretanto, se hubieran dispuesto otros embargos.

5. La posición que asumamos frente a la ampliación va a influenciar en el cómputo de la caducidad, pues, si asumimos que la ampliación del embargo es una nueva medida, el plazo de caducidad de aquella se computará de manera fraccionada e independiente, a partir de la ejecución de la medida originaria y la nueva medida, esto es, de la ampliación; pero, si asumimos considerarlo como una sola medida, nos preguntamos si la ejecución de la originaria y la ampliatoria se fusionan en una, para el cómputo del plazo de la caducidad, tomando como inicio la ejecución de la última ampliación o la ejecución de la originaria.

Tomando como referencia algunos pronunciamientos judiciales se asume en considerar a la ampliación del embargo como una sola medida, esto es, mantiene el rango de preferencia en su inscripción, pues, se refiere a la misma medida cautelar variada en cuanto al monto; pero, en relación al cómputo: trabado un embargo y si posteriormente se amplía su monto, la caducidad de ambas medidas se produce a los cinco años de la toma de razón del embargo original, desechándose así la teoría de los brazos independientes.

El cómputo de los plazos de caducidad no admiten interrupción, de tal forma, que las ampliaciones que pudieren devenir luego, no afectan el plazo, que ya viene corriendo con la originaria, sino que sirve para mejorar la eficacia de la medida.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si se prueba que la solicitante de la medida cautelar cumplió con requerir a la emplazada, el nombramiento de sus árbitros dentro del plazo de diez días de ejecutada, no se da el supuesto de caducidad de la medida.*

*El propio incumplimiento de la parte emplazada no puede sustentar una decisión liberatoria favorable a su parte (Exp. N° 7846-98, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 336)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El plazo de caducidad previsto en el CPC se aplica a todos los embargos y medidas cautelares dispuestas judicial o administrativamente, incluso con anterioridad a la vigencia del CPC, ya sea que se trate de procesos concluidos, en virtud de la Ley N° 26639 (Exp. N° 2430-98, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 337)*

*No cabe reactualizar el embargo declarado caduco, habida cuenta que los efectos de la caducidad son extinguir el derecho y la acción conforme lo precisa el artículo 2003 del Código Civil. Procede reactualizarlo únicamente antes de transcurrido el último día del plazo de caducidad, siempre que no hubiera concluido el proceso principal (Exp. N° 55-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 561-562)*

## RESPONSABILIDAD DEL JUEZ Y DEL SECRETARIO

### ARTÍCULO 626

*Cuando el Juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. En este caso, será sometido al procedimiento especial establecido en este Código.*

*El Secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan en su negligencia al ejecutar la medida cautelar. La sanción la aplicará el Juez a pedido de parte, oyendo al presunto infractor y actuándose pericia si lo considera necesario. El trámite se realizará en el cuaderno de medida cautelar. La decisión es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma trabaja el supuesto de una conducta culposa o negligente del juez de no haber apreciado la idoneidad del auxilio judicial propuesto para la función que le asignó.

Debemos partir por reconocer que no existe profesión u oficio especialmente apto para el cargo de custodio judicial. No existen listas judiciales para la designación, ello permite que su designación quede librada al arbitrio judicial y en algunos casos, en atención a la propuesta que haga el solicitante de la medida.

2. Hay muchos factores que pueden llevar a considerar inidóneo el auxilio, por citar en la intervención en forma de administración, la designación deberá tomar como referente, la preparación académica y la experiencia laboral que tuviere al respecto, el administrador judicial designado. Rivas<sup>(1)</sup> sobre el particular considera que “la carencia de aptitud puede derivar de la falta de título habilitante o de la existencia de defecto de conducta o incapacidad de hecho o de derecho que sean de público conocimiento o conocimiento judicial o que, según pueda probarse,

---

(1) Op. cit. p. 70-71.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

hubiese sido conocida por el magistrado al tiempo del nombramiento; de no ser así, es decir, cuando la impericia se manifiesta a posteriori, estaríamos en el campo del artículo 622 que no lo involucra”.

Por otro lado, la ineptitud debe ser ostentosa, es decir, saltar a la vista, de modo que el juez no hubiese podido dejar de advertirla si es que hubiere cumplido con su deber de formular una adecuada apreciación y selección.

3. La responsabilidad que regula el artículo 622 parte del supuesto que la designación no depende de la parte que solicita la medida, ni aparece impuesta por la ley, sino que resultan de la iniciativa y decisión del propio magistrado, sin embargo, señala Rivas<sup>(2)</sup> que aún cuando ocurriera lo primero, no puede desentenderse el magistrado, de su deber de dirigir el proceso y mantener la igualdad de partes, de manera que siendo manifiesta la inidoneidad, incurre en responsabilidad si teniendo que simplemente formalizar la designación llevada a cabo por el litigante, no toma los recaudos de control correspondiente. Si bien es prudente el cambio de estos auxiliares, sin motivo o razón objetiva que justifique su remoción o sustitución, puede ser hecha de oficio por el juez, en cualquier momento y sin sustanciación, cuando los intereses confiados a la custodia así lo exigieren. A pesar que la norma limita la responsabilidad a los casos de pérdida o deterioro del bien, podemos hacer extensiva a los importes de devaluación o al valor del objeto si se hubiese perdido.

Corresponde señalar dice Rivas<sup>(3)</sup> que la responsabilidad pesa tanto si quien debe soportar la pérdida o deterioro es el que solicitó y obtuvo la medida, pues el deudor no tiene porqué asumir la culpa del auxilio— como para resarcir al titular de los bienes (contraparte o tercero) afectados, que se verá privado de los mismos o los recuperará con su valor disminuido.

4. Otro supuesto de responsabilidad que contempla el artículo es el referente a los daños y perjuicios originados por el secretario en su negligencia al ejecutar la medida cautelar. En este caso, contempla la norma, será el juez, en un juzgamiento sumario el que aplicará la sanción, a diferencia de los daños y perjuicios que provengan del actuar del magistrado. Como señala la norma, se sujetará a “un procedimiento especial” el que lo ubicamos en el proceso de responsabilidad civil de jueces (ver artículos 511 y siguientes).

5. Los órganos de auxilio judicial están sujetos a recusación, conforme señala el artículo 315 CPC. En atención a ello, no es prudente que el juez designe a sus parientes o amigos próximos para evitar suspicacias justificadas o no. El juez debe pensar que se trata de un auxiliar suyo que lo representa y cuya actuación

---

(2) *Ibidem*.

(3) *Op. cit.* p. 71.

incidirá en algún grado en la confiabilidad y credibilidad de sus decisiones. Sobre el tema en particular, apréciase el pronunciamiento recaído en el caso: Servicios Médicos KMW con Opeluca<sup>(4)</sup>. En dicho proceso la imparcialidad del custodio se cuestionó por haber sido además designado por el ejecutante, en el expediente principal, para “recoger oficios, exhortos, copias certificadas, certificados de consignación y coordinar diligencias externas e indagar sobre el trámite del proceso”, solicitud que fuera acogida en el mandato ejecutivo. Esto implicaría que el custodio estaría asumiendo un doble rol, como órgano de auxilio judicial en el expediente cautelar y como procurador del ejecutante, beneficiado con la medida cautelar, en el expediente principal.

---

(4) Expediente N° 48721-2004, Res. N° 18 de fecha 29 de octubre del 2004 emitida por el 32 Juzgado Civil de Lima.

## MEDIDA INNECESARIA

### ARTÍCULO 627

*Si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario<sup>(\*)</sup>

---

1. La medida cautelar tiene como finalidad –entre otras– asegurar el cumplimiento de una obligación aún no reconocida por el órgano jurisdiccional.

Para amparar el pedido cautelar debe tenerse en cuenta siempre dos reglas básicas: a) el embargo solo se limita a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y b) se prohíbe al acreedor exigir que el embargo recaiga sobre determinados bienes, si hubiere otros bienes disponibles, de tal manera que no puedan generar perjuicio grave para el deudor.

Bajo las reglas enunciadas, se colige que si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada no cabe amparar el pedido cautelar, pues, ingresaríamos al uso abusivo de la cautela. Como señala Chiovenda, “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón, no debe convertirse en daño para quien no la tiene”.

2. Ahora bien, como la medida cautelar tiene como objetivo primordial asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, puede darse el caso que la garantía haya sufrido una disminución en su valor o la pretensión haya aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga. Estamos en estas circunstancias ante la posibilidad de la mejora y de la ampliación de la medida cautelar, respectivamente. En tales supuestos resulta atendible amparar la medida cautelar propuesta. Véase el caso de bienes muebles dados en garantía, que por el transcurso del tiempo o de su uso, estos disminuyen su valor. En el caso de las obligaciones

---

(1) Parte de los comentarios del presente artículo han sido tomados del trabajo publicado en Ledesma Marianella, “El abuso procesal en la medida cautelar: apuntes para la búsqueda de un procedimiento justo” en *Advocatus*, N° 12, Universidad de Lima, agosto, 2005, p. 261.

periódicas devengadas, que aumentan la cuantía de la pretensión reclamada; si se amplía el monto de la demanda, en atención a la reserva que permite el art: 428 CPC, resulta procedente también ampliar el monto de la contracautela (estamos ante la ampliación de la medida cautelar). En sentido contrario, si parte de la acreencia ha sido satisfecha en el transcurso del proceso, resulta atendible, reducir el monto de la medida cautelar o reducir el número de bienes afectados con la medida originaria. En ambos casos concurre la variación de la medida, a una reducción de la medida por el monto y por los bienes afectados.

Una expresión de esta limitación cautelar también la encontramos en el caso de la ejecución de derechos reales. Señala el artículo 692 CPC que no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubra el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el Juez.

3. La medida innecesaria esta en directa relación con el abuso en la cautela. Si la pretensión esta suficientemente garantizada no procede otorgar cautela; en igual forma, si se ampara la sustitución de la medida cautelar en atención al artículo 628 CPC por dinero en efectivo, no procede tener afectado los bienes que se intervinieron con la medida primigenia conjuntamente con el dinero entregado para la sustitución, pues, de ser así nos encontraríamos ante un supuesto de abuso en la cautela. En tal sentido, apréciase el pronunciamiento recaído en el caso: *Servicios Médicos KMW con Opeluca*<sup>(2)</sup>: “la resistencia del custodio Luis Quesquen Castro entregar los bienes, genera un abuso de la cautela, en perjuicio del ejecutado, toda vez, que su patrimonio se viene afectando por un monto superior al fijado en el mandato ejecutivo del principal, pues, no sólo le han retenido los bienes en el secuestro, sino que además existe el embargo en forma de depósito de dinero por la misma cantidad del mandato cautelar, esto es, a la fecha viene concurriendo doble afectación cautelar al patrimonio del ejecutado, que es necesario reparar con la misma urgencia con la que se dictó y ejecutó la medida cautelar variada, más aún porque los bienes afectados son necesarios para la actividad de la empresa afectada”.

Como se ha señalado, el artículo en comentario se orienta a evitar el abuso procesal de la cautela, cuando la pretensión se encuentra suficientemente garantizada. Este abuso puede ser apreciado bajo dos vertientes, el abuso del proceso o el abuso en el proceso. Tomando como referencia los trabajos de Silesio-Gasparini<sup>(3)</sup> diremos que el primero supondría abusar del derecho a la jurisdicción, del

(2) Expediente N° 48721-2004, Res. N° 18 de fecha 29 de octubre del 2004 emitida por el 32 Juzgado Civil de Lima.

(3) Silesio-Marisa G. Gasparini, “Reflexiones sobre el abuso en materia procesal” en **Abuso Procesal**, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, p.18.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

derecho a acceso a la justicia, del derecho de acción<sup>(4)</sup>. En cambio el abuso en el proceso se trata siempre del ejercicio abusivo del derecho de acción, pero parcializado en los diversos momentos de un proceso; son todas aquellas conductas de los sujetos procesales que impliquen disfuncionalidad o que importen agravios a la buena fe, lealtad y probidad procesales.

En la doctrina no hay un criterio uniforme sobre el criterio diferenciador del abuso procesal. Unos consideran que las conductas de abuso procesal deben contener el elemento subjetivo de la malicia o temeridad o descuido inexcusable; esto es la referencia a una actividad dolosa o culposa; sin embargo para otro sector, estos componentes subjetivos no son indispensables, pues bastará que se compruebe la existencia de un desvío o de un exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos procesales para que se califique como abuso procesal. Frente a estas dos posiciones aparece la tesis funcional sostenida por Peyrano<sup>(5)</sup>. Ella considera que un acto es abusivo, independientemente del dolo o la culpa, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido. Esto supone que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico.

El abuso de las medidas cautelares no es un tema que se agota en sede nacional, todo lo contrario, existen trabajos de procesalistas argentinos que abordan las conductas abusivas en las medidas cautelares. Bilesio y Gasparini<sup>(6)</sup> consideran que “resulta muy delgada la línea que separa su uso por cuestiones estrictamente relacionadas con el peligro en la demora y aquel que persigue fines de extorsión”.

La jurisprudencia argentina ha hecho referencia al ejercicio abusivo de las prerrogativas a obtener medidas cautelares, pero surgiendo la existencia de dolo o culpa del agente; en otros casos exige la demostración de los perjuicios irrogados.

(4) En esta línea se ubican el proceso innecesario (opera cuando se cobra un crédito que el deudor quiere voluntariamente satisfacer) el proceso claramente infundado, donde es evidente la sin razón del actor; proceso desviado (solicitud de quiebra para forzar el cobro individual de un crédito) y el proceso excesivo (se elige la vía mas amplia, lenta y costosa cuando existe otra mas breve). Sobre el particular ver los trabajos de Julianna Silesio-Marisa G. Gasparini, *Ibidem*.

(5) Peyrano es uno de los autores que adopta la concepción funcional, dentro de los criterios objetivos de clasificación. “Un acto sería abusivo, más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando dicha desviación haya causado un daño procesal”. Según Ivana María Airasca, “Muchas veces no es fácil identificar “el daño procesal”; de todos modos el acto procesal abusivo siempre causa un perjuicio ya que produce una dilación innecesaria e injustificada del proceso, un alongamiento en la duración de la tramitación del juicio que perjudica a la parte abusada, ya que verá demorado su debido proceso, y por lo tanto, la respuesta jurisdiccional que ponga fin al litigio y haga justicia, y que satisfaga su legítimo derecho. De manera tal que todo esto de por sí puede invocarse como perjuicio por la parte que fue objeto de un acto procesal abusivo por su contraria. De esta manera no serían factores de atribución subjetiva del agente abusador, como el dolo y la culpa, para que hubiera abuso de los derechos, lo cual muchas veces es difícil de probar y a veces hay supuestos en los que ni siquiera concurren pero ello no obsta a que el acto ejercido abusivamente dañe procesalmente y genere desviaciones procesales perniciosas”. Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso, en **Abuso Procesal**, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, p. 99.

(6) Op. cit. p. 25.

Según Peyrano<sup>(7)</sup> es más proclive al abuso procesal, al embargo de sumas de dinero. “Sea en su modalidad más inocua, la incautación de sumas en caja en acto único, sea en su variante más infamante, la intervención, en la que un extraño al establecimiento del presunto deudor vigila las recaudaciones en forma permanente para retirar una porción, desprestigiando al embargado con su sola presencia en el sitio, alimentando la suspicacia de la clientela –o a través de la especie más peligrosa– la sustracción de fondos en cuentas corrientes, que expone al rechazo de cheques y todas las consecuencias previsibles que ello acarrea, antes que el embargado pueda enterarse de la maniobra–, merece el más severo juicio de admisibilidad por los magistrados, tanto por los peligros que promete cuanto por la proclividad de los embargantes a su uso”.



## JURISPRUDENCIA

*El juez al disponer la variación de la medida, debe valorar cuál es la forma más idónea para asegurar la pretensión. No procede la variación si con esta última los bienes embargados, no constituirían garantía suficiente que pueda sustituir el dinero embargado. Se debe atender las circunstancias particulares del caso conforme lo contempla el artículo 617 del CPC (Exp. Nº 99-4757-3236, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 333)*

*La variación de la medida cautelar se atiende en circunstancias particulares del caso.*

*El solo pedido, basado en que el bien constituye herramienta de trabajo del obligado, no es suficiente para ampararlo, si se presenta una simple constancia de trabajo. Ello evidencia, no solo el comportamiento malicioso del obligado, sino, la complacencia del Juez al ampararlo (Exp. Nº 98-31552-3184, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 334)*

*Las partes pueden solicitar la variación de la medida cautelar dictada, debiendo el juez atender a éste, según la circunstancia particular de caso.*

*Si se ha declinado a la incorporación como miembros de la actual junta directiva, corresponde al Juez designar los nuevos integrantes, pues, la controversia versa sobre la nulidad de las elecciones sobre el consejo directivo de la Asociación (Exp. Nº 2059-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 335)*

*No procede la medida cautelar si la ejecutada tiene constituida garantías reales en respaldo de los créditos otorgados (Exp. Nº 99-9218-1424, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 327)*

*Debe desestimarse la medida cautelar de embargo si se estipuló que la garantía otorgada por la ahora demandada, cubre no solo la devolución del capital mutuado y sus intereses, sino también la penalidad (Exp. Nº 1152-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 247-248)*

(7) Peyrano Jorge, “Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil” en **Abuso Procesal**, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, p. 196.

## SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA

### ARTÍCULO 628

*Cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el Juez de plano la sustituirá. La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal. Esta decisión es inimpugnable.*

*También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días.*

---

#### CONCORDANCIA:

D.LEG. 822 art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 203, 204

---

### Comentario

---

1. Una de las características de la medida cautelar es su mutabilidad, para que pueda cumplir adecuadamente la función de garantía para la que están diseñadas. La mutabilidad de la medida conlleva a que pueda modificarse, sea ampliándola, reduciéndola o sustituyéndola.

La norma en referencia se ocupa precisamente de esta última posibilidad, la sustitución de la medida cautelar, a diferencia del artículo 617 CPC que regula la variación de la medida, en un sentido amplio. Podemos decir que sustituir es una forma de modificar, como lo es la ampliación, o la mejora, o la reducción; pero a diferencia de éstas, la alteración de la cautela no tiene, connotaciones cuantitativas sino cualitativas. No es el monto del crédito lo que se cuestiona en la sustitución, sino la forma de la medida y los bienes asegurados; por ejemplo, se dicta una medida cautelar en forma de secuestro por el monto de 5,000 dólares sobre el vehículo de Rocky. Este, invocando la sustitución y sin cuestionar el quantum de lo fijado como medida cautelar, puede depositar éste en dinero en efectivo, a fin de evitar el secuestro del vehículo. El intermediario del depósito del dinero en efectivo al momento de la sustitución, será el secretario del juzgado, si dicha sustitución se hiciera al inicio de la ejecución cautelar, quien dejará constancia de dicha entrega en el acta correspondiente y procederá a depositar el dinero en el Banco de la Nación.

La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión, no es un medio de pago, sino garantía. Aquí la sustitución opera de plano, sin mayor discusión, porque lo que se sustituye no es el monto cautelar sino la forma de la cautela por dinero en efectivo (depósito). La naturaleza de la medida (secuestro) es sustituida por el embargo en forma de depósito sobre la cantidad de dinero. Ella es inimpugnable, porque no hay agravio en dicha sustitución, pues, el carácter dinerario al que se orienta el embargo, ha sido satisfecho.

2. Como se aprecia la sustitución opera sobre la forma de la cautela y sobre los bienes, pero respetando el monto fijado. La sustitución tiene como finalidad mantener la garantía causando el menor perjuicio posible al deudor. Aquí la sustitución ahorra el trámite y los gastos del futuro remate, sin perjuicio para nadie.

La sustitución dineraria no solo procede previa a la ejecución cautelar, para evitar el secuestro o depósito de los bienes, sino que también es viable luego de ejecutada la medida. En este supuesto, el afectado deposita el monto de lo fijado en la medida cautelar y el juez de plano lo sustituirá, no siendo de aplicación la segunda parte del presente artículo, pues, ella está referida a garantías no dinerarias; sin embargo, hay otras opiniones, que aceptan que la sustitución proceda hasta antes de la ejecución cautelar, luego de ella, ya no cabe sustituir nada, sino pedir la variación de los bienes afectados o de la forma de la cautela (ver artículo 617 CPC). Véase que lo que se sustituye es dinero, en el mismo monto fijado por la resolución cautelar, a diferencia de la sustitución que regula la segunda parte de este artículo. Aquí, el bien que se entrega “debe contener garantía suficiente a criterio del juez” que respalde la cautela ya ejecutada. La sustitución no será cotejada en atención a un monto determinado porque no se entrega dinero en efectivo, sino a la estimación del valor del bien que se pretende sustituir.

Como ya se ha dicho, la sustitución opera en pretensiones dinerarias que se busca garantizar, de tal manera que el monto fijado en la medida cautelar siempre se respetará, operando la modificación sólo en lo relacionado con la naturaleza de la medida o los bienes asegurados. Esta sustitución puede materializarse a través del depósito en efectivo del monto de la medida o cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del juez. Según la modalidad que se utilice afecta el procedimiento de la sustitución; esto es, cuando se deposita el monto en efectivo opera la sustitución inmediata, en cambio cuando se ofrezca otra garantía que no sea el depósito del dinero aquí se resolverá previo trasladado al peticionante con la medida. Como se aprecia, técnicamente no opera aquí una sustitución de la medida sino una variación de ésta, pues se reproduce lo normado en el artículo 617 CPC.

Es de advertir que se sustituye “el monto de la medida cautelar dictada” y no “el valor de los bienes afectados con la medida”; por decir, si el vehículo materia de la medida cautelar en forma de secuestro tiene un valor no mayor de \$2,000, pero, la medida se ha dictado por la suma de \$5,000, para que opere la sustitución se

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tendrá que depositar el monto de la medida cautelar. \$5,000, y no el valor de los bienes afectados. En igual forma, si el bien afectado sobrepasa el monto de la cautela, lo que se sustituye es el monto de la cautela pero no el valor del bien afectado. Otro aspecto a considerar en la sustitución es la entrega del dinero, por el monto de la cautela, al secretario o ejecutor judicial de la medida, quién tendrá que depositar dicho dinero a nombre del juzgado, al Banco de la Nación, en el día. Dicho depósito se mantendrá en garantía líquida de la pretensión e incluso devengará intereses legales; sin embargo en la actividad judicial se aprecia que algunos ejecutados, entregan el monto de la cautela, no al secretario para la sustitución, sino al ejecutante de la medida, ante lo cual se procede a suspender la ejecución del embargo, a pedido del ejecutante, sin haberse materializado la cautela. Cuando estamos ante estas circunstancias, que el ejecutado -voluntariamente- entrega al ejecutante, a efectos de suspender la diligencia, el monto total o parcial de la afectación cautelar, no se trata de una sustitución de la medida sino de un pago a cuenta de la acreencia materia de demanda, situación que no permite posteriormente la devolución, en el mismo proceso, en caso se declare posteriormente infundada la demanda o se declare en abandono el proceso, entre otras situaciones, que lleven a la conclusión del proceso principal, pues, la suma entregada al momento de la ejecución cautelar, nunca fue destinada como sustitución propiamente de la medida ni menos fue depositada a nombre del Juzgado en el Banco de la Nación, por tanto, nunca tuvo la condición de garantía de la pretensión, para justificar su devolución. La sustitución de la medida presupone la ejecución satisfactoria de la medida cautelar, pues, se ha logrado materializar el monto de cautela, con la diferencia que se sustituye el bien por dinero en efectivo y la modalidad de secuestro por el depósito de dinero en efectivo, situación que no aparece en la entrega de dinero al ejecutante, quien a su voluntad decide "suspender" la ejecución, sin haber afectado algún objeto o bien en dicha medida.

Sobre el particular, véase el caso seguido ante el 36 JCL, expediente N° 55363-2002, en la que se suspendió el embargo en forma de secuestro, decretado por la suma de dos mil dólares, porque el ejecutado entregó voluntariamente dicha suma, en efectivo, al ejecutante y no al secretario judicial. Posteriormente se desestima la demanda y se deja sin efecto la medida cautelar de secuestro conservativo que se dictó contra el demandado; por tanto, dice la Sala Civil, al no haber negado el demandante que el citado codemandado, le entregó la cantidad de dos mil dólares americanos, con la finalidad de suspender, la ejecución de la mencionada medida cautelar, dejada sin efecto, procede, que le devuelva, dicha suma de dinero, ya que, la demanda incoada en contra del demandado, ha sido denegada<sup>(1)</sup>.

---

(1) Véase resolución de fecha 27 de Diciembre del 2006, emitida en el caso Viviana Rangel Machiavello con Hector Montori Alfaro sobre obligación de dar suma de dinero, expediente No 1695-2006, 2° Sala Civil de Lima. Proveniente del 36 JCL, expediente N° 55363-2002.

3. El deudor afectado con la cautela, puede recurrir a la sustitución, para lo cual deberá justificar dos supuestos: que los bienes ofrecidos en sustitución no se hallen gravados; y que aun cuando lo estuvieren, bastaren para cubrir el crédito. Lo que se busca es que lo embargado no pueda causar perjuicio grave al deudor, como sería el caso que ante la designación de un interventor para que recaude el 25% de los ingresos brutos de la empresa demandada. Es bastante probable que dicha medida afecte el desarrollo económico de la empresa, por lo que sería atendible sustituirla por el embargo de la maquinaria (que no afecte la producción) siempre y cuando no se encuentren afectadas con prenda, o por la entrega de un bien inmueble para un embargo en forma de inscripción. Otro caso, un embargo en forma de retención sobre dineros que tuviere en el sistema financiero, una empresa deudora dedicada a la actividad comercial, ello podría sustituirse por un inmueble libre de gravámenes y de mayor valor de lo afectado. La sustitución se justificaría por la afectación del crédito que la empresa deudora sufriría, por registrarse en el sistema financiero la medida cautelar, mas aún, que el bien inmueble que se entrega para la sustitución es de un significativo valor para la garantía que se busca.

La facultad del deudor de solicitar la sustitución de un bien cautelado por otro del mismo valor no se funda, solo en razones de interés social, sino en causar el menor perjuicio posible, mientras el derecho del acreedor quede suficientemente asegurado. Acosta<sup>(2)</sup> señala “aquí no esta ausente el orden público cautelar. Si la jurisdicción puede imponer al acreedor el cambio de un bien por otro, es porque la voluntad particular de los litigantes reconoce un límite, llamado utilidad de la medida”.

4. La sustitución de la medida cautelar, también puede operar de una cosa por otra. Se exige que se trate de bienes del mismo valor, pero de venta, puesto que lo que en definitiva se adjudicará al acreedor es el producto fruto del remate del bien y no la cosa misma.

A pesar que la norma no lo distinga, no procede la sustitución del secuestro judicial, esto es, el recaído sobre el objeto de litigio, pues, la esencia de dicha medida incide sobre la individualidad de la cosa embargada para no alterar caracteres o valores que hacen a la esencia de aquellos derechos, por tanto, sería contraproducente a ella, que se pretenda liberar el objeto de litigio mediante la sustitución por otro bien. Como señala el artículo 643 CPC, “cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste”.

---

(2) Acosta José, El proceso de revocación cautelar, Rubinzal y Culzoni SCC, Santa Fe, 1986, pp. 99.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La sustitución de la medida cautelar debe ser hecha por otra de igual o mayor jerarquía y que al mismo tiempo no disminuya la garantía que representa. Por citar, no procedería la sustitución de la medida por el solo argumento que el demandado tenga bienes conocidos, si no los presenta estos a embargo, o si ofrece un bien a embargo en forma de inscripción si aún no se ha incorporado al patrimonio del deudor, como es el caso del inmueble que se adquiere celebrando un contrato privado, pues, éste no otorga más que un derecho personal para perseguir el otorgamiento de escritura pública para si poder inscribir en Registros Públicos la transferencia del bien y el consecuente embargo en forma de inscripción.

Tampoco procede cuando se pretende sustituir un inmueble libre de gravámenes por otro gravado con hipoteca. Cuando se trate de embargo sobre fondos depositados en una cuenta corriente bancaria, si el deudor ofreciere bienes bastantes libres y de fácil realización o depositare como embargo, dinero en efectivo a la orden del juzgado, la negativa a sustituir –señala Acosta–<sup>(3)</sup> “carecería de sustento, en razón del papel que la cuenta corriente bancaria asume en el tráfico comercial y el perjuicio que no solo el embargado sino a terceros tenedores de cheques y al mismo Banco ocasionaría la inmovilidad de esos fondos. Por análogas razones, procede transferir la medida cautelar trabada sobre una cuenta corriente bancaria a un bien mueble que garantiza suficientemente el derecho del acreedor”.

5. La sustitución de la medida cautelar puede ser requerida sólo por el deudor y por el tercero legitimado, siempre que garanticen suficientemente el derecho del acreedor. No menciona al acreedor con la posibilidad de sustituir los bienes, pero si puede éste pedir la variación de la medida, conforme al artículo 617 CPC. A pesar que la norma no lo precisa, el tercero legitimado, afectado con la medida tiene iguales derechos que el deudor para solicitar la sustitución por otra menos gravosa, **siempre y cuando este tercero hubiere sido citado con la demanda.** Como refiere el artículo 623 CPC, ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si el banco demandado presenta una carta fianza en garantía para solicitar la sustitución de la medida cautelar de embargo, la misma que es rechazada porque es válida por un determinado período y no tiene el carácter de renovable; puede admitirse la sustitución condicionada, a que antes del vencimiento de la carta, el Banco adjunte una nueva y similar garantizando, por un plazo igual, el eventual resultado del proceso (Exp. Nº 1723-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 338)*

(3) Acosta, op. cit. p. 102.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La resolución que decide la sustitución de la medida cautelar no es susceptible de apelación (Exp. Nº 25363-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 249)*

*Si bien la medida cautelar fue concedida antes del acuerdo conciliatorio, no procede el levantamiento de ésta, si el ejecutado en la actualidad aún no ha cumplido con la obligación derivada del acuerdo.*

*Dentro de un sistema publicístico, el juez como director del proceso, está facultado por el principio de elasticidad a adecuar la exigencia de cumplir con las formalidades para los fines del proceso (Exp. Nº 4444-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 564-565)*

*Es nulo el auto que resolviendo la sustitución de la medida cautelar adiciona el levantamiento de ésta, a pesar de no existir pedido en tomo a ello. El juez no puede ir más allá del petitorio (Exp. Nº 580-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 317-318)*

## MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA

### ARTÍCULO 629

*Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese un modo específico que satisfaga la necesidad de aseguramiento. Es aquella que no se encasilla o se ubica en los tipos de medidas ya existentes.

Esta norma cumple la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales. Para Rivas<sup>(1)</sup>, esta medida debe constituir una suerte de parte general de la materia, sin embargo ocurre que se busca relegar lo genérico a un papel subsidiario. La medida genérica no debe ser utilizada en reemplazo de las específicamente reguladas, cuando éstas son suficientes para asegurar el derecho de quien la requiere. Si las tipificadas no cubren todas las necesidades del pretendiente, no hay ningún inconveniente en recurrir a las genéricas con la misma amplitud con la que deben usarse aquéllas. Al final –señala el autor– pueden ser variantes de alguna medida tipificada que mantiene así su presencia esencial; resultar de la combinación de más de una medida tipificada y constituir una figura totalmente diversa a las previstas.

2. La suspensión de acuerdos societarios en base a la pretensión de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas, podemos calificarla como una medida cautelar genérica. Ella asegura el cumplimiento específico de la sentencia que pueda recaer, suspendiendo provisionalmente la eficacia del acuerdo hasta la resolución definitiva del proceso. Si bien la medida innovativa se orienta a provocar un cambio de la situación existente, cuya alteración vaya a ser o sea el sustento

---

(1) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares en el proceso civil, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2000, p. 196.

de la demanda, sin embargo, ella se diferencia de la genérica porque es excepcional y subsidiaria, esto es, solo se concede cuando no hay otra vía para prestar una tutela eficaz. Además no requiere el peligro en la demora, como elemento de la medida cautelar genérica sino que se concrete en un “perjuicio irreparable”.

Otro caso a la que se puede recurrir con la medida genérica es para complementar el embargo de bien inmueble no inscrito. Véase el caso de un terreno de propiedad de una Asociación X, sobre el cual, el deudor ha edificado un edificio. Dicho terreno se encuentra inscrito a nombre de una Asociación civil, de la que el demandado es socio. El acreedor no solo ha pedido la afectación, como embargo de bien no inscrito (ver artículo 650 CPC), sino que para prevenir que los terceros adquirentes –alegando la falta de publicidad– pretendan alegar la buena fe y desconocer la medida cautelar trabada sobre el embargo de la fábrica o edificación, se debe complementar dicha medida con el deber de información que debe asumir el representante legal de la Asociación, para que en el supuesto de la transferencia del bien, cumpla con informar a los posibles interesados en adquirir la edificación, el embargo trabado sobre la fábrica; ello porque los Estatutos de la Asociación, condiciona la transferencia de la fábrica, previa aprobación de la junta directiva del nuevo socio, dando preferencia de la oferta a los socios y en caso la rehusarán, el nuevo adquirente debe contar con la previa aprobación de la Junta Directiva de la Asociación<sup>(2)</sup>.

3. Una de las limitaciones que se aprecia cuando se discute el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien inmueble, es la falta de regulación del secuestro judicial de bienes inmuebles.

La norma hace referencia al secuestro de bienes muebles, al referir a “la desposesión del tenedor y entrega al custodio designado” por ejemplo, cuando la discusión se refiera a la propiedad de un vehículo; pero, cuando se discute el mejor derecho de propiedad de un bien inmueble, y el bien se encuentra en poder de una de las partes, ésta se encontrará en mejores condiciones de disfrutar o de explotar el bien. En este caso, podría operar la medida genérica para la “intervención judicial de bienes litigiosos”. Con ella se busca conservar un patrimonio, empresa o bien inmueble, mientras se discute el derecho de propiedad o posesión de éstas. Dicha intervención judicial opera restringiendo las facultades del intervenido y sometiendo a control y fiscalización los actos que afecten al patrimonio litigioso, pero solo en el sentido de sujetarlos a control previo del interventor. El intervenido conserva sus facultades de disposición y administración. Solo está obligado a poner en conocimiento del interventor los actos que afecten al patrimonio litigioso y en caso de oposición del interventor, debe solicitar autorización judicial para

---

(2) Este caso aparece recogido en el Expediente N° 17202-97 del 3° Juzgado Civil de Lima, sec: Amaya, en los seguidos por Banco de Crédito del Perú con Banu SA y otros sobre pago de dinero.

realizar el acto. A través de esta figura se busca prevenir los abusos que el demandado pueda realizar sobre la cosa litigiosa, a tal grado que la ejecución de la sentencia resultaría ilusoria; sin embargo, hay supuestos legales que no cabe la medida genérica, como la que refiere el artículo 134.2 Ley Concursal que dice: son improcedentes, bajo cualquier circunstancia las solicitudes de medidas cautelares innovativas, genéricas u otras análogas cuyo objeto sea dejar sin efecto el levantamiento de la protección patrimonial y de la suspensión de pagos previstos en los artículos 17 y 18 de la Ley Concursal N° 27809.

4. La medida genérica tiende a confundirse equivocadamente con la medida autosatisfactiva, ante la necesidad de decretar medidas no previstas específicamente en el Código Procesal. Ambas medidas forman parte de la tutela urgente, sin embargo, hay que diferenciar que la medida cautelar es instrumental, porque produce efectos decisorios o ejecutorios de la sentencia principal, mientras se espera la expedición de ésta; en cambio, las medidas autosatisfactivas son procesos autónomos –no instrumentales– que acuerdan una satisfacción definitiva a la pretensión formulada, esto es, se trata de una medida urgente pero no cautelar.

La medida autosatisfactiva se obtiene en el ámbito de un proceso urgente, autónomo, dispositivo y contradictorio, con una bilateralidad de trámite rápido o posterior al despacho de la resolución.

Por otro lado, ambas medidas tienen puntos de coincidencia como la urgencia, buscan su ejecutabilidad inmediata, son mutables o flexibles (pueden ser sustituidas por otra medida más adecuada) y son otorgadas *inaudita parte*. El requisito del peligro en la demora, propio de la medida cautelar, se traduce en exigir que la tutela inmediata sea imprescindible, frustrándose en caso contrario el derecho invocado.

Uno de los mayores beneficios de la medida autosatisfactiva radica en la protección rápida y, por ende, eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto, por citar, el derecho a la vida.

A través de la medida autosatisfactiva se busca conferir al juez la potestad de decidir tempranamente, casi siempre in limine, sobre el fondo mismo de la pretensión, cuando por la singularidad del objeto litigioso se impone un pronunciamiento inmediato, para evitar la frustración del derecho que sucumbiría si no se concede ya la tutela. Ingresamos al imperativo de satisfacer la pretensión en ese momento o no podrá satisfacerse más, pues, la lesión al derecho se habrá consumado irremediablemente.

En relación al contenido de la medida diremos que es genérica y discrecional. Se pueden disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique bajo la responsabilidad del peticionante. En resumen diremos que la medida autosatisfactiva emerge frente a un proceso disfuncional dando respuestas urgentes frente a la evidencia de un derecho que existe. Son situaciones excepcionales

respecto del cual ofrece una respuesta eficaz. No son instrumentales ni provisionales, como la medida cautelar, sino autónomas y definitivas.

5. A pesar que nuestro ordenamiento procesal no lo contemple, en otras experiencias legislativas foráneas existe la figura de la inhibición general de bienes, que podría implementarse en nuestro sistema jurídico, aprovechando la mejora de los registros, a propósito de la ley general mobiliaria.

Opera en los casos, en que habiendo lugar al embargo, éste no se haga efectivo por no conocerse bienes del deudor o por no cubrir estos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél inhibición de vender o gravar sus bienes registrables, sea inmueble o mueble, que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida o que adquiera con posterioridad.

Se requiere que el funcionario público para autorizar los documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, buques, embarcaciones u otros bienes registrables, tenga a la vista el título inscrito en el registro correspondiente así como la certificación expedida para tal fin, en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registrales o que supeditan la inscripción de los respectivos actos o contratos, a la previa obtención de la mencionada certificación.

Como ya se ha señalado al inicio, esta medida está condicionada para operar sobre bienes registrables y bajo la existencia de un registro donde se consigne la inhibición general de disposición. También existe en otras legislaciones, la inhibición voluntaria, que es una limitación convencional a la facultad de disponer. A diferencia de la inhibición general, que como medida cautelar sólo puede originarse en un acto jurisdiccional, la voluntaria es el pacto en cuya virtud una persona, a fin de garantizar el cumplimiento de un contrato, asume la obligación de no transferir un inmueble determinado o aquellos que sea o pueda ser propietario.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede amparar la medida cautelar genérica para la desocupación del predio, a pesar que el principal, que declara fundada la demanda, se encuentra en el Supremo Tribunal en casación.*

*Para evitar la ejecución tardía, nuestro ordenamiento procesal, contempla los plazos procesales a los que se sujetan todos los intervinientes en el proceso; y respecto a la onerosidad, se instituye las costas y costos del proceso a cargo del perdedor, ello sin perjuicio de las acciones indemnizatorias respectivas (Exp. N° 4017-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 562-564)*

*No obstante existir cautela material, ello no obsta para que se conceda medida adicional, si se tiene en cuenta la calidad de los bienes prendados, pues, siendo vehículos de transporte su depreciación es evidente (Exp. N° 4521-976-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 550-551)*

## CANCELACIÓN DE LA MEDIDA

### ARTÍCULO 630

*Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Una de las características que definen a la medida cautelar es su provisoriedad, esto es, la medida no es inmutable sino que puede desaparecer porque las circunstancias que justificaron su dictado han variado o porque el proceso ha finalizado, conforme lo refiere el artículo 619 CPC.

La medida cautelar cambia según se ampare o rechace la pretensión principal. La medida se levanta si la sentencia desestima la demanda, pero, si la sentencia ampara la pretensión, la medida cambia, para dar paso a la ejecución forzada de la sentencia.

La eficacia de la medida cautelar va a estar condicionada a la existencia de una sentencia firme; pero, en el supuesto que hubiere sentencia en primera instancia que desestima la demanda, la misma que es materia de apelación, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho; por ejemplo, si Juan logra ejecutar un embargo en forma de retención sobre una suma de dinero en una cuenta bancaria del obligado para garantizar el cobro de una deuda, con la sentencia adversa al beneficiado con la medida, tendrá que liberarse la retención dineraria, a pesar de estar pendiente los resultados de la impugnación. Apreciese que el referente para levantar la medida es que se "desestime la demanda" mas no, cuando se declara "improcedente" ésta. En este último caso, si ella es materia de impugnación no justifica se levante la medida en atención al artículo 630 CPC. En igual forma, si frente a una medida cautelar fuera de proceso, se declara liminarmente improcedente la demanda, en aplicación del art. 636 CPC, se deberá levantar la medida de pleno derecho; sin embargo, si en plena ejecución para el levantamiento de la medida cautelar, se declara la nulidad de la resolución que declara la improcedencia de la demanda y ordena el juez revisor se admita a trámite la demanda; en tales circunstancias, no justificaría continuar con la ejecución del levantamiento de la medida, todo lo contrario, debería dejarse sin efecto ella y preservar

la cautela, pues no se ha cumplido con el supuesto del rechazo liminar de ella, a que refiere el artículo 636 CPC.

Para Rivas<sup>(1)</sup>, la cancelación de pleno derecho de la medida cautelar es porque esa sentencia es declarativa en grado de certeza, de la inexistencia del derecho que justificó la medida cautelar, fundada solo en el nivel de la verosimilitud.

Consideramos que dicha cancelación puede resultar perjudicial para la parte beneficiada, desde el inicio con la medida, porque se estaría condicionando el éxito de ella, a las resultas de la instancia y no de la sentencia misma.

Puede darse el caso que la sentencia que desestima la demanda sea revocada, sin embargo, la medida ya fue cancelada de pleno derecho.

La permanencia de la medida cautelar para que pudiera prosperar, a pesar de existir una sentencia infundada y apelada, se podrá orientar a que se mejore la contracautela, pues, con ello estaríamos asegurando futuros daños y perjuicios que pudieren generar la permanencia de la medida.

2. La norma regula la posibilidad del levantamiento de la medida cautelar, a diferencia de las otras figuras que regula el artículo 617 y 628 CPC que refieren a la variación y sustitución de la medida. Nótese que en estos últimos casos, la medida subsiste y lo único que opera es la modificación de repente en cuanto al monto de la afectación, a la forma, al órgano de auxilio judicial, entre otras exigencias.

En el caso que recoge esta norma, no habla de la subsistencia de la medida, sino de la decisión contundente del cese de la intervención en el patrimonio de afectado y como tal, el levantamiento de la medida.

Ello se explica porque en atención al objeto de la medida cautelar se establece la indisponibilidad del bien, para asegurar el resultado práctico de la sentencia que se dicte a favor de quien en definitiva sea reconocido como titular de la pretensión de fondo, puede sobrevenir en el curso del proceso situaciones incompatibles con la subsistencia de la medida dictada. Debemos precisar que el levantamiento de la cautela, puede ocurrir en cualquier momento y no necesariamente tenemos que esperar la sentencia de primera instancia. En tal sentido podemos decir que la medida se mantendrá mientras duren las circunstancias que las determinaron, por tanto, si estos se afectan por hechos sobrevivientes al momento que se dictó merece se levante. Casos que pueden justificar levantar la medida se puede referir a la nulidad del trámite, al abandono procesal (ver artículo 347 CPC), la nulidad de la rebeldía (ver artículo 463 CPC), el desistimiento de la pretensión, la sentencia

---

(1) Rivas, op. cit. p. 51.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

adversa al embargante y el cumplimiento por parte del deudor de la obligación materia de ejecución.

En conclusión, podemos afirmar que procede el levantamiento de la medida cautelar de un modo u otro, cuando se ha modificado las circunstancias que determinaron la medida cautelar.



### JURISPRUDENCIA

---

*No se puede excluir del levantamiento de la medida cautelar, algunos bienes muebles que no se encuentran consignados en la relación de bienes, si se tiene en cuenta que la posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles (Exp. Nº 3906-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 520)*

*Debe desestimarse el argumento de que la medida cautelar debe subsistir mientras no se resuelva el recurso de casación, puesto que toda medida cautelar es provisorio porque puede desaparecer sin que se haya expedido un fallo definitivo.*

*El proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, pues existe una situación de subordinación por la cual éste (proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero éste (el cautelar) no puede aparecer sin aquél, o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquél (Exp. Nº 865-7-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 483-484)*

*El auto que resuelve la cancelación de la medida no constituye cosa juzgada estando a la naturaleza provisorio, instrumental y variable de toda medida cautelar.*

*El solicitante tiene expedito su derecho para ejercitarlo en la oportunidad y forma prevenida por Ley (Exp. Nº 1695-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 353-354)*

## PLURALIDAD DE ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

### ARTÍCULO 631

*Cuando la medida recae sobre más de un bien y su naturaleza o ubicación lo justifica, puede el Juez designar más de un órgano de auxilio judicial.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

---

### Comentario

---

1. Hay diferentes especies de órganos de auxilio judicial que lo podemos agrupar en: instituciones o funcionarios administrativos que desempeñan funciones de custodia judicial, como el Banco de la Nación que actúa como depositario legal de los dineros judiciales. En esta categoría encontramos a los Registrados Inmobiliarios.

Los propios litigantes son otra categoría de auxiliares cuando uno de ellos es designado depositario de bienes embargados o se le ordena suspender una obra o se le conmina a no innovar una situación de hecho.

Los terceros ad-hoc, son auxiliares externos, cuando se desempeñan como custodio, depositario, retenedor, veedor e interventor. La mayor o menor amplitud de las facultades depende de la naturaleza y objeto de la medida: el depositario o custodio se dedicarán al cuidado material de las cosas confiadas a su cuidado; un administrador cumplirá todos los actos de administración necesarios para que no afecten el normal desarrollo del establecimiento a su cargo; un interventor vigilará los actos del intervenido y en su caso hará las retenciones que el juez haya dispuesto.

2. Los órganos de auxilio judicial son mecanismos de apoyo para hacer realidad los fines del proceso cautelar. Está conformado por el depositario con respecto al secuestro de bienes (art. 649 CPC), el custodio de bienes (art. 643 CPC), títulos de crédito (art. 652 CPC), el interventor recaudador (arts. 661 y 662 CPC) o en información (art. 665 CPC) el administrador (art. 669 CPC), el veedor especial (art. 633 CPC) el auxilio policial (art. 638 CPC) y el perito (art. 644 CPC).

Conforme señala el inciso 5 del art. 610 CPC, quien pide la medida cautelar debe designar el auxilio judicial, si fuere el caso; sin embargo, puede ocurrir que la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

medida cautelar recaiga sobre más de un bien o la naturaleza de la medida así lo justifique. Estamos en ese supuesto ante la concurrencia de órganos de auxilio judicial. Ello se justifica cuando la resolución cautelar contiene varias medidas que recaen sobre más de un bien; por citar, el embargo en forma de secuestro sobre los bienes y enseres del obligado y el embargo en forma de intervención sobre la empresa de éste. Aquí concurren dos medidas cautelares que afectan más de un bien y que por su naturaleza requiere la designación de un custodio y de un interventor; caso distinto es cuando un mismo bien es afectado por diferentes medidas cautelares, a petición de sujetos distintos. Estamos ante la concurrencia de varios órganos de auxilio judicial sobre un mismo bien. En esas circunstancias señala Rivas<sup>(1)</sup> “el magistrado manejará la cuestión con su prudente arbitrio, tratando de evitar la coexistencia de auxilios distintos, eligiendo al que parezca más apto y mejor responda a la salvaguarda de los distintos intereses. También y según la naturaleza del auxilio podría recurrirse a un tipo de colegiado”. Véase el caso de la intervención en recaudación a una empresa deudora dedicada a la producción de agua mineral, cuyas plantas de comercialización se ubican no solo en Lima sino en algunas provincias del país. Aquí es factible designar varios interventores para la recaudación, según el lugar donde se ubique el local para la intervención.

Véase en el caso Interbank con Socosani SA sobre ejecución de pagaré el juzgado dispuso lo siguiente<sup>(2)</sup>:

“...en aplicación del artículo 661 CPC: trábese embargo en forma de intervención en recaudación sobre los ingresos propios de la ejecutada en su local comercial sito en la avenida Argentina, cuadra 22, Lote 7, Lima, hasta por la suma de 750, 000 dólares, designándose como interventor recaudador a don Cesar Martín Benavides Ocampo, quien deberá de cumplir con lo estipulado en el artículo 662 y 663 CPC, e informar cada diez días de la intervención ordenada, debiendo la ejecutada prestar las facilidades al interventor señalado, bajo apercibimiento de Ley; (...) Trábese embargo en forma de intervención en recaudación sobre los ingresos propios de la sociedad ejecutada, en su local comercial sito en el Fundo Socosani - Yura, Provincia y Departamento de Arequipa, hasta por la suma de 750, 000 dólares, designándose como interventor recaudador a don Marco Antonio Calderón Ramos, quien deberá de cumplir con lo estipulado en el artículo 662 y 663 CPC, e informar cada diez días de la intervención ordenada, debiendo la ejecutada prestar las facilidades al interventor señalado, bajo apercibimiento de Ley...”.

(1) Op. cit, p. 93.

(2) La referida resolución de fecha 19 de abril del 2002, aparece en el cuaderno cautelar del Expediente N° 14554-2002 ante el 32 Juzgado Civil de Lima.

## DERECHOS DEL ÓRGANO DE AUXILIO JUDICIAL

### ARTÍCULO 632

*Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el Juez. El peticionante es responsable de su pago con cargo a la liquidación final, y debe hacerlo efectivo a simple requerimiento. Las decisiones en relación a la retribución son apelables sin efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Toda actividad de auxilio judicial puesta en manos de terceros, debe ser remunerada; sin embargo, hay situaciones cuando el órgano de auxilio es una institución o un funcionario de la administración, que no permite cobrar honorarios como los funcionarios del Banco de la Nación y los Registradores Públicos. Según Podetti, “tiene derecho a honorarios el depositario de los efectos embargados aunque fuera administrador de la demandada, ya que las funciones y responsabilidades asumidas como depositario difieren de las que le incumbían en su gestión”.

2. Descartando el derecho de retención, que no resulta aplicable a los órganos de auxilio judicial, ellos tienen derecho a repetir los gastos que hubieren efectuado y percibir una remuneración adecuada a su labor y responsabilidad. Los gastos que puede repetir, por haberlos adelantado de su peculio, son los necesarios para el buen desempeño de su misión, autorizados expresamente por el juez o implícitamente autorizados; sin embargo, debe tenerse presente que –por lo general– el custodio debe pedir autorización al juez para realizar dichos gastos, sobre todo los de cierta importancia y puede inclusive solicitar le sean entregados los importes respectivos. Si el órgano de auxilio judicial trata de afrontar situaciones imprevistas y de gran urgencia podrá hacer el gasto dando cuenta y pidiendo la autorización a posteriori.

3. Para el artículo 55 del CPC los órganos de auxilio judicial son el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la Policía y los otros órganos que determine la ley. A pesar que este artículo señala que “el auxilio judicial tiene derecho a retribución” debemos considerar que ello no es del todo cierto, como es en el caso de la policía, cuya intervención a que refiere

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

el artículo 638 CPC lo realiza en ejercicio de sus funciones, para lo cual el Estado le retribuye mensualmente con la asignación de un haber, situación que no opera para el caso del depositario, custodio, interventor, martillero, veedor, etc, cuyos honorarios son asumidos por la parte beneficiada con la medida.

Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fija el Juez. En el caso del custodio señala el artículo 654 CPC “antes de la aceptación del encargo, debe proponer el monto de la retribución por su servicio, estimado por día, semana o mes, según las circunstancias, la que será tomada en cuenta por el Juez al señalar la retribución”. El custodio no puede invocar el derecho de retención sobre el bien confiado para su custodia ya que ejerce sus funciones como auxilio o colaborador del proceso y no como sujeto de una relación contractual.

4. Otro aspecto a destacar es que el peticionante es responsable de su pago. El monto que implique el honorario del órgano judicial deberá ser liquidado bajo la figura de las costas procesales a que refiere el artículo 410 CPC, siempre y cuando la peticionante de la medida cautelar haya sido posteriormente beneficiada con la sentencia final. Solo en ese supuesto de la condena operaría el reembolso del honorario pagado, en atención al principio que regula los gastos: la parte vencida paga.

Por otro lado, la norma señala que el pago del honorario debe hacerse “de manera efectiva, a simple requerimiento”; sin embargo los beneficiados con la medida no siempre son diligentes con el pago, motivando –en algunos casos– que el custodio se resista a devolver los bienes hasta que se cumpla con el pago de, sus honorarios, a pesar que el artículo 649 CPC señale que no puede invocar el derecho de retención sobre el bien confiado para su custodia. Esto obliga al juez a ejercer sus facultades coercitivas y disponga la detención hasta por 24 horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia (ver inciso 2 del artículo 53 CPC). Una respuesta que se viene intentando al respecto, desde la actividad judicial, es que la parte actora asuma los gastos, directamente, que ha generado la conservación y custodia del bien, con cargo a ser reembolsados, en su momento, en la liquidación de las costas procesales, siempre que sea el ejecutado el vencido.

## VEEDOR ESPECIAL

### ARTÍCULO 633

*Cualquiera de las partes puede pedir la designación de un veedor que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial. En la resolución se precisarán sus deberes y facultades, así como la periodicidad con que presentará sus informes escritos, los que serán puestos en conocimiento de las partes.*

*En atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el Juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo subrogar al auxiliar observado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

Los órganos de auxilio judicial son mecanismos de apoyo para la función judicial, encontrándose dentro de ellos al veedor judicial. A diferencia del rol que se le asigna a los órganos de auxilio que detalla el artículo 55 CPC, el veedor judicial se constituye en un “fiscalizador” del auxilio judicial.

Como se puede advertir de la norma en comentario, el veedor no participa de la diligencia cautelar en sí misma, sino que observa el comportamiento de quien debe llevarla a cabo. Su apreciación es muy importante porque en atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el Juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo inclusive subrogar al auxiliar observado.

La norma señala que la resolución que designa al veedor debe precisar los deberes y facultades de éste, así como la periodicidad con que presentará sus informes, los mismos que deben emitirse por escrito para ser puestos en conocimiento de las partes. En ese sentido entiéndase al deber como “el comportamiento obligatorio impuesto por mandato judicial a una persona en favor de otra, quien tiene facultad para exigir su cumplimiento, cuando no fuese espontáneamente observado”.

Por otro lado, a pesar que se faculta a que cualquiera de las partes pueda pedir la designación del veedor, esa designación también podría operar de oficio porque cuando el juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro del bien sujeto a medida cautelar, siempre que haya sido causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. Sobre el particular véase el artículo 626 CPC.

## DERECHOS Y RESPONSABILIDADES DEL VEEDOR

### ARTÍCULO 634

*El veedor se asimila al órgano de auxilio judicial para los efectos de su retribución.*

*El veedor que incumpla sus obligaciones es responsable por los daños y perjuicios que se produzcan, sin perjuicio de la responsabilidad a que se contraen los artículos 371º y 409º del Código Penal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

La regla que recoge el artículo 632 CPC es que los órganos de auxilio judicial perciban una retribución que a su solicitud les fije el juez. A pesar que la función del veedor se orienta a fiscalizar la labor del órgano de auxilio judicial, para los efectos de su retribución la norma los asimila a aquellos.

El veedor también está sujeto a deberes y responsabilidades. En este último extremo la norma precisa que tiene responsabilidad civil y penal; sin embargo adviértase de la lectura del artículo 371 CP que solo hace referencia al testigo, perito, traductor o intérprete, que siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo. En igual sentido, el artículo 409 CPC también reproduce los órganos de auxilio ya citados.

Por otro lado, la norma hace referencia a la responsabilidad civil y penal que puede recaer sobre el veedor si éste incumple con sus obligaciones; sin embargo, la redacción del artículo 633 CPC al hacer referencia a los deberes del veedor, no precisa la sanción en caso de incumplimiento. Si bien el artículo 56 CPC señala que “los órganos de auxilio judicial se rigen por las leyes y demás disposiciones pertinentes” bien podría ser de aplicación, ante el incumplimiento, el inciso 1 del artículo 53 CPC.

## Sub - Capítulo 2º

# PROCEDIMIENTO CAUTELAR

### AUTONOMÍA DEL PROCESO

#### ARTÍCULO 635

*Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### *Comentario*

---

La obtención de una medida cautelar responde a una mecánica y racionalidad propia. A la jurisdicción concurren no solo una pretensión principal orientada a que esta dirima el conflicto sino que también una pretensión cautelar, orientada exclusivamente a asegurar el fallo definitivo, para dar eficacia a la decisión final que recoja la sentencia. Apréciase que tanto los procesos de cognición, de ejecución y cautelar, asumen un rol y una finalidad diversa en toda la discusión de la litis. Mientras se busca dirimir el conflicto de derechos en la jurisdicción, se hace necesario adoptar medidas tendientes a que lo que se defina en la futura sentencia, se satisfaga en la misma dimensión de lo que se declare, caso contrario tendremos que asistir a la ejecución forzada, a través del proceso de ejecución. Esto implica, que mientras se define la pretensión, se busca asegurar la eficacia de ésta, para luego, poder caminar hacia la satisfacción forzada de lo definido, en caso de resistencia.

Para la tramitación de la medida cautelar se forma un cuaderno especial conforme lo regula el artículo 640 CPC. La pretensión cautelar puede ingresar a la actividad jurisdiccional, aún sin proceso, como es el caso de la medida cautelar fuera de proceso que refiere el artículo 636 CPC. También puede incorporarse ante un proceso ya iniciado, sin embargo, para evitar que éste se paralice o quede en suspenso, se prohíbe pedir el principal para resolver la medida cautelar.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Algunos autores consideran que en la tramitación coexiste el procedimiento cautelar y el proceso cautelar. El primer supuesto opera cuando concurre solo el peticionante ante el juez, para que *inaudita pars*, emita una medida cautelar. Cuando se efectiviza dicha medida, recién se pone en conocimiento del afectado, el mismo que puede salir a defender su derecho. En este último supuesto, cuando el afectado con la medida, toma conocimiento de ella con la ejecución, se ubica el proceso cautelar.

Otra idea que concurre a la autonomía de la medida lo advertimos cuando luego de amparada y ejecutada la medida cautelar, la parte afectada apela de ella, esa medida puede ser mutable según las resultas de la apelación.



### JURISPRUDENCIA

---

*La Ley General de Arbitraje, permite solicitar medida cautelares, ante una autoridad judicial, antes de la iniciación del arbitraje, las que, según el texto de la norma, no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él; siendo de aplicación para dichos efectos, las disposiciones sobre el proceso cautelar contenidas en Código Procesal Civil (Exp. Nº 99-1362-731, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 326)*

*En el proceso ejecutivo sobre obligación de dar suma de dinero con medida cautelar, el impulso de ésta última no significa el impulso del proceso principal, ya que dado el carácter autónomo del citado proceso cautelar, éste no puede influir en el principal ya que se adopta bajo determinados supuestos procesales y con procedimiento que difiere del principal (Cas. Nº 2573-99, El Peruano, 24/08/2000, p. 6073)*

*Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un "proceso autónomo" para el que se forma cuaderno especial (Exp. Nº 144-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 178-179)*

## MEDIDA FUERA DE PROCESO

### ARTÍCULO 636

*Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto.*

*Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 280

C.P.C. Colombia art. 513

---

## Comentario

1. Todo juez puede dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso señala el artículo 608 CPC, pero la parte beneficiada con la medida debe interponer su demanda “ante el mismo Juez”, dentro de los diez días posteriores a la ejecución de ella.

Si bien la parte recoge de la jurisdicción una respuesta asegurativa, ella esta sujeta a la condición de formular su pretensión dirimente ante la jurisdicción dentro de los diez días posteriores a la ejecución y que haya sido admitida a trámite. Igual exigencia corre para el caso de medidas dictadas antes del inicio del procedimiento arbitral (véase el artículo 79 Ley N° 26572).

2. La norma señala que el beneficiado con la medida debe interponer su demanda ante “**el mismo juez**”, dentro de los diez, posteriores al acto. Ello no implica que sea el mismo que recibió la cautelar, sino el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse. El artículo 33 CPC que es la norma que regula la competencia del juez en este tipo de medidas así lo dispone.

Sobre la competencia del juez que dicta la medida cautelar fuera de proceso, resulta interesante leer el comentario que realiza Rivas<sup>(1)</sup> al respecto: “el artículo

---

(1) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares, ...op.cit. p.82.

608 CPC no significa sino atribuir al juez el poder jurídico de dictar tales medidas, pero no que por su sola adopción puede fijarse definitivamente la competencia, alterándose la regla fundamental prevista al efecto. No obstante ello, el artículo 608 tiene otro significado, ya que sirve para posibilitar que aún siendo incompetente, en caso de urgencia o de necesidad, el magistrado requerido puede dictar la medida cautelar sin perjuicio de la ulterior radicación ante el juez competente. En todo caso tendrá la posibilidad de declarar su incompetencia oficiosamente, de acuerdo a los términos del artículo 35 y la parte afectada, la de cuestionarla oportunamente al saber de la medida trabada”.

La redacción de este artículo tiene su antecedente en el artículo 224 del derogado Código de Procedimientos Civiles que autorizaba a todo juez de primera instancia a decretar embargos preventivos, anteriores a juicio y por sumas superiores a veinte libras. En cambio “habiendo litigio” solamente podía decretarlos el juez interviniente en la causa.

3. La medida cautelar está sujeta a caducidad. Ello implica cese del derecho a ejercitar una acción por haber transcurrido el plazo legal para hacerlo. Véase que la norma hace referencia a la caducidad y no a la preclusión. La caducidad implica que ciertos actos o facultades que no se ejercen dentro de cierto tiempo se pierde; en cambio en la preclusión es el efecto que sigue por haber realizado determinado acto, esto es, con su realización se agota una actividad para dar paso a otra.

La caducidad opera bajo dos supuestos: a) cuando la demanda no se ha interpuesto oportunamente, esto es, dentro de los diez días posteriores a la ejecución de ésta; b) cuando habiéndose interpuesto la demanda, ella es rechazada liminarmente. En este caso, no es necesario esperar que la resolución quede firme para dejar sin efecto la medida cautelar. Ella opera con la decisión de primera instancia, al margen que ésta pueda o no ser recurrida.

Como se aprecia, la forma más drástica de caducidad es la que se produce por vencimiento del plazo fijado para iniciar el proceso de cognición. Conforme lo señala el artículo 636 CPC, uno de los presupuestos a satisfacer, para que dicha medida tenga permanencia en el proceso a iniciar, es que se instaure la demanda dentro de los diez días de ejecutada la medida. En atención a ello, una de las articulaciones que no podría admitirse en esta etapa del procedimiento cautelar es la variación de la medida, como justificante para no continuar con la ejecución, ante la concurrencia de medidas cautelares. Esto es, que para no concluir la ejecución se podría ir solicitando la variación, por citar, del órgano de auxilio judicial, del almacén, del monto y modo de la afectación, entre otros.

Esta exigencia también es reproducida en la medida cautelar fuera del procedimiento arbitral conforme apreciamos del artículo 79 de la Ley N° 26572. En ese sentido véase el pronunciamiento recaído en la causa seguida por Baracco & Asociados SCRL con el Colegio Médico del Perú sobre medida cautelar fuera de

proceso arbitral<sup>(2)</sup>, “Si se prueba que la solicitante de la medida cautelar cumplió con requerir a la emplazada el nombramiento de sus árbitros dentro del plazo de diez días de ejecutada, no se da el supuesto de caducidad de la medida. El propio incumplimiento de la parte emplazada no puede sustentar una decisión liberatoria favorable a su parte. Las imputaciones que la solicitante no gestionó el proceso arbitral ni designó sus árbitros, no son supuestos de caducidad para la medida cautelar”.

El fundamento de la caducidad dispuesto en estas normas es doble. Por un lado, se presume el desinterés ante la inactividad procesal del beneficiario de la medida, quien no deduce oportunamente la demanda principal; y por otro lado, en la necesidad de evitar perjuicios al destinatario o afectado por la medida. También se señala como fundamento del instituto el de evitar que una de las partes pueda ejercer presión sobre la otra utilizando el poder jurisdiccional en violación del principio de igualdad, ya que el decretarse y cumplirse la medida cautelar, sin audiencia de la contraria, no puede ésta quedar indefinidamente trabada, sin poder hacer uso del contradictorio, a través de la impugnación recursiva.

4. En el caso de concurrencia de medidas cautelares, los medios de defensa del afectado están condicionados a la buena voluntad del ejecutante, de querer poner fin a la ejecución total de éstas, para que recién se pueda ejercer su derecho a la contradicción. El derecho a un procedimiento cautelar justo exige que se eliminen las barreras que obstaculicen el acceso a ese procedimiento, luego de ejecutada la medida.

No existe en el procedimiento cautelar bajo la concurrencia de varias medidas, un efectivo equilibrio procesal, porque, si bien la tutela anticipada se brinda de manera efectiva, los mecanismos para su revocatoria no fluyen con la misma dinámica con que se ejecutó porque se puede intentar, luego que se concluya la ejecución de la totalidad de las medidas dictadas. Además, debe apreciarse que la postergación deliberada a la impugnación por el beneficiado, ante la concurrencia de medidas cautelares, se muestra como una expresión de abuso en el proceso. El juez, como director del proceso, está obligado a contrarrestar ese abuso procesal en la medida cautelar, para lo cual, debe hacer uso de los mecanismos de la sanción pecuniaria y denuncia penal. (ver artículo IV del TP CPC); sin perjuicio de requerir al ejecutante con la medida cumpla con la ejecución de las medidas pendientes en un plazo reducido, bajo apercibimiento de proceder a notificarse en el día del mandato cautelar a fin que el ejecutado pueda apersonarse y hacer uso de sus medios de defensa

---

(2) Exp. N° 7846-98-Sala de Procesos Ejecutivos, publicado en Ledesma Marianella, Jurisprudencia Actual, tomo 5, Gaceta Jurídica, Lima, tomo 5, 2002, p. 543.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El derecho a la defensa que tiene el ejecutado no puede postergarse sin ningún límite de tiempo. En ese sentido, los beneficiarios con la medida, para evitar que opere los efectos de la caducidad restringida, evitan culminar con la ejecución de todas las medidas dictadas, permitiendo que una de las partes pueda ejercer presión sobre la otra –sin proceso judicial todavía– utilizando la actividad del sistema judicial y vulnerando el principio de igualdad, como expresión de un procedimiento justo.

Además se aprecia que para evitar la culminación de la ejecución cautelar, se recurre a la variación –de forma de la medida o de bienes– para evitar los efectos de la caducidad. En estas circunstancias, en la que hay concurrencia de medidas cautelares, no podría admitirse la variación de la medida, pues, se estaría permitiendo la indefensión al afectado con las medidas ya ejecutadas, quien no podría ejercer la impugnación en tanto no se concluya con las ya decretadas y posteriormente variadas, aún no ejecutadas.

Uno de los efectos que genera la caducidad de la medida es el levantamiento de la medida trabada. Opera de pleno derecho, tal como señala el artículo 636 CPC, pero no precisa si requiere el pronunciamiento judicial y si debe ser dispuesta de oficio por el juez. Cuando la norma se refiere a “la caducidad de pleno derecho”, ello significa que se debe buscar una declaración de la jurisdicción que así lo declare o ésta opera *per se*, sin necesidad de declaración. Si tomamos en cuenta que pleno derecho es todo aquello que, con independencia de la voluntad de las partes, provoca efecto jurídico que les afecta, por mandato de la ley, como por ejemplo, la mayoría de edad, podríamos colegir que el efecto de la caducidad debe ser inmediato y sin mayor pronunciamiento; sin embargo, ello no es así porque se requiere que así lo declare la jurisdicción para recién liberar los bienes afectados con la medida cautelar ejecutada. Rivas<sup>(3)</sup> considera que es correcto que la norma señale que la caducidad se produce de pleno derecho porque carecería de sentido imponer a la parte, la carga de reactualizar la medida, si la caducidad pudiese depender del pedido de la contraparte, ya que entonces el plazo necesitaría de un complemento, la solicitud del contrario, que una vez satisfecho imposibilitaría la reactualización.

Según Alberto Rambaldo<sup>(4)</sup>, la falta de limitación temporal de las medidas cautelares preventivas, constituye un abuso, por exceder los límites de razonabilidad, sobre todo en los embargos sobre bienes registrables. “El embargo muchísimas veces no tiene noticias hasta que por alguna circunstancia debe realizar un trámite registral o bancario y le surge los informes respectivos. La ley procesal le

(3) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares en el proceso civil peruano, Universidad Antenor Orrego, Rodhas, Lima, 2000, p.50

(4) Rambaldo Juan Alberto, “El abuso procesal” en **Abuso Procesal**, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, p.232

fija un plazo para la promoción de la demanda, caso contrario opera la caducidad de pleno derecho; sin embargo, dada la forma indeterminada en el tiempo, en que se despachan las medidas cautelares sucede que –pese a la caducidad procesal– la anotación registral sigue vigente hasta tanto se cumplan los cinco años que prevé la ley de registro”. Esta situación que comparte Rambaldo no deja de ser ajena a nuestra actividad procesal nacional; muchas veces la parte que ha ejecutado la medida cautelar de embargo en forma de inscripción, fuera de proceso, se perjudica con el plazo de caducidad al no interponer su demanda o no ser admitida ésta; sin embargo, a pesar que opera de pleno derecho, el beneficiado con la medida se aparta del procedimiento sin levantar dicha inscripción y el juez tampoco exige se materialice el levantamiento, trasladando las huellas de esta medida al propio afectado para que éste formalice su levantamiento.

6. El rechazo de la demanda, que se ha interpuesto luego de haberse ejecutado la medida cautelar, puede ser revocada por el superior, ordenando la admisión de ésta. En este caso, como la medida cautelar, de pleno derecho ha caducado, se debe iniciar una nueva tramitación para lograr la medida cautelar. El juez competente para dictarla será el que conocerá la demanda. Aquí ya no es posible que otros jueces, diferentes a éste, puedan dictar la medida porque ya no opera la competencia que regula el artículo 33 CPC.

El artículo en comentario acoge además, uno de los pocos casos de "demanda forzada", a fin de salvaguardar la medida urgente dictada, sin proceso. La tendencia es a que las demandas sean actos procesales voluntarios y en atención a ello, el pretendiente decide el momento de materializar su derecho de acción a través de la demanda; sin embargo, en el caso de las pretensiones aseguradas con medidas cautelares fuera de proceso, para preservar los efectos de la cautela ejecutada, se condiciona a que el beneficiado con la medida interponga la demanda oportunamente y no sea rechazada liminarmente. Ello no significa que luego de vencido el plazo fijado por Ley, diez días, la parte beneficiada con la medida no pueda interponer demanda o que el juez tenga que desestimar la demanda, por haberla interpuesto luego de dicho plazo, pues, esa limitante hay que entenderla a la vigencia de la medida cautelar, mas no al ejercicio del derecho de acción del ejecutante. Nada restringe el derecho de acción de esta ejecutante cautelar; lo que sucede es que su demanda se admitirá vencido dicho plazo, pero sin estar asegurada con un medida cautelar, pues ésta ha caducado. Tendrá que volver a intentar una nueva cautela posteriormente. A pesar de lo señalado, a la fecha todavía resulta "preocupante" encontrar decisiones que declaran la improcedencia de la demanda (criterio que no comparto) por haberla interpuesto luego de haberse agotado el plazo de caducidad de la medida cautelar y por tanto el juzgado que previno anteladamente con la medida cautelar, perdió competencia. Véase al respecto el pronunciamiento emitido por el 1º JPL de La Victoria-Lima, en la que el juez textualmente dice: "debe tenerse en consideración que al haberse incurrido en causal de caducidad de la medida cautelar interpuesta, esta judicatura

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

a perdido la prevención o exclusividad de la competencia, por lo que la demanda deberá ser rechazada liminarmente, dejando a salvo el derecho del recurrente, a fin de dirigir su demanda al Juzgado de Paz Letrado que por disposición legal corresponde; debiendo precisar en este extremo, que la prevención según Cabanellas es la "...anticipación que en el conocimiento de una causa toma un juez con relación a otros competentes también..."

Por último, debe tenerse en cuenta que para la interposición de medidas cautelares fuera de proceso, es aplicable la Directiva N° 004-99-PCSJ-PJ del 02 de marzo de 1999, que impide que una misma persona presente varias demandas o medidas cautelares fuera del proceso, donde las partes y la materia son las mismas.



### JURISPRUDENCIA

---

*Trabada la medida cautelar, el hecho de que se haya interpuesto demanda fuera del plazo previsto en el artículo 636 del CPC, no afecta ésta, sino, la caducidad de la medida. Declarar la improcedencia de la demanda atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional (Exp. N° 47492-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 142)*

*No es viable solicitar en una medida cautelar, antes de iniciado un proceso, la anotación en los Registros Públicos de una demanda aún inexistente, pues, se requiere la existencia de un proceso principal, esto es, por lo menos de la interposición de la demanda (Exp. N° 51558-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 524)*

*El beneficiario de la medida cautelar fuera de proceso debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los 10 días posteriores a dicho acto.*

*El derecho de acción no está supeditado a la ejecución de la medida cautelar (Exp. N° N-280-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 498-499)*

*Debe declararse la caducidad de la medida cautelar y la nulidad de todo lo actuado si la accionante no ha interpuesto oportunamente la demanda en los términos que señala el artículo 636 del CPC (Exp. N° 824-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 257-259)*

*De conformidad con el artículo 11 de la Ley de violencia familiar, puede solicitarse a los juzgados de familia, medidas cautelares que se tramitarán como medidas anticipadas fuera de proceso cuando la seguridad de la víctima o su familia requiera de una decisión jurisdiccional. Procede una medida anticipada de alimentos (Exp. N° 98-48, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 515)*

*Una medida cautelar fuera de proceso, una vez ejecutada e interpuesta la demanda, debe agregarse al principal el original de los instrumentos que sirvieron de sustento para conceder la tutela preventiva dejando en el cuaderno cautelar copia certificada de los folios desglosados (Exp. N° 854-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 260-261)*

## TRÁMITE DE LA MEDIDA

### ARTÍCULO 637

*La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.*

*Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.*

*Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 278

---

## Comentario

---

1. Una de las características del procedimiento cautelar es lo sumario de éste. Su tramitación es expeditiva y casi inmediata; y solo responde a dos situaciones: concede o rechaza la pretensión cautelar; sin embargo, esta última alternativa puede alterarse, si luego de apelada el rechazo, se revoca la decisión.

Cuando el juez aprecia de manera sumaria la verosimilitud del derecho lo hace a través de la prueba anexa a la pretensión cautelar, pero puede darse el caso que los medios de prueba aportados requieran ser mejorados o complementados por otros, para una mejor apreciación del derecho que se invoca. En estas circunstancias, de manera excepcional, el juez puede conceder un plazo adicional a fin que el peticionante presente otros medios de prueba, que muestren –en mejor forma– la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

---

(1) El comentario del presente artículo se realiza en atención al trabajo publicado en Ledesma Marianella, "El abuso procesal en la medida cautelar: apuntes para la búsqueda de un procedimiento justo" en *Advocatus*, N° 12, Universidad de Lima, Agosto, 2005, p. 261.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

2. Otra característica del procedimiento cautelar es la **reserva**. Esta opera en todo momento sea que se ampare o rechacé la pretensión. En este último supuesto, procede la apelación, pero la característica de la reserva del procedimiento se mantendrá porque el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado, sin admitirle intervención alguna.

La reserva en el procedimiento va a producir que el principio de contradicción se suspenda. En esta etapa, podemos ubicar al procedimiento cautelar porque solo interviene el peticionante ante el juez. Esta reserva cesa luego que se ejecuta la medida. Recién allí se deja sin efecto la suspensión del contradictorio, para dar paso a la posibilidad de recurrir ante el superior en grado. De allí que la norma señale: "al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo".

3. Otro supuesto que contempla el artículo es el rechazo de la medida cautelar. A pesar de no haberse amparado la medida cautelar, la reserva del procedimiento se sigue manteniendo, pues, solo podrá ser comunicado del rechazo y de toda la actividad que ella genere al solicitante de la medida, quien decidirá si interpone recurso de apelación.

La norma no indica el efecto con que se concede la apelación pero debemos entender que ella opera con efecto suspensivo porque lo que se busca es paralizar los efectos negativos del acto que se pretende revisar y porque con el rechazo de la medida cautelar se estaría poniendo fin al procedimiento iniciado. El artículo 371 del CPC regula este efecto de la apelación; situación diversa si la apelación se orienta a la medida concedida y ejecutada. Aquí el efecto de la apelación será sin efecto suspensivo, formándose el respectivo cuaderno de apelación, pues, el "principal cautelar" podrá soportar la variación u otras incidencias que puedan ocurrir en el camino procesal. Por otro lado, a pesar que la norma hace referencia a la impugnación recursiva (apelación) nada impide que se recurra a la impugnación nulificante, para cuestionar aspectos formales del procedimiento, o de la medida en sí. Véase el caso de la ejecución de la medida cautelar, sin haberse entregado previamente la contracautela real ofrecida y ordenada en la resolución cautelar. Evidentemente que por el tipo de vicio que se cuestiona no podemos invocar la apelación sino la nulidad de la ejecución cautelar.

4. Como refiere la norma, "la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada". Esto significa que la medida se dicta *in audita pars*, ello no implica la vulneración del contradictorio, sino la postergación del debate, hasta luego de ejecutada la medida. No se puede notificar al afectado con la medida, hasta luego de ejecutada ésta. A partir de ese momento tiene la facultad de ejercer el contradictorio, utilizando el recurso de apelación. En ese sentido la redacción en comentario dice: "al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, **quien recién podrá apersonarse al proceso e**

**interponer apelación**, que será concedida sin efecto suspensivo”. Lo señalado líneas arriba nos permite reafirmar lo siguiente: 1) la bilateralidad, va implícita en todo proceso, inclusive en el procedimiento cautelar; y, 2) la impugnación luego de la ejecución, es la lógica que se reproduce en todas las medidas cautelares. Esta especial situación que opera en la medida cautelar, no significa desconocer el contradictorio en ella, sino como señala Monroy Palacios<sup>(2)</sup>, “una reformulación, un acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza eminente que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia”.

5. Ahora bien, a través de la pretensión cautelar, no solo se puede afectar un bien sino varios bienes del obligado y, a través de diversos modos, como la retención, la intervención, el secuestro, el embargo, entre otros; por tanto, la lógica de la ejecución previa a la impugnación, se reproduce en todas las medidas cautelares, sea que tenga que afectar uno o varios bienes con una medida o ejecutar varias medidas sobre un bien. En estos casos nos encontramos ante la llamada “pluralidad de medidas cautelares” que van a concurrir a afectar de diversas formas el patrimonio del ejecutado. Veamos el siguiente caso: un acreedor ha logrado obtener una medida cautelar para afectar el vehículo de su deudor con un embargo en forma inscripción y secuestro; además ha logrado un embargo en forma de depósito sobre los bienes o enseres que se encuentren en el domicilio del ejecutado. Como parte de su estrategia, el acreedor beneficiado con la medida, decide ejecutar solo los embargos en forma de secuestro e inscripción del vehículo, dejando pendiente para algún momento ejecutar el depósito.

El deudor, propietario del vehículo afectado con las medidas de secuestro e inscripción, decide apersonarse y apelar del mandato cautelar, sin embargo, el juez le señala “pídase en su oportunidad”; en otras palabras le dice que espere la buena voluntad de su acreedor, para cuando éste recién quiera ejecutar el embargo pendiente, mientras, su posibilidad de defensa seguirá relegada hasta la buena voluntad del acreedor. El vehículo ha sido afectado pero no podrá recurrir a defenderlo, en tanto, el acreedor no decida concluir la ejecución de las medidas cautelares pendientes y esa decisión puede tardar días, meses o años, e inclusive podría llegar a competir con la caducidad de la medida. ¿A eso llamamos proceso justo?

6. Tomando como referencia el supuesto descrito en la norma, “la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada” moti-

---

(2) Monroy Palacios Juan José, Bases para la formación de una teoría cautelar, Comunidad, Lima, 2002, p. 134.

va reflexionar acerca de los medios reales de defensa del afectado ante la concurrencia de medidas cautelares.

Como las medidas cautelares se decretan y cumplen sin audiencia de la contraparte, en el trámite previo tendiente a lograr la traba de las mismas, no corresponde dar intervención al eventual afectado. En caso que el afectado, tomara conocimiento de la medida solicitada, ningún incidente planteado por éste podrá detener su cumplimiento. Al respecto señala Peyrano<sup>(3)</sup>, “no se trata de una excepción al contradictorio, sino una restricción temporal a su vigencia porque la bilateralidad de la audiencia reaparece pasada la oportunidad en que resultaba contraproducente su imperio”. Nuestro Código Procesal, en el artículo 637, al referirse a la postergación temporal de la bilateralidad dice: “al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, **quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación**, que será concedida sin efecto suspensivo”.

Dado el carácter de las medidas cautelares y en razón de la finalidad asegurativa, deben dictarse *inaudita pars*, bajo la exclusiva responsabilidad del solicitante, es decir, sin que proceda sustanciación alguna ni controversia entre las partes. Los afectados no pueden discutir su procedencia “antes que ellas hayan sido acogidas y efectivizadas”. La bilateralidad se cumple luego de efectivizada la medida. Como señala el artículo 637, el acto de notificación al afectado se realiza “al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior”, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación. La falta de cumplimiento de notificación no provoca la nulidad de la cautelar, sino que a lo sumo conserva abierta la posibilidad de introducir la apelación pertinente.

La pretensión cautelar busca afectar los bienes del ejecutado ante el peligro que éste desaparezca. No basta que el interés para obrar con esta pretensión se sustente en el peligro y que la medida solicitada tenga como fin prevenir un daño temido; es necesario que a causa de esa inminencia de peligro, tal medida tenga carácter de urgencia en cuanto sea de prever que, si la misma se demorase, se transformaría en daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido; esto es, que la providencia cautelar debe ser dictada sin demora, de otro modo sería ineficaz.

En otras palabras, en los casos donde se concede una medida cautelar *inaudita pars*, se otorga ésta por razones de urgencia, pero inmediatamente después de ejecutada se inicia la discusión sobre la validez de la medida concedida. Para Oviedo<sup>(4)</sup> el derecho de contradicción, se identifica con el derecho de defensa

(3) Peyrano Jorge, El proceso civil, principios y fundamentos, Astrea, Buenos Aires, 1978, p.155.

(4) Francesco Carrera, Programa de Derecho Criminal, Temis. Bogotá, 1957. pp. 976, 977, 978 y 979, citado por Oviedo Amparo, Fundamentos del derecho procesal, del procedimiento y del proceso. Temis, 1995, Bogotá, p. 22.

frente a las pretensiones del demandante o a la imputación que se le hace en el proceso penal. Pero se fundamenta en un interés general como el que justifica la acción, porque no solo mira a la defensa del demandado o imputado y a la protección de sus derechos sometidos al proceso, o de su libertad, sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo.

Ello no significa que se vulnere el principio de contradicción. Este esta presente en todo el desarrollo del procedimiento cautelar, lo que sucede es que el debate se posterga hasta la ejecución de la medida. Esta postergación es atendible por las particularidades que encierra la fase cautelar, que busca asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza o que disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor.

Tal necesidad se concreta en una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia, como sería luego de la ejecución cautelar; sin embargo, agotada dicha fase, nada justifica para que la parte afectada pueda ingresar al procedimiento. Asumir una posición de prohibición al ingreso del afectado implicaría vulnerar el derecho a la defensa.

No es suficiente que el contradictorio se encuentre regulado sino que además debe garantizarse un efectivo acceso a éste. La justificación de la postergación del contradictorio, por la finalidad asegurativa que se busca, no es una excusa sin limitaciones; todo lo contrario, ella está condicionada al logro de la cautela, para luego, permitir la impugnación recursiva del afectado, en ejercicio del contradictorio a que tiene derecho para su defensa.

Lo expuesto líneas arriba nos lleva a afirmar que el derecho a la defensa debe estar presente en todo el desarrollo del proceso para que pueda configurar un proceso justo, ello también es extensiva para el procedimiento cautelar. Precisamente, el derecho a un procedimiento cautelar justo exige que se eliminen las barreras que obstaculicen el acceso efectivo a ese procedimiento, luego de ejecutada la medida. En ese sentido, coincidimos con la opinión de Cesar Landa<sup>(5)</sup>, cuando señala “sin perjuicio de los derechos subjetivos y objetivos que configuran al debido proceso y que son propios de todo proceso o procedimiento judicial, administrativo, parlamentario, arbitral, militar o entre particulares, cabe añadir que el Estado tiene la obligación de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso a toda persona”.

---

(5) Landa César, Teoría del Derecho Procesal Constitucional, Palestra, Lima, 2003, p. 200.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

7. En el caso de concurrencia de medidas cautelares cuando se afectan varios bienes del ejecutado, la regla de la ejecución previa también se reproduce, pero con la salvedad que el contradictorio se puede ejercer a partir que todas las medidas cautelares dictadas se hayan ejecutado. No se puede admitir la apelación parcial porque se afectaría la reserva de la medida cautelar.

Esto es, si frente al supuesto que el acreedor ha logrado obtener una medida cautelar para afectar el vehículo de su deudor con un embargo en forma inscripción y secuestro; y además ha logrado un embargo en forma de depósito sobre los bienes o enseres que se encuentren en el domicilio del embargado; tendrá éste que esperar que se ejecuten todas las medidas dictadas, esto es, el embargo en forma de inscripción y secuestro así como el depósito, para que recién pueda ejercer su contradictorio. Mientras ello no suceda, no podrá ingresar al procedimiento cautelar ni impugnar la decisión cautelar, pues, el contradictorio seguirá postergado hasta su ejecución total. En otras palabras, sus bienes han sido afectados pero no podrá recurrir a su defensa, en tanto, el acreedor no decida ejecutar las medidas cautelares pendientes; y esa decisión puede tardar ¿días, meses o años?.

La situación así descrita nos lleva a reflexionar acerca de los medios reales de defensa del afectado con la medida cautelar y sobre todo el estado de indefensión del ejecutado, cuando ante la concurrencia de medidas cautelares se deja a expensas del acreedor, sin límite, poner fin a éstas.

Partamos de la idea que si bien el Estado niega al individuo el derecho a hacerse Justicia por mano propia, esto es ejercer la autodefensa, debe compensar dicha prohibición brindando tutela anticipada, a fin que no sean ilusorios los actos de la jurisdicción, siempre y cuando la pretensión tenga un mínimo de fundamento contra la malicia del deudor o de terceros; pero también debe autorizar su cese, sustitución o levantamiento, con la misma efectividad con la que se dictó, a fin de evitar el abuso procesal a través de la cautela.

Existe un mecanismo de doble vía, así como aparece la necesidad de tutela anticipada, así también debe permitir los mecanismos inmediatos para liberar los bienes de esa afectación. Ello implicaría que la tutela anticipada del acreedor opere de manera efectiva, en igual forma que para el afectado con la medida, ante la revocatoria de ésta.

Ante la concurrencia de medidas cautelares –se deja a expensas del acreedor– poner fin a éstas, generando transitoriamente la indefensión del afectado. Hay un sector que considera que la restricción a la actividad procesal del afectado se compensa con la contracautela que se exige para el cumplimiento de la medida (ver artículo 613 CPC), pues, el fundamento de la contracautela, se encuentra en el principio de igualdad y reemplaza en cierta forma la bilateralidad hasta que ella se materializa; sin embargo, debemos apreciar que la contracautela se

va a materializar frente al daño que ha generado la medida cautelar, situación diversa ante la imposibilidad de recurrir –en forma oportuna- una decisión judicial, como parte del debido proceso que recoge el artículo 139 inciso 6 de la Constitución del Estado.

Además se invoca el principio de igualdad procesal, sustentado en la tesis de la igualdad de las personas ante la ley. Esto implica que en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones y oportunidades entre las partes en función del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley. En ese sentido véase la redacción del artículo 2 inciso 2 Constitución del Estado. Por otro lado, la humanización del proceso, busca evitar que la desigualdad entre los sujetos por razones de sexo, raza, religión, idioma, condición social, política o económica, o de cualquier otro carácter que afecte el acceso, desarrollo y resultado justo, en un procedimiento. Conforme a esta exigencia, que recoge el principio de socialización del proceso, (ver artículo V del TP CPC) el juez se encuentra facultado y obligado a impedir la desigualdad con que concurren las partes al proceso o procedimiento, de tal manera, que ella no sea determinante para que los actos procesales o las decisiones que se emitan tengan una orientación que repugne al valor justicia.

Por último, para contrarrestar la postergación ilimitada del contradictorio en la medida cautelar, se invoca el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Se trata de administrar justicia oportuna dentro de un plazo razonable. Si bien éste es un típico concepto jurídico indeterminado, lo razonable será establecido por el juez en base a la ley, considerando el tipo de proceso en curso. En efecto, como señala Landa<sup>(6)</sup>, el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse considerando las circunstancias de la causa, la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes y de las autoridades, así como las consecuencias de la demora.

Frente a los argumentos propuestos, la postergación de la impugnación, ante la concurrencia de medidas cautelares, si genera indefensión en el afectado, pues, el ejercicio del contradictorio estaría supeditado hasta cuando el beneficiado con las medidas decida poner fin a la ejecución. El hecho que exista una contracautela con el objeto de asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, ello no puede justificar la postergación indefinida del ejercicio de la impugnación, pues, aquí no trata de resarcimientos sino el ejercicio efectivo de la defensa, como expresión de un proceso justo. Uno no se contrapone a lo otro, porque aún ejerciendo el contradictorio, nada impide que luego se ejecute la contracautela ante el daño causado con la medida cautelar; convergen pues en el procedimiento contradictorio, el derecho a la indemnización con la garantía de un proceso justo, cada uno, en sus respectivos espacios y objetivos.

---

(6) Op. cit. p. 204.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Además debe apreciarse que no existe un equilibrio procesal entre las partes, pues, si bien la tutela anticipada viene operándose de manera efectiva, la posibilidad de revocar ésta es remota, ni siquiera se podría intentar. Esto es más preocupante, cuando de manera deliberada, el ejecutante de la medida ha diseñado, como parte de su estrategia procesal, lograr una pluralidad de medidas cautelares sobre los bienes del afectado, para luego postergar indefinidamente la ejecución de una de ellas, a fin de evitar que el ejecutado pueda recurrir en apelación para lograr la revocación. El contradictorio es más que vulnerado y el ejercicio abusivo de la actividad procesal está increíblemente tutelado.

En el caso de concurrencia de medidas cautelares, los medios de defensa del afectado no se tornan reales, son más bien ilusorios, condicionados a la buena voluntad del ejecutante de querer poner fin a la ejecución de éstas, para que recién pueda ejercer el contradictorio. Esto nos lleva a sostener que el diseño para la impugnación recursiva no es un mecanismo eficaz que permita el ejercicio real de defensa; se vulnera la igualdad procesal y se genera un procedimiento con dilaciones, deliberadamente creados. Todo ello no permite considerar al procedimiento cautelar como un mecanismo justo de tutela de urgencia. Dicha urgencia no puede justificar el abuso en el procedimiento cautelar.

8. Reafirmando el carácter dialéctico del proceso consideramos que la pretensión cautelar no puede ser ejercida sin límites, porque afecta el equilibrio procesal que debe primar en todo proceso. No es suficiente garantizar al ejecutado con la medida el contradictorio, sino que hay que dotar de los mecanismos adecuados que lo hagan realidad. No es posible considerar un procedimiento equilibrado y justo cuando solo el ejecutado tiene la potestad de decidir —ante varias medidas— cuando las termina de ejecutar.

El derecho a la defensa que tiene el ejecutado no puede postergarse sin ningún límite en el tiempo, ni estar condicionado su ejercicio a la voluntad del beneficiado con la medida.

Mantener una posición como la que se describe implica legitimar una situación que linda con lo abusivo y lo injusto; por ello, consideramos indispensable que se coloque límites temporales para la ejecución total de las medidas cautelares, en caso de concurrencia o se dicte otras medidas que permitan viabilizar en mejor forma la pronta impugnación por el afectado. Con ello, se permitiría que el derecho a la defensa del afectado con las medidas ya ejecutadas, no adolezcan de una postergación infinita para hacer realidad el contradictorio.

También nos permitiría presumir desinterés ante la inactividad procesal del beneficiario con ella, quien no concluye la ejecución oportuna de sus medidas. La incorporación de un plazo de caducidad permitiría que, en breve tiempo, se defina la posibilidad del contradictorio, plazo que se computaría a partir de la primera medida ya ejecutada. Dicha caducidad es importante, a fin de evitar que una de

las partes pueda ejercer presión sobre la otra utilizando el poder jurisdiccional y vulnerando el principio de igualdad. Como dicha medida se decretó *inaudita pars*, ella no puede quedar indefinidamente trabada.

El fundamento de la caducidad dispuesto en estas normas es doble. Por un lado, se presume el desinterés ante la inactividad procesal del beneficiario con la medida, quien no deduce oportunamente la demanda principal (ver el caso del artículo 636 CPC); y por otro lado, en la necesidad de evitar perjuicios al destinatario o afectado por la medida. Sobre el particular, apréciase el pronunciamiento emitido el 15 de marzo del año 2006, por el 4º Juzgado Comercial de Lima, que dispuso ante la concurrencia de medidas cautelares ya ejecutadas, requerir a la entidad beneficiada, la ejecución de la única medida pendiente en un plazo determinado, bajo apercibimiento de proceder –en el día– a notificar el mandato cautelar al afectado con ella, Lloyd Aéreo Boliviano, a fin de viabilizar la posibilidad de la impugnación de esta parte con la medida.

Hay que recordar que es deber del juez impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria, tal como refiere el artículo IV del TP CPC, enunciado que es coherente con la orientación publicista del proceso de no permitir que el juez sea un mero espectador en la contienda, un tercero neutral. Las tendencias del proceso moderno coinciden en el aumentar los poderes del juez en la dirección y conducción del proceso, permitiendo ingresar a vigilar la conducta de los justiciables en éste.

Los enunciados que se puedan formular sobre la conducta de los sujetos en el proceso, son moralmente valiosos, pero si no ofrecen sanción carecen de juricidad, por ello el Código regula en los artículos 109 y 112, reglas que determinan el comportamiento la temeridad procesal en los justiciables y sus abogados, así como su correspondiente sanción pecuniaria.



## JURISPRUDENCIA

---

*Solo al término de la ejecución de la medida cautelar debe notificarse al afectado (Exp. Nº 235-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 93-94)*

*Es prematuro conceder la apelación cuando aún la medida cautelar no ha llegado a término (Exp. Nº 959-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 349-350)*

*Es nula la resolución, si el juez fundamenta la improcedencia de la medida cautelar en el hecho de que la pretensión planteada no tiene conexión con la principal, sin explicar en qué radica la no conexión (Exp. Nº 5039-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 192).*

## EJECUCIÓN POR TERCEROS Y AUXILIO POLICIAL

### ARTÍCULO 638

*Cuando la ejecución de la medida deba ser cumplida por un funcionario público, el Juez le remitirá, bajo cargo, copia certificada de los actuados que considere pertinentes y el oficio conteniendo el mandato respectivo.*

*Igual oficio se cursará a la autoridad policial correspondiente, cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública.*

*Por el mérito de su recepción, el funcionario o la autoridad policial quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Cuando la ejecución de la medida cautelar deba ser cumplida por un funcionario público, el Juez le remitirá, bajo cargo, copia certificada de los actuados que considere pertinente y el oficio conteniendo el mandato respectivo. Estos actuados son conocidos en la actividad judicial como “partes judiciales” y contiene información sucinta y precisa del mandato cautelar que se quiere ejecutar. Lo importante de esta comunicación es que ella debe ser ejecutada por un funcionario público, como por ejemplo, el Registrador Público en los casos de embargo en forma de inscripción o de anotación de la demanda. A pesar que la norma establezca que “por el solo mérito de su recepción, el funcionario queda obligado a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal,” ello no es del todo cierto, porque en el caso del Registrador Público citado, puede llevar a generar resistencia a la inscripción del mandato judicial argumentando la incongruencia con los principios registrales de impenetrabilidad y tracto sucesivo recogidos en los artículos 2017 y 2015 Código Civil, a pesar que el inciso 7 del artículo 2019 Código Civil permite la inscripción de embargos y demandas verosímilmente acreditadas, recién cuando el mandato judicial sea inscrito se podría considerar que la ejecución se está materializando.

2. El artículo hace referencia a la intervención de la autoridad policial para la ejecución de la medida cautelar, siempre y cuando las circunstancias así lo exigieren. Al respecto debemos señalar que la Policía es un cuerpo orientado a mantener

el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos. La administración del Estado necesita un cierto poder coactivo que asegure el mantenimiento del orden público para lo cual utiliza elementos activos, llamados Policías, a fin que den fuerza a la autoridad del Estado.

Las leyes procesales facultan a los jueces ordenar el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de diversas actuaciones del Despacho, llámese la conducción de grado o fuerza de un testigo, la captura de un vehículo materia de una medida cautelar, el auxilio de la fuerza pública para los lanzamientos, ejecución cautelar, entre otros. El medio de comunicación que utiliza el juez para solicitar la intervención de la autoridad policial es el oficio. Ello es coherente con lo regulado en el artículo 148 CPC que señala: “a los fines del proceso, los jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte de él”.

La intervención de la autoridad policial en la medida cautelar, contribuye a efectivizar uno de los poderes de la jurisdicción, como es, la coerción, a fin de procurar elementos necesarios para la decisión final, removiendo los obstáculos que se opongan al cumplimiento de su misión. En virtud de ello, señala Devis Echeandía<sup>(1)</sup>, los jueces pueden emplear la fuerza pública para imponer la práctica de un embargo, situación diversa al poder de ejecución que también tiene la jurisdicción, pues, allí no se persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que derive de una sentencia o de un título de ejecución. Cuando se trata de ejecutar una sentencia, la *executio*, se refiere al poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, pues, de nada serviría el proceso, si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado.

Otro aspecto a resaltar es el efecto que genera la comunicación mediante oficio para la ejecución de la medida cautelar. De este acto se desprenden dos efectos; el primero está referido a la reserva que debe acompañar a la comunicación a fin de preservar el éxito de su ejecución; y el efecto conminatorio que genera su sola recepción, esto implica que la autoridad policial o funcionario público, quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal.

---

(1) Devis Echeandía Hernando, t.1, op. cit. p. 82.

## CONCURRENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES

### ARTÍCULO 639

*Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El proceso es una herramienta para satisfacer derechos materiales, pero, frente a la tutela de ellos existe un criterio selectivo de preponderancia de derechos sobre otros, por citar, los derechos fundamentales operan en primer orden frente a derechos patrimoniales, a tal punto que la urgencia en su tutela ha hecho que se diseñen procesos especiales para una respuesta casi inmediata como es el caso de las acciones de garantía.

Por otro lado, tenemos que reconocer que la medida cautelar es una herramienta para la eficacia del proceso, orientada a evitar que el tiempo que dura el trámite del proceso, la decisión final sea realmente practicable. En atención a ello, el juez puede ir afectando provisionalmente bienes u ordenando realizar o no determinadas conductas, de tal manera, que a futuro permitan que su decisión final sea eficaz.

Puede darse el caso que un patrimonio no solo sea vea afectado por una medida cautelar, sino por varias, provenientes de diversos procesos. Aquí nos ubicamos ante el supuesto de la concurrencia de medidas cautelares, en la que existe un bien afectado por varias medidas. Por citar, el Juez del 1º Juzgado Civil dispone el embargo por determinado monto, en forma de inscripción, sobre un inmueble X por una pretensión dineraria y el juez del 3º Juzgado Civil dispone otro embargo en forma inscripción sobre el mismo bien, por un monto diverso.

Cuando estamos ante la concurrencia de medidas cautelares que afectan un bien, existe un criterio de prelación temporal, para decidir el orden de prioridad entre las medidas cautelares que concurren sobre el bien, pero, nótese que este criterio de prelación temporal solo va a operar cuando se discuten derechos patrimoniales, provenientes de créditos ordinarios. Aquí se tendrá que privilegiar la medida cautelar que se inscribió primero. La norma en comentario así lo señala: “*Cuando*

*dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución”.*

2. Otro aspecto que se presenta en la concurrencia de medidas cautelares es cuando ellas cautelan un derecho fundamental frente a otra que cautela un derecho patrimonial. Aquí no podemos hablar de prelación temporal, porque ella es aplicable cuando ambas medidas se orienten a cautelar pretensiones patrimoniales, mas, cuando existe concurrencia de pretensiones que cautelan derechos fundamentales, éstas tendrán una prelación sobre la patrimonial, no por un criterio de temporalidad sino por una prelación material.

En esta línea de prelación, también concurren ciertos créditos privilegiados frente a los ordinarios, a los que se otorga prelación material. Véase el caso de los créditos provenientes de obligaciones laborales, alimentarias y tributarias, a los cuales, por extensión de la prelación concursal se le concede ciertos privilegios en su cobro. Esto lleva a sostener que en el caso que se hubiere trabado varios embargos en forma de inscripción, el primero proveniente del incumplimiento de pago de unas mejoras y el otro, de unas deudas laborales por beneficios sociales, esta última medida tendrá prevalencia sobre el anterior embargo, por más, que se hubiere ejecutado con posterioridad; sin embargo, debemos precisar que ese derecho que se cautela, debe provenir de un proceso regular, pues, por más que su esencia se oriente satisfacer derechos fundamentales o créditos privilegiados, ellos, deben provenir de un debido proceso, para su eficacia total.



## JURISPRUDENCIA

---

*El hecho que los bienes materia de embargo se encuentren prendados a otra entidad, no impide la procedencia y ejecución de la medida cautelar solicitada, pues, en una eventual realización de las mismas deberá respetarse la prelación del gravamen, conforme lo dispone el artículo 639 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 67504-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 566-567)*

*La articulación de nulidad es improcedente cuando se sustenta en causal no prevista en el CPC. Encontrándose embargado un bien, no puede ampararse la nulidad de un nuevo embargo, puesto que esta nueva medida debe entenderse como reembolso (Exp. Nº 1777-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 97-98)*

*En caso de concurrencia de medidas cautelares, la prelación se atiende conforme a la fecha de su ejecución como regla general y excepcionalmente, por los derechos que sustentan la pretensión (Exp. Nº 293-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 353-354)*

*Cuando dos o más medidas afectan un bien, éstas aseguran la pretensión por lo que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución.*

*El reembolso no se encuentra regulado en el nuevo Código Procesal Civil (Exp. Nº 1314-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 346-347)*

## FORMACIÓN DEL CUADERNO CAUTELAR

### ARTÍCULO 640

*En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisoría. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La autonomía del proceso cautelar exige la formación de un cuaderno especial, en el que aparezca la información pertinente para amparar o desestimar la pretensión cautelar. Este cuaderno podemos calificarlo como un legajo de foliatura corrida que se forma mediante la incorporación cronológica de los escritos, documentos, actas y demás diligencias producidas por los sujetos del proceso, sus auxiliares y los terceros.

Para la formación del cuaderno cautelar, la norma se ubica bajo dos supuestos: que la pretensión principal acogida en la demanda haya sido admitida a trámite y que no exista aún sentencia en primera instancia, decimos ello porque de la redacción del artículo en comentario, se advierte que el cuaderno cautelar se forma con “la copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisoría”, situación diversa al pedido cautelar fuera de proceso (ver artículo 636 CPC), cuya tramitación también se realiza en un proceso independiente al de la futura demanda principal, pero cuyo contenido no puede ajustarse a las exigencias del artículo 640 CPC porque no hay admisorio de la demanda aún.

2. El otro supuesto que recoge la norma para la formación del cuaderno es que no debe existir sentencia, caso contrario será de aplicación lo dispuesto en el artículo 615 CPC. Nótese que en esos casos, el pedido cautelar se solicita ante el juez de la demanda, pero con “la copia certificada de los actuados pertinentes”.

---

(\*) Texto según el art. único de la Ley 26871 de 12-11-1997.

La autonomía del proceso cautelar exige la formación de un cuaderno especial, en el que se recoja la información pertinente para amparar o desestimar la pretensión cautelar. En caso que el peticionante no logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal, el juez está prohibido de pedir el expediente principal, pues debe resolver en atención a lo expuesto y a la prueba anexa acompañada, sin perjuicio, que en aplicación del artículo 637 CPC, de manera excepcional, conceda al peticionante un plazo no mayor de cinco días para que subsane dicha omisión.

Por último, en la conformación de este cuaderno aparecen opiniones discrepantes para incorporar otra documentación ajena a la que cita la norma, como sería el caso de la contestación del demandado. En estas circunstancias consideramos que no existe prohibición legal para que ella se inserte al cuaderno, mas aún si ella contribuirá a fortalecer o no la verosimilitud alegada por el peticionante. Como refiere el artículo en comentario, para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal.

3. En relación a la actividad en el proceso cautelar y su implicancia en el abandono procesal, la Casación N° 544-2003-Lima<sup>(1)</sup> señala que el cuaderno de la medida cautelar, se encuentra vinculado directamente al proceso principal, por ello, cuando la medida cautelar se encuentra en trámite, no se puede declarar el abandono del proceso, aún cuando el expediente principal se encuentre paralizado por más de cuatro meses.

---

(1) Publicada en el diario El Peruano, el 1° de diciembre del 2003, p. 11118.

## EJECUCIÓN DE LA MEDIDA

### ARTÍCULO 641

*La ejecución de la medida será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El secretario es el auxiliar judicial encargado de dar fe de las actuaciones y diligencias así como de apoyar a los magistrados en sus funciones judiciales. En el caso concreto de la medida cautelar, ejecutan dicho mandato y demás actos que la eficacia de la medida exige, como el descerraje. La intervención del secretario no solo permite la operatividad del sistema judicial sino, de manera particular, la eficacia del proceso judicial.

Por otro lado, también puede ser de extensión al procedimiento arbitral, antes de iniciado éste (ver artículo 79 LGA) o durante su tramitación (ver artículo 81 LGA).

2. La ejecución de la medida será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados. El artículo 141 CPC así como el artículo 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinan en días y horas el tiempo dentro de los cuales es admisible la ejecución de cualquier acto procesal, bajo sanción de nulidad. Esta sanción aparece como innecesaria por lo relativo de la nulidad, pues, el acto realizado en día y hora inhábil puede quedar convalidado si no se lo impugna dentro del plazo pertinente.

Hay diversas maneras de regular los días hábiles. Una de ellas es proclamar que todos los días del año son hábiles, salvo excepciones como los días domingo o los que el Poder Ejecutivo o la Corte Suprema declare como feriados judiciales. Otra, como la que recoge el Código, que califica como hábiles “los comprendidos de lunes a viernes de cada semana, salvo los feriados”. En relación a las horas hábiles, la Ley Orgánica (ver artículo 124) considera a las que medien entre las

seis y las veinte horas con respecto a diligencias a practicar fuera del despacho judicial, sin embargo, el artículo 141 CPC considera las comprendidas entre las siete y las veinte horas.

La norma en comentario hace referencia a la posibilidad de ejecutar la medida cautelar en día y hora habilitados para ello. Conforme señala el artículo 142 CPC, ella puede operar de oficio o a pedido de parte, en aquellos casos que no pueda realizarse una actuación judicial dentro del plazo que este Código establece o cuando se trate de actuaciones urgentes cuya demora puede perjudicar a una de las partes.

La habilitación consiste que bajo determinadas circunstancias, tanto los días como las horas inhábiles, adquieren aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces. La habilitación evita se produzca el descuento en el cómputo de los plazos procesales, con excepción de los señalados para el abandono, así como, permite que durante su transcurso se pueda realizarse actos procesales eficaces.

La habilitación puede ser expresa y tácita. Es expresa cuando el tiempo inhábil resulta utilizable a raíz de una declaración judicial, originada a petición de parte o de oficio. La inhabilitación tácita se encuentra regulada en el artículo 143.

3. El secretario tiene la misión de ejecutar de manera eficaz la medida cautelar, para lo cual, contará con el apoyo de la fuerza pública, como es la Policía Nacional, si fuese necesario. La Policía es un cuerpo orientado a mantener el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos. Ella se justifica porque la administración del Estado necesita un cierto poder coactivo que asegure el mantenimiento del orden público para lo cual utiliza elementos activos, llamados Policías, a fin que den fuerza a la autoridad del Estado.

Por otro lado, la norma señala “el secretario puede autorizar el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique”; sin embargo, consideramos que el juez es el que debe autorizar tales apremios para que el secretario haga uso de ellas al momento de la ejecución.

El desarrollo de la ejecución cautelar debe constar en un acta, la misma que será redactada a puño y letra por el secretario y firmada por todos los intervinientes y certificada por él. La norma de manera expresa recoge la incidencia de la negativa a firmar.

Un aspecto importante que resaltar en la ejecución en comentario es que al término de ésta, se procede a notificar al afectado, dejándose constancia de ello en el acta. Este acto es importante para el desarrollo del proceso cautelar porque a partir de ese momento podrá apersonarse a éste y ejercer su defensa; también sirve para computar el consentimiento del mandato cautelar impugnado o la procedencia de la apelación, en cuanto al plazo.

## Capítulo II

---

# MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

### Sub - Capítulo 1º

---

## MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

### EMBARGO

#### ARTÍCULO 642

*Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 324  
C.P.C.N. Argentina arts. 209-214  
C.F.P.C. México arts. 432-433

---

### Comentario

---

1. En esta sección encontraremos agrupadas en cinco modalidades de cautela: la medida para futura ejecución forzada, la medida temporal sobre el fondo, la medida innovativa, la medida de no innovar y la medida genérica.

La medida de ejecución forzada que regula este sub-capítulo se aleja de la vieja nomenclatura de embargo preventivo y del embargo definitivo que regulaba el derogado Código de Procedimientos, lo que no implica que la estructura de esta medida y la funcionalidad dentro del proceso cautelar y principal se haya alterado,

pues, conforme señala el artículo 619 “la ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar de su propósito”. Además la redacción del artículo 716 CPC señala “si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se procederá con arreglo al Subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V de este Título”.

Esto nos lleva a señalar que la afectación de los bienes del obligado bajo cualquiera de las medidas para futura ejecución forzada que regula este subcapítulo, constituye un acto previo para la ejecución forzada de una sentencia de condena, reproduciendo en parte el otrora embargo preventivo, como acto previo para el definitivo.

2. Podetti<sup>(1)</sup> al referirse al embargo señala “es la medida cautelar que afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste mientras se obtiene la pertinente sentencia de condena o se desestima la demanda principal”.

El embargo es una medida cautelar que garantiza la ejecución de la sentencia que se dicte en un proceso, cuando éste persigue una pretensión apreciable en dinero. Esta afectación se realiza en el momento inicial del proceso, incluso con carácter previo (ver artículo 636 CPC), quedando de esta manera asegurada la efectividad de la ejecución de la sentencia que en su momento se dicte.

Esto significa que el embargo requiere necesariamente de la exigencia judicial de una deuda, la misma que puede ser en metálico como en especie; en este último supuesto, se debe expresar en dinero la deuda que se reclame.

Para justificar la apariencia del derecho y decretar el embargo es necesario se presente un medio de prueba que persuada sobre la existencia de la deuda. El medio de prueba en preferencia es el documental, por lo que dependerá de la mayor o menor valoración que el Juez brinde al documento para la concesión de la medida cautelar.

Ella no debe ser apreciada como un medio precautorio para asegurar las resultas de una ejecución que aún no ha sobrevenido ni se sabe siquiera con certeza si acaecerá. Opera aquí un rol de aseguramiento, de prevención; pero también el embargo puede funcionar como un medio instrumental de una ejecución actual, pendiente y cierta. Este rol lleva a que se le atribuya el rol ejecutivo, para lo cual, debe partir de un supuesto: la existencia de un título que apareje ejecución. Nótese

---

(1) Podetti, op. cit. p. 169.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

que son diferentes los requisitos o condiciones que se exigen para ambos casos; en el embargo estrictamente precautorio se requiere se acredite sumariamente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora así como se preste una adecuada contracautela por los daños que la medida pudiera causar si fuere trabada sin derecho o con justificable abuso o exceso (ver artículo 611 CPC). El embargo, como medida de ejecución, es el que se ordena y se hace efectivo durante el trámite de un proceso de ejecución. Tiene su apoyo en un título que contenga una obligación cierta, expresa y exigible (ver artículo 689 CPC) y no refiere cautela (ver artículo 615 CPC).

La medida cautelar se diferencia de la medida de ejecución, en los siguientes extremos:

a) la cautelar se adopta en la fase inicial del proceso declarativo, mientras que el embargo ejecutivo es el primer acto del proceso de ejecución; b) la cautelar basa para su adopción en la existencia de la simple verosimilitud, mientras que el segundo se apoya en la existencia de un título ejecutivo, sea de origen jurisdiccional o extrajurisdiccional, como el caso de la Ley N° 26872; c) la cautelar tiene un carácter instrumental y fungible. Nace por y para el proceso que contiene la pretensión en discusión, mientras que la medida de ejecución, es un acto autónomo e infungible del proceso de ejecución; d) la cautelar se funda en la apreciación del peligro y es facultativa para el juez, según las circunstancias del caso, en cambio, el embargo ejecutivo se funda en la necesidad de incoar la ejecución forzosa de un título ejecutivo y por lo mismo es acto obligado de selección y elección de bienes para afectarlos a la ejecución. (ver artículo 698 CPC).

3. Conforme apreciamos de la redacción de la norma, se define al embargo como “la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley”. Esto implica, que el poder que tiene el acreedor ejecutante de perseguir los bienes del deudor, aunque estos no se encuentren en su poder, es una extensión al derecho real de propiedad que goza el deudor sobre sus bienes y como tal, el ejecutante subsumiéndose en la esfera de su deudor propietario, asume la persecución de los bienes que se encuentren aún en poder de terceras personas, para afectarlos. Esta persecución está limitada a las reservas que la Ley o el propio deudor hubiere constituido sobre él, como por ejemplo, el usufructo que es un derecho real sobre cosa ajena que permite a terceras personas usar y disfrutar el bien cuya afectación posteriormente se busca a través de una medida cautelar; en dicho caso, el secuestro conservativo no se puede oponer al usufructo inscrito con antelación en registros.

Cuando se hace referencia a la afectación del bien o derechos del presunto obligado, nos lleva a recurrir al concepto de patrimonio, el que es definido como “el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona física o jurídica, destinado a lograr la satisfacción de sus necesidades y a garantizar sus

responsabilidades". Se ha discutido en la doctrina si las deudas forman parte del patrimonio. Para Lledó y Zorrilla<sup>(2)</sup>, no hay duda que en el lado pasivo del patrimonio, las deudas son un elemento imprescindible del mismo, cuyo carácter –solvencia o insolvencia del titular– viene precisamente por el saldo restante de la comparación entre el haber (activo) y el pasivo (deber) de una persona.

Otro aspecto a considerar en el concepto de bienes y derechos es que sean susceptibles del tráfico jurídico, lo que supone a su vez que han de tener un contenido económico –valorables en alguna medida en dinero– y ser susceptibles de comercio entre los hombres. Lledó y Zorrilla<sup>(3)</sup>, plantean algunos supuestos que no forman parte del patrimonio, por no reunir estas dos condiciones, aunque pertenecen a un titular, los siguientes derechos:

1) Los derechos personales, entendiéndose por tales, los que son atribuidos a un individuo en razón a sus cualidades personales y por lo tanto no son transmisibles; por ejemplo, los derechos derivados de la cualidad de funcionario público; las prestaciones de la seguridad social que corresponden a personas concretas y determinadas; los derechos honoríficos o nobiliarios. En todos estos casos es posible reconocer un contenido económico, pero no pueden formar parte del patrimonio, ya que sobre los mismos no cabe tráfico por persona distinta de su titular; 2) los bienes excluidos del comercio, ya sea por la propia naturaleza del bien o por disposición de una norma positiva; por ejemplo, los bienes considerados de interés general. También hay que incluir aquí la parte del patrimonio que la Ley reserva para atender las necesidades mínimas de su titular y sobre la cual no pueden actuar los acreedores: el denominado patrimonio mínimo inembargable cuya fijación y extensión aparecen acogidas por Ley (ver artículo 648 CPC); 3) tampoco forman parte del patrimonio los derechos personalísimos o fundamentales de la persona, por carácter tanto de contenido económico como por su condición de públicos y por tanto excluidos del tráfico jurídico; 4) derechos y acciones concernientes al estado civil de las personas, como la filiación o la patria potestad.



### JURISPRUDENCIA

---

*Solo cuando fenece la sociedad de gananciales por las causales que establece el artículo 318 del C.C. y se liquida, se puede determinar el haber de cada uno de los cónyuges susceptible de ser embargado. El patrimonio de una sociedad conyugal no está formado por derechos y acciones, por no ser de naturaleza mercantil (Exp. Nº 191-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 32-33)*

(2) Lledó Yague Francisco y Manuel Zorrilla Ruiz, Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho, Dykinson, Madrid, 1998, p. 378.

(3) *Ibidem*.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge, no perjudica al otro en la parte de los bienes sociales que le corresponden en caso de liquidación.*

*En caso contrario resulta procedente afectar la parte de los bienes sociales que pertenecen al cónyuge deudor (Exp. N° 1141-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 24-25)*

*El derecho de familia no permite que se establezcan porcentajes respecto de los bienes sociales, mientras no se extinga la sociedad de gananciales.*

*De concederse el embargo sobre la sociedad de gananciales se estaría, convirtiendo al ejecutante en miembro de la sociedad conyugal, sin ser él ninguno de los cónyuges.*

*La deuda contraída por el codemandado, ha sido obtenida a título personal, por lo que la sociedad de gananciales no responde por ésta (Exp. N° 1145-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 25-27)*

*Los bienes integrantes del patrimonio social pueden embargarse mas no rematarse, pues dicho acto daría lugar a liquidar un bien social en forma no autorizada por ley. .*

*La naturaleza provisoria de la misma, no puede afectar de manera definitiva la porción que en caso de indivisión corresponda al cónyuge no obligado (Exp. N° N-486-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 494-495)*

*Las medidas de embargo solo afectan los bienes del deudor y al dictarlas se responsabiliza tanto el ejecutante y la depositaria, como el juez (Exp. N° 786-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 172-173)*

*Que el objeto del embargo es garantizar el resultado del juicio, esto es que haya factibilidad plena de ejecutarse voluntaria o forzosamente la obligación mandada cumplir en la sentencia firme.*

*Una garantía real es más sólida que la fianza personal (Exp. N° 608-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 174-175)*

## SECUESTRO

### ARTÍCULO 643

*Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.*

*Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.*

*Se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia	art. 670
C.P.C. Colombia	art. 681
C.F.P.C. México	art. 435, 436

---

## Comentario

1. La norma recoge dos supuestos de afectación: el secuestro judicial y el conservativo.

El secuestro judicial es una medida cautelar de conservación de un bien específico. Como tal garantiza el mantenimiento de la integridad del bien de litis hasta el final del proceso, para hacer posible la ejecución específica de la sentencia. La medida se instrumentaliza despojando al poseedor del bien y entregando a un tercero, quien se convierte en custodio. La idea central en este tipo de medida es que la acción que se ejercite en el proceso principal esté dirigida a obtener la entrega de una cosa específica o determinada, como consecuencia de haberse dilucidado el derecho de propiedad o posesión sobre un bien determinado. No se trata de pretensiones dinerarias sino de declarativas de derechos.

El secuestro judicial o llamado secuestro autónomo tiende a preservar la integridad o evitar el uso de la cosa que constituye materia de un litigio actual o futuro y recae por lo tanto sobre el objeto mediato de la pretensión principal ya interpuesta o que se ha de interponer. En ese sentido véase la regulación del artículo en

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

comentario al referirse al secuestro judicial: “cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien”.

Uno de los presupuestos que se debe tener en consideración es que exista una pretensión reivindicatoria del bien, sobre el que se autoriza el secuestro frente al riesgo que se pierda o deteriore en manos del poseedor. La figura del secuestro autónomo está recogida en el artículo 670 del CP italiano. Según la citada norma “la admisibilidad del secuestro resulta excluida cuando la cosa que se intenta resguardar o cuyo uso se intenta impedir es ajena, en si misma, al contenido de la pretensión principal”.

El secuestro judicial no es la medida adecuada para asegurar la eficacia de la sentencia cuando el proceso recae sobre obligaciones de hacer o de no hacer, pues, aquí no está en juego la titularidad de derechos sobre las prestaciones a realizar o no. Si tomamos en consideración que el secuestro se hace sobre una cosa litigiosa a fin que un tercero la conserve, hasta que se decida a quien pertenece, ello permite sostener que no procede la sustitución del bien, por ser éste, objeto del proceso principal. Aquí no procede la sustitución ni por otros bienes del mismo valor, ni siquiera por dinero, pues, lo que se reclama no es una suma determinada sino ese bien y ninguno distinto de éste.

2. Una de las limitaciones que se aprecia en el secuestro judicial se presenta cuando se discute el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien inmueble, por la dificultad o la imposibilidad del desplazamiento. La norma hace referencia al secuestro de bienes muebles, al referir a “la desposesión del tenedor y entrega al custodio designado”; por ejemplo, cuando la discusión se refiera a la propiedad de un vehículo, sería procedente ejecutar el secuestro judicial, pero, cuando se refiera a inmuebles, una solución que podría intentarse sería la administración de terceros, como medida genérica (artículo 629 CPC).

Si se discute el mejor derecho de propiedad de un bien inmueble, y el bien se encuentra en poder de una de las partes, ésta estará en mejores condiciones de disfrutar o de explotar el bien, con el consecuente deterioro de éste. Estamos ante la figura de “la intervención judicial de bienes litigiosos”. Se define como la medida cautelar que se adopta para conservar un patrimonio, empresa o bien inmueble, mientras se discute el derecho de propiedad o posesión de éstas. Si bien, ella no está regulada en nuestro Código Procesal podemos adecuarla a la medida cautelar genérica (ver artículo 629 CPC) para limitar el uso del bien, por uno de los litigantes y entregar en administración para la conservación y mantenimiento del bien a una tercera persona, hasta que se dilucide el derecho de fondo sobre el bien.

Dicha intervención judicial opera restringiendo las facultades del intervenido y sometiendo a control y fiscalización los actos que afecten al patrimonio litigioso,

pero solo en el sentido de sujetarlos a control previo del administrador. A través de esta figura se busca prevenir los abusos que el demandado pueda realizar sobre la cosa litigiosa inmueble, a tal grado que la ejecución de la sentencia resulte ilusoria.

Como ya se ha señalado, nuestro Código no hace referencia al secuestro de bienes inmuebles, pero para asegurar la saludable ejecución del bien materia de litis, se permitiría sustituir la tenencia y administración del deudor (poseedor del inmueble) manteniendo inmovilizado y en buen estado de conservación del bien. Esta medida se hace necesaria, en caso de reivindicación de un inmueble, para impedir que el poseedor haga deterioros en la cosa reclamada.

3. El secuestro puede comprenderse como medida cautelar o como medida ejecutiva. Esta última –según nuestro Código Procesal– se refiere al secuestro conservativo y se decreta como acto inicial de un proceso de ejecución para preservar la efectividad de un embargo ejecutivo (ver artículo 698 CPC) o como diligencia previa para la ejecución de resoluciones judiciales a que refiere el artículo 716 CPC.

Si apreciamos la redacción del presente artículo podemos colegir que no se acoge el secuestro, como medida cautelar sino como medida ejecutiva. Señala la última parte del artículo en comentario: “cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio”. Aún mas, la redacción del artículo 698 CPC que regula el procedimiento ejecutivo dice: “el ejecutante puede solicitar al juez el aseguramiento de la ejecución, aplicando para tal efecto lo previsto en el subcapítulo 1º del capítulo II del título IV de la sección quinta de este Código, en lo que sea pertinente”.

4. Al margen de la precisión sobre la naturaleza ejecutiva del secuestro, la propia norma, in fine señala: “se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo”.

A diferencia del secuestro judicial de bienes en litigio, aquí opera el secuestro conservativo, que también es calificado como secuestro inespecífico de bienes. En este tipo de medida, la afectación no esta orientada a recaer sobre un bien concreto, objeto directo o indirecto de la relación jurídica sustancial en discusión. A tal punto que el bien secuestrado no se encuentra identificado *a priori* en el patrimonio del deudor. Rivas<sup>(1)</sup>, al referirse a este tipo de medida le atribuye los siguientes requisitos: que el pedido recaiga sobre bienes muebles susceptibles de ser materialmente desapoderados; que el litigio sea ajeno a la titularidad o posesión del bien cuyo secuestro se pretende, ya que en ese supuesto se estaría ante

---

(1) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares en el proceso civil peruano, Rodhas, Lima, 2000, p.143.

el secuestro judicial a que refiere la primera parte del artículo en comentario; y que exista indiferencia en la condición de tenedor del bien, tal como no ocurre en el secuestro de bienes en litigio, señalado líneas arriba.



## JURISPRUDENCIA

---

*No obstante que la norma procesal limita el secuestro conservativo al mandato ejecutivo, el juez, debe atender a la versosimilitud del derecho y al peligro en la demora del proceso para admitirla, máxime que el artículo 608 del CPC no prohíbe el dictado de la medida sin mandato ejecutivo (Exp. N° 99-14875-1515, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 342)*

*No cabe afectar el vehículo con la medida de secuestro si no es de propiedad del emplazado. La medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas con la relación material, por tanto, si el derecho de propiedad del tercero se encuentra inscrito con anterioridad a la medida cautelar, tiene preferencia sobre dicha medida, por ser primero en el tiempo (Exp. N° 18813-98, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 343)*

*No puede constituir causal de rechazo de la medida cautelar de secuestro, el hecho que el ejecutado no haya precisado el almacén legalmente constituido en donde se depositarán los muebles a embargarse (Exp. N° 97-61746-1493, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 344)*

*Si bien el artículo 613 del Código Procesal Civil estatuye que la medida de secuestro con desposesión y entrega a un custodio designado por el juez, puede recaer sobre determinado bien, sin hacer distinción que éste sea mueble o inmueble, ello no significa que se deba soslayar la naturaleza del bien sobre el que va a recaer la medida cautelar.*

*No puede ser aplicable el secuestro a un inmueble en litigio, pues, para ello el ordenamiento procesal ha regulado el ejercicio de otro tipo de medida, en función a que el inmueble se encuentre inscrito o no tenga esa condición (Exp. N° 12364-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 569-570)*

*Estando acreditado que el vehículo objeto de embargo, bajo la forma de secuestro conservatorio, está dedicado por el demandado a prestar servicios, en el transporte público, debe procederse a la variación del embargo bajo otra forma, como la de depósito, conservándose la garantía (Exp. N° 38-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 355-356)*

## IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS O SECUESTRADOS

### ARTÍCULO 644

*En la ejecución del embargo o secuestro, el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando fuere necesario: la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Igualmente identificará a la persona designada como órgano de auxilio, certificando la entrega de los bienes a ésta.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El auxiliar jurisdiccional es el encargado de ejecutar las medidas cautelares. Esta labor, la Ley Orgánica lo califica como diligencias fuera del local del juzgado. El artículo 272 LOPJ regula las atribuciones y obligaciones de dichos auxiliares.

La ejecución de la medida cautelar debe ser descrita, por escrito, en el acta que se levante para tal fin, bajo responsabilidad del auxiliar interviniente. Dicha descripción debe orientarse a la identificación de los bienes embargados y a verificar el estado de conservación y funcionamiento de ellos. Puede darse el caso que por la naturaleza de los bienes que se afectan, requiera de ciertos conocimientos técnicos para su identificación y para su apreciación sobre el estado de conservación, situación que debe conllevar a la intervención de un perito en dicha diligencia.

Esta información relacionada con la identificación de los bienes, es importante porque a futuro servirá para dilucidar en mejor forma, las posibles tercerías o desafectaciones, cuando se cuestione que los bienes afectados no correspondan al presunto obligado. En tal sentido es importante que se describa en el acta, la naturaleza del bien, la marca de fábrica, año de fabricación, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación, información que a futuro servirá para ser confrontado con la que contengan los documentos que presenten

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

terceros para acreditar la titularidad de los bienes afectados y lograr así el levantamiento de la medida ejecutada.

Como ya se ha señalado, en el acta debe precisarse el estado de conservación y funcionamiento de los bienes afectados. Ello es importante porque dichos bienes serán entregados para su conservación al órgano de auxilio judicial designado, el mismo que estará obligado a devolverlos en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. En ese sentido el artículo 655 CPC señala que los órganos de auxilio judicial, están en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben.

2. Por otro lado debe advertirse que entre el órgano de auxilio, sea depositario o custodio y el propietario o tenedor de los bienes cautelados, existe un intermediario, que en nombre del juez, pone a aquél en funciones. Ese intermediario es el auxiliar jurisdiccional. Ese acto puede consistir en la entrega material o simbólica de los bienes objeto de la medida cautelar o simplemente en el acto formal de poner en posesión de sus funciones al interventor, en el supuesto de la administración, por citar. Ese acto es importante porque señala el momento entre la libre disponibilidad de los bienes y las restricciones que ella importa o trae aparejada.

La norma exige además que se identifique a la persona designada como órgano de auxilio así como se certifique la entrega de los bienes a ésta. Ello se explica porque la custodia judicial de los bienes provenientes de la ejecución de una medida cautelar, es una institución jurídica que se basa y tiene por objeto el contacto real con aquéllos. No basta la designación y aceptación del cargo para empezar a ser depositario, custodio, o interventor porque es preciso la entrega material al depositario; en igual forma, no basta la renuncia o remoción del cargo del custodio para que concluya éste. Este se mantiene hasta que devuelva los bienes. En ese sentido, resultaría procedente intimar al depositario para que exhiba los objetos que le fueron confiados, no obstante haberse aceptado la renuncia de su cargo y designado otra persona en su reemplazo, si no hay constancia que el requerido hiciera entrega de los bienes.

Se debe apreciar además que el secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan en su negligencia al ejecutar la medida cautelar, tal como señala el artículo 626 CPC. Véase el caso de haber entregado los bienes a persona distinta a la designada como órgano de auxilio judicial o el caso de no aparecer constancia alguna de entrega de los bienes afectados. Otro supuesto común que se aprecia es la correcta identificación de los bienes afectados, lo que posteriormente dificulta dilucidar la propiedad de estos o el estado de conservación para su devolución.



## JURISPRUDENCIA

---

*Para que se ampare la conversión de la intervención es necesario que se pruebe lo improductiva de ésta. Si los escritos del interventor solo dan cuenta de la obstaculización de la medida, más no de su concreción, no procede amparar la conversión (Exp. N° 274-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 345)*

## EXTENSIÓN DEL EMBARGO

### ARTÍCULO 645

*El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia

arts. 672-687

---

### Comentario

---

1. La norma extiende los efectos del embargo sobre los bienes accesorios, así como los frutos y productos que los bienes afectados generen. La única condición para que proceda la extensión de los efectos de la cautela, es haber sido solicitados y concedidos. La norma no precisa el momento en que debieron haber sido solicitados, pero, consideramos que si ella se requiere luego de la ejecución cautelar estaríamos ante la figura de la ampliación del embargo.

2. Los bienes accesorios son los que se unen a otro, en relación de subordinación mas o menos duradera, pero sin formar con el bien al que se une una unidad distinta, sino que conservan su propia individualidad, lo que permite su separación de la cosa a la que están unidas sin que su esencia quede alterada.

Los bienes accesorios están regulados en el artículo 888 Código Civil. Son aquellos bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. Dicha afectación sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros. Por citar, el equipo de música instalado en el vehículo es un bien accesorio y también puede ser sujeto, por extensión, a la medida cautelar siempre y cuando haya sido solicitado y concedido. En igual forma se procedería, en el caso del embargo de inmueble no inscrito, sobre una fuente de agua instalado como objeto ornamental del bien. La idea central es que los bienes accesorios pueden ser materia de derechos singulares, cosa que no sucede con las partes integrantes de un bien.

Véase que la extensión del embargo no comprende a las partes integrantes del bien, solo a las accesorias; ello resulta atendible pues, no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien, como refiere el artículo 887 CC. Se consideran

como partes integrantes los diversos elementos que forman una cosa distinta de cada uno de ellos y no pueden ser objeto de tráfico jurídico por separado, como las ventanas de una casa, los árboles incorporados a una finca, el motor en un vehículo, por citar.

3. Se califica como fruto a todo rendimiento o utilidad que produce un bien. Los frutos son un accesorio del bien que los produce y supone un incremento de su utilidad para su titular, y al mismo tiempo una vez producidos adquieren sustantividad propia, independiente del bien que los ha producido.

El artículo 890 del CC define a los frutos como los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia; en cambio, los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (ver artículo 894 CC). El fruto es un bien nuevo que produce otro bien; en cambio los productos no se reproducen. Véase el caso de las minas y canteras.

Los frutos naturales son los que provienen del bien sin intervención humana. Pertenecen al propietario del bien embargado y se perciben cuando se recogen; por ejemplo la lana de las ovejas; las plantaciones de vid y la cosecha de uva derivada de ellas, por citar.

Los frutos industriales son los que produce el bien con intervención humana. Pertenecen al productor y se perciben cuando se obtienen, como sería el caso de la industria pesquera, que transforma la materia prima en harina de pescado.

Los frutos civiles son aquellos que se producen como consecuencia de una relación jurídica. Pertenecen al titular del derecho y se percibe cuando se recaudan, por ejemplo, la renta de un inmueble. El Código Civil señala que en estas dos últimas modalidades de frutos (industriales y civiles) para el cómputo de ellos se rebajarán los gastos y desembolsos.

## EMBARGO DE BIEN EN RÉGIMEN DE COPROPIEDAD

### ARTÍCULO 646

*Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario

---

1. La co-propiedad es calificada como la situación de comunidad, en la que el derecho de propiedad que sobre una cosa y sobre cada una de sus partes, tienen dos o más personas conjuntamente. La idea central en la copropiedad es la concurrencia de dos o más sujetos en la titularidad del derecho de propiedad. La titularidad conjunta recae sobre un mismo e idéntico derecho. La unidad del objeto hace que no se puedan dividir en partes individualizadas, de las cuales pueda decirse que le corresponda a cada titular un determinado derecho de dominio.

El Código Civil al referirse a la copropiedad dice: “hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas” (ver artículo 969 CC). Para Max-Arias<sup>(1)</sup> la copropiedad es un derecho real, proyectado sobre un bien mueble o inmueble. En ese derecho real concurre una pluralidad de sujetos, lo cual recorta el principio de la exclusividad. En dicho derecho hay una unidad de objeto, en cuanto que todos los titulares se proyectan sobre el mismo bien o conjunto de bienes determinados, sin que haya una individualización material de sus derechos. La representación de estos derechos se percibe mediante cuotas.

Conforme señala el artículo 970 CC, las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario. En ese sentido, si el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, debemos entender a tenor del presente artículo, que la afectación sólo puede alcanzar a la cuota del obligado; esto es, un embargo en forma de inscripción sólo podría afectar la cuota ideal del presunto obligado sobre el bien embargado. Cada propietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos, señala el artículo 977 CC. Especial situación se aprecia en los depósitos dinerarios bancarios, mancomunados, en la que se dicta la medida cautelar sobre uno de los

---

(1) Arias-Schreiber Pezet Max y Carlos Cardenas Quiros, Exegesis del Código Civil Peruano de 1984, t.V, 3º ed, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 93.

titulares de la cuenta de ahorros. Para dilucidar esa situación hay criterios judiciales que afectan el 50% del monto de los depósitos en una interpretación extensiva del artículo 970 CC.

2. Algunos autores nacionales hacen la interesante diferencia entre comunidad y copropiedad. Le atribuyen una presencia de género y especie. Señalan que hay comunidad cuando un bien pertenece a dos o más personas, como los bienes sociales del matrimonio o los bienes de dominio común de un edificio. En cambio, la copropiedad supone que el bien pertenezca por cuotas ideales a varias personas. A diferencia de la copropiedad, la comunidad sobre los bienes comunes es forzosa, por citar, no cabe la división de la escalera común del edificio.

La sociedad de gananciales constituye un régimen de comunidad, que conforma un patrimonio autónomo, independiente a los integrantes o miembros de la comunidad. El patrimonio, como su nombre lo indica, no involucra únicamente un activo (bienes y derechos) sino también el pasivo (obligaciones, cargas, etc) en un conglomerado, donde no existen partes alícuotas, sino que cada integrante participa en el todo, lo que explica que para disolver la sociedad, debe liquidarse este patrimonio, pagando primero las deudas y finalmente repartiendo el remanente (si lo hay) entre los cónyuges o ex cónyuges, ello de acuerdo a las pautas que la ley establece<sup>(2)</sup>.

Como refiere Lledó y Zorrilla<sup>(3)</sup>, “el régimen económico patrimonial de la sociedad de gananciales se caracteriza por la creación de un patrimonio separado colectivo, que sin constituir un ente dotado de personalidad jurídica, está integrado por los bienes atribuidos conjuntamente a ambos cónyuges en cuanto miembros del consorcio conyugal, aún en aquellos supuestos en los que aparezcan externamente atribuidos a uno de ellos. Ni al marido ni a la mujer debe considerársele titular de un derecho actual a una cuota sobre cada concreto bien ganancial que pueda ser objeto de enajenación, da lugar a una acción de división. En definitiva, no es posible determinar la participación concreta de cada cónyuge sin proceder a su previa liquidación”.

En el caso bienes sometidos a la sociedad de gananciales, debe tenerse en cuenta que ella está constituida por bienes sociales y bienes propios, los que constituyen una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, comunidad que recae sobre un patrimonio. A ella queda sujeta un conjunto de derechos y obligaciones, por tanto, ella rige para el activo como para el pasivo patrimonial. La copropiedad en cambio recae sobre bienes singulares, en cambio en la sociedad de gananciales constituye un patrimonio universal, autónomo, que no está dividido en partes alícuotas y que es distinto al patrimonio de cada cónyuge que la

(2) Ver sentencia consentida de fecha 30 de diciembre del 2004, recaída en el Expediente N° 38204-03, 60 Juzgado civil de Lima sobre nulidad de acto jurídico.

(3) Lledó Yague Francisco y Manuel Zorrilla Ruiz, Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho, Dykinson, Madrid, 1998, p. 380.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges. (Ver Casación N° 3109-98-Cuzco, Lima 28 de mayo de 1999, publicado en El Peruano el 27 de septiembre de 1999, p. 3582). Esto implica que al dictar una medida cautelar en forma de inscripción sobre el 50% de los derechos y acciones que uno de los cónyuges tuviere en la sociedad, ella no puede verse representada por derechos y acciones, como si se tratara de un bien común, lo que no lo es, por tratarse de bienes autónomos de la sociedad conyugal que no puede verse representado en forma independiente para cada cónyuge, por ello cuando se ejercita un acto de administración o disposición de un bien social, quien lo ejercita son ambos cónyuges, bajo los alcances del artículo 310 CC.

En cuanto a la liquidación de sociedad de gananciales, la Sala Suprema, en la Casación N° 2280-2001-TACNA (El Peruano, 01/12/2004) señala que los bienes adquiridos durante la relación convivencial tienen la calidad de bienes sociales, incluso si en Registros Públicos se consigna una información distinta. En este sentido, en caso de conflicto entre un derecho personal (crédito) y un derecho real (propiedad), prima este último por tener carácter persecutorio, *erga omnes*. Al respecto, la Sala Suprema señala que al haberse adquirido el bien sub litis dentro de la relación convivencial (entre la tercerista demandante y el deudor del crédito por el cual se trabó el embargo) cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, debe entenderse que dicha adquisición se realizó bajo la sociedad de gananciales y, por lo tanto, es un bien social. La Sala Suprema también precisa que en los bienes sociales no pueden distinguirse acciones o derechos (cuotas) por no tratarse de una copropiedad. Así, concluye que mientras exista sociedad de gananciales no puede trabarse embargo sobre los derechos expectaticios que corresponderían a cada miembro en caso de fenecer la sociedad de gananciales.

## SECUESTRO DE VEHÍCULO

### ARTÍCULO 647

*El vehículo sometido a secuestro, será internado en almacén de propiedad o conducido por el propio custodio, accesible al afectado o veedor, si lo hay. El vehículo no podrá ser retirado sin orden escrita del Juez de la medida. Mientras esté vigente el secuestro, no se levantará la orden de captura o de inmovilización.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia art. 671

---

### Comentario

---

1. Cuando la norma hace referencia al secuestro de vehículo, debemos comprender a los terrestres de cualquier clase, esto es, aquéllos que se desplacen de un lugar a otro sobre la superficie del suelo. Están comprendidos bajo estas ideas, los automóviles, camionetas, omnibuses, motocicletas, bicicletas y análogos.

Las naves y aeronaves eran consideradas como bienes inmuebles, a pesar que por su naturaleza son bienes muebles, pues tienen la posibilidad física de traslación; se alegaba para ello consideraciones de orden económico y de interés social para catalogarlos como tal. También se incluye a los vagones de ferrocarriles, pues forman parte del inciso 9) del artículo 885 CC, según el cual es inmueble el material rodante afectado al servicio ferroviario. Posteriormente, la Ley N° 28677 ha modificado parte de la redacción del citado artículo 885 CC, asumiendo como bienes muebles los vehículos terrestres de cualquier clase, las naves y aeronaves, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.

2. La norma señala que el bien afectado con la medida cautelar, debe ser internado en almacén de propiedad o conducido por el propio custodio. Dicho almacén debe ser accesible al afectado o veedor, si lo hay. A diferencia del rol que se le asigna a los órganos de auxilio que detalla el artículo 55 CPC, el veedor judicial se constituye en un “fiscalizador” del auxilio judicial.

Como se puede advertir de la norma en comentario, el veedor no participa de la diligencia cautelar en sí misma, sino que observa el comportamiento de quien debe llevarla a cabo. Su apreciación es muy importante porque en atención a lo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

informado y a lo expresado por las partes, el Juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo inclusive subrogar al auxiliar observado.

La norma señala que la resolución que designa al veedor debe precisar los deberes y facultades de éste, así como la periodicidad con que presentará sus informes, los mismos que deben emitirse por escrito para ser puestos en conocimiento de las partes.

Como refiere la norma, “el vehículo no podrá ser retirado sin orden escrita del Juez de la medida. Mientras esté vigente el secuestro, no se levantará la orden de captura o de inmovilización”. Esta limitación se explica en atención al peligro que puede acarrear la circulación del bien, la naturaleza deteriorable del bien, además porque es una medida para resguardar la conducta del custodio del bien, de dedicarlo a la libre circulación, cuando pesa sobre él la orden de internamiento en un almacén.

La orden de captura o de inmovilización constituye una medida necesaria y complementaria al secuestro ordenado. Ella se dicta para lograr la eficacia del secuestro ordenado, evitando que pudiera darse un abuso en la cautela por parte del órgano de auxilio judicial, encargado de la custodia del bien. Si bien la propia norma contempla la posibilidad que el afectado o un veedor pueda tener acceso a verificar el estado de conservación del vehículo, la restricción a su circulación por mandato judicial, complementa además la cautela ejecutada, como una medida de supervigilancia atribuida a la Policía Nacional.



### JURISPRUDENCIA

---

*Habiéndose trabado la medida cautelar sobre bienes que pertenecen a la deudora, no es procedente anular de oficio la medida y sustituirse en su derecho, por haber ejecutado la medida en día feriado y sin habilitación expresa.*

*No constituye causal de nulidad si no se depositan los bienes en un almacén, pues, la ley no lo señala como obligación, sino como prioridad (Exp. Nº 66942-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 514).*

## SECUESTRO CONSERVATIVO SOBRE BIENES INFORMÁTICOS

### ARTÍCULO 647-A

*En caso de que se dicte secuestro conservativo o embargo, sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos.*

*Quedan a salvo las demás disposiciones y las medidas que puedan dictarse sobre bienes informáticos o sobre la información contenida en ellos. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

---

### Comentario

---

1. El secuestro consiste en desapoderar a una persona de un bien, sea aquél su propietario o un tercero, para ponerlo bajo custodia judicial. En el caso concreto que la medida se dicte sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, dicha afectación no puede ser extensiva a la información registrada en ellos; por citar, si se embarga el disco duro de una computadora, la medida no impide que el afectado retire la información contenida en ella.

Hay que recordar que lo que se busca con el secuestro conservativo es asegurar la futura ejecución forzada mediante la subasta de los bienes sobre los cuales se ha trabado embargo; esto es, se afecta aquellos bienes que encontrándose en el patrimonio del deudor, son destinados a garantizar la satisfacción de sus obligaciones. Nótese que la norma participa de la figura del secuestro conservativo más no del judicial. Ello implica que sobre los bienes informáticos ni la información registrada en ella, no se discute algún derecho real o personal.

2. El antecedente de este artículo lo ubicamos en el contenido del Proyecto de Ley N° 2855 presentado por el Congresista Antero Flores-Araoz, que buscaba inicialmente modificar el artículo 648 CPC, para luego aparecer reproducido en un artículo único, la incorporación del artículo 647-A al Código Procesal Civil.

---

(\*) Artículo incorporado por el art. 1 de la Ley 26925 de 05-02-1998.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Se argumentó como idea central el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de las informaciones que puedan afectarse con el secuestro. La Constitución Política establece que toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y que sólo por mandato judicial se puede disponer su incautación, intervención u otras acciones destinadas a conocer su contenido.

La exposición de motivos del referido Proyecto refiere lo siguiente: “la informática y en general las nuevas tecnologías, plantean nuevos problemas en el campo de la administración de justicia. Uno de ellos es el tratamiento, que en la actualidad se viene aplicando cuando se procede al embargo de computadoras, ordenadores, etc. Los bienes informáticos, tienen una doble particularidad, porque están compuestos de aspectos materiales é inmatrimales, que pueden ser valorados desde diferentes perspectivas.

La embargabilidad de los bienes materiales tiene por objeto cautelar las obligaciones no cubiertas por el demandado. Para asegurar el pago de una obligación ó de una pretensión. Y por el contrario la inembargabilidad persigue proteger algunos bienes, que por lo general son de subsistencia. El Código Procesal Civil no especifica la situación jurídica de las computadoras, que al igual que otros bienes, tienen un valor económico, porque son bienes materiales, generadores de renta. Y sobre todo del destino que debe correr la información que ha sido alimentada en bienes informáticos, cuando se haya dispuesto el embargo del computador ó de otros soportes magnéticos.

Es necesario, por ello, consignar en las leyes respectivas la obligación de otorgar el embargado las facilidades para que pueda copiar ó retirar la información de los equipos que van a embargarse, para que no opere por la buena voluntad de las autoridades ó funcionarios encargados de ejecutar la medida, en los casos en que no cuente con la autorización judicial para la incautación. De tal manera que se otorgaría al afectado el derecho a eliminar la información que considere del soporte magnético, sin oponerse al embargo de los equipos. Esta precisión debe efectuarse, también, en las normas tributarias, las cuales no hacen distingo entre los bienes que pueden se objeto de embargo; para que cuando ejecute medidas cautelares, no transgreda las normas constitucionales que protegen los documentos privados, ni bienes que son para la subsistencia, según los prevé el Código Procesal Civil.

El objetivo del Proyecto no es recortar las prerrogativas de la administración tributaria, ni impedir que los computadores, soportes magnéticos y otros de propiedad de los deudores, sea exceptuada de una medida de embargo. El objetivo es evitar que la información contenida en estos equipos sea embargada, en razón que no constituye un respaldo económico, y sólo es de interés para el propietario del mismo. Por lo tanto la propuesta tiende a evitar a la administración tributaria y

a las autoridades jurisdiccionales, se les involucre en acciones de Amparo interpuestas por los deudores afectados, reclamando la infracción de los derechos protegidos por la Constitución Política.

Señala el Dictamen de Comisión de Reforma que el objetivo del Proyecto es evitar que la información contenida en estos equipos sea embargada, en razón que no constituyen un respaldo económico y sólo es de interés para el propietario del mismo. Al respecto, Carnelutti, refiriéndose al embargo de bienes muebles dice que "cuando la ley sujeta a la acción ejecutiva contra el deudor todos sus bienes, comprende ciertamente, además de los bienes que le pertenecen en propiedad, también aquellos, sobre los cuales tenga un derecho diverso y, por eso, un derecho real menor o bien un derecho de crédito, siempre que no sea un derecho intransferible (estrictamente personal)".

Se entiende que este derecho estrictamente personal, en el caso del proyecto, es el derecho a la reserva de la información contenida en el soporte magnético. Con esta aclaración podemos prever la posibilidad de que al embargarse los equipos de soporte en general, podría también verse afectada por tal medida la información en ellos contenida y consecuentemente podría afectarse también, aunque de manera indirecta el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución. Además, Eugenia Ariano Deho hace referencia a cómo se materializa el embargo de bienes muebles (entendidos éstos como aquellos que pueden llevarse de un lugar a otro, es decir, que no están adheridos al suelo en forma permanente y a los que no están considerados inmuebles por la ley sustancial) y explica que esto sucede con un acto sustancial llamado aprehensión que debe ser efectuada por el auxiliar jurisdiccional; con este acto se individualiza el objeto del embargo, de lo que se debe sentar el acta respectiva en el cual la concreta individualización se perfecciona.

Se entiende entonces que para poder continuar con la orientación del Código Procesal Civil en el sentido de que cuando analizamos el artículo 648 sólo se pueden incluir como bienes inembargables los bienes corporales (...), lo que es susceptible de aprehensión es el equipo, no la información si bien está contenida en aquél.

Lo que debe buscarse es proteger dicha información en el momento del embargo de los ya referidos equipos porque de ese modo se protege también el derecho a la intimidad. La información sólo tiene importancia económica para el deudor. Por eso es que la acción del demandante va dirigida contra los bienes materiales pero no contra la información contenida en ellos por no satisfacer los segundos su pretensión económica.

El artículo 645 del Código Procesal Civil establece que: "El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos". De la lectura del artículo en el párrafo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

anterior se desprende que la información podría considerarse como accesorio de los equipos. Lo que debe aclararse en el texto de la ley es que dicha información sólo podrá embargarse con mandato expreso del juez, reforzando así lo ya establecido por el artículo.

El Dictamen presenta las siguientes conclusiones: Si bien es cierto que la finalidad de la propuesta es evitar que la información contenida en estos equipos sea embargada, en razón de que no constituye un respaldo económico y sólo es de interés para el propietario del mismo, no parece lo más apropiado modificar el artículo 648 agregándole el inciso 10) dado que, tal como se encuentra redactado actualmente, este artículo exonera del embargo a los bienes corporales; mientras, la propuesta no sigue esta tendencia y propone como inembargable un bien incorporal como es la información. Por estas razones se considera más apropiado agregar un artículo que contenga una situación excepcional a la regla, como es el embargo de los referidos equipos, estableciendo las prerrogativas del deudor embargado y las medidas que deberá tomar el juez en el supuesto excepcional del embargo.

## BIENES INEMBARGABLES

### ARTÍCULO 648

*Son inembargables:*

1. *DEROGADO. (\*)*
2. *Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492° del Código Civil;*
3. *Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;*
4. *Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;*
5. *Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional;*
6. *Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.*  
*Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por Ley;*
7. *Las pensiones alimentarias;*
8. *Los bienes muebles de los templos religiosos; y,*
9. *Los sepulcros.*

*No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 3. y 4., cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables, con excepción de los que generen los bienes señalados en el inciso 1. (\*\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

(\*) Inciso derogado por Sentencia del Tribunal Constitucional de 07-03-1997 que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26599.

(\*\*) Texto según el art. 1 de la Ley 26599 de 24-04-1996.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

### LEGISLACIÓN COMPARADA

<i>C.P.C.M. Iberoamerica</i>	<i>arts. 324.5, 324.6</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 682, 684</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 219</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>art. 434</i>

---

## Comentario

---

1. Una de las reglas que rige la medida cautelar sostiene que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; sin embargo, existen bienes que están excluidos de la ejecución en razón de su carácter no patrimonial, su no alienabilidad y su no embargabilidad.

Como el embargo se orienta a obtener una cantidad de dinero para el futuro pago al acreedor, resulta evidente que sólo podrán ser susceptibles de embargo aquellos bienes que tienen contenido económico, excluyéndose los no patrimoniales, como los derechos derivados de la relación familiar (patria potestad, tutela, etc), derechos de la persona (derecho a la vida, a la libertad, al honor, etc) derechos de carácter político, entre otros; sin embargo, para que el embargo sea posible no basta la patrimonialidad sino que el bien sea alienable. “Si la ejecución va a conducir, normalmente, a la enajenación forzosa, para que el embargo sea posible no basta la patrimonialidad del derecho, es necesario también que sea enajenable, de ahí que queden excluidos los derechos inalienables, como los bienes de uso público del Estado”, señala Montero Aroca<sup>(1)</sup>.

La doctrina considera –según Cachón Cadenas<sup>(2)</sup>– que un bien es alienable cuando puede ser transmitido eficazmente a un tercero, y que la inalienabilidad es la “inidoneidad objetiva de un bien o del derecho que sobre él recae para ser transmitido, es decir, para que cambie su titularidad de sujeto por cualquiera de los medios admitidos por el Derecho, de modo que su transmisión deviene inexistente o nula”. Dice el autor, la alienabilidad de un bien se sustenta en la relación que media entre el embargo y el apremio. A falta de otro medio de afectación de bienes para la ejecución, la actividad de apremio ha de recaer precisamente sobre los bienes embargados; en consecuencia, sería un contrasentido embargar aquello que, con posterioridad, no podrá ser objeto de la actividad de apremio.

El carácter principal del apremio entraña la enajenación de los bienes embargados. La razón de la inembargabilidad de los derechos inalienables radica en ese dato. Cuando se embarga un derecho, se expresa la voluntad que sobre tal

---

(1) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional, Bosch, Barcelona, 1995, p. 527.

(2) Cachón Cadenas Manuel, El embargo, Bosch, Barcelona, 1991, p. 145.

derecho se lleve a cabo, sólo o en primer término, una actividad que encierra la transmisión del derecho en cuestión. Si el derecho fuera inalienable, ninguna de las vías de apremio principales podría recaer sobre él. Por tanto, la traba del mismo resultaría contraria a la propia función del embargo. Sería un acto inútil. Así pues, el fundamento de la inembargabilidad de los derechos inalienables se halla, a la vez, en la función asignada al embargo y en la propia estructura del procedimiento de ejecución singular y pecuniaria.

2. La regla que solo se puede afectar los bienes que pertenezcan al presunto deudor, aunque estos se encuentren en poder de terceros, no es absoluta porque a pesar de acreditarse la pertenencia del obligado sobre los bienes afectados, la finalidad a la que están destinados constituye justificante para que no proceda la afectación. La restricción a la regla general se encuentra recogida en los diferentes supuestos que recoge el artículo 648 CPC.

El inciso 1º hace referencia que los bienes del Estado son inembargables. Esta limitación es concordante con lo señalado en el artículo 616 CPC, que dice “No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades. Tampoco proceden contra bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos referidos en el párrafo anterior, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento”.

Mediante Ley Nº 265999 del 24 de abril de 1996 se modificó el artículo 648 CPC para que todos los bienes del Estado –incluso los de dominio privado– no sean embargados. Posteriormente dicha norma fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Expediente Nº 006-91/TC) de fecha 30 de enero de 1997). Por Ley Nº 26756, en marzo de 1997, se constituyó una Comisión encargada de elaborar un proyecto de Ley que determinaría los bienes del Estado que podían ser embargados, indicando que sólo serían los bienes incluidos expresamente en esa Ley, que por cierto, jamás se dictó. Además se estableció un procedimiento especial de pago, el cual también fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 022-96-I/TC, de fecha 15 de marzo del 2001).

En el mismo año, apareció el Decreto de Urgencia Nº 019-2001, señalando que los depósitos en dinero en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional eran inembargables y que las obligaciones a cargo del Estado, determinadas por mandato judicial, serían pagadas conforme a la Ley Nº 26756. Por Decreto de Urgencia Nº 055-2001, se fijó el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en procesos seguidos con el Estado. Contra este Decreto de Urgencia Nº 055-2001 y la Ley Nº 27684, se interpuso demanda de inconstitucionalidad, señalando el Tribunal Constitucional en la sentencia (ver Expediente Nº 015-2001-AI/TC 29 de enero del 2004) que la Ley puede establecer ciertas restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

judiciales firmes, en la medida que tengan una justificación constitucional, tal como sucede con la prohibición de embargar bienes del Estado de dominio público. Corresponde al Juez, determinar en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables. Consideró además que la palabra “solo” prevista en el artículo 2 de la Ley N° 26756, era inconstitucional pues daba a entender que los únicos bienes del Estado embargables eran aquellos que se incluyeran expresamente en la Ley. Señala la Sentencia que los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, a que se refiere el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 019-2001, sólo son inembargables cuando “se encuentren afectos al servicio público”. Esto implica que los bienes pertenecientes al Estado, en que no concurra la circunstancia de estar destinado para el uso público pueden ser perfectamente embargados, así como los bienes que habiendo sido de dominio público, dejen de estar destinado al servicio público.

El Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal, aprobado mediante Decreto Supremo N° 154-2001-EF, define y clasifica los bienes de dominio público, en cuatro clases: a) los destinados al uso público; b) los de servicio público; c) los afectados a la defensa nacional; d) a los que la Ley les confiera ésta calidad. El Decreto cuando define “a los bienes de dominio privado del Estado señala como aquellos de su propiedad que no califican como de dominio público, agregando que dan los derechos y atributos de la propiedad de acuerdo con el derecho común”.

El problema que se presenta en las ejecuciones cautelares, es ¿cómo demostrar que el bien del Estado que se pretende afectar no es de dominio público? Ello es el gran problema que tiene que afrontar el común ciudadano, que se vincula como demandante con el Estado en un proceso judicial, por lo difícil de acceder a dicha información; por citar, si se busca un secuestro sobre un auto que aparece como propiedad del Estado, cómo se puede acreditar que dicho bien es de uso público o de uso privado. Son uniformes las decisiones judiciales que desestiman las medidas cautelares contra bienes del Estado, bajo el argumento que “el recurrente no ha acreditado que el bien se pretende embargar se encuentra afecto al servicio público”. Frente a esas circunstancias ¿se podría recurrir a la carga probatoria dinámica, que busca colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla?

Tradicionalmente se entendía que la carga de la prueba pesaba sobre la parte que afirmaba la existencia de algún hecho controvertido. El otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa. Con el correr del tiempo los hombres de derecho se dieron cuenta que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance la facilidad de la prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra poder aportar elementos de convicción. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, abandonó la

óptica tradicional y distribuye las obligaciones probatorias poniéndolas, tal como se ha señalado, en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Se funda, entre otros preceptos, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo a la verdad real.

Por otro lado, Lledó y Zorrilla<sup>(3)</sup> al referirse a los bienes de dominio público y de propiedad privada señalan que algunos autores aceptan como criterio diferencial el destino o afectación de los bienes, considerando como de dominio público o aprovechamiento común los destinados al uso directo del público, o éstos y los afectados a un servicio público. Otros criterios atienden al carácter con que se poseen los bienes, llamados de dominio público a los que el Estado posee como persona pública y bienes patrimoniales a los que poseen como persona jurídica; otros atienden a la función económica que los bienes desempeñan, considerando como de dominio público a los que satisfacen las necesidades colectivas en concepto de bienes directos o de primer grado, y como patrimoniales a los que procuran indirectamente dicha satisfacción en concepto de bienes de segundo grado o instrumentales, susceptibles de transformarse en otros valores y producir renta.

Como ya se ha señalado, el artículo 616 CPC, restringe las pretensiones cautelares cuando son dirigidas contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades. Esta restricción según la norma, solo opera en el supuesto de medidas cautelares para futura ejecución forzada, no incluyendo dentro de esta limitación a las medidas de innovar y no innovar así como las medidas temporales sobre el fondo.

3. El inciso 2º hace referencia a los bienes constituidos en patrimonio familiar o conocido también como hogar de familia. Según Cornejo<sup>(4)</sup>, consiste en “la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento”. Para Cornejo<sup>(5)</sup> hay razones de orden social, económico y moral que justifican la existencia del patrimonio familiar. En el primer caso, fija a las personas en determinado lugar y vincula al trabajador con la sede de su labor, consolida el núcleo familiar evitando la desarticulación; desde el aspecto económico favorece la mediana propiedad agrícola, artesanal o fabril; estimula la producción al vincular a los miembros de la familia con determinado trabajo; bajo el enfoque moral afirma los vínculos éticos entre los componentes de cada familia, estimula la relación

---

(3) Lledó Yague Francisco y Manuel Zorrilla Ruiz, *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 394.

(4) Cornejo Chávez Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 10 ed, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p.629.

(5) Op. cit. p. 632.

filial y fraterna así como facilita el cultivo de hábitos domésticos que nacen de la intimidad del hogar al prolongar la vigencia real de éste a través del tiempo.

Si bien una de las características del patrimonio familiar es que es inembargable, hay algunas posiciones que recoge Cornejo<sup>(6)</sup> que considera inembargable, sólo hasta el límite de valor por el que se hubiera constituido, de modo que sí resulte embargable el exceso; posición que no comparte nuestro Código Civil. Otro supuesto que no permite la inembargabilidad se refiere a las deudas a médicos por sus servicios, a los obreros por sus salarios, a los proveedores por sus alimentos proporcionados y en general, a todos aquellos que han prestado servicios o elementos indispensables para la subsistencia de los miembros de la familia; tampoco funciona la inembargabilidad en contribuciones adeudadas al Fisco, al pago del saldo del precio en que se adquirió el mismo inmueble constituido en patrimonio familiar o las deudas asumidas para las mejoras introducidas en el mismo inmueble; las deudas derivadas de condenas penales, de primas de seguros o de deudas alimenticias.

Nuestro Código asume la posición de la inembargabilidad absoluta sobre el patrimonio de familia, dejando solo la posibilidad de embargar los frutos del patrimonio, para cumplir sólo los pagos en tres situaciones, deudas resultantes por condenas penales, tributos referentes al bien y pensiones alimenticias.

4. El inciso 3 hace referencia a las prendas de estricto uso personal, como el anillo nupcial. También hace referencia a la prohibición de embargar al deudor los bienes que “resultan indispensables para su subsistencia”. Es un supuesto abierto, que no llevaría a mayor dificultad como en el caso del paralítico y la silla de ruedas que usa para su transporte; pero en el caso que se embargue una refrigeradora ¿Qué parámetros debemos tener en cuenta para considerar bien indispensable para la subsistencia? ¿Será indispensable la congeladora en un ambiente de gélido invierno o de un sofocante calor? Frente a ello hay opiniones que consideran que un bien es de uso indispensable cuando su privación hace descender el nivel de vida a límites incompatibles con las exigencias propias del ser humano.

Un caso bastante particular plantea la no afectación de la mascota del hogar, como podría ser un perro. Hay necesidades espirituales del deudor y de su familia que se admite queden protegidas al mismo nivel que las materiales. La tenencia y cuidado de un perro, en la condición más favorable al embargante, no presta utilidad material alguna, más aún, si no presenta características genealógicas especiales que justifiquen algún valor económico. Una cita de la jurisprudencia argentina que aparece al respecto señala “No es legalmente admisible que un acreedor pueda privar a su deudor de un bien –en caso de un perro- que ofrece

---

(6) Op. cit. p. 655.

para éste un valor afectivo superior quizá a cualquier otro interés material, si no queda demostrado que el sacrificio que significaría ese hecho compensa la satisfacción, en proporción aceptable, del derecho del acreedor”.

El inciso 4 refiere al caso de los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado. Véase sobre el particular, el caso del piano, cuando es un medio de estudio comprobado; el taxista cuyo vehículo (de su propiedad) es utilizado como su único y directo instrumento de trabajo, situación que difiere si el vehículo es utilizado para su transporte particular y en sus horas libres se dedica al servicio informal de taxi. Supuesto diverso es, si el deudor, que alega dedicarse a ser taxista, entrega en alquiler, su vehículo a una tercera persona para que éste lo destine al servicio de taxi. Véase que la norma exige que los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas sean indispensables para “el ejercicio directo de la profesión u oficio del obligado”. En este último caso, el obligado no ejerce directamente su oficio, como chofer, con el vehículo sino terceras personas.

Para deslindar si un bien es o no necesario para el ejercicio directo de la actividad profesional u oficio a que se dedica el ejecutado, hay que atender a la concreta actividad profesional que desempeña el mismo. Los bienes que resulten necesarios conforme a ese criterio son inembargables, caso contrario, los que se destinen a proporcionar al ejecutado una mayor comodidad en el ejercicio de la profesión, como el caso del automóvil que es usado para desplazarse a su lugar de trabajo, cuando hay medios de transporte público y aquellos que tienen un fin ornamental, como los cuadros de pintura que cuelgan de las paredes de la consulta del médico, pueden ser perfectamente afectados.

Otro aspecto que desarrolla Cachón Cadenas<sup>(7)</sup>, está referido a la forma del ejercicio de la profesión u oficio. No requiere necesariamente que se desarrolle en un ámbito de formalidad, pues, perfectamente puede operar bajo la actividad informal, porque la administración de Justicia no puede quedar sometida a las exigencias derivadas de la legislación administrativa o tributaria hasta el punto de convertir al juez en una especie de inspector estatal; una interpretación contraria a ella podría dar lugar a consecuencias contrarias al principio de igualdad ante la Ley.

La inembargabilidad beneficia a aquellos ejecutados que reúnan determinadas características, que describe a continuación Cachón Cadenas<sup>(8)</sup>, como: a) la protección solo es aplicable cuando el ejecutado es una persona física, pues, no es concebible que una persona jurídica desempeñe una profesión u oficio; además

---

(7) Op. cit. p. 332.

(8) Op. cit. p. 334.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

no se pone en peligro la vida del ejecutado; b) es irrelevante la actividad profesional a que esté dedicado el ejecutado, siempre que sea legal; tampoco tiene relevancia el hecho que el ejecutado trabaje por cuenta propia o por cuenta ajena. En este último caso, la excepción no es aplicable si el trabajador lleva a cabo su cometido con herramientas pertenecientes al empresario, pero sí debe aplicarse cuando es el propio trabajador el que ha de aportar a su labor con sus propias herramientas de trabajo. Por otro lado es necesario que sea el propio ejecutado quien realice directa y personalmente la actividad profesional que se trate, aunque, para ello, esté auxiliado por algunos familiares o empleados. La protección no alcanza al titular de un gran establecimiento industrial o mercantil que se limita a efectuar tareas directivas, pero sí resultan protegidos, en el caso del médico o del pequeño comerciante que atienden personalmente su consulta y negocio respectivamente. Esto es una consecuencia directa de la exigencia que los instrumentos sean indispensables para el ejercicio de la profesión, lo cual significa que deben ser usados directamente por el ejecutado.

Cachón Cadenas, considera que la inembargabilidad debe recaer sobre bienes muebles, como una interpretación gramatical, dado que se refiere a “vehículos, maquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de su profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado”; sin embargo alega el citado autor que hay actividades profesionales y oficios cuyo ejercicio requiere el uso de inmuebles, como el despacho del abogado, la consulta del médico, el taller del artesano, el local del negocio del comerciante, etc). Señala Cachón<sup>(9)</sup> “cuando el proceso de ejecución dé lugar a la enajenación del inmueble que el ejecutado venía dedicando al ejercicio de la profesión. Por lo que se refiere al período de tiempo durante el que se tramite el proceso de ejecución, hay que tener en cuenta que el embargo, por sí solo, no provoca el desalojo del ejecutado del inmueble embargado; la medida de aseguramiento apropiada en esos casos es la anotación preventiva de la traba”.

El inciso 5º refiere que las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, son inembargables. Lo que se busca es preservar las distinciones y condecoraciones que hubieren alcanzado los funcionarios del Estado, la misma que encierra un valor afectivo más que un valor patrimonial.

El asunto se complica cuando el deudor quien no es funcionario y ni servidor del Estado recibe el reconocimiento de una entidad privada, por sus dotes profesionales y en expresión de ello se le entrega una estatuilla de oro, en la que aparece grabada dicha distinción. La redacción de este inciso 5º textualmente dice:

---

(9) Op. cit. p. 335.

“Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. Algunos criterios consideran que las insignias condecorativas, están referidas a los funcionarios y servidores del Estado, sin embargo, si esto fuera así, cualquier particular podría invocar el principio de igualdad, para hacer extensivo la inembargabilidad de las insignias y condecoraciones que se otorguen a los particulares. El asunto se complica, cuando el reconocimiento tiene además un valor económico, por ejemplo, una estatuilla de oro que ha recibido el deudor en reconocimiento de su labor. Algunas opiniones sostienen que el objeto en sí, tiene una significancia económica, pero a ello, se agrega además el valor intelectual y moral para quien lo recibe, lo que justificaría su no afectación.

5. Otro supuesto de inembargabilidad está referido a las remuneraciones y pensiones del presunto deudor. Esta regla tiene una limitante: el monto de la remuneración debe exceder de cinco Unidades de Referencia Procesal. En este caso, solo será embargable el exceso hasta una tercera parte.

Sobre este supuesto resulta interesante apreciar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso José Salinas Aguilar con la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote y Banco de Crédito del Perú (Exp. N° 691-2004-AA/TC) de fecha 28 de junio del 2004. Refiere el caso que cuando Salinas Aguilar se disponía a hacer efectivo el cobro de sus remuneraciones, encontró bloqueada su cuenta, puesto que la Municipalidad citada le había iniciado un procedimiento coactivo por deudas impagas de arbitrios e impuesto predial, al interior del cual dictó la medida cautelar de retención sobre los fondos disponibles de la cuenta bancaria Salinas Aguilar. El afectado interpone acción de amparo para que se declare inaplicable el embargo en forma de retención sobre la cuenta de ahorros del Banco de Crédito. Señala el Tribunal “la suma percibida mensualmente como remuneración tenía la calidad de inembargable hasta el límite de cinco unidades de referencia procesal, esto es, hasta por la suma de S/. 1,550, al momento de entablado el embargo (años 2002 y 2003), por tanto, siendo la remuneración neta mensual de S/. 1,292.04, la misma no podía ser afectada por medida cautelar; por tanto, se acredita la vulneración de los derechos constitucionales del accionante, pues, el hecho que el recurrente haya contraído obligaciones tributarias, las cuales se encuentran pendientes de pago, no autoriza una actuación al margen de la Ley por parte de la Administración Tributaria, a fin de garantizar el cobro de la deuda sobre depósitos de naturaleza intangible. Por consiguiente, el artículo 33 inciso d) de la Ley N° 26979, respecto al embargo en forma de retención sobre depósitos en poder de terceros, de ninguna manera puede ser interpretado de forma tal que permita el embargo de cuentas bancarias –cuando se acredite que corresponden a pago de haberes– desconociendo el artículo 648 inciso 6 del CPC, puesto que no es posible autorizar en sede administrativa lo que ni siquiera un juez en la vía judicial está facultado para afectar”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Situación especial opera en el caso de garantizar obligaciones alimentarias. Aquí, se permite la afectación de las remuneraciones y pensiones, pero hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley. Si bien la norma es clara en permitir una afectación restringida sobre el total de los ingresos, es importante calificar previamente un aspecto de éste, como es, la remuneración. Para el Decreto Supremo N° 003-97-TR constituye remuneración para todo efecto legal, el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Además según el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 659 no se consideran remuneraciones computables las siguientes: “a) gratificaciones extraordinarias ú otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador; b) cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa; ...”.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante la Consulta N° 3656-2002-Lima, de fecha 15 de enero del 2003, en el caso Rosa Tejada Chávez con Néstor Sanchez Baez sobre alimentos, promovido por el 6° Juzgado de Familia Civil de Lima, señala: “la entrega en efectivo por concepto de combustible al personal militar y policial, en situación de actividad, no tiene el carácter de un ingreso de libre disposición, toda vez, que como lo señala el artículo 1° del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, debe ser destinado para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, no teniendo carácter pensionable ni tampoco puede servir de base de cálculo para ningún beneficio; por lo que no se trata de un beneficio recibido por el servidor, sino que constituye un concepto destinado a gastos para el desempeño de su labor que no se encuentra afecto a la pensión de alimentos”. Este pronunciamiento aparece recogido en los pronunciamientos judiciales, en Lima; de tal manera que al personal militar y policial que no está en actividad si se afecta los ingresos por este rubro, pues, no requieren realizar comisiones de servicio.

6. Si bien la norma regula los diferentes supuestos de bienes inembargables, permite que los frutos de éstos, puedan afectarse, salvo el caso de los bienes del Estado que refiere el inciso 1. Nótese que la afectación hace referencia solo a los frutos y no a los bienes accesorios ni a los productos de los bienes inembargables. Véase el caso del alquiler de un vehículo, donde el ejecutado no utiliza directamente dicho bien para su oficio, pero si lo alquila a terceros para producirse una renta. El fruto de esta renta es perfectamente embargable, por mas que provenga de un bien inembargable.

Los bienes accesorios, regulados en el artículo 888 Código Civil, son aquellos que sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. En el caso del embargo en forma de secuestro sobre un vehículo, que constituye herramienta de trabajo del afectado.

El equipo de música instalado en dicho bien es un bien accesorio que perfectamente podría ser materia de embargo, aunque el vehículo no lo sea por la causal que señala el inciso 4, esto es, que constituya instrumento para el ejercicio directo de su oficio u profesión.

El artículo 890 del CC define a los frutos como los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia; en cambio, los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien. (ver artículo 894 CC). El fruto es un bien nuevo que produce otro bien; en cambio los productos no se reproducen. Véase el caso de las minas y canteras.

Para el Código Civil los frutos pueden ser naturales, civiles e industriales. Los frutos naturales son los que provienen del bien sin intervención humana. Pertenecen al propietario del bien embargado y se perciben cuando se recogen; por ejemplo la lana de las ovejas. Los frutos industriales son los que produce el bien con intervención humana. Pertenecen al productor y se perciben cuando se obtienen, como sería el caso de la industria pesquera, que transforma la materia prima en harina de pescado. Los frutos civiles son aquellos que se producen como consecuencia de una relación jurídica. Pertenecen al titular del derecho y se percibe cuando se recaudan, por ejemplo, la renta de un inmueble. El Código Civil señala que en estas dos últimas modalidades de frutos (industriales y civiles) para el cómputo de ellos se rebajarán los gastos y desembolsos

En el caso del patrimonio familiar, la norma precisa que los frutos son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias (ver artículo 492 CC). Sobre este particular, asumiremos la posición que cuando el inmueble es ocupado directamente por los miembros de la familia, no se podrá invocar el embargo de frutos, pero en el supuesto que el predio se entregare en alquiler, el ocupante estará obligado a pagar al acreedor pero solo hasta las dos terceras partes, pues, estamos ante la presencia de frutos civiles.

7. El inciso 8 y 9 hacen referencia a los bienes muebles de los templos religiosos y los sepulcros. A pesar que se ubiquen dentro del grupo de susceptibilidad jurídica limitada, no se puede decir en absoluto que estén fuera del comercio de los hombres o del tráfico jurídico: lo que pasa es que para ser objeto de actos de tráfico han de sujetarse a formalidades y autorizaciones no exigibles respecto de las demás cosas. Por su parte, los cementerios y las sepulturas, sin perder su aspecto religioso, están regulados hoy por disposiciones administrativas como el Decreto Supremo N° 03-94-SA y la Ley N° 26298.

La norma hace referencia a los sepulcros, entendido éste como “la obra que se construye para dar sepultura a una persona, generalmente de piedra y elevada respecto del suelo”; sin embargo la legislación especial asume el calificativo de sepulturas para comprender a los mausoleos, nichos y sepulturas en tierra.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Apreciése que la limitación cautelar es a la edificación u obra realizada para la inhumación, sea que se hubiere otorgado en concesión para uso temporal o permanente, en un cementerio público o privado.

8. El efecto natural de la afectación de bienes inembargables es el levantamiento de la medida cautelar, porque los hechos que impedían la afectación existían al momento de dictarlos, pero, no tuvieron en cuenta ni el juez ni tampoco la parte que promovió la medida cautelar.

Hay que precisar, que el levantamiento de la cautela procede no porque se hayan modificado las circunstancias que determinaron la medida cautelar, sino porque el juez recién advierte que los bienes sobre los que han recaído la ejecución de la medida cautelar son inembargables.

La causal de inembargabilidad siempre estuvo presente al momento de dictar medida, pero era desconocida por el solicitante y por el juez; sin embargo, diferente es el caso, cuando aparecen hechos sobrevinientes a la decisión cautelar, como el abandono del proceso, el desistimiento de la pretensión, la sentencia adversa al ejecutante y el cumplimiento de la obligación, por citar.



## JURISPRUDENCIA

---

*Es erróneo el argumento de no poder embargar la participación de uno de los cónyuges, en un bien de la sociedad conyugal, porque ello se contradice por el artículo 308 CC, por el cual, las deudas personales de un cónyuge únicamente no responden los bienes personales del otro, pero, si la parte del deudor en los sociales y en sus bienes propios (Exp. Nº 99-24555-2165, Sala Civil Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 339)*

*Esta prohibido los embargos sobre los bienes dados en arrendamiento financiero, mas no, sobre los ingresos que genere la actividad mercantil y que la arrendataria perciba, respecto de la explotación de los bienes que posee (Exp. Nº 99-16119-2883, Sala Para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 341)*

*Son inembargable los vehículos, entre otros, indispensables para el ejercicio directo del oficio del obligado, sin embargo, pueden afectarse cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.*

*Si la obligación garantizada con las garantías reales otorgadas es un crédito otorgado a la empresa recurrente y no es el saldo del precio de los vehículos adquiridos, no resulta aplicable la excepción de inembargabilidad de los bienes (Exp. Nº 96-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 574-576)*

*Mientras la obligación alimentaria se encuentra vigente, corresponde al obligado garantizar su cumplimiento.*

*Si los beneficios sociales del demandado se encuentran afectados, al haberse dispuesto el pago de la tercera parte del monto retenido derivado de los beneficios sociales del*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*demandado, se ha caoiclado el derecho de los menores atimentistas, por cuanto no es posible disponer de la totalidad de dicho monto, por encontrarse éste afectado. Será con los informes ordenados, que se dilucidará con mayores elementos, el desuno del saldo (Exp. N° 423-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 133-134)*

*No es procedente la solicitud de prorrato de alimentos, cuando la suma de las distintas pensiones no exceda la porción embargable de las rentas del obligado, es decir, del cincuenta por ciento de su haber (Exp. N° 135-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 127-128)*

*Los fondos y reservas que administra el IPSS son inembargables. No procede disponer medidas cautelares ni de ejecución sobre ellos. Debe ser de aplicación lo dispuesto en la única disposición transitoria de la Ley N° 26756 (Exp. N° 1240-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 500)*

*Se incurre en error al indicar que no pueden afectarse bienes de la sociedad conyugal por deudas propias de los cónyuges, puesto que la medida cautelar no se solicitó sobre la integridad del bien, sino sobre los derechos que le pudiera corresponder, hasta las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales (Exp. N° 26674-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 108-109)*

*No procede el levantamiento de embargo que no invoca el derecho de propiedad del Estado sobre la aeronave gravada sino, tan solo el de posesión.*

*La incautación confiere únicamente una posesión temporal, a las resultas del juicio (Exp. N° 259-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 351-352)*

*Tratándose de bienes sociales, la Ley procesal no ha establecido la prohibición de embargar derechos y acciones de uno de los cónyuges porque cada uno respondería por sus propias deudas, cuando se liquide la sociedad de gananciales (Exp. N° 198-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 91)*

*No puede ser afectado el bien que corresponda a la sociedad conyugal, dado que ello implicaría liquidar anticipadamente el régimen de la sociedad de gananciales, lo que no está permitido por ley (Exp. N° 175-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 92)*

## EMBARGO EN FORMA DE DEPÓSITO Y SECUESTRO

### ARTÍCULO 649

*Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos, procediéndose de la manera como se indica en el párrafo siguiente.*

*Cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, éstos serán depositados a orden del Juzgado. En este caso el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. Asimismo, está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del Juez, sin poder invocar derecho de retención.*

*Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco de la Nación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 216, 221, 536, 537  
C.F.P.C. México arts. 451, 452, 454, 455

---

### Comentario

---

1. El embargo es la medida cautelar que afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, asegura la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, mientras se obtiene la sentencia de condena.

El embargo puede operar bajo diversas modalidades y bienes. Cuando no se invoquen y demuestren motivos fundados, los bienes objeto del embargo deben quedar en poder del presunto deudor, en cambio, frente a cualquier posibilidad que los bienes embargados corran el riesgo de desaparecer o desvalorizarse, corresponde despojarse de aquéllos al deudor y ponerlos en manos de un tercero, llamado custodio. Véase el caso del bien litigioso, que si no fuera litigioso, la medida procedente sería el embargo en forma de depósito. Esta medida se instrumentaliza

desapoderando al poseedor y constituyendo el bien en poder de un tercero que se convierte en custodio.

Tanto el depósito como el secuestro judicial es una medida conservativa de un bien específico. Como tal garantiza la integridad del bien hasta el final del proceso, para hacer posible la ejecución específica de la sentencia.

Algunas opiniones distinguen al depósito y posterior desapoderamiento, como un secuestro complementario, pues, se parte de la existencia de un embargo ya trabado, pero frente a circunstancias que pongan en peligro la integridad de la garantía, aun cuando el crédito no sea aún exigible por hallarse sujeto a plazo o condición, se proceda a buscar el secuestro. Véase el caso de los bienes prendados, el acreedor podría solicitar el secuestro de aquellos en caso que el propietario de los bienes saque de lugar en que se hallaban cuando se constituyó la garantía, los use indebidamente o se niegue a que el acreedor los inspeccione. En ese sentido, léase la limitación cautelar a que hace referencia el artículo 692 CPC. Especial situación es en el caso de los bienes inmuebles, donde no opera el desplazamiento para el secuestro. En estos casos se dice que el acreedor hipotecario, frente a los actos de su deudor que tengan como consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado, puede ejercer el privilegio de la hipoteca sobre los alquileres o rentas, para lo cual, es indispensable que el acreedor hipotecario haga valer ese privilegio ejecutando a tiempo los actos indispensables para lograr que la garantía se un hecho, con la retención o secuestro de los arrendamientos. “cuando el propietario de una casa o de un bosque, emprenda la demolición de la casa o proceda al corte de los árboles del bosque, los acreedores hipotecarios podrían pedir el secuestro de esas propiedades para que sean mantenidas en el estado en que se encuentren y que el precio de los materiales de la demolición o de los árboles cortados, se pongan en depósito”. Al respecto debemos decir, que no cabe el secuestro de inmuebles pero si con respecto a los árboles cortados, sin embargo, sobre el bien hipotecado, puede constituirse además una medida genérica de administración (ver artículo 629 CPC) orientada a la conservación y preservación del bien, entregado en garantía.

2. El depósito se diferencia del secuestro en los efectos, pues, mientras los bienes embargados quedan bajo la custodia del propio deudor-propietario, si éste ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en la hipótesis del secuestro, por cuanto las cosas afectadas por la medida se ponen bajo la custodia de un tercero.

El litigante, propietario de los bienes, al ser designado depositario de los mismos, asume las mismas responsabilidades procesales, civiles y penales que cuando el custodio es un tercero. Como depositario debe mostrar su asentimiento para aceptar el cargo, asumiendo el compromiso de desempeñar bien y con lealtad su función así como presentar los bienes cuando le sean requeridos. La circunstancia que el depositario sea a la vez dueño de los bienes embargados, no le exime

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de pena si los vende o les da otro destino que haga ilusorio el embargo; al igual la entrega de los bienes en depósito no importa reconocimiento de dominio, ni autoriza el uso de la misma.

El custodio no puede invocar el derecho de retención sobre la cosa que se le haya confiado ya que ejerce sus funciones como órgano de auxilio del juez y no como sujeto de una relación contractual. El derecho de retención se da en los contratos o en las relaciones privadas de los sujetos de una relación sustancial pero no puede darse en una relación indirecta, en virtud de una institución de orden público como es el proceso. Solo podrán reclamar se les fije la remuneración una vez terminado la custodia o cesado en su cargo, pero no podrán negarse los depositarios judiciales a la entrega de los bienes en razón de que se les adeude sus honorarios. Tampoco puede concebirse que el encargado de la custodia y conservación de bienes sometidos al *ius imperium* de la jurisdicción, pueda alzarse contra ella, so pretexto de gastos hechos para la conservación de la misma, invocando para ello la retención civil.

3. El custodio de objetos embargados estará obligado a entregarlos, luego de la intimación judicial, bajo apercibimiento de ordenar su detención personal, si no entrega los objetos embargados al nuevo custodio. Ello en ejercicio de la facultad coercitiva del juez (ver inciso 2 del artículo 53 CPC).

Por otro lado, es importante precisar que la norma en comentario establece textualmente, que el custodio **“está obligado a presentar los bienes, dentro del día siguiente a la de la intimación del juez”**. Esto implica que si se notifica al custodio para la entrega de un bien afectado, el día lunes 14, la entrega debe materializarse al día siguiente de notificado, esto es, el martes 15, caso contrario el custodio, tendría que asumir las consecuencias legales que su resistencia genera. Bajo este contexto tampoco es atendible que el custodio justifique su resistencia a la no aplicación del plazo legal a que refiere el artículo 147 CPC, para condicionar la entrega del bien entregado en custodia; esto es, que entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deba transcurrir por lo menos tres días hábiles, pues, conforme lo refiere el citado artículo 147 CPC, “salvo disposición distinta de este Código” se aplicará ese precepto, situación que por regulación expresa del artículo 649 CPC, no es aplicable al caso del custodio. Liebman<sup>(1)</sup> al referirse al custodio señala: “es la persona a la que viene confiada la conservación y la administración de los bienes embargados o secuestrados. El juez de oficio o a instancia de parte, puede disponer en todo tiempo su sustitución por ordenanza no impugnabile”.

---

(1) Enrico Tullio Liebman, Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1980, p. 63.

4. Como ya se ha señalado, el embargo en forma de depósito es atendible mantenerlo en la medida que no se invoquen y demuestren motivos suficientemente fundados que hagan presumir su desaparición, quedando los bienes objeto del embargo en poder del presunto deudor.

Por otro lado debe apreciarse que se permite la conversión de la medida de depósito en secuestro cuando “el depositario se negare a aceptar tal designación”, en cuyo caso se procederá al secuestro de los bienes. Esta negativa del obligado permite el secuestro por derivación que es en realidad una eventualidad, de ahí que el auxiliar judicial debe ir premunido de la autorización judicial para proceder a la conversión del depósito al secuestro, en el mismo acto de ejecución.

Esta condición –de negativa– no es del todo coherente con el carácter reservado de la medida, pues, el obligado nunca puede tener conocimiento del momento en que se realizará la ejecución de la medida cautelar, generando con ello la imposibilidad que éste exprese –su asentimiento o rechazo de la designación– en el momento de la ejecución cautelar. Su ausencia no puede tomarse como una negación tácita a ser depositario, sin embargo, en la práctica a dicha ausencia se le asigna los mismos efectos como si hubiera expresado su negación.

Nótese que el Código recoge el supuesto de “la negación del depositario” no “la ausencia del deudor” para que opere recién la conversión, sin embargo podría recurrirse a la conversión bajo cualquier circunstancia demostrativa que los bienes embargados corren el riesgo de desaparecer o de desvalorizarse. En esas circunstancias corresponde desapoderar de aquéllos al deudor y ponerlos en manos de un custodio, a través del pedido de la variación de la medida.

Debe precisarse que la conversión tiene que estar decretada con antelación a la ejecución cautelar en la resolución cautelar, de tal manera que el secretario judicial, proceda inicialmente la ejecución cautelar bajo el depósito, para luego ir al secuestro decretado en la propia resolución cautelar. La facultad de ordenar la conversión no le corresponde al ejecutor sino que debe estar solicitada y admitida por el beneficiado de la medida, condicionado su ejecución, siempre y cuando el obligado se negare a aceptar el cargo. De proceder a la conversión, tanto el órgano de auxilio como el almacén donde se depositarán los bienes, tienen que estar determinados en la resolución cautelar.

5. El órgano de auxilio judicial, por lo general, es un auxiliar externo de los jueces, encargado de cumplir una medida cautelar, guardando o vigilando bienes que constituyen la materia sobre la cual recae la medida. Son terceros al proceso, o uno o ambos litigantes, (como en el caso del depósito) que asumen una especial posición y responsabilidad. La designación en general corresponde al juez, pero puede encontrarse predeterminada por la ley, como es el caso del depósito en dinero. En este sentido, la norma en comentario señala “el dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de la Nación”. Estos órganos de auxilio judicial pueden ser fiscalizados –a su vez– por otros órganos llamados veedores, tal como refiere el artículo 633 CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*No habiendo prestado su consentimiento como depositario, no cabe requerirle para que haga entrega alguna y menos dictar contra él orden de detención (Exp. N° 252-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 352-353)*

*La Ley General de Sociedades sí prevé la posibilidad de dictar medida cautelar en forma de depósito sobre acciones (Exp. N° 4298-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 625)*

*Estando acreditado que el vehículo objeto de embargo, bajo la forma de secuestro conservatorio, está dedicado por el demandado a prestar servicios, en el transporte público, debe procederse a la variación del embargo bajo otra forma, como la de depósito, conservándose la garantía (Exp. N° 38-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 355-356)*

## EMBARGO DE INMUEBLE NO INSCRITO

### ARTÍCULO 650

*Cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

---

### Comentario

---

1. A pesar que la creación de Registros Públicos data desde 1888, encontramos a la fecha bienes inmuebles no registrados. La norma se ubica precisamente en ese supuesto, bienes inmuebles que no han tenido acceso a la vida registral, bienes inmatriculados, pero que conforman el patrimonio del obligado, para permitir la afectación de estos a través del embargo en forma de depósito.

Como señala la norma, se debe nombrar necesariamente como depositario al propio obligado, quien deberá conservar la posesión inmediata sin pagar renta alguna. Esto significa que se limitaría la disponibilidad física del bien, de tal manera que el propietario-depositario no podría traspasar la posesión del bien afectado. Al respecto señalamos que la limitación que recoge la norma en relación a la conservación de la posesión inmediata por el ejecutado, no debe ser aplicable al poseedor temporal no propietario, que venga ocupando el bien embargado, conforme señala el artículo 905 CC.

2. La norma señala que se debe nombrar necesariamente como depositario al propio obligado, pero, no señala los efectos que genera para la medida si no se produce la aceptación de tal designación, bien sea porque es renuente a la imposición legal o porque no se encuentre presente al momento de la diligencia de embargo. ¿Se podría hacer extensivo los alcances del embargo en forma de depósito que regula el artículo 649 CPC?. Nótese que dicho artículo hace referencia al embargo de bienes muebles afectados en forma de depósito, mas no hace referencia a los bienes inmuebles, sin embargo, a pesar que dicho supuesto no se encuentre regulado de manera expresa en nuestro Código consideramos aplicable las normas de la intervención judicial para designar a un administrador para tal

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

fin. Para Gonzales<sup>(1)</sup>, a pesar que la norma no ha previsto el secuestro de bienes inmuebles, en la práctica sí debe admitirse, "por ello es posible que sea necesario desposeer al propietario de su finca para conservar la integridad de los inmuebles y evitar el daño o menoscabo en sus instalaciones, para cuyo efecto deberá entregarse la posesión a un custodio (artículo 643 y 644 CPC)". Pero, esa medida sería coherente si se quiere preservar el bien, materia de litigio, y por ello se entrega el bien a una tercera persona para que lo administre. Este administrador judicial, será necesario cuando el proceso principal tenga por finalidad dilucidar el derecho de propiedad o de posesión sobre dicho bien inmueble no inscrito y por lo tanto, la administración judicial, coadyuvaría al su conservación; pero, tratándose de una afectación para asegurar una pretensión dineraria, no sería necesario ingresar a la administración judicial del bien inmueble no inscrito, pues, la fábrica se afectaría y se " nombra necesariamente como depositario al propio obligado, tal como literalmente señala la norma lo precisa. El tema pasa por precisar si el "nombramiento" opera automáticamente o requiere la aceptación del deudor, titular de la fábrica.

En este último caso, la exigencia de la propia norma, a que el deudor conserve la posesión inmediata del bien, condicionan la viabilidad de la medida; en cambio, hay otros criterios que asumen que no se trata de una "designación" que está sujeta a la aceptación del órgano de auxilio judicial (como puede ser en el caso del perito, veedor o como señala el art: 631 CPC) sino de un ineludible "nombramiento" como depositario al propio obligado, al margen que éste decida o no aceptar dicho cargo. Esta última posición permitiría que la medida se ejecute, con éxito, al margen que esté o no presente el obligado para que asuma el cargo, pues, su incorporación al proceso como tal, ya se ha efectuado a partir del nombramiento del juez. Ahora bien, la reflexión se orientaría, en el caso que el ejecutado, nombrado depositario, no quiera asumir el cargo. En tales circunstancias, se podría recién recurrir a la asistencia de la medida cautelar genérica (art. 629 CPC) para solicitar la administración judicial del bien afectado con una medida cautelar de embargo de bien no inscrito. Esta medida complementaría a la ya dictada, sobre la fábrica, y se orientaría a suplir la función del depositario-deudor que se resiste a asumir el cargo. Lo importante en este tipo de ejecuciones, es evitar que la medida no se materialice por voluntad del ejecutado.

3. La afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos. Esta restricción debe ser apreciada en concordancia con lo regulado en el artículo 645 CPC que sí permite hacer extensivo el embargo no solo sobre el bien afectado sino sobre sus accesorios, frutos y productos, siempre que hubieren sido solicitados y concedidos en su momento. Los frutos son considerados como aquello

---

(1) Gonzales Barron Gunther, "Embargo sobre bienes inmuebles no inscritos" en El Peruano/Derecho, 10 de diciembre de 1996, Lima, p. b-9.

que produce un bien sin que haya alteración ni disminución alguna de su sustancia. En cambio los productos son provechos que no se reproducen (mineral de las minas), todo lo contrario, al ser obtenidos, agotan o destruyen el bien del cual se extrae, lo que no ocurre con los frutos. Entre ambos se distinguen porque la separación de los frutos no altera ni disminuye al bien principal, en tanto que la separación de los productos genera dicha disminución o alteración. En relación a los frutos concurre una clasificación tripartita: naturales, industriales y civiles. Los naturales, nacen o se producen de modo espontáneo, sin la intervención del hombre; los industriales, son rendimientos que se obtienen por el concurso de la industria o trabajo del hombre aplicado a la producción en general; los civiles son los que proceden del bien en correspondencia al goce que otra persona distinta de su propietario tiene del mismo. Ejm: rentas que el bien produce. Bajo ese contexto es importante tener en cuenta que el supuesto que recoge este tipo de embargo es una limitación a los frutos provenientes del uso y disfrute del bien, pues, el deudor no solo debe ser designado depositario sino que además debe conservar la “posesión inmediata” del bien. Esto implicaría que en el supuesto que el bien inmueble afectado con la medida cautelar se encontrare sometido a una relación de arrendamiento, los frutos no podrían ser afectados con la medida de embargo sobre bien no inscrito sino a través de otra medida, como el embargo en forma de retención; sin embargo, en opinión de Gonzales<sup>(2)</sup>, “cuando una medida cautelar incluya la afectación de los frutos, productos o rentas se deberá solicitar el embargo en forma de administración (artículo 669 CPC)”.

4. El Código no hace referencia expresa a la posibilidad de afectar mediante el embargo en forma de secuestro un bien inmueble. Como uno de los efectos del secuestro es la desposesión del bien y la entrega de éste a un tercero llamado custodio, bajo dicho contexto, Gonzales Barrón<sup>(3)</sup> considera que sería necesario la desposesión al propietario para conservar la integridad del bien, y evitar el daño o menoscabo en sus instalaciones, para cuyo efecto la posesión deberá entregarse a un custodio, sin embargo, considero que la intervención en forma de administración sería aplicable al caso de bienes inmuebles, donde el administrador, asumiría la conducción y dirección del bien que se le ha encomendado para su custodia.

5. Por otro lado debe advertirse que la afectación cautelar no impide los actos de disposición sobre el inmueble o la constitución de otros derechos reales, sin embargo, la condición de ser bien no registrado, qué efecto va a generar en relación al tercer adquirente de buena fe. Precisamente una de las bondades del Registro Público es que está destinado a dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas y tienen como característica fundamental que los actos registrados producen cognoscibilidad frente a terceros.

---

(2) *Ibidem* (“embargo ....”)

(3) Gonzales Barrón Gunther, *Temas de Derecho Registral*, Ediciones legales, Lima, 2000, p. 169-170.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La norma no señala nada al respecto, sin embargo, para desatar este impasse Gonzales<sup>(4)</sup> propone invocar el principio que “nadie puede transmitir mas derecho del que tiene” y por tanto los terceros adquirientes sufrirían los efectos del embargo, por cuanto el enajenante no podía ceder un mejor derecho del que tenía. Ello no eximiría, desde luego, de la indemnización derivada del saneamiento por evicción y la preferencia que establece el artículo 1135 CC que a falta de inscripción, se prefieren los derechos de los acreedores en relación a la fecha de antigüedad del título.

6. Una interesante propuesta que desarrolla Gonzales Barrón<sup>(5)</sup> en este tipo de afectaciones es la anotación preventiva del embargo sobre el predio, para lo cual señala el autor “se debe abrir una partida especial en el Registro, en la que deberá individualizarse el área, medidas perimétricas y linderos de la finca (artículo 81 del Reglamento de las Inscripciones). Los efectos prácticos de esta anotación preventiva se limitan a evitar que en el hipotético caso de una posterior inmatriculación y subsiguiente transferencia a un tercero, éste pueda ampararse en la fe pública registral”.

Situación distinta es, cuando se trata de afectaciones de lotes de terreno que registralmente forman parte de un área de mayor extensión, que sí se encuentra inscrita. Aquí señala Gonzales Barrón<sup>(6)</sup> “todos los actos o contratos relativos a la totalidad o fracción de dicho predio, necesariamente deben inscribirse en la misma partida registral. En ningún caso, procederá abrir una nueva partida registral aún cuando se tratase de una porción de un inmueble inscrito con mayor área”.

7. Por otro lado adviértase que la norma exige que para la ejecución de esta modalidad de embargo, debe nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado, sin embargo, dicha condición es de difícil ejecución porque no siempre se puede contar con él al momento de la ejecución o contando, son renuentes a aceptar el cargo de depositario del bien. Como se aprecia del artículo 649 CPC, cuando el obligado constituido en depositario de los bienes se negare a aceptar tal designación se procederá al secuestro de los mismos, situación que no puede ser extensiva al caso de bien inmueble, por estar impedido por su naturaleza del desplazamiento. Frente a estos dos supuestos: ausencia del obligado y presencia pero con renuencia a aceptar el cargo, podría concurrir la posibilidad de designar depositario aún en su rebeldía, notificándole personalmente de dicha designación para la responsabilidad penal y civil que pudiere acarrear tal condición; sin perjuicio de la publicidad en el propio inmueble afectado para avisar de la afectación del inmueble y de la condición de depositario del propietario, sobre dicho bien inmueble. En tales circunstancias, si el depositario designado no estuviere de acuerdo

(4) *Ibidem* (“embargo...”).

(5) *Op. cit.* p. 171.

(6) *Op. cit.* p. 171-172.

con su designación perfectamente podría utilizar los mecanismos de la impugnación para pedir la revisión de su designación, caso contrario operaría el consentimiento de ella, a través del mecanismo señalado.

8. Como señala la norma, el depositario (propietario afectado con la medida cautelar) tiene el deber de conservar la posesión inmediata del bien y además tiene el derecho de disfrutar el bien, sin asumir el pago de renta. Este supuesto nos lleva a asumir en la figura del depositario, la de un poseedor pleno. No cabría aquí que éste entregue la posesión a un poseedor inmediato (conforme artículo 905 CC) pues éste debe asumir la condición de poseedor inmediato; sin embargo, puede darse la posibilidad que al momento de la afectación del bien, el propietario hubiere arrendado el inmueble y quien ocupe el bien es el arrendatario, como poseedor inmediato. Aquí la regla de ocupar directamente el bien sin pagar renta se alteraría, porque el propietario no solo ocupa el bien sino que además percibe un ingreso por esa no posesión inmediata. Para dar cumplimiento al artículo 650 CPC no debe afectar el título con que ocupa el inmueble, pues, perfectamente podría afectarse ese ingreso (renta) a través de un embargo en forma de retención. Apreciése que lo que se busca en este tipo de afectaciones es patrimonio del presunto afectado, en tal sentido, el embargo no sólo se orientaría a la afectación del inmueble no inscrito, sino a la posibilidad de la retención sobre la renta, por la relación jurídica existente al momento de la ejecución.

9. La afectación cautelar no impide la transferencia del bien; sin embargo se debe precisar que una de las deficiencias que se aprecia en este tipo de embargos es la ausencia de publicidad oponible a terceros en las transferencias, como si opera en los bienes registrables; sin embargo, hay circunstancias en que dicha publicidad puede ser superada según el contexto en el que se desarrolle la disposición del bien.

Véase a continuación el caso del cobro de una suma de dinero promovida por una institución bancaria en su calidad de acreedor<sup>(7)</sup>.

El Banco ejecutante ha tomado conocimiento que uno de los demandados tiene una casa de playa. Dicho inmueble, no inscrito en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble, se ha edificado sobre uno de los lotes de terreno de propiedad de una Asociación Civil, del cual es miembro el ejecutado. De acuerdo con lo establecido en sus Estatutos, la Asociación fue creada con el objeto exclusivo de promover la práctica del deporte y el desarrollo cultural de sus miembros, así como facilitarles la construcción de su vivienda en la sede ubicada en la playa.

---

(7) Este caso ha sido tomado del proceso seguido por Banco de Crédito del Perú con Banu SA y otros sobre obligación de dar suma de dinero, Expediente N° 17202-1997- secretario: Galarza, que gira ante el 33 Juzgado Civil de Lima.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En cumplimiento al objeto social, la Asociación entregó a los ejecutados lotes de terreno para que puedan construir sobre los mismos, una edificación de tipo familiar, cuya fábrica sería su propiedad exclusiva. Además, los estatutos de la Asociación establecen lo siguiente: “En caso que un asociado activo desee enajenar o transferir por cualquier título, distinto al adelanto de legitima, sus derechos sobre el inmueble construido en terreno de la Asociación, deberá comunicarlo a este indicándole nombre del adquirente, precio y condiciones de venta. La Asociación informará a los asociados activos de la operación dentro del plazo de cinco días a fin que estos o sus hijos mayores de edad puedan adquirirlo, en los términos ofertados, dentro de los cinco días de notificados. Los asociados activos solo podrán ejercer este derecho en casos de ser colindantes y para anexar el inmueble de su propiedad. En caso que ninguna de las mencionadas personas hiciera valer su derecho en el plazo indicado, el asociado activo solicitante podrá efectuar la transferencia propuesta en el plazo que no deberá exceder de treinta días en el mismo precio y condiciones comunicados a la Asociación y previa aprobación de la Junta Calificadora y de Disciplina”.

Bajo dicho contexto, el Banco ejecutante, al margen de solicitar la afectación como inmueble de no inscrito podría solicitar además como medida cautelar genérica la anotación en el Registro de Asociados del embargo en forma de depósito sobre la edificación de propiedad del ejecutado así como una orden al representante legal de la Asociación para que cumpla con informar, a los posibles interesados en adquirir la edificación de los ejecutados, la existencia del embargo en forma de depósito trabado sobre el inmueble no inscrito que existe a favor del ejecutante. Con ello se evitaría que el nuevo adquirente no alegue la buena fe sobre el desconocimiento de la medida cautelar ejecutada con antelación a su adquisición.

10. Por último, no debe confundirse la calidad de bien registrable pero no registrado a nombre del deudor. El hecho que el deudor sea propietario de un bien inmueble pero que éste no aparezca registrado a su nombre, no le otorga la condición de bien no inscrito, pues el inmueble es un bien registrable pero no registrado bajo la titularidad del deudor.

El supuesto que acoge este artículo es todo lo contrario, la de un bien no registrable aún, véase el caso de quien construye una fábrica sobre el terreno de un tercero; de ahí que, algunos autores propongan en este tipo de afectaciones la anotación preventiva del embargo sobre el predio.

Es importante hacer esta precisión, pues aparecen algunas decisiones judiciales que bajo el argumento que el inmueble no se encuentra inscrito bajo la titularidad del deudor, se invoca este modo de afectación de bien no inscrito, para luego en ejecución forzada proceder al remate del bien, pese a que se trata de un bien inscrito pero a nombre de una persona ajena al deudor.

El recurrir a la información de Registros Públicos, para verificar su condición de bien no inscrito –no en cuanto a la titularidad del ejecutado– sino en cuanto al bien mismo, debe ser una medida prudente en este tipo de afectaciones. Ello porque a todo poseedor se presume propietario mientras no se pruebe lo contrario, en atención al artículo 912 CC, sin embargo, dicha presunción no resulta aplicable cuando se trate de bienes inscritos a nombre de otros sujetos, como señala el artículo 914 CC.



#### JURISPRUDENCIA

---

*Habiéndose concedido medida cautelar sobre bien inmueble no inscrito, el plazo de diez días para interponer la demanda, deberá contarse a partir de la fecha de la efectivización de esa medida, independientemente de la inscripción preventiva (Exp. N° 2668-1036-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 542)*

## SECUESTRO DE BIENES DENTRO DE UNA UNIDAD DE PRODUCCIÓN O COMERCIO

### ARTÍCULO 651

*Pueden secuestrarse bienes muebles que se encuentran dentro de una fábrica o comercio, cuando éstos, aisladamente, no afectan el proceso de producción o de comercio.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

---

### Comentario

---

1. El secuestro en sentido amplio es el acto de desapoderar a una persona de un bien, mueble o inmueble, para ponerlo en custodia judicial. El presente artículo hace referencia a esta modalidad de embargo, limitándola sólo a bienes muebles, a fin de afectarlos para una futura ejecución forzosa. Esta afectación se realizará bajo el ámbito de la actividad comercial o de producción.

Como señala la norma, el presupuesto para que opere este desapoderamiento es que los bienes intervenidos no afecten el proceso de producción o comercio de la parte ejecutada. La pregunta que surge es ¿Qué indicadores debe apreciarse al momento de la ejecución para considerar que afecta o no la producción o comercio?. Véase el caso de una obligada que se dedica a la comercialización de productos farmacéuticos en un local de expendio al público. Si en este local existen dos televisores instalados para la distracción de sus clientes, estos perfectamente podrían ser afectados porque no inciden sobre la actividad comercial; o en el supuesto que existen varias lámparas que adornan la recepción del local comercial, tomar algunas de ellas no afectarían el proceso de comercialización, situación diferente sería el caso que se afecte la caja registradora informatizada de la empresa. La computadora que registra los productos, precio y fecha de vencimiento, o los andamios en los que exponen los productos farmacéuticos. Las motocicletas que se utilizan para reparto a domicilio, tampoco podrían ser afectadas mediante el secuestro porque son utilizadas para la actividad comercial de la deudora.

Otro caso se aprecia en la afectación de una empresa destinada al alquiler de cabinas para internet. La empresa tiene 20 máquinas, ¿cuántas máquinas podrían secuestrarse sin afectar el servicio que brindan?

Si se trata de afectar a una empresa dedicada al área de salud, es necesario que el embargo no afecte a la Sala de Cirugías de la empresa ejecutada, esto implicaría que no podría ser retirado parte del material quirúrgico o bienes destinados a dicha labor, pues, con ello se evitaría que la ejecutada se vea afectada en el ejercicio de la actividad médica. La gran disyuntiva que se presenta en este tipo de secuestros es saber ¿cuando se afecta la producción o comercio? situación que no solo puede ser dilucidada por el auxiliar judicial ni por el beneficiado con la medida, sino por personas especializadas (peritos) en este tipo de actividades comerciales o de producción, por ello resulta indispensable la participación de un perito para tal fin, al momento de la ejecución cautelar. En ese sentido, el artículo 644 CPC permite que en la ejecución del embargo se pueda auxiliarse de un perito cuando fuere necesario. Esa limitante a no secuestrar bienes que afecten el proceso de producción o comercio, se justifica en la regla general de los bienes inembargables (inciso 4 art. 448 CPC) que busca preservar la subsistencia del ejecutado, al evitar que se afecte los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado. Precisamente una de las reglas que guían la actividad cautelar es que el acreedor no puede exigir que el embargo recaiga sobre bienes con perjuicio grave para el deudor, si hubiera otros disponibles.

## SECUESTRO DE TÍTULOS DE CRÉDITO

### ARTÍCULO 652

*Cuando se afecten títulos-valores o documentos de crédito en general, éstos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. El custodio queda obligado a todo tipo de gestiones y actuaciones que tiendan a evitar que el título se perjudique y a depositar de inmediato a la orden del Juzgado, el dinero que obtenga.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.F.P.C. México

arts. 449, 450

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a los títulos valores o documentos de crédito en general. Títulos de crédito son todos aquellos documentos que representan una obligación crediticia, como el pagaré, la factura conformada, la letra de cambio, entre otros. Ellos son además documentos materializados y calificados como bienes muebles.

La norma acoge los derechos de crédito que se materializa mediante su incorporación a un documento escrito al que se reconoce la aptitud para ser objeto de tráfico, de manera que la transmisión del documento equivale a la transmisión del derecho que representan los títulos valores. Estos no son otra cosa que documentos escritos que incorporan el contenido de un derecho cuyo ejercicio está supeditado a la tenencia material del documento; su transmisión queda favorecida al considerarse transmitido el derecho con la entrega del documento que lo incorpora.

En atención a la circulación del título valor, el encargado de ejecutar la medida cautelar, inserta dentro del documento que contiene el título valor, el acta que describe la ejecución cautelar, la misma que constituye parte del documento, esto no impide que se transfiera el título embargado. El acta de embargo forma parte del título por ello cuando el título circula, se realiza con dicha acta anexada y quien es el titular, asumirá la obligación y la acreencia.

2. Dentro de los títulos de crédito también se encuentran los desmaterializados. Los Valores Mobiliarios pueden ser representados por anotaciones en cuenta señala el artículo 80 D.Leg. N° 861. La anotación en cuenta es un registro electrónico en sistema contable automatizado similar al utilizado por los Bancos para contabilizar los saldos de sus clientes. En el país, CAVALI es la entidad encargada de anotar o registrar, custodiar, compensar, gravar, liquidar y transferir los valores representados por anotaciones en cuenta de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores (D. Leg. N° 861), implicando este régimen de valores representados por anotaciones en cuenta o valores desmaterializados, una forma de representación alternativa a la tradicional incorporación del valor al título. De este modo, como la inscripción de los Valores en el registro contable de una institución de compensación y liquidación de valores (CAVALI) produce los mismos efectos que la impresión y entrega de títulos físicos a sus titulares o acreedores, en caso de medidas cautelares, siendo oponible a terceros.

Cuando se afecta acciones, que signifique anotaciones en cuenta, en este caso, el juez ordena se anote la medida cautelar en forma de inscripción, pues se trata de un título inmaterializado. Aquí el título se convierte en materializado, con motivo del mandato judicial que ordena se inscriba la medida cautelar. En todo lo que implique operación bursátil, el título es inmaterializado, pero para ejecutar la medida cautelar, se materializa.

En estas condiciones el juez emite una resolución ordenando el embargo en forma de inscripción sobre las acciones y derechos, las que son registradas por CAVALI. Ella es una organización particular que se encarga de acopiar información sobre títulos. Controla a través del sistema quien es el titular de una acción y cual es la vida de esa acción desde que nace hasta que muere.

3. Cuando se ejecuta la medida cautelar en forma de secuestro, el registrador de esta empresa recibe el parte judicial, y certifica haciendo previamente constataciones que el titular se mantiene en la persona del obligado. Si ocurre esto procede a la respectiva anotación. Ese es el momento que el título inmaterializado se convierte en materializado, pero solo para ejecutar la medida cautelar. La empresa Cavali publicita que este título valor ha sido afectado por una medida cautelar, sin impedimento de transferencias. Tiene dos aristas: para los efectos de la transferencia en operaciones bursátiles y otra, materializado para los efectos de la medida cautelar. Esto es, para la medida cautelar en forma de inscripción, pero si es en forma de secuestro, impide la circulación. La propia empresa Cavali asume la custodia, también el depósito del bien mueble, porque en el momento de convertirse en materializado se convierte en custodio y lo inscribe, tan igual que la medida en forma de inscripción. En dichos asientos se establecen anotaciones diversas que se efectúan dentro de la citada empresa.



## JURISPRUDENCIA

---

*Quando se afecten títulos valores o documentos de crédito en general, éstos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con la copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. Constituyendo el secuestro una modalidad en embargo consistente en la desposesión de un bien con entrega del mismo a un custodio, es nula el acta de embargo si no se ha cumplido con entregar al custodio el documento de crédito materia de embargo, con su anotación respectiva (Exp. N° 924-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Mariane-lla, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 505-506)*

## CATEO EN EL EMBARGO EN DEPÓSITO O EN EL SECUESTRO

### ARTÍCULO 653

*Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el Auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que ésta le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del afectado, respetando el decoro de ésta.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

El cateo implica el examen compulsivo que hace el secretario judicial y a pedido de parte, sobre las ropas del ejecutado o sobre ambientes del inmueble (ocupados o no), en una diligencia de embargo en forma de depósito o secuestro, con el propósito de descubrir bienes susceptibles de ser cautelados.

Como señala la norma procede la búsqueda en la persona del afectado de bienes ocultos, respetando el decoro de éste, situación diversa se configura si el deudor lleva bienes sobre su persona y a la vista, caso que ameritaría el embargo. Apreciése que el cateo se autoriza a practicarlo al afectado, esto es, al deudor y no a los miembros de su familia, personal de servicio u otras personas que circunstancialmente estuvieren presentes en el momento del embargo. En opinión de Rivas<sup>(1)</sup>, es frustratorio de la diligencia no poder operar sobre éstos últimos si hubiere fundados motivos para pensar que ocultan bienes embargables pertenecientes al destinatario de la medida.

Para Peyrano<sup>(2)</sup> el cateo del embargado se cuestiona porque viola el derecho sobre la propia persona, sobre el propio cuerpo, que permite no solo disponer de

---

(1) Op. cit. p. 122.

(2) Peyrano Jorge, "La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano" en Themis Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la PUCP, 2º época, 1993, N° 22, Lima, pp. 22.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

él, sino también prohibir a los demás la ejecución de aquellos actos que menguen la potestad que le pertenece sobre su propio cuerpo y facultades físicas.

El cateo también puede operar en los ambientes donde se ejecuta la medida cautelar, para lo cual el auxiliar jurisdiccional procederá a la apertura de puertas, escondrijos o recipientes que pudieran ocultar bienes valiosos de pertinencia del embargado.

Por otro se debe advertir que el cateo opera al momento de la ejecución de la medida, a pedido de parte, si se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto. Para Rivas<sup>(3)</sup>, el cateo de lugares, es atendible porque se si permite el allanamiento, al lugar principal, no se ve inconveniente en aceptar lo propio con referencia los sitios que lo integran o a los muebles en ellos instalados. Debe operar no sobre habitaciones de acceso generalizado dentro de una vivienda, sino a lugares que tienen significación sobre la intimidad de las personas involucradas como por ejemplo, si estuvieran enfermas, o fuesen niños o personas de edad avanzada o fueren ocupadas por visitantes.

---

(3) Rivas, op. cit. p. 122.

## RETRIBUCIÓN DEL CUSTODIO

### ARTÍCULO 654

*El custodio, antes de la aceptación del encargo, debe proponer el monto de la retribución por su servicio, estimada por día, semana o mes, según las circunstancias, la que será tomada en cuenta por el Juez al señalar la retribución.*

*Está exceptuado el Banco de la Nación cuando se trata del dinero por el que debe abonar interés legal de acuerdo a las disposiciones legales sobre la materia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.F.P.C. México arts. 444, 445, 446, 468

---

### Comentario

---

Toda actividad de los órganos de auxilio judicial puesta en manos de terceros, debe ser remunerada. En atención a ello, el artículo 632 CPC permite que los órganos de auxilio judicial perciban una retribución que a su solicitud les fije el juez, sin embargo, hay situaciones que no permite cobrar honorarios, cuando se trata de una institución o un funcionario de la administración, como son los casos de los funcionarios del Banco de la Nación y los Registradores Públicos, por citar.

Bajo ese contexto, resulta coherente lo regulado en el artículo 654 CPC, al permitir al custodio, antes de la aceptación del encargo, proponer el monto de la retribución por su servicio. A pesar de ello, es poco frecuente encontrar a custodios que antes de aceptar el cargo, presentan el monto de la retribución por su servicio.

El juez tomará en cuenta dicha propuesta, y fijará la retribución del encargo teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes, el peligro o riesgos que la custodia implique, el tiempo que dure ella y la modalidad de pago, estimada en día, semana o mes, según las circunstancias de cada caso.

Pudiere darse el caso que el cálculo de tal retribución sea de tal magnitud que asuma el valor total de los bienes depositados, tornándose la medida en un verdadero abuso del derecho sin beneficio alguno para quien lo solicitó. En tales circunstancias, hay opiniones que señalan que, a pesar que se hubiera convenido entre el custodio y el solicitante de la medida una retribución por su labor, el juez a

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

pedido de cualquiera de los interesados, puede revisarla. Ello se justifica porque se trata de actos de colaboración a la función pública.

El custodio no puede invocar el derecho a la retención, bajo el argumento de no haber sido cancelado sus honorarios, todo lo contrario, el custodio está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del juez, tal como lo señala el artículo 649 CPC.

El peticionante de la medida cautelar es responsable del pago del custodio (ver artículo 632 CPC), con cargo a la liquidación final de los gastos procesales que los asumirá la parte vencida, a través del reembolso.

Cuando el órgano de auxilio judicial es el caso del Banco de la Nación y se depositará en él, dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, éste no percibirá remuneración alguna por la custodia, debiendo abonar el interés legal de acuerdo a las disposiciones legales sobre la materia.

## OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO Y DEL CUSTODIO

### ARTÍCULO 655

*Los órganos de auxilio judicial están en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del Juzgado y con acceso permanente para la observación por las partes y veedor, si lo hay. Asimismo, darán cuenta inmediata al Juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en depósito o secuestro y los que regulen otras disposiciones, bajo responsabilidad civil y penal.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 10, 683  
C.P.C.N. Argentina art. 217

---

### Comentario

---

1. El depositario y el custodio judicial son órganos de auxilio judicial y como tal sus derechos y deberes se encuentran regidos por el derecho procesal, y solo subsidiariamente por el derecho civil.

La custodia judicial no es un contrato, sino una medida de imperio impuesta por un juez. El custodio, en cualquiera de sus especies, es un auxiliar de los jueces y no de los litigantes. No depende de éstos y sus relaciones con ellos son indirectas, a través de las instrucciones o directivas que le imparta el juez. Aunque a veces no designe al custodio o lo haga a propuesta de los litigantes, la custodia la encarga el juez, la deja sin efecto, la cambia, da instrucciones, fija la remuneración y ante él deben ser rendidas las cuentas de la misión encomendada.

Las reglas del depósito y del secuestro que regula el Código Civil (ver artículos 1814 al 1867) son aplicables únicamente al depósito convencional y no a los derivados de otra causa. Ellas sólo rigen en forma subsidiaria, en cuanto a los efectos, pero no a su constitución. Ello se explica porque la función del custodio es la de ser auxiliar externo del juez, para colaborar con los fines del proceso, de tal manera que no puede invocar el derecho de retención, que se da en las relaciones privadas, pues se trata de una institución de orden público como es el proceso.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El deber de estos órganos de auxilio judicial se orienta a que el patrimonio del deudor no sufra menoscabo o daños materiales. Debe conservar los bienes en el mismo estado en que los reciben y en el local destinado para ello. En caso de duda, cuando se trate de realizar actos que aparezcan como ajenos a la naturaleza de la medida, actos de administración por un depositario, actos de disposición de un administrador o cualquiera de ellos por un interventor, el custodio debe requerir autorización judicial. El desacuerdo entre el custodio sea cualquiera su naturaleza y el propietario o administrador de los bienes cautelados debe ser puesto en conocimiento del juez para que decida lo que corresponda.

Los órganos de auxilio no tienen facultad para cambiar de lugar las cosas, sin autorización judicial, no solamente porque podría ello ocasionar perjuicios a las cosas sino por que puede aumentar los gastos que en definitiva han de pagar los litigantes. Si en casos de urgencia, hubiera la necesidad de hacer un traslado de los bienes, así sea provisorio, debe ponerlo en conocimiento del juez, pues éste debe conocer siempre el lugar donde se encuentran las cosas, con acceso permanente para la observación por las partes y veedor, si lo hay. En este último extremo debe ser de aplicación el artículo 633 CPC.

Tratándose de la custodia de vehículos, para preservar la idoneidad del custodio en la actividad encomendada, la norma dispone mantener la orden de captura o de inmovilización sobre el vehículo, además del internamiento del vehículo en un almacén de propiedad o conducido por el propio custodio. (ver artículo 647 CPC).

2. En caso de temerse degradaciones en los bienes embargados y depositados en poder del deudor, el demandante podrá solicitar el nombramiento de un veedor que inspeccione y dé cuenta al juez del estado de los bienes y de las destrucciones que se hubiesen efectuado o efectúen en ellos. En atención al informe del veedor se puede autorizar la entrega de los bienes embargados a otro órgano de auxilio.

El veedor no participa de la diligencia cautelar en sí misma, sino que observa el comportamiento de quien debe llevarla a cabo. Su apreciación es muy importante porque en atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el Juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo inclusive subrogar al auxiliar observado. En este caso, perfectamente el juez podría disponer que el custodio devuelva los bienes “dentro del día siguiente al de la intimación del juez” pues aquí no operaría que medie el plazo de tres días que regula el artículo 147 CPC. Este criterio es asumido en coherencia con lo regulado en el artículo 649 CPC, para el secuestro de bienes muebles.

Por otro lado, a pesar que se faculta a que cualquiera de las partes pueda pedir la designación del veedor, esa designación también podría operar de oficio porque cuando el juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable

por el deterioro del bien sujeto a medida cautelar, siempre que haya sido causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. Sobre el particular véase el artículo 626 CPC. Véase incluso, que al margen de la posibilidad del veedor, ante las denuncias de los litigantes respecto a actos de los custodios contrarios a la naturaleza de sus funciones y sin perjuicio de la sustanciación de la queja a fin de proceder a la remoción y sanciones pertinentes, podría el juez inspeccionar personalmente los bienes, encomendar al secretario esta tarea o designar un funcionario *ad hoc*, a manera de perito para tal fin.

Como señala el artículo, estos órganos de auxilio (veedor) les incumbe un deber de vigilancia, por tanto, se encuentra el deber de informar al juez de cualquier evento que pudiera producirse, por obra de terceros, de los propios litigantes o de la naturaleza misma de los bienes puestos a su cuidado. Ante esos informes el juez puede ampliar, disminuir o cambiar la medida y tratándose de cosas perecederas disponer su venta, tal como señala la segunda parte del artículo 618 CPC.

3. Todos los órganos judiciales designados por los jueces o por propuesta de los propios litigantes, contraen en mayor o menor grado responsabilidades procesales, civiles y penales por la manera de su desempeño.

Como sanción procesal, aparte de las sanciones disciplinarias, algunas legislaciones disponen la pérdida del derecho a cobrar honorarios y aún los gastos realizados sin perjuicio de la remoción de su cargo. Algunas opiniones al respecto sostienen, “si en la realidad no ha guardado los bienes con relativa diligencia, si los gastos hechos no los ha beneficiado de ninguna manera, no podría hablar de un derecho adquirido, ni al cobro de un servicio tan mal prestado, ni a la repetición de un gasto inútil”.

La responsabilidad civil consiste en el resarcimiento del daño que su negligencia o su culpa en el cumplimiento de sus deberes hayan ocasionado a los litigantes, sea al dueño de los bienes, sea al embargante. El artículo 622 CPC dice: “el peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida de bien afecto a la medida cautelar”.

El responsable solidario de los daños sufridos por los bienes embargados es el depositario o custodio designado, con el peticionante de la medida, dice el CPC, aunque se acredite que aquél obraba bajo la orden del acreedor embargante; sin embargo, bajo un criterio diverso a nuestra legislación, hay opiniones foráneas que sostienen que el depositario o custodio, y no el que solicitó el embargo, responde por el deterioro y pérdida del bien, mientras estuvo en su poder. Ello en atención al incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Para Podetti, la responsabilidad surge frente al dueño de los bienes, pero, el acreedor puede pedir se haga efectiva mediante la acción oblicua. Señala, quien solicitó la medida precautoria podría reclamar a su propio nombre, los daños que la pérdida o desvalorización

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de los bienes sujetos a una medida cautelar le ocasionara, como en la hipótesis que por su descuido el embargado hubiere dispuesto de los bienes. Dice Podetti, “los daños ocasionados al propietario de los bienes por una medida cautelar, pueden ser a cargo de quien la solicitó sin derecho, pero si esos daños resultan del mal cumplimiento de la custodia encomendada, el primer responsable será el mal custodio, sin perjuicio que en subsidio pueda ser reclamada al embargante”. Esto implicaría que el depositario y no el que solicitó el embargo, responda por el deterioro y pérdida de piezas del automóvil y carro embargado, ocurrido mientras estuvieron en su poder, por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Tampoco podría invocar en descargo, la negativa del embargante a suminístrale los insumos necesarios para el cuidado de los bienes, pues, la función que desempeña le faculta para pedir al juez la autorización correspondiente a efectos de obtener los medios para conservarlos.

En algunos Códigos foráneos se aprecia la exigencia, con carácter previo, de una fianza para asegurar el buen desempeño de los órganos de auxilio judicial, pues, debe ser primordial la obligación de mantener las cosas o personas cauteladas en seguridad. Algunas opiniones sostienen que “esa seguridad como función y obligación del custodio judicial debe entenderse en un doble sentido: que no sufran menoscabos o daños materiales o jurídicos si se trata de bienes; que sean celosamente atendidas en su bienestar físico y salud y sean defendidos en sus intereses, si se trata de personas”.

4. Otro aspecto que se debe tener en cuenta en la actividad del depositario o custodio es su imparcialidad. Esto significa que el procurador del demandante nunca podría desempeñarse como órgano de auxilio judicial, pues, su conducta adolecería de objetividad e imparcialidad. Aunque el Código Procesal no regule taxativamente la prohibición de ejercer este doble rol en el proceso, debe tenerse presente que la alteración de la imparcialidad de los órganos de auxilio judicial pueden ser contrarrestados a través de la recusación, el impedimento y la abstención, tal como hace referencia el artículo 315 CPC.

5. Una vieja práctica que se observa en algunos custodios y depositarios es poner resistencia a la entrega inmediata de los bienes. La redacción de este artículo no hace referencia a ello, pero si advertimos en la redacción del artículo 649 CPC que dice “el custodio está obligado a presentar los bienes **dentro del día siguiente al de la intimación del juez**, sin poder invocar derecho de retención”. Sería importante que la redacción se mejorará considerando, no solo el plazo sino el apremio del arresto al custodio o depositario, en caso de resistencia a la entrega. Sobre el particular, apréciase el pronunciamiento recaído en el caso: Servicios Médicos KMW con Opeluce<sup>(1)</sup>. En el se sostiene que el custodio, no esta al servicio

---

(1) Expediente 48721-2004, Res. Nº 18 de fecha 29 de octubre del 2004 emitida por el 32 Juzgado Civil de Lima.

de las partes sino del juzgado, de tal manera que éste no puede asumir conductas que tiendan a entorpecer el desarrollo del proceso; todo lo contrario debe ser el principal colaborador de la actividad procesal del juez. “La resistencia de este órgano de auxilio judicial, a acatar en forma inmediata las decisiones judiciales, conlleva a que se ponga en conocimiento dicha actitud ante el Ministerio Público para la denuncia penal correspondiente; que además de la resistencia de este custodio, debe valorarse en sede penal la conducta asumida en el proceso, para deslindar su posible responsabilidad penal, como es: a) haber señalado un domicilio falso como dirección domiciliaria, b) designar un almacén que no le pertenece al custodio sino a una entidad de salud ajena a la designada en el proceso, como es, el Instituto Oftalmológico Especializado Dr. Wong y que según versión del ejecutado es dirigida por el representante del demandante Carlos Wong Cam, lo que estaría posibilitando —en caso de ser cierto dicha versión— que los bienes secuestrados se encuentren bajo la tenencia del propio ejecutante y no del custodio, como así lo ha ordenado el juzgado; c) desempeñarse como procurador del ejecutante y custodio de los bienes afectados al ejecutado(...); Que los hechos descritos justifican recurrir a la jurisdicción penal por existir la evidencia de un hecho justiciable, que merezca esclarecerse no solo para deslindar la posible responsabilidad penal del custodio sino para preservar la lealtad y probidad procesal que debe regir en todos los actos procesales; precisando que no se requiere que la presente resolución quede consentida o ejecutoriada, para ejecutar recién la remisión de copias al Ministerio Público, porque el ejercicio del derecho de acción que pretende ejercer este Despacho ante la sede penal no está sujeto a las resultas de la firmeza del mandato dictado, porque es inherente a toda persona, como un derecho subjetivo de búsqueda de tutela inmediata; por las consideraciones expuestas y privilegiando la urgencia en la tutela que no solo está al servicio del ejecutante de la medida cautelar sino también del ejecutado de ella; además que los bienes afectados están destinados al servicio de la salud oftalmológica, el mismo que urge se restablezca a su cauce normal en el que se encontraban antes de la ejecución cautelar, así como, no puede tolerarse el abuso cautelar que viene desencadenándose por la intervención directa del custodio judicial y el ejecutante, quienes han recurrido a la jurisdicción a buscar tutela cautelar con temeridad y mala fe procesal, para generar una situación de abuso procesal que este juzgado no lo puede tolerar”.

## EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN

### ARTÍCULO 656

*Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 538, 539  
C.F.P.C. México art. 447

---

### Comentario

---

1. El embargo en forma de inscripción se orienta a inmovilizar jurídicamente los bienes del deudor para evitar que estos se dispersen. En el caso específico del embargo en forma de inscripción, el bien está registrado y por tanto, en atención al principio de la publicidad, se pone en conocimiento *erga omnes* la afectación del bien por un monto determinado. Ello no impide la transferencia del bien, solo comunica la existencia de la medida cautelar, de tal manera que, quien lo adquiere asume los efectos jurídicos de dicha medida.

El Registro Público precisamente esta destinado a dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas y tienen como característica fundamental que los actos registrados producen cognoscibilidad frente a terceros. Los pronunciamientos del Tribunal Registral son reiterados en señalar que en la doctrina y a nivel legislativo, se distinguen los conceptos de publicidad material y publicidad formal, los que se complementan entre sí. Por la publicidad material se presume de manera absoluta que todos conocen el contenido del Registro y, por la publicidad formal, se otorga la posibilidad efectiva de conocer aquello que el ordenamiento jurídico presume conocido. Bajo ese contexto, el artículo 11 del TP del Reglamento General de los Registros Públicos, refiriéndose a la publicidad formal señala que “el Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral.

El hecho que la medida se materialice con la inscripción registral no significa que carezca del órgano de auxilio judicial. Todas las medidas cautelares exigen, en mayor o menor grado, la colaboración de terceros o de los propios interesados, sean aquéllos funcionarios administrativos o auxiliares externos que los jueces designen especialmente para tal fin; esto significa que el Registrados Público, asume el rol del custodio judicial. Evidentemente que el Registrador no tiene contacto material con la cosa custodiada, ni realiza actos de vigilancia o guarda sobre la cosa en sí, pero al anotar el embargo e informar sobre la existencia de esas anotaciones cada vez que se intenta contratar sobre el bien afectado, está custodiando su estado jurídico.

En relación a la intervención del Registrados Público para la inscripción de las resoluciones judiciales, véase el pronunciamiento de la Sala Suprema en la Acción Popular N° 2145-2003 del 11 de junio de 2004, publicada en El Peruano, 12/02/2005<sup>(1)</sup>, que señala que el Registrador Público, como funcionario administrativo, no está facultado para calificar una resolución judicial ni requerir actos previos para su inscripción, pues ello atentaría contra la independencia del ejercicio de la función jurisdiccional y la tutela jurisdiccional efectiva. Dice el citado pronunciamiento que las resoluciones judiciales son el resultado de un proceso jurisdiccional sujeto al control del juzgador respecto de las partes procesales, la constitucionalidad y legalidad del procedimiento en sí mismo; además que ellas deben ser ejecutadas en sus propios términos sin que sean objeto de modificación o interpretación de ningún tipo.

Esta modalidad de embargo da lugar a asientos registrales, que si bien no implicaran la imposibilidad de enajenación del inmueble, aparejarán, en aplicación del principio de prioridad registral regulado en el artículo 2016 CC, que los nuevos adquirentes del predio deban asumir la posibilidad del remate del inmueble o la pérdida de su propiedad, que pueda derivarse del proceso judicial respectivo. No podrán alegar el desconocimiento de la existencia de dichos gravámenes, toda vez que la publicidad material contemplada en el artículo 2012 CC establece una presunción absoluta, que toda persona tienen conocimiento del contenido de las inscripciones.

Es importante precisar que el caso de bienes muebles, como vehículos, la adquisición mediante compra venta de estos bienes, con firma legalizada por Notario Público antes del 25 de diciembre del 2001 no inscrito ante Registros Públicos, se permitió regularizar la inscripción hasta el 31 de julio del 2005. Pasada dicha fecha el contrato carece de valor para su inscripción en el Registro de

---

(1) Mediante el recurso de acción popular, se declare la inconstitucionalidad, la ilegalidad y la consecuente inaplicabilidad del último párrafo del artículo 32 del Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución N° 195-2001-SUNARP/SN.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Propiedad Vehicular. Los contratos de compra venta con posterioridad al 25 de diciembre del 2001 se realizan únicamente mediante acta notarial. Si no se regularizó dicha situación, registralmente el vehículo continúa perteneciendo al propietario anterior, quien puede disponer del bien a través de una transferencia o darlo en garantía o ser pasible de embargo por terceros.

Por otro lado, la norma establece que la medida se ejecuta con la inscripción del monto de la afectación en registros. La emisión de los partes ni el ingreso de éstos a Registros Públicos implica la ejecución de la medida. Ella opera a partir de la inscripción, por ello, la norma exige que "la certificación registral de la inscripción" se adjunte al expediente. Se debe precisar que el levantamiento de la medida cautelar, se logrará mediante la presentación de los partes judiciales, que contengan las copias certificadas de la resolución que dispone la cancelación, acompañadas por el correspondiente oficio suscrito por el juez y el auxiliar jurisdiccional, conforme al artículo 148 CPC.

Otro elemento que debe tenerse en cuenta para la ejecución de la medida es que resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Bajo dicho supuesto, si cuando se solicitó la medida cautelar figuraba en Registros Públicos, el presunto deudor como propietario del bien a afectar y posteriormente, en el ínterin del inicio de la ejecución, éste transfiere el bien, no podrá prosperar luego la inscripción de la medida cautelar en Registros Públicos porque el título ya no es compatible con el mandato cautelar. En igual forma, si el vehículo que se afecta tiene como titular registral a la sociedad conyugal formada por el ejecutado y su esposa; y, la medida cautelar ordena embargo sobre dicho vehículo, bajo el argumento que el bien es de propiedad del ejecutado no procederá la inscripción por no ser compatible con el título de propiedad ya inscrito, situación diversa es si se ordena el embargo en forma de inscripción sobre los derechos y acciones que pudiera tener el ejecutado deudor sobre dicho bien de la sociedad conyugal, del que éste forma parte.

2. La medida cautelar no nace con una vocación de perpetuidad, sino con una duración limitada, permitiendo ello su variación. Dicha variación puede llevar a reducir o ampliar la medida. Ello lleva a dilucidar si la ampliación constituye una nueva medida o es la misma medida originaria. En la doctrina concurren posiciones contrapuestas que consideran a la ampliación como un nuevo embargo. Hay un sector, que sostiene que constituye la misma medida, pero que solo se altera el monto de la afectación; otros consideran que se trata de un nuevo embargo. Peyrano se ubica en esta última posición y sostiene que la exigencia de una nueva tasa judicial y la concurrencia de medidas cautelares sobre el bien llevan a justificar un nuevo embargo. Explica que si luego de haberse trabado el primer embargo, otros acreedores, tomando en cuenta el monto de la afectación primigenia, deciden inscribir sus medidas cautelares, estas medidas deben prevalecer, en orden de privilegio, respecto a la ampliación, caso contrario, asistiríamos a la posibilidad

que los acreedores posteriores a la medida inscrita en primer orden y luego ampliada, vean postergados sus créditos por los efectos de la variación.

Ahora bien, para la variación de la medida está legitimado, tanto el titular como la parte afectada con el pedido; pero, de manera específica en el caso de la ampliación del monto cautelar, corresponderá al que obtuvo la medida (acreedor embargante) modificarla alegando que el monto originario fijado no cumple adecuadamente la función de garantía a la que está destinada; por citar, ante una pretensión de pago de arriendos, la cautela podría devenir en insuficiente si se venciere, antes de la sentencia, algún nuevo plazo de la obligación. Cabe en este supuesto la posibilidad de la ampliar la demanda hasta el monto de la nueva obligación vencida, siempre y cuando se haya reservado en su oportunidad hacerlo, tal como lo señala el artículo 428 CPC, por tanto, también se ampara el pedido de ampliar el embargo originario.

Por otro lado, debe precisarse que bajo el supuesto de la ampliación de la medida cautelar concurre la figura de la actualización de ella, que procedería en casos como el deterioro del circulante monetario. La desvaloración monetaria permitirá la actualización de la medida con la consecuente alteración del monto originario de la medida. Nótese que la ampliación opera no porque el derecho en discusión hubiere mejorado sino por asuntos externos a él, como es, el período inflacionario, pero que va a influir en la eficacia de la decisión jurisdiccional.

Como ya se señaló líneas arriba, tanto en la anotación de la demanda y el embargo en forma de inscripción se permite transferir el bien afectado, sin embargo, ambas se diferencian porque la anotación no contiene el monto de afectación y por tanto no podría operar la sustitución (ver artículo 628 CPC) sobre dicha medida; además que la finalidad de la anotación es publicitar la existencia del proceso, en cambio en el embargo es la afectación del patrimonio del presunto obligado.

3. Uno de los efectos de la ampliación del embargo se aprecia en la concurrencia de medidas cautelares, esto es, cuando un mismo bien es afectado por más de una medida cautelar; por citar, en el edificio X aparece registrado diversos embargos provenientes de diversos procesos judiciales relacionados con diversas pretensiones dinerarias. En primer orden se registra el embargo en forma de inscripción por la suma de 5,000 dólares, proveniente de una pretensión dineraria que gira ante el juzgado A; luego, se aprecia otra inscripción del embargo por la suma de 10,000 dólares proveniente también de una pretensión dineraria que gira ante el Juzgado B y por último similar medida, pero por la suma de 20,000 dólares a orden del Juzgado C. En conclusión, sobre el edificio pesa la inscripción de tres medidas cautelares, todas provenientes de mutuos impagos, teniendo el primer orden del rango el que proviene del juzgado A y la del último rango del juzgado C.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Cuando estamos ante la concurrencia de medidas cautelares opera la prelación temporal, esto significa, que los efectos de la cautela se brindará al ejecutante que inscribió, en primer orden la medida, como es el embargo proveniente del juzgado A. La prelación temporal esta regulada en el artículo 639 CPC y señala que “cuando dos o mas medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución”.

Bajo el contexto que se describe resulta importante determinar si **la ampliación de la medida cautelar constituye un nuevo embargo**, pues, si se opta por considerar que es el mismo embargo, mantendrá el orden de prelación que le da la ejecución de la medida primigenia registrada; en cambio, si se considera que es un nuevo embargo, se registrará en el orden que se le asigna y en el que suceda por su orden de ejecución.

En ese sentido, si la primera medida de inscripción ascendía al monto de \$5,000 y esta fuera ampliada a \$15,000 dólares, mantendría el mismo orden de prelación de la originaria, esto es, el primero y desplazaría al que aparece en el segundo y tercer lugar en el registro. Frente a ello, Peyrano considera que el deudor embargado por un monto pequeño, en contubernio con el primer embargante, puede ampliar desorbitadamente la primera medida cautelar, dando esquinazo así al segundo embargante.

No dudamos que es probable que el supuesto que plantea Peyrano pueda materializarse de manera excepcional, sin embargo, consideramos que la naturaleza mutable o variable de medida justifica que ésta se considere como una sola y por tanto, el monto de la afectación podría reducirse o ampliarse, sin afectar el orden de prelación ya ganada con la inscripción. Se trata de un solo acto, cuyo fin es asegurar la eficacia de la decisión jurisdiccional y en aras de ello, su naturaleza permite que siendo solo un acto, pueda variarse la modalidad de la afectación, sin que ello repercuta negativamente sobre los efectos de la inscripción ya registrada

Por otro lado, ante la concurrencia de medidas, surge la disyuntiva de los efectos que genera la ampliación de la medida cautelar bajo un contexto de prelación material, esto es, que no solo el inmueble esté afectado por inscripciones provenientes de derechos patrimoniales de las personas, sino que ellas provengan de derechos sociales, como beneficios laborales y que no estén registrados en primer orden de prelación sino en la posición tercera. Aquí, la ampliación de la medida cautelar seguirá el orden que establece su originaria, sin embargo, la preferencia de su ejecución recae no en la prelación temporal sino en la material de la que deriva el derecho en discusión. En ese sentido coincidimos con Omar Cairo<sup>(2)</sup>,

---

(2) Cairo Omar, “La concurrencia de medidas cautelares”, en Ponencias presentadas en el Congreso Internacional del CPC “A diez años de vigencia del Código Procesal Civil” Universidad de Lima, noviembre, 2003.

cuando señala que el criterio de prelación temporal no es aplicable cuando una de las medidas cautelares concurrentes tiene como finalidad la prelación de uno o más derechos fundamentales.

4. Una de las características que identifican al embargo en forma de inscripción radica en la posibilidad de transferir del bien. Si mantenemos el criterio ya enunciado líneas arriba, que la medida cautelar implica la misma medida, éste seguirá manteniendo su eficacia en atención a su ejecución primigenia, pudiendo ampliar o reducir el monto de la afectación; sin embargo, en caso de transferencia, luego del embargo ya inscrito, el nuevo adquirente solo se compromete a asumir el íntegro de la medida cautelar hasta el valor que figura registrado al momento de la transferencia. En ese sentido, léase lo señalado en el artículo 656 CPC, “este embargo no impide la enajenación del bien, **pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito**”. Con esta posición, no se vulnera la mutabilidad de la medida, porque ella sigue operando en ese sentido, de tal forma, que a pesar de la transferencia, el juez podrá seguir reduciendo o ampliando el monto de la medida, pero, el adquirente solo está obligado a responder hasta por el monto de lo inscrito.

En ese sentido, es evidente que la ampliación de la medida se torna inoperante luego de la transferencia del inmueble, pues, la redacción del 656 CPC limita la carga hasta por el monto inscrito. Aún más, este bien, técnicamente podría ser materia de algunas opiniones podrían sostener que la redacción del artículo 656 CPC evitaría se vulnera el derecho de propiedad y la buena fe del nuevo adquirente con la ampliación de la medida, sin embargo, frente a ello se podría argumentar que quien adquiere el bien, en atención a la publicidad del registro, lo hace sabiendo de la carga de la medida cautelar, por tanto el adquirente asume los efectos de la naturaleza de dicha carga –como es la mutabilidad– y no puede alegar desconocimiento por la publicidad del registro. Si el adquirente asume los efectos de la medida cautelar, es legítimo que se pueda beneficiar con el levantamiento, con la reducción de la medida, con la caducidad de ella, como también perjudicarse con la ampliación de ésta, por ello, la redacción del artículo 656 CPC asumiendo los efectos que puede generar la variabilidad de la medida, limita el monto de la afectación al que estaba inscrito, para el nuevo adquirente.

Con esa limitación que señala el artículo 656 CPC, se protege las actitudes del deudor orientadas a generar la burla hacia su acreedor ejecutante, quien sabiendo de la restricción en cuanto al monto de la afectación, buscará transferir, en forma inmediata, el bien embargado para evitar asumir a futuro las ampliaciones que pudieren devenir sobre dicho embargo. Se posibilita la burla al acreedor, que en ese momento de la inscripción del embargo primigenio, no tiene todavía elementos necesarios para demostrar la magnitud del crédito, sea porque todavía no se ha vencido la integridad de las prestaciones periódicas y sucesivas (como sería el cobro de alquileres) y por tanto, la ampliación se torna en una posibilidad

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

futura pero sin mayor respaldo de cautela. Para Peyrano<sup>(3)</sup> la ampliación de embargos, permite entronizar un verdadero absurdo al escalonamiento de los privilegios, porque operaría *ex tunc*, retroactivamente. Explica, si luego del primer embargo otros acreedores toman sus medidas cautelares, estas medidas prevalecen en orden de privilegio respecto a la ampliación cuestionada. El nuevo embargo, señala Peyrano, corre su suerte independientemente del que se afirma ampliado. La prelación que asiste al embargante, lo es por la suma por la cual se decretó y anotó la medida cautelar, pues, ese importe es el que fija la extensión y alcance del embargo; por ello, si con posterioridad a la anotación de la medida cautelar se ampliara la liquidación, tal ampliación no gozaría de la prioridad si, entretanto, se hubieran dispuesto otros embargos.

5. Especial comentario merece el embargo en forma de inscripción sobre el patrimonio de la sociedad conyugal, por deudas adquiridas a título personal por uno de los cónyuges.

En este tipo de sociedad se debe afirmar la existencia de un patrimonio colectivo pues no hay co-propiedad. Este patrimonio es calificado como una masa de bienes separada y autónoma respecto del patrimonio general de la persona cuya titularidad esta atribuida unitariamente a una pluralidad de sujetos que no constituyen una persona jurídica. Los bienes de la sociedad se atribuye conjuntamente, a ambos cónyuges, como miembros de la sociedad conyugal.

Ni el marido ni la mujer debe considerársele titular de un derecho actual a una cuota, sobre cada bien ganancial que pueda ser objeto de enajenación, da lugar a una acción de división. Como no es posible determinar la participación concreta de cada cónyuge sin proceder a su previa liquidación, la afectación cautelar a este tipo de patrimonio conlleva a que se afecte un porcentaje de acciones y derechos que pudiera corresponderle a cada cónyuge luego de la disolución de la sociedad. Las características comunes a todos los patrimonios separados son fundamentalmente producto de la creación jurídica y no de la autonomía de la voluntad. Por otro lado, la diferencia entre masa patrimonial y patrimonio general de la persona permite la existencia de relaciones jurídicas entre ambos patrimonios pudiéndose producir desplazamiento de bienes, constitución de créditos, etc.

El patrimonio separado funciona autónomamente, goza de vida propia y separación.

6. En el caso de las acciones, que constituyen partes alícuotas del capital social, éstas se registran en el Libro de Matrícula de acciones, pues, se considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones que

---

(3) Peyrano Jorge, ¿ampliación de embargos? En: Tácticas del proceso civil, t.II, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1983, pp. 116-117.

las sociedades anónimas están en la obligación de llevar. Para Hundskopf<sup>(4)</sup>, el Libro de Matrícula de Acciones de la sociedad es el instrumento que puede dar fe respecto de la titularidad de las acciones a pesar que dicha presunción de veracidad es *iuris tantum*, pues admite demostrar con los documentos adecuados, la inexactitud de los datos consignados en el citado libro, de ser el caso. Señala además que la titularidad de las acciones inscritas en Registros Públicos no es un dato que deba considerarse vigente, pues únicamente constan los títulos originales al momento de la constitución de la sociedad, en cuanto no exige obligación de inscribir las posteriores transferencias de acciones en dicho registro. Por lo general, cuando se accede a la partida de una sociedad, se encuentra el nombre de los socios fundadores y el número de acciones de que eran titulares al momento de constituir la sociedad, pero ello no implica que actualmente los socios, el porcentaje de acciones y aun el capital social sean los mismos socios fundadores. Como señala el artículo 50 del Reglamento del Registro Mercantil “no es acto inscribible en el Registro Mercantil, la transferencia de las acciones de la sociedad anónima por tanto, se puede colegir en opinión de Hundskopf que “aquellas personas que aparezcan en la ficha registral de la sociedad como titulares de acciones, no son necesariamente los accionistas actuales. Es posible que se hayan realizado varias transferencias de acciones pero en tanto las transferencias no fueron inscritas, no se puede tener la certeza sobre la información que brinda el registro en este aspecto”. El registro fidedigno para establecer la titularidad de las acciones de una sociedad es el Libro de Matrícula de Acciones y no el Registro de Sociedades.

El artículo 91 de la Ley General de Sociedades considera que el titular de la acción es aquel que aparece o figura como tal en la matrícula de acciones, para lo cual debe ser comunicada a la sociedad cualquier transferencia de la titularidad de las mismas, dejando a salvo, cuando sea requerido, el derecho de adquisición preferente. La interrogante que surge es determinar quién es el obligado a efectuar dicha comunicación. Al respecto concurren opiniones diversas. Para Hundskopf<sup>(5)</sup>, el obligado es el transferente, porque es él quien tiene el derecho inscrito, y es reconocido como accionista en virtud a la matrícula de acciones, a diferencia de Elías<sup>(6)</sup>, que considera que esa comunicación debe ser realizada por quien resulte interesado con los efectos de la anotación. Es por ello que la comunicación no es una obligación sino mas bien una carga que puede ser cumplida por cualquier persona con interés en generar la publicidad derivada de la anotación de la matrícula”.

(4) Hundskopf Exebio Oswaldo, “anotación de embargo de acciones en la partida de la sociedad” en Diálogos con la Jurisprudencia, feb, 2004, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 86-87.

(5) *Ibidem*.

(6) Elías Laroza Enrique, “Derecho societario peruano: Ley General de Sociedades del Perú”. Normas legales, Trujillo, 2000, p. 189



**JURISPRUDENCIA**

*Es aplicable el principio de prioridad registral cuando concurren en el registro dos titulares de derechos de naturaleza real, en cuyo caso tendrá preferencia quien haya inscrito primero. En cambio, cuando se trata de derechos de diferente naturaleza, se aplican las normas del derecho común.*

*Ante un enfrentamiento entre el derecho personal y el real, tendrá preferencia el titular del derecho real porque goza de la oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal. El hecho de haberse embargado un inmueble que en el registro aparece como propiedad de los demandados, no podrá hacer valer su derecho de embargante contra quien, al momento del embargo, era el verdadero propietario, a pesar que éste inscriba su derecho con posterioridad (Exp. N° 101-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 139)*

*La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. Aun cuando la compraventa celebrada por el actor, es de fecha cierta, tal acto jurídico no puede oponerse sobre la hipoteca, en razón del principio de prioridad (Exp. N° 3747-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 301-302)*

*Entre un derecho personal y uno real, tendrá preferencia el titular del derecho real porque goza de la oponibilidad ergo omnes, que no tiene el derecho personal.*

*Si se ha embargado un inmueble que en el registro aparece como propiedad del demandado, no podrá hacer valer su derecho el embargante contra quien al momento del embargo era el verdadero propietario, a pesar que éste inscriba su derecho con posterioridad (Exp. N° 4649-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 303-304)*

*Encontrándose gravado el inmueble con hipoteca a favor de la actora, no se requiere que éste sea objeto de medida de embargo en forma de inscripción para asegurar el cumplimiento de la obligación puesta a cobro, porque la decisión definitiva se encuentra asegurado con dicho gravamen.*

*Es válido que el acreedor solicite la venta judicial del bien hipotecado, en proceso ejecutivo, siempre que se acredite que dicho gravamen esté garantizando el cumplimiento de la obligación (Exp. N° 26441-2613-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 182-183)*

*El artículo 656 del CPC exige para ejecutar una medida de embargo en forma de inscripción, su anotación en el registro del monto de la afectación, lo que restringe el derecho del embargante respecto a mantener la medida cuando se cumple con el pago de esa cantidad, máxime si el artículo 617 del CPC autoriza la variación de ésta, inclusive en su monto (Exp. N° 62-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 507)*

*Debe ampararse el pedido de medida cautelar en forma de inscripción sobre un bien perteneciente a la sociedad conyugal, pues dada la naturaleza provisoria de la misma, no puede considerarse que afecte de manera definitiva la porción que en caso de división corresponda a la cónyuge no obligada (Exp. N° 78-97-N, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 93)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Cuando se trata de un bien mueble inscribible, la prenda solo surte sus efectos a partir de la inscripción en el registro respectivo.*

*Las inscripciones contenidas en los antecedentes registrales se presumen ciertas y producen todos sus efectos, mientras no se rectifiquen o se declare judicialmente su invalidez. La prioridad en el tiempo determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro.*

*El embargo en forma de inscripción no impide solicitar una de depósito, con el fin de consolidar el aseguramiento de su crédito, lo cual no significa que dicha ejecución determine la invalidez de la otra (Exp. N° 479-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 491-492)*

*El embargo una vez inscrito deja de tener una connotación de derecho creditorio o meramente personal, toda vez que goza de publicidad, es oponible erga-omnes y hace perder la buena fe de todo aquél que pretende celebrar actos respecto del bien afectado con la medida cautelar (Exp. N° 215-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 350-351)*

*El gravamen que soporta un bien no impide su transferencia, por cuanto el embargante tiene expedito su derecho de ejecutar la medida (Exp. N° 1614-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 359-360)*

*El adquirente de un bien afectado con medida cautelar tiene la obligación de responder hasta por el monto inscrito, no siendo viable que después de su adquisición se amplíe la medida (Exp. N° 1065-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 480)*

## EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN

### ARTÍCULO 657

*Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Como ya lo señala el artículo 642 CPC, mediante el embargo se puede afectar un bien o un derecho del presunto obligado.

El embargo en forma de retención presupone la existencia de derechos patrimoniales a favor del afectado con la medida, los que pueden ser reales o personales.

La norma en comentario hace referencia a ambos, al permitir que la medida pueda recaer sobre “derechos de crédito u otros bienes cuyo titular es el afectado con ella.” En este caso, el retenedor, es el futuro deudor del embargado (créditos, alquileres, etc) a quien se le notifica para que retenga y deposite, todo o parte de lo que debe abonar al embargado, es considerado órgano de auxilio, aún cuando cumpla sin mora con el depósito en el Banco de la Nación y no se hubiere desempeñado como depositario de la prestación debida.

2. El derecho de crédito es la facultad de exigir un pago o cumplimiento de una prestación. Implica la concurrencia de tres elementos: los sujetos, la prestación y el vínculo jurídico. Los acreedores y deudores son los sujetos, precisando que el afectado con la medida cautelar asume el rol del acreedor; la prestación consiste en dar, hacer o no hacer y el vínculo es el nexo que armoniza los otros elementos. Es un derecho relativo porque se hace valer y tiene eficacia sólo contra determinadas personas que son los deudores, quienes actuarán en la medida cautelar como retenedores.

En una relación contractual de compra venta de alguna mercadería, la retención operarí­a sobre el pago que tendría que exigir el afectado con la medida

cautelar; por citar, una empresa destinada a la producción y comercialización de agua mineral, vende a una reconocida cadena de supermercados determinada cantidad de mercadería, obligándose a cancelar el precio dentro de un plazo determinado. La retención podría operar sobre el derecho de crédito que tiene a su favor la empresa productora de agua mineral, actuando la cadena de supermercados como agente retenedor. La notificación judicial de retención priva al acreedor del derecho de exigir y al deudor del de ejecutar el pago.

Otro caso véase en la relación contractual de arrendamiento, celebrado entre un tercero (arrendatario) y el deudor (arrendador) afectado con la medida cautelar. Al tener éste una acreencia a su favor, sobre los alquileres del inmueble, el inquilino opera como retenedor. Como señala la redacción del artículo en comentario, “el tercero retenedor retendrá el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación”. El crédito embargado queda, en cierto modo, desvinculado del patrimonio del acreedor y el ejecutante adquiere sobre él un derecho preferencial que lo asigna a su patrimonio. Se produce la atribución y transferencia al embargante del crédito retenido.

Otro aspecto a destacar en este tipo de afectaciones es el monto cautelar. El inciso 6º del artículo 648 CPC lo limita a “las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley”. Como se aprecia la retención es limitada cuando se afecta remuneraciones y pensiones; pues se evita afectar la subsistencia de la persona obligada; sin embargo, dicha limitante no aparece considerada cuando se afecta los ingresos o derechos de crédito de una persona jurídica, que inclusive podría poner en riesgo su estabilidad financiera y comercial de la presunta deudora. Hay opiniones que al respecto consideran que dicha retención también debe contemplar límites para la afectación, por ejemplo, permitir la afectación del 10% sobre una factura por cobrar.

3.El otro supuesto que refiere el artículo para que opere la retención es la existencia de otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella. Esto implica, que el poder que tiene el acreedor ejecutante de perseguir los bienes del deudor, aunque estos no se encuentren en su poder, es una extensión al derecho real de propiedad que goza el deudor sobre sus bienes y como tal, el ejecutante subsumiéndose en la esfera de su deudor propietario, asume la persecución de los bienes que se encuentren aún en poder de terceras personas, para afectarlos. Esta persecución esta limitada a las reservas que la Ley o el propio deudor hubiere constituido sobre él, como por ejemplo, el usufructo, que es un derecho real sobre cosa ajena que permite a terceras personas usar y disfrutar el bien cuya afectación posteriormente se busca a través de una medida cautelar; en dicho caso, el secuestro conservativo no se puede oponer al usufructo inscrito con antelación en registros.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. Como se aprecia de la norma en comentario, no aparece regulación alguna sobre la posibilidad que el retenedor no cumpla con poner a disposición del juzgado el valor del crédito retenido o los bienes. En estas circunstancias Hurtado considera que “el retenedor se convierte en obligado solidario respecto del pago del monto del crédito retenido, en consecuencia, la exigencia para el pago del crédito es directa al retenedor, sin perjuicio del pago de los intereses legales que se generen desde la fecha en que tenía la obligación de hacer el depósito de la suma dineraria a la orden del juzgado”.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia del 28 de enero del 2003 ha considerado que la conducta procesal del retenedor vulnera el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. Mediante una acción de amparo, se demanda a la empresa Centromín Perú S.A. para que cumpla con la ejecución inmediata e incondicional de los actos que le corresponden en su calidad de órgano de auxilio judicial. A continuación transcribimos algunos extractos de la sentencia para una mejor referencia de ella.

Aparece de los antecedentes del caso que a consecuencia de la Resolución emitida con fecha 24 de Febrero de 1995, en el proceso sobre beneficios sociales seguido por don Luis Carlos Vicente Patroni Rodríguez contra la Empresa de Servicios de Protección de Ejecutivos S.R.L. (EPROS S.R.L.), el Primer Juzgado de Trabajo de Lima decretó, mediante acta de embargo, instituir a la empresa Centromín Perú S.A. como órgano de auxilio judicial, a fin de que se constituyera en ente retenedor de los fondos que fueran de propiedad de la referida demandada.”

Tras haber culminado dicho proceso, mediante sentencia favorable a la parte demandante, el Juzgado laboral ha venido requiriendo a la empresa Centromín, para que deposite el importe de \$ 35,995.33 que por mandato del Juzgado se le ordenó retener. La demandada, lejos de acatar el mandato judicial en los términos antes señalados, ha venido incumpliendo, a pesar del requerimiento y la multa impuesta, sin que varíe su comportamiento.

Por su parte, la demandada ha pretendido sustentar su actitud en un presunto derecho sobre los fondos depositados a consecuencia de haber interpuesto un proceso no contencioso sobre derecho real de retención contra EPROS S.R.L, dicho argumento ha quedado totalmente desvirtuado con lo resuelto por el Primer Juzgado Transitorio Laboral de Lima, en la que considera que no existe ninguna afectación sobre los fondos de garantía administrados por Centromín Perú, y menos aún adjudicación alguna a su favor;

Ante la circunstancia evidentemente *sui generis* de que el demandante de la presente causa tampoco haya podido hacer efectiva ninguna medida de embargo contra Centromín, porque el Poder Judicial ha considerado que dicha medida sólo cabe contra la parte demandada y no contra un órgano de auxilio judicial (resolución de fojas 09, del 15 de septiembre de 1999), su situación se torna claramente

incierto y adquiere un sesgo controversial. Por un lado, la judicatura le da la razón y apercibe a quien es depositario del monto que le corresponde, mas no tiene forma de hacer cumplir lo que ordena, como lo demuestran los sucesivos requerimientos judiciales y el tiempo transcurrido hasta la fecha; por otro lado, le impide que pueda utilizar una medida cautelar contra la entidad retenedora de tales fondos y cuyo proceder resulta a todas luces ilegítimo.

Frente a una situación como la descrita y constreñido a la inercia de una vía judicial que parece empeñada en sacrificar la Justicia como valor, solo cabe una alternativa, y es la que proporciona la presente vía constitucional, la que, por lo demás, no debe interpretarse como avocamiento o interferencia en las responsabilidades propias del Poder Judicial, sino como un instrumento legítimo de corrección efectiva frente a actos u omisiones que, como en el caso de autos, resulten, indudablemente, inconstitucionales.

Dentro del contexto señalado, queda claro para este Colegiado que lo que se ha vulnerado en el presente caso es el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, pues conforme aparece de los actuados, es la conducta omisiva, palmariamente maliciosa de quien se supone que debe colaborar con la justicia, lo que viene impidiendo la ejecución efectiva de lo resuelto a favor de una persona, luego de un proceso judicial presuntamente regular”.

En el Congreso aparece un Proyecto de Ley No 1047-2006 que propone la modificatoria al art. 657 CPC a fin que se incorpore la redacción del texto siguiente: "en caso el tercero retenga y deposite un monto parcial del ordenado, el juez a petición de parte, pondrá a disposición del ejecutante el respectivo certificado de depósito judicial para su cobro, sin perjuicio de notificar al afectado y ordenar posteriormente la retención de otros bienes hasta completar el monto total del embargo" Según la exposición de motivos de dicho Proyecto, señala que es común que los jueces se resistan a endosar el respectivo certificado de depósito judicial al ejecutante, en tanto el agente retenedor no haya cumplido con depositar el monto total afectado. Como el Código Procesal no regula dicha posibilidad, de endoce parcial sugieren esa especial regulación.

Me parece que dicha observación no resulta de trascendencia para justificar una modificatoria al artículo en comentario, toda vez, que los vacíos o defectos que pudiere tener una norma, perfectamente son suplidos por la actividad integradora y de interpretación, de la que están premunidos los jueces.



**JURISPRUDENCIA**

*Según el D. Leg. N° 656, si el trabajador era despedido, por comisión de falta grave que haya originado perjuicio económico al empleador, éste tenía la potestad de notificar al depositario de la compensación por tiempo de servicios de dicho trabajador para que quede retenido el monto de dicho depósito y sus intereses, a las resultas del juicio que promoviera el empleador.*

*El juzgado ante ello, debe ordenar a la entidad bancaria un informe completo y documentado sobre toda la cuenta de compensación por tiempo y servicios del demandado, y fecho exigir que consigne el monto que legalmente corresponde ser retenido a favor de la demandante.*

*La legislación sobre compensación por tiempo de servicios, por tratarse de norma especial, prima sobre la Ley general que rige la actividad bancaria (Exp. N° 1190-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 98)*

*Si bien como, resultado del proceso seguido entre las partes, el ejecutante logró se le entregue sumas retenidas en depósito bancario, también lo es, que a través de una medida cautelar la Sala de Derecho Público, ha suspendido los efectos de cualquier acto del juez demandado que tienda a afectar el derecho de propiedad del ejecutado, por lo que resulta conveniente, al haberse cuestionado la regularidad del procedimiento, vía amparo, retrotraer la ejecución del fallo, para restablecer el equilibrio entre las partes, suspendiendo la entrega de las sumas retenidas (Exp. N° 34688-1226-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 565-566)*

*Encontrándose establecido el derecho alimentario de la solicitante y de los hijos del obligado, en porcentajes expresamente dispuestos por resolución judicial ejecutoriada, procede amparar el pedido de variación de embargo en forma de retención de los beneficios sociales, respecto a los porcentajes que deba corresponderle a cada uno de ellos.*

*Dicha medida está orientada a salvaguardar las futuras pensiones del conjunto de alimentistas (Exp. N° 2307-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 523-524)*

*El porcentaje de la compensación por tiempo de servicios del obligado que se embarga en forma de retención, constituye una garantía para el pago de pensiones a futuro.*

*Esta suma constituye una garantía mientras esté vigente la sentencia que ordena la prestación de alimentos, pudiendo el obligado pedir que se traslade a otro bien que a consideración del Juzgador sea suficiente para responder de la obligación (Exp. N° 1646-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 136)*

## EJECUCIÓN DE LA RETENCIÓN

### ARTÍCULO 658

*El Secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

---

### Comentario

---

El presente artículo hace referencia al procedimiento a seguir para la ejecución de la retención. El ejecutor, llamado secretario judicial, es el que colabora para viabilizar la retención, tomando personalmente el dicho del tercero en relación a derechos reales u derechos de crédito que pudiera tener a su favor el afectado con la medida. Ello porque los secretarios están encargados de dar fe de las actuaciones y diligencias así como de apoyar a los magistrados en sus funciones judiciales. El artículo 272 LOPJ regula las atribuciones y obligaciones de los oficiales auxiliares. El secretario, debe hacer constar el dicho del tercero sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.

El embargo en forma de retención es frecuentemente utilizado en la actividad bancaria. Cuando se solicita la retención sobre determinada cuenta de ahorros, la misma que es identificada previamente, el secretario se constituirá para indagar sobre los fondos de ésta; sin embargo, no siempre se puede tener acceso al número de cuenta bancaria ni conoce el Banco en el que puedan estar depositados los fondos del ejecutado. En estos casos, tanto el ejecutante con el secretario visitarán cada entidad bancaria del sistema financiero, procediendo a “tomar el dicho” de cada funcionario, conforme lo refiere el artículo 659 CPC.

Otra forma de abordar la ejecución de la retención es cursando comunicación a todas las entidades financieras solicitando la retención de los fondos que pudiera existir a favor del ejecutado. La notificación judicial de retención priva al acreedor del derecho de exigir y al deudor del de ejecutar el pago.

Apreciése que la retención opera sobre los bienes del deudor que estén en poder de terceros, los mismos que no solo pueden ser dinerarios sino en especies u mercadería.

## FALSA DECLARACIÓN DEL RETENEDOR

### ARTÍCULO 659

*Si el intimado para la retención niega falsamente la existencia de créditos o bienes, será obligado a pagar el valor de éstos al vencimiento de la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El Código contempla dos supuestos sobre la actuación del retenedor: a) que pague directamente el retenedor al afectado, en resistencia al mandato cautelar; y b) que niegue falsamente la existencia de créditos o bienes. La norma en comentario, precisamente hace referencia a este último supuesto.

La información certera de la existencia de estos derechos de crédito, hubiera permitido un embargo en forma de retención o de secuestro conservativo, según la naturaleza del derecho patrimonial intimado. Consecuentemente, el intimado retenedor está obligado a pagar el valor del crédito o de los bienes existentes, al vencimiento de la obligación.

Debe tenerse en cuenta que los derechos de crédito se materializa mediante su incorporación a un documento escrito al que se reconoce la aptitud para ser objeto de tráfico, de manera que la transmisión del documento equivale a la transmisión del derecho que representa, como sucede con los títulos valores. Estos no son otra cosa que documentos escritos que incorporan el contenido de un derecho cuyo ejercicio esta supeditado a la tenencia material del documento; su transmisión queda favorecida al considerarse transmitido el derecho con la entrega del documento que lo incorpora.

2. El embargo en forma de retención no solo puede operar a pedido del demandante sino que también puede responder a un pedido del interventor judicial cuando tiene por objeto hacer efectivo embargos sobre las rentas del deudor. Al deudor del embargado se le notifica para que retenga y deposite todo o parte de lo que debe abonar al embargado. Véase el caso del arrendamiento, donde el ejecutado tiene la condición de acreedor en dicha relación. Mediante la retención se

comunica al arrendatario retenga el pago de la renta al arrendador y deposite el dinero en el Banco de la Nación a la orden del juzgado.

3. La falsa declaración del retenedor genera además responsabilidad penal. En tal sentido léase lo regulado sobre los delitos contra la función jurisdiccional, en el artículo 412 CP “el que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

## DOBLE PAGO

### ARTÍCULO 660

*Si el retenedor, incumpliendo la orden de retener, paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

---

## Comentario

Este artículo consagra el aforismo “el que paga mal, paga dos veces” recogido en el artículo 1228 del Código Civil que señala “el pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación”. El artículo 1242 del derogado Código Civil de 1936 también hacía referencia a este pago.

Se parte de la idea central que el patrimonio de una persona responde por las obligaciones de ésta. En tal sentido, un acreedor puede obtener orden judicial para que no le sea pagado el crédito que dicha persona tenga frente a tercero. Véase en el caso del arrendatario que se obliga frente al arrendador al pago de una renta en forma mensual. Aquí opera una relación de acreencia a favor del arrendador, sin embargo, éste en otra relación sustancial ajena al arrendamiento, tiene una posición de deudor, la misma que es materia de ejecución judicial, por tanto, el acreedor de esta relación puede pedir se notifique judicialmente al deudor-arrendatario para que no verifique el pago a favor del acreedor-arrendador y retenga el pago a la orden del juzgado.

Este tercero se halla impedido de verificar el pago, desde el momento en que es notificado judicialmente. El caso descrito muestra a) la concurrencia de tres individuos, el deudor y el acreedor y un tercero, acreedor del último; y b) la eficacia del pago se refiere solo al tercero embargante; no tiene eficacia en cuanto a las relaciones entre el acreedor y el deudor que se mantiene en los términos de la relación que los liga.

La retención notificada al deudor no altera el vínculo jurídico establecido entre él y su acreedor; éste queda únicamente impedido, por mandato judicial, de recibir el pago de lo que se le debe. Cuando el retenedor incumple con la retención, tendrá que pagar dos veces porque será obligado a pagar además, al tercero que

consiguió que el juez notificara la retención. La ineficacia del pago se produce, solo en cuanto afecte el derecho del embargante. Señala Osterling<sup>(1)</sup>, “si el retenedor paga a su acreedor, en realidad paga a quien ya no es tal acreedor y defrauda los derechos del ejecutante, por lo que este puede constreñirlo a pagar de nuevo”.

León Barandiarán<sup>(2)</sup> comentando la redacción del derogado artículo 1242 CC el mismo que ha servido de fuente del actual artículo 1228 CC, señala “mas propio sería decir que el pago no es válido respecto al tercero (acreedor embargante) pues en efecto, la consecuencia del pago verificado en tales circunstancias es que el *solvens* queda obligado a hacer nuevo pago a favor del acreedor embargante, quedándole al primero expedito su derecho para repetir contra su acreedor, ya que de otra forma éste se enriquecería indebidamente”.

En relación a la retención Osterling<sup>(3)</sup>, precisa que la deuda embargada se hace intangible en relación al embargante. “El acreedor no podrá otorgar a su deudor en cuyas manos ha embargado la deuda de un tercero, ni la condonación ni un nuevo plazo para el pago, ni celebrar novación ni otro acto que implique la disposición de lo debido”. Agrega “el deudor en cuyas manos se hace el embargo no podrá oponer al embargante la compensación que habría podido oponer a su acreedor, si hubiera adquirido contra él una acreencia, después de hecha la notificación del embargo”<sup>(4)</sup>.

Es importante revisar los comentarios de Osterling al artículo 1228 del Código Civil. Plantea dos supuestos; el primero, que el deudor sea notificado únicamente para que retenga el pago, porque podría existir, por ejemplo, controversia entre el acreedor y un tercero sobre la titularidad del derecho; y el segundo, que exista mandato judicial definitivo para que el deudor no pague al acreedor sino a un tercero. Las consecuencias jurídicas, en ambos casos, pueden ser distintas. “Si en la primera hipótesis el deudor, desacatando la orden judicial, hace el pago al acreedor, este pago no extingue la obligación. Pero si al concluir la controversia el acreedor resulta victorioso, tal pago, sin duda, la extinguiría. En caso contrario, esto es si el tercero gana el pleito, el deudor tendría que pagar nuevamente, sin perjuicio de exigir tal restitución al acreedor a quien pagó indebidamente

Si en el segundo supuesto el deudor paga al acreedor, paga mal, y en este caso estará obligado a pagar nuevamente a aquél a quien el juez le ordenó que lo hiciera, prevaleciendo su derecho a la restitución por el acreedor”.

---

(1) Op. cit. p. 413.

(2) León Barandiarán Jose, t.II, p. 282-284 citado por Osterling Parodi Felipe y Mario Castillo Freyre, Tratado de las Obligaciones, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol.XVI, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 411.

(3) Op. cit. p. 411.

(4) *Ibidem*.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En relación a la restitución, transcribimos la posición de Osterling<sup>(5)</sup> “tratándose de bienes no fungibles que se han consumido por el uso, o que existen pero deteriorados, o que se han extraviado, o que simplemente ya no existen; o de prestaciones de hacer inmateriales, donde nada es posible de restituir; o de prestaciones de no hacer, en que la abstención ya se ha ejecutado.

Consideramos que en estos casos, como regla general, el acreedor estaría obligado a restituir al deudor, aunque en forma imperfecta, esto es, en dinero, el valor de la prestación. Partimos de la base, para llegar a esta conclusión, de que el acreedor también tenía conocimiento de la notificación y que, no obstante ello, la turpitude del deudor y del acreedor determinó que aquél pagare mal. Si el acreedor negligente o doloso no restituyera al deudor, aunque este hubiera sido negligente, se enriquecería indebidamente.

Caso distinto sería aquél en el que el deudor notificado para no pagar, con desconocimiento de este mandato por el acreedor, efectuara tal pago, el mismo que naturalmente sería recibido por dicho acreedor. Aunque aquí se trataría sólo de negligencia imputable al deudor, estimamos que elementales razones de justicia y los propios principios del enriquecimiento indevido, exigirían al acreedor restituir el valor de la prestación.

Por otra parte, en caso que el deudor pagara al acreedor luego de notificado para no hacerlo, y éste no pudiera restituir la prestación, por tratarse, por ejemplo, de un bien que ha perecido en manos del acreedor, no podría cumplir con dicha prestación frente al tercero. Jurídicamente se trataría de un caso equivalente al de pérdida de la prestación, por dolo o por culpa del deudor. Entonces el deudor quedaría ante el tercero obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios, prevaleciendo, sin embargo, su derecho para exigir a quien pagó mal la restitución del valor de la prestación”.

---

(5) Op. cit. p. 415-416.

## EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN RECAUDACIÓN

### ARTÍCULO 661

*Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella.*

*La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro.*

*La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N.. Argentina art. 222

---

### Comentario

---

1. La intervención judicial es la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea formal o informal, para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes.

En opinión de Palacio, las intervenciones tienen una cobertura mayor, que “aún cuando solo persiga en forma inmediata preservar la inalterabilidad de una situación de hecho, siempre sirve, en definitiva, como todas las medidas cautelares al resultado práctico de un proceso cuyo objeto consiste en una pretensión o en una petición encaminada a dividir o adjudicar bienes, a reconocer derechos reales sobre éstos o a reemplazar a la persona o personas que lo administran e incluso a liquidar y distribuir la totalidad de un patrimonio”.

Existen tres modalidades de intervención, para el Código Procesal: la recaudación, la información y la administración. En el primer caso, se caracteriza por el hecho que el auxiliar nombrado por el juez circunscribe su cometido a recaudar sumas embargadas (interventor recaudador), tuviese a su cargo la información sobre el movimiento económico de la empresa (interventor fiscalizador) o sustituyese al administrador o administradores de esas entidades (interventor administrador).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Otras opiniones sostienen dos especies de intervención: la que se limita a fiscalizar o controlar la administración de una sociedad, asociación, ente colectivo o patrimonio; y la que reemplaza provisionalmente al administrador o administradores de la entidad o bienes que se trate (interventor administrador) o actuar con ellos en forma conjunta (interventor coadministrador).

2. La intervención en recaudación que tiene como objetivo embargar los ingresos propios de la empresa (sea de persona natural o jurídica) para lo cual, el juez designa un órgano de auxilio judicial llamado interventor, a fin que recabe directamente los ingresos de aquella, sea que se perciban en forma sucesiva, como sucede con los honorarios profesionales, los arrendamientos o las entradas a espectáculos públicos. La intervención puede recaer sobre actividades dedicadas al comercio formal o informal.

Para que opere esta medida debe tratarse de bienes productivos de rentas, frutos o productos, como la explotación industrial o comercial, sea cualquiera su importancia y naturaleza; sobre participaciones o regalías correspondientes al presunto deudor en otras empresas; rentas provenientes de locación de inmuebles, etc.

Puede el juez contemplar la posibilidad del veedor en la intervención en recaudación, al que le asignará funciones informativas, vinculadas a los aspectos externos de la recaudación.

La designación del interventor debe recaer en una persona que posea los conocimientos necesarios para desempeñarse como tal, atendiendo a la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá. No requiere de la posesión de título profesional, pero sí de específicos y probados conocimientos de índole contable. Dichos profesionales son personas apropiadas para desempeñarse en calidad de interventores o veedores

Podetti<sup>(1)</sup> señala “el interventor judicial es un custodio y como tal, un auxiliar externo del juez que lo designa. Como no existe una profesión u oficio que pueda considerarse particularmente apto para esta función, no existen listas y los jueces tienen amplia libertad para designarlos. Es obvio que no han de nombrar a quien proponga el solicitante de la medida, porque ello tanto implicaría como poner en manos del presunto acreedor una medida que, por sus características, puede ser muy gravosa para el deudor o presunto deudor. Y que han de seleccionar a la persona que, bajo su propia responsabilidad, desempeñará el cargo del interventor, fiscalizando entradas y reteniendo fondos”.

La norma no fija límite al número de interventores. Para designar el interventor, se tendrá en cuenta la naturaleza, extensión de sus funciones, frecuencia y capacidad del movimiento económico de la intervenida; por citar, si la empresa tiene

---

(1) Op. cit. p. 239.

sucursales en diversas provincias del país, podría asignarse un interventor por cada sucursal.

3. El interventor está obligado a llevar el control de ingresos y egresos de la empresa intervenida. La medida no afecta las facultades dispositivas y administrativas, pues, el interventor únicamente fiscalizará el funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin interferir ni interrumpir sus labores propias. El juez fijará la misión que deberán cumplir y las atribuciones que le asigne, de acuerdo con sus funciones, sin perjuicio de las que refiere el artículo 662 CPC.

Como señala la norma, la resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez. A pesar que la norma no lo precise, la resolución cautelar debe fijar la retribución del interventor en su cometido, pero el cobro solo puede ser ejercido una vez concluida su misión y rendida cuenta satisfactoriamente de los dineros retenidos y depositados, sin embargo, podría exceptuarse cuando la intervención sea por un lapso muy extenso y se fije la remuneración por el tiempo más que por el monto retenido.

El interventor es un auxiliar del juez a cuyas directivas debe ceñirse. Debe designarse a una persona ajena a la sociedad intervenida y limitar su cometido a la gestión que se le haya encomendado, además de las obligaciones que detalla el artículo 662 CPC. El interventor, en calidad de auxiliar externo del juez, debe asumir una actitud imparcial. No es recomendable que la designación recaiga en una persona, que como empleado o administrador, forme parte de la empresa intervenida. Su designación, como la de todo órgano de auxilio judicial, está sujeta a la recusación, impedimento o abstención según el caso. (ver artículo 315 CPC).

4. Una vez designado el interventor, aquél debe ser puesto en funciones por el juzgado, recurriendo inclusive a la fuerza pública, en caso de resistencia a la ejecución de la medida y ordenando el descerraje si fuere necesario para allanar el domicilio de la ejecutada. Si ésta tuviera varias sucursales, la intervención puede recaer en todas ellas, designando un interventor por cada sucursal, procediendo a la ejecución a través de exhorto, en caso se encuentren fuere de la competencia territorial del juzgado las sucursales.

La recaudación cubre el monto ordenado cautelar, pudiendo dicho monto ampliarse, con la consecuente prolongación en el tiempo. Véase el caso del recaudador que detecta que los ingresos de la empresa afectada, no se vienen recaudando, directamente con dinero en efectivo sino por depósitos bancarios. En estos casos la retención, no podría exceder de un determinado porcentaje sin riesgo de afectar capital y gastos de explotación que corresponde respetar para asegurar la generación de ingresos.

## OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR RECAUDADOR

### ARTÍCULO 662

*El órgano de auxilio judicial está obligado a:*

- 1. Verificar el funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin interferir ni interrumpir sus labores propias;*
- 2. Llevar control de ingresos y de egresos;*
- 3. Proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido;*
- 4. Poner a disposición del Juez dentro de tercer día las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación. A pedido propio o de parte, puede el Juez modificar el plazo para consignar; y,*
- 5. Informar, en los plazos señalados por el Juzgado, el desarrollo regular de la intervención, especialmente los hechos referidos en los incisos 1., 2. y 3. de este artículo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 223

---

## Comentario

1. El interventor debe desempeñar personalmente el cargo con arreglo a las directivas que le imparta el juez, ya que es colaborador externo del magistrado que lo designa. Sus atribuciones emanan de la resolución judicial que las enumera sin perjuicio de las que corresponde considerar implícitas. En caso de duda, el interventor debe requerir autorización judicial.

El interventor debe limitarse solo a las medidas estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función, evitando las que comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas o que puedan producirles daño o menoscabo. Es posible de remoción cuando se extralimita en las atribuciones que se le confiaron o no guarda con las partes, una adecuada equidistancia.

2. El interventor judicial tiene el deber de limitar su cometido a la gestión que se le haya encomendado informando objetivamente sobre ella, sin que pueda admitirse su participación en el proceso formulando peticiones que incumben a las

partes, en cuanto éstas pueden pretender que la medida cautelar se cumpla en la forma mas adecuada. En ese sentido el interventor debe presentar los informes periódicos que disponga el juzgado, tal como lo señala el inciso 5 del artículo, sin perjuicio que al finalizar su mandato emita un informe final de todo lo ejecutado.

Además el interventor recaudador, con la periodicidad que el juez fije, debe poner a disposición del juzgado las cantidades recaudadas, con los certificados de depósito bancario por dichas sumas (ver inciso 4).

Como se advierte del inciso 3, el interventor debe “proporcionar, de los fondos que recauda, **lo necesario para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido**”. La redacción de este inciso es bastante amplia para fijar cuánto es lo necesario para la actividad regular. Si bien la recaudación se orienta a retener determinado monto establecido en el mandato cautelar, lo retenido no puede exceder de un determinado porcentaje a fin de no poner en riesgo el funcionamiento de la propia empresa y los gastos de explotación, para asegurar la generación de ingresos. La norma no obliga al juez a establecer un monto de la recaudación dentro de un porcentaje, pero, es importante que el juez lo fije oportunamente en atención al informe que emita el recaudador según los ingresos y egresos de la intervenida.

Tal como se aprecia del presente artículo, las obligaciones que se asigna al interventor recaudador, no tiene nada que hacer con la administración del negocio. Como señala Podetti<sup>(1)</sup>, “su misión se concreta y concluye con la fiscalización de la caja. Si la retención que debe hacer es total, podrá sustituir el cajero o a quien perciba las entradas, rentas o beneficios; si es sólo de una parte proporcional de las entradas brutas, fiscalizará éstas y exigirá, diaria o periódicamente, la entrega de la parte proporcional correspondiente; si de las entradas netas, su fiscalización tendrá que hacerse extensiva a los libros y papeles, a fin de determinarlas. Pero de todas maneras ha de procurar no entorpecer más allá de lo indispensable, la administración o parte de la administración intervenida, y dar cuenta al juez de cualquier inconveniente o dificultad que pudiera presentársele en el cumplimiento de su misión”.

---

(1) Op. cit. p. 240

## OBLIGACIÓN ESPECIAL

### ARTÍCULO 663

*El interventor recaudador debe informar, de inmediato, sobre aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

Una de las obligaciones que asume el interventor en recaudación es informar, en los plazos que señala el juzgado, el desarrollo regular de la intervención, especialmente sobre el funcionamiento y conservación de lo intervenido, los ingresos y egresos de la intervenida así como los fondos que proporciona para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido.

Este informe pondrá en conocimiento del juzgado y podrá referirse a “aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación”.

Es trascendente este informe para la permanencia de la medida de intervención dictada, pues, si el interesado considera que la intervención es improductiva, puede pedir la conversión del embargo a secuestro, con la consecuente clausura del negocio.

Nótese que la intervención en recaudación recae sobre bienes productores de rentas o frutos. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración.

Una vez designado el interventor y producida la aceptación del cargo, aquél debe ser puesto en funciones por el secretario, quien en caso de resistencia a la ejecución de la medida, se halla facultado para requerir el auxilio de la fuerza pública y allanar el domicilio, pero dicha resistencia no es condición para pedir la conversión de la medida, la misma que opera solo cuando el informe señale que es improductiva.

Puede darse el caso que el interventor emita al Juez el siguiente informe:

“1) He cumplido con verificar el funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin haber interferido ni interrumpido en las labores propias de la ejecutada; 2) Además he llevado el control de los ingresos y egresos de la ejecutada. Al respecto debo manifestar que no me ha sido posible recaudar los ingresos obtenidos por la ejecutada, en razón que los clientes de ésta efectúan el pago por los servicios que les brinda la ejecutada, a través de depósitos en efectivos en las cuentas corrientes en moneda nacional N° 00-5555 del Banco Buena Vida y cuenta corriente en moneda extranjera N° 00-6666 de la misma institución bancaria; 3) En consecuencia, no he recaudado suma alguna que haya tenido que ser consignada en el Banco de la Nación y puesto a disposición del Juzgado”.

A tenor del informe citado, no puede calificarse de improductiva la empresa, pero dicha información puede provocar la variación de la medida a efecto de recurrir a la retención de tales depósitos.

## CONVERSIÓN DE LA RECAUDACIÓN

### ARTÍCULO 664

*Si el interesado considera que la intervención es improductiva, puede solicitar al Juez la clausura del negocio y la conversión del embargo de intervención a secuestro. El Juez resolverá previo traslado al afectado por el plazo de tres días, y atendiendo al informe del interventor y del veedor, si lo hay. Contra la resolución que se expida procede apelación con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Una de las características de la medida cautelar es su mutabilidad o variabilidad, esto es que la medida dictada puede ser modificada para lograr simetría entre ella y la naturaleza, magnitud o extensión de la tutela ordenada. Cuando no se aprecia este equilibrio, el sistema cautelar permite que cualquiera de las partes, puedan buscar modificarla, a través de la mejora, ampliación, reducción y sustitución de la ya ordenada medida cautelar.

En el caso del embargo en forma de intervención en recaudación, esa variabilidad de la medida se va a expresar en la conversión de la medida de recaudación a secuestro, facultad que le corresponde solo al beneficiado con ella, a diferencia de la variación, que le corresponde a cualquiera de las partes (ver artículo 617 CPC).

La intervención en recaudación también puede generar la conversión a la intervención en administración (ver artículo 670 CP), de ahí que este tipo de cautelas se califiquen como secuestro por transformación cuando se califique la intervención de improductiva. Otro supuesto de conversión encontramos en el embargo en forma de depósito, el mismo que puede convertirse a secuestro siempre y cuando el obligado se niegue a aceptar la designación de depositario (ver artículo 649 CPC).

2. La intervención en recaudación no busca afectar el normal desarrollo de la empresa, todo lo contrario, lo que se pretende es que ella siga operando para no paralizar la producción. El objetivo de la intervención es recaudar parte de los ingresos para la ejecución forzada y los otros para que sean destinados a la actividad ordinaria y regular de la empresa intervenida.

Por otro lado, para que opere la conversión de intervención a secuestro es determinante el informe que emita el interventor recaudador, en relación a la productividad de la empresa afectada. Recién a partir de esa información, previo traslado del afectado, procederá a la clausura del negocio, siempre que la resolución quede firme.



## JURISPRUDENCIA

---

*La conversión del embargo de intervención no requiere de mayores informes documentados del interventor designado. Procede ampararla si la medida cautelar no cump:c con el objeto por el que fue emitida (Exp. N° 5401-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 576)*

*Ante el informe del interventor sobre la improductividad del negocio intervenido, la carga de la prueba para contrarrestar ello, le corresponde al afectado, consignando fondos compatibles con el monto mandado pagar (Exp. N° 61258-119-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 576-577)*

*Existiendo mandato judicial firme que dispone la conversión de la medida de intervención en recaudación a secuestro conservativo y clausura del negocio; no resulta de amparo, la variación de la medida cautelar solicitada, sí la que se ofrece para reemplazo no ofrece las garantías suficientes (Exp. N° 836-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 577-578)*

*Si no se ha acreditado que el negocio de la ejecutada resulte improductivo no se debe ordenar la clausura y conversión de la medida, maxime que el interventor recaudador nunca se ha apersonado a las oficinas administrativas de la demandada sino a un local dedicado enteramente a la producción, donde no es posible recaudar ingresos.*

*El juez se encuentra facultado para dictar la medida cautelar adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal (Exp. N° 285-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 510)*

*El juez puede disponer la clausura del negocio así como la conversión del embargo de intervención a secuestro.*

*Si durante la época en que el negocio estuvo sujeto a la medida cautelar no se demostró que el mismo genere ingresos suficientes debe ampararse la conversión de la medida cautelar.*

*Resulta prematura la clausura del negocio si la ejecutada ha manifestado su intención de cumplir con la obligación puesta a cobro (Exp. N° 1021-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 485-486)*

*“... No se ha acreditado que el negocio de la ejecutada resulte improductivo, requisito para ordenar la clausura y conversión de la medida (de embargo en forma de intervención a secuestro)...” (Exp. N° 285-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 547-548)*

## EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN INFORMACIÓN

### ARTÍCULO 665

*Cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el Juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 225, 226, 227

---

### Comentario

---

1. Es una medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de órgano de auxilio externo de éste, interfiere en la actividad económica de la empresa, para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes. En el primer supuesto, nos encontramos con la intervención en recaudación, que regulan los artículos 661 al 664 CPC; en el segundo a la intervención en información y administración, recogidos en los artículos 665 al 671. No procede la intervención judicial en cualquiera de sus formas con fundamento en la desinteligencia o discrepancias entre los socios, pues ellas no constituyen por sí solas, peligrosidad para los bienes y la existencia de la sociedad.

2. La norma en comentario hace referencia a la intervención en información, la misma que se limita a fiscalizar o controlar el movimiento económico de una empresa. Según Palacio<sup>(1)</sup>, “esta clase de intervención tiene por objeto que la persona designada por el juez ejerza vigilancia sobre la gestión administrativa desarrollada en una sociedad o asociación respecto de bienes litigiosos, o sobre el estado en que éstos se encuentran, dando cuenta a aquél de las circunstancias comprobadas a raíz de tal actividad”. Mediante esta medida cautelar, el designado por el juez llamado interventor, actúa juntamente con el administrador o administradores de una empresa, en lo estrictamente comisionado, sin desplazarlo.

---

(1) Palacio, t.8, pp. 199-200.

El interventor informante se designa para que dé noticia acerca del estado de los bienes objeto del proceso o de las operaciones o actividades con la periodicidad que se establezca en la providencia que lo designe. En ese sentido, la norma en comentario dice: “el Juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez”.

3. La posibilidad de recurrir a este tipo de intervención es importante en pretensiones tributarias, para verificar la información sobre el movimiento económico de una empresa, sea de persona natural o jurídica; por citar, en un proceso de alimentos se podría verificar el real ingreso económico del obligado, quien es titular de una empresa unipersonal, para una futura ejecución forzada; en el supuesto de la ampliación de embargo para hacerse efectiva sobre la cosecha próxima, el embargante tiene derecho a que se designe un interventor en información, a fin de controlar el cumplimiento de las medidas dispuestas, pues, de lo contrario su crédito podría verse fácilmente burlado.

También puede operar en caso de inmuebles embargados y depositados en poder del deudor, el demandante podrá solicitar el nombramiento de un interventor en información para que inspeccione y dé cuenta al juez del estado de los bienes y de las destrucciones que se hubiesen efectuado o efectúen en ellos.

4. El juez al designar al interventor informante para que dé noticia acerca de las operaciones o actividades con la periodicidad que se establezca en la providencia que lo designe. Algunas opiniones, refieren a esta actividad como la de un veedor y lo caracterizan como una figura intermedia entre el informante y el administrador. Sostienen que el veedor no limita su cometido a un reconocimiento de bienes o a la comprobación de un estado de cosas, sino que lo extiende a realizar controles permanentes y amplios en la administración.

La co-administración judicial, es una figura jurídica intermedia entre la intervención con fines de control e información y la administración judicial. Es la medida cautelar en cuya virtud el auxiliar designado por el juez actúa juntamente con el administrador o administradores de una sociedad. Si bien, supervisa y asiste al órgano de administración, no lo desplaza ni asume en forma absoluta facultades de administración y gobierno.

Algunos autores consideran que la co-administración “puede configurar una medida cautelar apropiada para zanjar diferencias surgidas entre los administradores de la sociedad, por ello se ha resuelto que frente a las desavenencias suscitadas entre los gerentes que poseen un poder compartido y afectan al ente incapacitado para adoptar decisiones, a raíz de la bifurcación de actitudes de quienes lo ejercen, resulta procedente la designación de un coadministrador que debe ejercer la administración y representación sociales en forma conjunta con cualquiera de los gerentes”.

## OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR INFORMADOR

### ARTÍCULO 666

*El informador está obligado a:*

- 1. Informar por escrito al Juez, en las fechas señaladas por éste, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida; y,*
- 2. Dar cuenta inmediata al Juez sobre los hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que obsten el ejercicio de la intervención.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 224

---

### Comentario

---

1. El Código Procesal recoge diversas modalidades de intervención, retención, intervención y administración; sin embargo, debemos precisar que las atribuciones que se asigna a cada interventor están en relación al tipo de intervención que se trate. No es necesaria una enumeración exhaustiva pues existen atribuciones que implícitamente resultan de la naturaleza del cargo discernido, sin embargo, cuando la intervención es decretada con fines de control e información requiere generalmente una más prolija enumeración de funciones.

La designación del interventor deberá recaer en una persona ajena a la empresa intervenida y que posea los conocimientos necesarios según la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá.

2. El interventor tiene una misión determinada que cumplir, dentro de un plazo fijado, para lo cual debe emitir informes por escrito, de la gestión encomendada. En ese sentido léase la redacción del inciso 1º “informar por escrito al Juez, en las fechas señaladas por éste, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida”.

Por otro lado, el interventor tiene la obligación de “dar inmediata cuenta al Juez sobre los hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar” como

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

la omisión de llevar una contabilidad regular, con ventas no documentadas; o la demora en elaborar y presentar los balances, no declarando el estado financiero de la sociedad ni la imposibilidad de no hacerlo.

Por último, el interventor debe limitarse a las medidas estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función o que comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas o que puedan producirles daño o menoscabo, de manera que es pasible de remoción el interventor que se extralimita en las atribuciones que se le confirieron o no guarda con las partes, una adecuada equidistancia.

## EJECUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN

### ARTÍCULO 667

*El Secretario interviniente redactará el acta de embargo en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la medida, las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el Juzgado. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si éste se rehúsa firmar, el Secretario dejará constancia de su negativa.*

---

**CONCORDANCIA:**

C.P.C. art.

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

C.F.P.C. México

arts. 456-462

---

### Comentario

---

El presente artículo hace referencia al procedimiento a seguir para la ejecución de la intervención, para lo cual, se encomienda al secretario judicial, para que redacte el acta de embargo en presencia del afectado, a quien se le notificará recién en dicho acto de la resolución cautelar. Conforme lo señala el artículo 637 CPC, el afectado podrá recién apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

La intervención del secretario se justifica por ser el encargado de dar fe de las actuaciones y diligencias así como de apoyar a los magistrados en sus funciones judiciales. El artículo 272 LOPJ regula las atribuciones y obligaciones de los oficiales auxiliares. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si este se rehúsa firmar, el Secretario dejará constancia de su negativa.

## RESPONSABILIDAD EN LA INTERVENCIÓN

### ARTÍCULO 668

*Son responsables civil y penalmente:*

- 1. El interventor recaudador por el dinero que recaude, asimilándose para estos efectos al depositario;*
- 2. El interventor informador por la veracidad de la información que ofrezca;*
- 3. El intervenido por su actitud de resistencia, obstrucción o violencia.*

---

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art.*

---

### *Comentario*

---

1. Los interventores en información y recaudación, como órganos de auxilio judicial, tienen en el ejercicio de su cargo responsabilidad penal y civil. Como el juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación “hubiese sido ostensiblemente inidónea” (ver artículo 626 CPC).

2. Señala la norma, el interventor recaudador responde civil y penalmente por el dinero que recaude, asimilándose para estos efectos al depositario; por tanto, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 190 del Código Penal, que dice: “si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Cuando el interventor informador afecte la veracidad de la información que ofrezca, se configura delito contra la administración de la función jurisdiccional regulado en el artículo 412 CP que dice “el que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”; por último, el intervenido por su actitud de resistencia, obstrucción o violencia (ver artículo 368 CP).

3. El incumplimiento por el interventor designado de cualquiera de los deberes mencionados puede determinar su remoción, como un acto privativo del juez ante

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la gestión irregular, sin que sea necesario obtener el consentimiento expreso o tácito de las partes. El mal desempeño del interventor judicial solo autoriza a reemplazarlo por otro, pero no afecta a la medida cautelar en si misma. Ella subsiste, en tanto perduren las circunstancias de hecho que la justificaron. Dispuesta la remoción del interventor corresponde designar a otra persona en su reemplazo, caso contrario, implicaría alterar, con los perjuicios consiguientes la necesaria continuidad de la medida cautelar.

## EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES

### ARTÍCULO 669

*Cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

1.El Código Procesal hace referencia a dos supuestos de administración, la recogida bajo el procedimiento no contencioso (art: 769 CPC) y el art: 669 CPC. En este último caso, se parte de un supuesto, “la presencia de bienes fructíferos que se afectan con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan”. En un sentido amplio se puede considerar como fruto a todo rendimiento o utilidad que produce una cosa, y por lo tanto, los frutos son un accesorio de la cosa que lo produce y suponen un incremento de su utilidad para su titular y al mismo tiempo, una vez producidos, adquieren sustantividad propia independiente de la cosa que los ha producido.

El artículo 890 del CC define a los frutos como los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. El fruto es un bien nuevo que produce otro bien; en cambio los productos no se reproducen. Véase el caso de las minas y canteras. Los frutos naturales son los que provienen del bien sin intervención humana. Pertencen al propietario del bien embargado y se perciben cuando se recogen; por ejemplo la lana de las ovejas. Los frutos industriales son los que produce el bien con intervención humana. Pertencen al productor y se perciben cuando se obtienen, como sería el caso de la industria pesquera, que transforma la materia prima en harina de pescado. Los frutos civiles son aquellos que se producen como consecuencia de una relación jurídica. Pertencen al titular del derecho y se percibe cuando se recaudan, por ejemplo, la renta de un inmueble. El Código Civil señala que en estas dos últimas modalidades de frutos (industriales y civiles), para el cómputo de ellos, se rebajarán los gastos y desembolsos.

Nótese que según la norma en comentario, el embargo en forma de administración recae sobre “bienes fructíferos que se afectan con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan”, a diferencia de la intervención en forma de recaudación

que detalla el artículo 661 CPC que “afecta los ingresos propios de una empresa de persona natural o jurídica”.

Es importante reafirmar en este tipo de medidas el carácter fructífero del bien afectado con el embargo, pues, se parte del supuesto de una empresa productiva que se busca afectar, situación diversa a la conversión de recaudación a administración. Coincidimos con Ariano<sup>(1)</sup> cuando sostiene que el embargo puede recaer, tanto en bienes existentes como en bienes futuros; y entre los futuros se encuentran los frutos que pueda generar un bien. “Cuando estemos ante un bien fructífero, sea que se haya embargado el bien y sus frutos o que se hayan embargado solo los frutos del bien, el artículo 669 CPC señala que en tales casos, el embargo implica la designación de un “administrador” quien se encargará de “recaudar” los frutos (por ejemplo, cobrar las rentas de arrendamiento)”. A ello hay que considerar lo regulado en el artículo 645 CPC, que señala que el embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos.

2. Como se aprecia la redacción de este artículo está restringida a “recaudar los frutos que produzcan”, sin embargo, la administración judicial como medida cautelar, va más allá de dicho enunciado; “busca producir mediante el desplazamiento, total o parcial, del propietario, usuario o usufructuario de bienes o del administrador, legal o contractual de los mismos, con el fin de asegurarlos o conservarlos, mientras se esclarecen los derechos sobre ellos o sobre la administración misma”<sup>(2)</sup> Cuando la medida cautelar se orienta al amparo de dichos supuestos, se podría recurrir a medida genérica (ver artículo 629 CPC), por superar la redacción del artículo 661 CPC que limita a “la recaudación de los frutos que produzcan” para una futura ejecución forzada. Véase el caso de la Asociación que no tiene por finalidad evitar perjuicios económicos a la entidad, sino pretende regularizar sus funciones, adecuándolas a sus estatutos y a las leyes. En este caso se busca remover a las autoridades y poner en reemplazo a un interventor en administración quien prepara, convoca y preside la asamblea de socios para designar a la nueva Directiva. Las divergencias entre los socios no es argumento para la remoción del administrador de la sociedad y su reemplazo por un interventor judicial, sino se justifica en el peligro en la demora y una conducta que afecte la integridad del patrimonio social. Señala Podetti<sup>(3)</sup> “la designación de un administrador judicial que reemplace al de la sociedad, debe estar determinada por dificultades de solución apremiante y de trascendencia comprobada, no bastando que hayan sobrevenido desinteligencias entre los socios respecto a la dirección

---

(1) Ariano Eugenia “La medida cautelar de “administración judicial” de sociedades” en Ponencias III Congreso Internacional Derecho Procesal Civil, Lima, 2005, p. 365.

(2) Podetti, op. cit. p. 244

(3) Op. cit. p. 267

de los negocios. No demostrada la urgencia invocada, procede, en resguardo de los derechos que corresponden al socio, la designación de un interventor en forma de información y un veedor, encargado de vigilar las gestiones del administrador titular”.

3. Apartándonos de la administración que regula este artículo, nos ubicamos en otro supuesto, al que nuestro Código no hace expresa referencia, como es, el secuestro judicial de bienes inmuebles. Cuando este bien es el propio objeto litigioso, para asegurar la saludable ejecución del bien materia de litis, se permitiría sustituir la administración del deudor, poseedor del inmueble, manteniendo inmovilizado y en buen estado de conservación. Esta medida se hace más necesaria, en caso de reivindicación de un inmueble, para impedir que el poseedor haga deterioros en la cosa reclamada.

También puede operar en caso de inmuebles embargados y depositados en poder del deudor, el demandante podrá solicitar el nombramiento de un interventor en información para que inspeccione y dé cuenta al juez del estado de los bienes y de las destrucciones que se hubiesen efectuado o efectúen en ellos. En esta misma línea, Palacio<sup>(4)</sup>, presenta algunos supuestos en materia societaria, en los que operaría la intervención en administración, pero con análogo criterio correspondería apreciar la procedencia en sociedades civiles y en lo pertinente, en las Asociaciones. Veamos: “si la contabilidad de una sociedad es llevada en forma tal, que impide el ejercicio del derecho de contralor por parte de sus integrantes, así como el conocimiento claro de la situación real de la sociedad y de las operaciones comerciales realizadas; si en abundante documentación surgen deficiencias contables y administrativas que demuestran la existencia de un peligro en la demora, de consecuencias fatales para la vida de la sociedad; si por no convocarse a los socios a asamblea, ni confeccionarse el balance anual se torna imposible el control de aquéllos; si se halla en discusión la titularidad de un alto porcentaje de acciones de una sociedad anónima; si la administración que legalmente compete al directorio, ha sido de hecho asumida por el presidente en forma unilateral y se han detectado irregularidades capaces de configurar una situación de peligro grave para la sociedad, tales como atrasos en la contabilidad, desconocimiento por el presidente acerca del paradero del libro de inventarios y balances y del registro de acciones, existencia de una cuenta bancaria a nombre personal de uno de los accionistas, depósitos a plazo fijo a nombre del presidente y vales de caja firmados por éste por cantidades considerables y sobre las cuales se niega a dar explicaciones”.

---

(4) Palacio, t.8, pp.217-219

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. Por último, a pesar que la norma no lo precise, la resolución que designa al administrador judicial debe prever el monto de los honorarios, para lo cual, debe tener en consideración el tiempo que duró la intervención; el trabajo y responsabilidad del interventor y aunque no como elemento decisivo, la naturaleza e importancia económica de los bienes administrados, incluso las rentas producidas mientras duró la vigilancia de quien los administró. Para la designación del administrador, el juez tiene que apreciar que se trate de una persona ajena a la sociedad intervenida y que tenga los conocimientos necesarios para desempeñarse como tal, atendiendo a la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá. No es determinante que tenga un título profesional pero si que tenga conocimientos específicos sobre la materia que le tocará administrar. En la práctica, la tendencia de las designaciones de los administradores se orienta hacia los contadores o economistas y en pocos casos, recae en abogados. Se dice que dichos profesionales son personas apropiadas para desempeñarse en calidad de interventores, fiscalizadores e informantes, pero si corresponde nombrar administradores o coadministradores en sociedades comerciales. Hay que recordar que el interventor es un órgano judicial, que opera en la calidad de auxiliar externo del juez, por tanto, debe asumir una actitud imparcial, caso contrario procede aplicar las reglas de recusación de jueces. (ver artículo 305 CPC)

## CONVERSIÓN A ADMINISTRACIÓN DE UNIDAD DE PRODUCCIÓN O COMERCIO

### ARTÍCULO 670

*A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo reafirma una de las características de la medida cautelar, como es su variabilidad (ver artículo 612 CPC) Ello permite que la medida, pueda ser modificada por otras que aseguren en mejor forma los fines para la que se dictó.

La conversión de la medida presupone la previa ejecución de la medida originaria (la intervención en recaudación) permitiéndole que sólo el beneficiado con la medida pueda pedir su conversión, situación que difiere de la variabilidad que regula el artículo 617 CPC, en la que dicha facultad se otorga, tanto al beneficiado como al afectado con la medida.

Por otro lado, el trámite que se brinda al pedido de variación de la medida, difiere de la conversión. La variación opera in audita pars cuando es solicitada por el titular de la medida, en cambio, en la conversión “el Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera”. Nótese que el pedido de variación, sólo opera previo conocimiento de la otra parte, si es solicitada por la afectada con la medida.

El pedido de sustitución, que recoge el artículo 628 CPC, permitiría que este opere frustrando la conversión a la administración.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Esta modalidad de medida cautelar es la más grave que se puede adoptar en materia de intervención judicial porque implica otorgar al interventor facultades de dirección y gobierno en reemplazo del administrador o administradores de la empresa. En ese sentido, léase la redacción del presente artículo que señala: “el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la Ley de la materia”.

2. La redacción de la norma permite la concurrencia de varios administradores, quienes asumen la representación y gestión de la empresa intervenida. Podetti<sup>(1)</sup> distingue frente a la pluralidad de administradores lo siguiente: “cuando el desplazamiento implica solamente disminuir las facultades del legítimo administrador, que debe actuar con la conformidad de un custodio judicial, tenemos una co-administración; si el desplazamiento es total, pasando todas las facultades al funcionario judicial, tenemos propiamente administración judicial, y si las facultades no se desplazan, pero su ejercicio es visado o fiscalizado por el custodio, tenemos una intervención judicial”. Frente a los supuestos descritos por Podetti, el presente artículo recoge la administración con desplazamiento total en la representación y gestión de la empresa. Frente a la misión del interventor en recaudación, los administradores tienen mayores facultades, puesto, que éstos asumen el mandato de administrar la empresa, cesando automáticamente en sus funciones, los órganos directivos y ejecutivos de la intervenida (ver artículo 672 CPC).

No se puede confundir la administración legal que resulta de las disposiciones del Código civil, donde el administrador representa al dueño de los bienes administrados con la administración judicial como medida cautelar, donde el administrador, interventor o veedor son auxiliares externos del juez que lo designó y a quienes representa.

En la administración civil o comercial puede existir un contrato o una situación a él asimilable; en la administración judicial, existe una relación de derecho público, en la cual el juez, mediante un custodio que él designa, interfiere en la administración de bienes bajo tutela judicial.

La posibilidad de recurrir a este tipo de medida es importante para evitar la paralización de las actividades, cuando se embargan bienes que constituyen o forman parte de empresas, de fábrica, de transportes y en general de establecimientos comerciales o industriales en funcionamiento, con grave daño para el presunto deudor y para la colectividad. En esta hipótesis, el embargo debe cumplirse mediante la designación de un interventor en información, que vigile el mantenimiento de los bienes, o un administrador, que sustituya la realizada por el presunto deudor, ubicándose la norma en este último supuesto.

---

(1) Op. cit. p. 244.

A pesar que la norma no lo precise, la resolución que designa al administrador judicial debe prever el monto de los honorarios, para lo cual, debe tener en consideración el tiempo que durará la intervención; el trabajo y responsabilidad del interventor y aunque no como elemento decisivo, la naturaleza e importancia económica de los bienes administrados.

Por último no cabe confundir el rol de administrador judicial con el de parte procesal. El administrador es un órgano de auxilio judicial, un tercero colaborador del proceso, que va a dirigir la empresa intervenida, pero que jamás puede asumir la defensa de la parte demandada. Si al haberse ordenado la administración judicial se ha desplazado a los órganos de gobierno, la parte afectada con la medida, continua ejerciendo su defensa, en tal sentido, perfectamente puede designar nuevo abogado, variar de domicilio procesal y delegar poderes de representación a terceros, sin que ello implique estar interfiriendo con la administración ordenada, pues, no debe confundirse nunca el rol de parte con el rol de auxilio judicial. La condición de parte se mantendrá hasta la conclusión del proceso, a diferencia del administrador judicial, que permanecerá hasta cumplido el objetivo dinerario, por el cual se le asigne el manejo de la empresa.



### JURISPRUDENCIA

---

*La consignación verificada por la propia entidad intervenida, demuestra el manejo sin control de su patrimonio, a pesar que el control de éste le corresponde al interventor, por ello se justifica la conversión a la intervención en administración (Exp. N° 492-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 351-352)*

*Es facultad del juzgador acceder a la petición de conversión de la medida cautelar de intervención en recaudación a intervención en administración.*

*Tal potestad funciona en tanto, el negocio sujeto a intervención se encuentre conducido directamente por el obligado, pero es claro que no puede tener cabida cuando en efecto de un contrato de arrendamiento de fecha anterior a la medida cautelar aquél negocio es explotado por un tercero que tiene la calidad de arrendatario (Exp. N° 265-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 348-349)*

## OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR

### ARTÍCULO 671

*El administrador está obligado, según corresponda al bien o empresa, a:*

- 1. Gerenciar la empresa embargada, con sujeción a su objeto social;*
- 2. Realizar los gastos ordinarios y los de conservación;*
- 3. Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan;*
- 4. Pagar tributos y demás obligaciones legales;*
- 5. Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley;*
- 6. Proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión;*
- 7. Poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos; y,*
- 8. Las demás señaladas por este Código y por la ley.*

---

#### CONCORDANCIA:

*C.P.C. art.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.F.P.C. México*

*arts. 463-467*

---

## *Comentario*

1. El juez debe fijar la misión que deben cumplir los administradores y las atribuciones que se les asigne, de acuerdo con la función encomendada, sin poder ser mayores que la que otorga este artículo o las que señale su constitución como empresa.

No es necesaria una enumeración exhaustiva pues existen atribuciones que implícitamente resultan de la naturaleza del cargo discernido, y que parte de ellas aparecen descritas en este artículo, pero, hay supuestos que posiblemente no sean claros en relación a la actividad del administrador, que deben llevar a que el juez no deje de observar estas dudas y no dejar a la libre interpretación de sus facultades al administrador judicial designado.

Hay que recordar que el administrador judicial es un auxiliar del juez y como tal, no puede ingresar al proceso a ejercer ningún acto de defensa a favor del

acreedor, beneficiado con la medida, ni a favor del deudor afectado con la medida. La parte demandada continúa siendo parte en el proceso, y como tal asumirá su defensa. El hecho que los órganos de gobierno hayan sido desplazados por el administrador judicial, no significa que éste, sustituye la posición procesal de la parte en el proceso. Cada uno tiene un rol diferente: el deudor, como tal, seguirá manteniendo su rol de parte y ejercerá su defensa durante todo el proceso y el administrador, como órgano de auxilio judicial, en su calidad de representante del juez, gerencia la actividad de la empresa embargada hacia los objetivos encomendados, sin asumir la defensa procesal de dicha empresa –presuntamente deudora– en el proceso. El administrador puede ser removido del cargo, como parte de la variación de la medida cautelar a que refiere el artículo 617 CPC.

2. Como señala Palacio<sup>(1)</sup>, “la administración judicial es la medida cautelar más grave que cabe adoptar en materia de intervención judicial porque implica otorgar al interventor facultades de dirección y de gobierno en reemplazo provisional del administrador o administradores de la sociedad, asociación, ente colectivo o bien que se trate” En tal sentido, apreciamos a través de la siguiente norma, una serie de obligaciones que se impone a quien ejerce la función de administrador judicial.

El administrador no representa, ni es mandatario de la entidad sujeta a la medida judicial, sino al juez que le designó, en atención a ello, los actos que realice aunque en formas, fines y efectos sean análogos a los de las autoridades sociales o contractuales, no son mandatarios o representantes de la entidad.

En tal sentido, aunque la norma no lo regule, el administrador judicial no está facultado para nombrar o contratar más personal, que los que la empresa tenía cuando se le otorgó el mandato, salvo previa autorización judicial. Tampoco se puede limitar las facultades del interventor manteniendo a las autoridades anteriores en el ejercicio de ciertas atribuciones. No es admisible la subsistencia de una doble administración

El administrador debe limitarse a las medidas estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función, que no comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas ni que puedan producirles daño o menoscabo, de manera que es pasible de remoción si se extralimita en las atribuciones que se le confirieron o no guarda con las partes, una adecuada equidistancia; sin embargo, en opinión de Ariano<sup>(2)</sup>, “el interventor-administrador, gerencia la empresa embargada, con sujeción a su objeto social (artículo 671 inc 1o CPC), pero no en interés de la “empresa embargada”, sino en el interés del acreedor embargante. No se trata

(1) Palacio, t.8, pp.216-217

(2) Ariano Eugenia “La medida cautelar de “administración judicial” de sociedades” en Ponencias III Congreso Internacional Derecho Procesal Civil, Lima, 2005, p. 366.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de sustituir, de ser el caso, a los “órganos directivos y ejecutivos” por estar realizando una mala gestión en lesión del empresariado mismo, sino de “gerenciar la empresa” en el interés del acreedor embargante”

3. Todo administrador, como órgano de auxilio judicial, está sujeto a responsabilidades civiles y penales en el ejercicio de sus funciones. También está sujeto a sanciones disciplinarias, que pueden llevar a disponer la pérdida del derecho a cobrar honorarios y aun los gastos realizados, sin perjuicio de la remoción de su cargo. Si no ha conservado los bienes con relativa diligencia, si los gastos hechos no a beneficiado de ninguna manera a la intervenida, no podría exigir el pago de un servicio tan mal prestado, ni a la repetición de un gasto inútil.

El administrador está obligado a rendir cuentas en los plazos y oportunidades que el juez y la Ley fijen, agregando las observaciones sobre su gestión (ver inciso 6 ). En tal sentido debe cumplir con las obligaciones laborales y tributarias; formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley. La rendición de cuentas que haga el interventor no puede ser equiparable a la aprobación del balance pues la apreciación de su labor como interventor escapa a la competencia de los órganos de gobierno de la empresa intervenida

Por otro lado, la norma señala que para resolver la conversión de la medida originaria, el juez tendrá en cuenta lo expresado por el veedor, si lo hubiera. El veedor asume una figura intermedia entre el interventor en información y el administrador judicial. El veedor no limita su cometido a un reconocimiento de bienes o a la comprobación de un estado de cosas, sino que lo extiende a realizar controles permanentes y amplios en la administración de la empresa.

## EJECUCIÓN DE LA CONVERSIÓN A ADMINISTRACIÓN

### ARTÍCULO 672

*El Secretario interviniente redactará el acta de conversión en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la nueva medida, y pondrá al administrador en posesión del cargo. El acta incluirá un nuevo inventario de los bienes y archivos existentes al momento de la ejecución. Si el intervenido se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.*

*Al asumir el cargo el órgano de auxilio judicial, cesan automáticamente en sus funciones los órganos directivos y ejecutivos de la empresa intervenida.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo hace referencia al procedimiento a seguir para la ejecución de la conversión en administración, para lo cual, se encomienda al secretario judicial, redacte el acta de embargo en presencia del afectado, “a quien se le notificará recién en dicho acto de la resolución cautelar”.

Esta redacción, propia de la medida que regula el artículo 637 CPC, no resulta apropiada para esta conversión, pues, la postergación de la notificación, opera para privilegiar el *in audita pars*, sin embargo, la conversión no goza de esta limitación, porque como se aprecia del trámite que recoge el artículo 670 CPC, “el pedido de conversión se resuelve previo traslado al afectado” esto significa que el *in audita pars* no está presente en este trámite.

Por otro lado, el secretario “le expresará la forma y alcances de la nueva medida, y pondrá al administrador en posesión del cargo. El acta incluirá un nuevo inventario de los bienes y archivos existentes al momento de la ejecución. Si el intervenido se niega a firmar, dejará constancia de su negativa”. La intervención del secretario se justifica por ser el encargado de dar fe de las actuaciones y diligencias así como de apoyar a los magistrados en sus funciones judiciales. El artículo 272 LOPJ regula las atribuciones y obligaciones de los oficiales auxiliares. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si este se rehúsa firmar, el Secretario dejará constancia de su negativa.

La intervención judicial es una medida cautelar y quien ha de cumplirla es un auxiliar externo del juez. Podrá en cierto modo, reemplazar o sustituir a las autoridades de la entidad intervenida, pero nunca como mandatario o representante de éstos, sino como funcionario judicial sujeto a las directivas, instrucciones, vigilancia y sanciones del juez que la dispuso. Además, como señala la norma, al asumir el cargo de administrador, cesan automáticamente en sus funciones los órganos directivos y ejecutivos de la empresa intervenida.

2. Como señala la norma, existe un intermediario que en nombre del juez, pone a aquél en funciones. Ese intermediario es el auxiliar jurisdiccional, quien pondrá al administrador en posesión del cargo, instruyéndole de la forma y alcances de la nueva medida. Además se levantará un nuevo inventario de los bienes y archivos existentes al momento de la ejecución. Ese acto es importante porque señala el momento, entre la libre disponibilidad de los bienes y las restricciones que la medida cautelar importa o trae aparejada. A pesar que la norma no refiera, se debe en dicho acto identificar a la persona designada como órgano de auxilio así como certificar la entrega de los bienes a ésta. No basta la designación y aceptación del cargo para empezar a ser administrador; es preciso la entrega material del cargo, de allí la importancia del inventario de los bienes al momento de la ejecución de esta diligencia.



### JURISPRUDENCIA

---

*La consignación verificada por la propia entidad intervenida, demuestra el manejo sin control de su patrimonio, a pesar que el control de éste le corresponde al interventor, por ello se justifica la conversión a la intervención en administración (Exp. N° 492-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 351-352)*

## ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

### ARTÍCULO 673

*Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.*

*El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente. La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.*

---

#### CONCORDANCIAS:

LEY 26887 arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 515  
C.P.C.N. Argentina art. 229

---

### Comentario

---

1. A través de la anotación de la demanda se busca asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o bienes registrables, frente a la eventualidad que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste, señala Palacio<sup>(1)</sup>.

Esta medida opera cuando se deduce una pretensión que pudiese tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente, como el caso de la prescripción adquisitiva de dominio. Ella no se halla supeditada a la naturaleza real o personal de la pretensión deducida sino a la posibilidad que en el supuesto de prosperar sea susceptible de incidir en la situación jurídica del bien con relación a terceros. Esta figura busca la necesaria coordinación entre registro y proceso, como instrumentos al servicio de la seguridad del derecho.

---

(1) Palacio, op. cit. t.VIII, p. 237.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Esto implica que solo será posible acudir a la anotación de la demanda como instrumento de publicidad del proceso cuando el resultado del mismo tenga acceso a un Registro Público, esto es, cuando una situación jurídica afectada por un proceso tenga trascendencia registral.

Esto implica que el objeto de la anotación busca asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables frente a la eventualidad que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste. Véase el caso, de la anotación de la demanda de la prescripción adquisitiva de dominio entablada contra quien aparece inscrito en registros como propietario. Dicha anotación al dar a conocer la existencia de un proceso sobre el bien, descarta la posibilidad que quien adquiere u obtiene la constitución de un derecho real sobre el bien litigioso, se ampare en la presunción de buena fe como principio general. Otro caso que resulta atendible este tipo de anotaciones es en otorgamiento de escritura e inclusive en la revocatoria judicial del anticipo de legítima por desheredación, sobre un bien inscrito en Registros Públicos; sin embargo, no resulta coherente condicionar la procedencia de ésta afectación cautelar, en el caso de otorgamiento de escritura pública, bajo el argumento que no se ha demandado acumulativamente la inscripción en Registros Públicos de la compra venta que se quiere formalizar. Dicha pretensión es facultad del comprador asumirla o no, pues, la inscripción no es un acto constitutivo a la transferencia, situación que es ajena al interés del pretendiente, perfeccionarla a través de un mandato judicial, por tanto, no resulta procedente rechazar la anotación de la demanda, bajo el argumento de no haberse demandado conjuntamente al otorgamiento de escritura, la posterior inscripción registral.

Como toda medida cautelar, la anotación es asiento registral no duradero, por ser provisoria. Anuncia la existencia del proceso y además enerva la eficacia de la fe pública registral de manera negativa, impidiendo que un tercero de buena fe la alegue a su favor, pero además, la publicidad despliega un carácter cautelar pues determina anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser desenvueltos retroactivamente los efectos de un fallo judicial; y su efecto trasciende del proceso en el cual se dispuso la medida, ya que puede ser invocada en otro proceso, donde se controvierten los derechos de ese tercero.

2. La interposición de una demanda justifica la existencia de la anotación, ya que la demanda judicial es el contenido de este tipo de asiento. Supone la existencia de una pretensión que pudiese tener como consecuencia la modificación de una inscripción en registros

Ello nos lleva a decir que no cabe la solicitud de la medida con carácter previo a la interposición de la demanda. Esta medida no puede operar con anterioridad a la interposición de la demanda, de lo contrario, no cumpliría su primordial función de otorgar publicidad a una cuestión litigiosa, por tanto, no basta que se haya

interpuesto la demanda sino debe haber sido admitida para que se pueda viabilizar dicha anotación.

Por otro lado, la demanda interpuesta debe afectar situaciones registradas o registrables. Esto requiere que exista un bien o un derecho de cualquier naturaleza que esté incorporado a uno de los registros públicos, para que sea posible practicar el asiento de anotación. Con ello se pretende cautelar los principios registrales de tracto sucesivo y legalidad (ver artículo 2015 CC), sin embargo, se considera que más allá de la concatenación se busca conferir publicidad secuencial adecuada. Sobre el particular señálese el caso de la sociedad anónima, donde no procede anotar en la partida registral la medida cautelar de embargo recaída sobre las acciones de propiedad de uno de los socios, dado que ello debe hacerse en el Libro de Matrícula de acciones que toda sociedad anónima debe llevar. Según el artículo 50 del Reglamento del Registro Mercantil (actualmente Registro de Sociedades), la transferencia de acciones no es un acto inscribible, por tanto no es factible a través de la ficha, donde corre registrada la sociedad, determinar con certeza la titularidad de las acciones.

Otro aspecto que debe apreciarse es que “el contenido de la demanda debe de tener alguna trascendencia registral”, es decir, el bien o derecho que consta inscrito en el registro debe de alguna manera quedar envuelto en la litigiosidad. En este caso, tratándose de una sociedad anónima, si se permite anotaciones preventivas en el Libro de Sociedades, cuando se refieran a la validez de los actos o contratos inscritos, en los cuales se impugnan los acuerdos tomados por los socios, tal como refiere el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil; o cuando se ordene la suspensión de un acuerdo adoptado por la sociedad los mismos que sí son anotables, en la partida de la persona jurídica, de acuerdo con el artículo 92 del citado Reglamento.

Además, como toda medida cautelar, es necesario que se invoque el peligro en la demora, que en este caso deriva en la operatividad de los principios de legitimidad registral y la buena fe respecto a terceros adquirentes a título oneroso que inscriban su derecho, creándose una situación jurídica irreversible en perjuicio del demandante.

3. En cuanto a la duración, la anotación se mantendrá mientras no se extinga el proceso, esto lleva a señalar que ha de subsistir el asiento en el registro hasta que no se ejecute totalmente el fallo, previsión importante en pronunciamientos de ejecución simultánea o sucesiva (ver inciso 2 artículo 739 CPC).

Como ya se ha señalado, cuando una situación registrada queda afectada por la litigiosidad, la única forma de conjurar los peligros que derivan de la protección jurídica que el Registro otorga a terceros de buena fe es hacer publicar al Registro la pendencia del proceso. Ello no implica que los derechos adquiridos por las personas que contrataron con la parte vencida en el proceso, en el cual se dispuso la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

anotación, puedan invalidarse en ejecución de sentencia, pues, si ello fuera así importaría afectar la garantía constitucional del derecho a la defensa. Lo que deberán soportar estos terceros son los efectos de la sentencia, asegurándose de ese modo la trascendencia de la cosa juzgada en relación a estos, de ahí que se señale que “quienes estén en esa situación tendrán, así la oportunidad de examinar los autos y resolver, en virtud de ello y de las posibilidades del triunfo del actor, si realizan o no el negocio, y en caso afirmativo, si el precio habrá de ser menor en relación inversa a aquellas posibilidades de progreso de la demanda”.

Tanto en la anotación de la demanda y el embargo en forma de inscripción se permite transferir el bien afectado, sin embargo, ambas se diferencian porque la anotación no contiene el monto de afectación y por tanto no podría operar la sustitución (ver artículo 628 CPC) sobre dicha medida; además que la finalidad de la anotación es publicitar la existencia del proceso, en cambio en el embargo es la afectación del bien del presunto obligado por una cantidad determinada.

Cuando se inicia un proceso de desalojo contra un propietario que no obstante haber vendido el bien se niega a entregar la posesión de éste, cabe la anotación de la demanda de desalojo por el nuevo adquiriente para evitar los efectos de futuros contratos de alquiler que se quisiera forzar sobre el inmueble. En igual sentido debe procederse a la anotación cuando se trate de pretensiones relativas a la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva o en el caso de otorgamiento de escritura, dirigida contra el vendedor registral. Como se aprecia, a través de esta cautela se pretende proteger los derechos que pudieran corresponder al actor, a través de la advertencia dirigida a todo aquel que se disponga a adquirir un bien (registrable), o a recibir algún derecho real sobre el mismo, de que pesa sobre él una litispendencia que podría modificar su situación registral.



### JURISPRUDENCIA

---

*Las anotaciones preventivas por su naturaleza provisorias y transitorias tienen un plazo de vigencia de setenta días prorrogables por mandato expreso a ciento ochenta días, según el reglamento de inscripciones. Tratándose de demanda inscrita preventivamente por mandato judicial, proveniente de un proceso, su levantamiento procede por nuevo mandato de la misma procedencia (Exp. N° 1951-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 347)*

*Tratándose de una pretensión de otorgamiento de escritura, no procede rechazar la anotación de la demandada por no adjuntar tasa judicial, pues, la pretensión carece de cuantía (Exp. N° 1142-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 578-579)*

*Si la pretensión versa sobre la nulidad de la escritura pública de compraventa por existir inobservancia e incongruencia con la minuta, es procedente amparar la medida cautelar de anotación de la demanda, pues, tiene por objeto evitar que la parte emplazada realice cualquier acto de disposición respecto del mismo. Debe considerarse lo regulado en el inc. 7 del*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

artículo 2019 del Código Civil (**Exp. N° 3663-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 579**)

*La medida cautelar de anotación de la demanda, si bien no impide la transmisión del bien ni las afectaciones posteriores, también es cierto, que otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida La prohibición de innovar solo se concederá cuando no resulte de aplicación otra prevista en la Ley.*

**La Ley no autoriza al juzgador el exceso en la concesión de dichas medidas (Exp. N° 1396-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 512-513)**

*la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar, tiene como objetivo mantener en el mismo estado de las cosas a la fecha de la anotación hasta la culminación del proceso y si la decisión judicial le es favorable al solicitante de la medida los efectos de la resolución tiene validez desde la anotación, pues de ese modo se evita que la resolución judicial sea ilusoria (Exp. N° 1340-94-La Libertad, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.17-A.18)*

*La anotación preventiva de la demanda como medida cautelar tiene como objetivo mantener en el mismo estado de las cosas a la fecha de la anotación hasta la culminación del proceso y si la decisión judicial le es favorable al solicitante de la medida, los efectos de la resolución tiene validez desde la anotación, pues de ese modo se evita que la resolución judicial sea ilusoria.*

**La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro (Exp. N° 1340-94-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 603-605)**

*« La medida cautelar de anotación de la demanda, si bien no impide la transmisión del bien ni las afectaciones posteriores, también es cierto, que otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida La prohibición de innovar solo se concederá cuando no resulte de aplicación otra prevista en la Ley.*

**La Ley no autoriza al juzgador el exceso en la concesión de dichas medidas (Exp. N° 1396-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 512-513)**

**Sub - Capítulo 2º**  

---

**MEDIDAS TEMPORALES  
SOBRE EL FONDO**

**MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL  
FONDO**

**ARTÍCULO 674**

*Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.*

---

**CONCORDANCIA:**

*LEY 26636 art.*

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

*C.P.C.N. Argentina arts. 222, 223*

---

 **Comentario**

---

1. Ingresamos a las medidas que anticipan el pronunciamiento final en el proceso principal. No importa una medida cautelar porque afecta o altera la relación sustancial al buscar satisfacer de manera anticipada la pretensión principal, pero siempre está a las resultas de la sentencia definitiva. La medida temporal sobre el fondo no admite restitución de lo anticipado hasta el momento de la sentencia.

En opinión de algunos autores, tanto la medida cautelar como la medida anticipada pertenecen a la jurisdicción asegurativa; sea a través de las cautelares o sea por medio de satisfacción de la pretensión, van a buscar garantizar de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia.

La medida anticipada o llamada por nuestro código, medida temporal sobre el fondo, requiere de los siguientes elementos para su procedencia. De una casi certeza del derecho que se reclama, no es suficiente la simple apariencia, la verosimilitud, sino la casi certeza. Por otro lado, es urgente brindar dicha tutela por una

necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama. Véase que estos dos elementos que recoge el artículo en comentario: “necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada” no pueden ser apreciados como elementos excluyentes, como aparece de la redacción, todo lo contrario, ambos son supuestos básicos para la procedencia de la medida que se busca, sobre todo por los efectos de tutela anticipada que se brinda con esta medida.

2. Las medidas anticipadas han sido contempladas en nuestro Código para operar en cinco supuestos: alimentos, conflictos familiares, administración de bienes, desalojo y despojo. A pesar del criterio taxativo con el se regula estas medidas anticipadas, consideramos que si podrían ser pasibles de una medida sobre el fondo, cuando se busca satisfacer sin demora la pretensión indemnizatoria, como por ejemplo, el resarcimiento por lesiones graves, etc. Sobre el particular aparece el peculiar pronunciamiento recaído en el caso Ines Granados Perez con el Banco de Crédito sobre obligación de dar bien mueble<sup>(1)</sup>. La recurrente en nombre propio y en calidad de curadora de su hijo Jorge Reyes, interpone medida temporal sobre el fondo a fin que el Banco demandado cumpla con otorgarle las acciones que se encuentran a nombre de su difunto esposo, quien laboró en la entidad demandada; manifiesta que su hijo se encuentra purgando una pena privativa de la libertad en el Establecimiento Penitenciario San Pedro, por lo que ha sido nombrada curadora de su hijo, limitando tal nombramiento a la administración de bienes y a cuidar de la persona de los menores que se hallen bajo la autoridad del interdicto; estos hechos para la Sala Civil son motivos suficientes para acceder a la petición, toda vez, que de no ser así se atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo menester ponderar que ello no significa la entrega jurídica de las acciones sino autorizar el cobro a la accionante de los dividendos generados por dichas acciones.

3. Como se aprecia los supuestos de previsión que recoge la redacción del art. 674 CPC, refiere a una medida excepcional, ante una necesidad impostergable del que la pide y por la firmeza del fundamento de la demanda. Para algunos autores, este tipo de medidas constituyen un cuerpo extraño, difícil de encajar en el sistema de medidas cautelares, hasta el punto que parte de la doctrina no acepta que tengan esa naturaleza y propone incluso una diferente denominación, a la cautelar. Sostienen que debe mantenerse un criterio restrictivo en cuanto a la aplicación de esta medida, justificándolas como cautelares si concurre en ellas la instrumentalidad que las vincula a un proceso principal, porque esto impide conceptualizarlas como procesos sumarios autónomos, que sería la otra técnica disponible para el legislador cuando estime necesario una tutela urgente.

---

(1) Caso publicado en Ledesma, op. cit. t: 5, p. 558.



**JURISPRUDENCIA**

*Procede excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida temporal, pudiendo constituir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de ésta (Exp. Nº 39157-97, Sala de Procesos Sumarisimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 348)*

*El juez puede disponer la suspensión del deber de cohabitación de los cónyuges si pone en grave peligro la vida, la salud y el honor de cualquiera de los consortes y otros supuestos más.*

*La ley no exige que dicha suspensión necesariamente se halle sujeta a otra pretensión procesal, por tanto, mal puede el juzgado ordenar, ni insinuar que para admitir la petición, se demande el divorcio (Exp. Nº 1361-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 15)*

*Toda medida cautelar sobre el fondo requiere de la firmeza del fundamento de la demanda y de la prueba aportada. No configura la verosimilitud del derecho, si el pretensor de la medida cautelar, al requerir a la emplazada para los efectos de la anotación de la transferencia de acciones, señala genéricamente "proceda de acuerdo a Ley y a los estatutos de la empresa". La Ley de Sociedades establece el requerimiento por escrito y que precise el acto de transferencia de acciones para su anotación (Exp. Nº 9994-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 580-581)*

*La medida temporal sobre el fondo pretende satisfacer anticipadamente el objeto pretendido y se concede excepcionalmente; para lo cual se requiere, no una simple verosimilitud sino una fuerte probabilidad que, la posición de quien la solicita sea jurídicamente la correcta. Además, resulta insoslayable la exigencia que se compruebe prima facie el riesgo de "perjuicio irreparable" (Exp. Nº 414-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 527-529)*

*No procede amparar la medida cautelar si la actora no presenta prueba que sustente que su cónyuge viene efectuando actos de disposición de bienes del patrimonio de la sociedad, sin consentimiento de ésta; así como se aprecie que la posible demora en resolver el principal, pueda originar daño irreparable en los intereses de la peticionante (Exp. Nº 455-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 508-509)*

*Debe ampararse la suspensión temporal en el ejercicio de la patria potestad sobre el menor, si el demandado se encuentra cumpliendo una condena en un establecimiento penitenciario.*

*La medida temporal sobre el fondo es una medida cautelar excepcional que consiste en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia (Exp. Nº 2243-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 520)*

*La medida temporal sobre el fondo consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia en su oportunidad o solo en aspectos sustanciales, por la*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de su acción y prueba que aporta.*

*Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento. Es provisoria, instrumental y variable.*

*La medida cautelar tiene como objetivo garantizar la efectividad de la sentencia que resolverá el fondo del asunto, lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, requisitos primordiales para el logro de la paz social en justicia (Exp. N° 251-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 181-188)*

## ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS

### ARTÍCULO 675

*En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar. El Juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El proceso de alimentos se orienta a satisfacer un derecho personalísimo dirigido a garantizar la subsistencia del titular de éste. La calidad de vital que tienen los alimentos, se justifica porque de ellos depende la subsistencia del sujeto, en tanto no pueda valerse por sí mismo, determina que el derecho sea irrenunciable, pues, abdicar a él equivaldría a abdicar de la vida.

Nuestro Código regula el tratamiento a las pretensiones por alimentos, como proceso sumarísimo, en los artículos del 560 a 572 CPC. Dos son los presupuestos que permiten el amparo a los alimentos: un estado de necesidad de quien los pide y la posibilidad económica de quien debe prestarlos.

La norma dice que el juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas. Para fijar ese monto tendrá el juez como referencia estos dos supuestos, los que serán confirmados luego, en la sentencia final: El acreedor alimentista debe hallarse en estado de necesidad, y el deudor alimentario en la posibilidad de acudir con los alimentos o como señala Cornejo Chávez<sup>(1)</sup>, en la posibilidad de ganar más de lo que actualmente gane.

2. Uno de los supuestos que tenemos que manejar para admitir la medida anticipada en alimentos es que los peticionantes, sea “cónyuge o hijos menores, demuestren una indubitable relación familiar”.

---

(1) Cornejo Chavez Hector, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica, 10 ed, Lima, 1999, p. 578.

Véase que los supuestos que acoge la norma para la cautela anticipada son restrictivos en dos aspectos: a la relación familiar ineludiblemente probada y a la edad de los hijos, esto es, que sean menores de edad, no ocupándose de los hijos mayores de edad que sigan estudios con éxito o por los hijos mayores con incapacidad manifiesta y por los ascendientes. Sobre el particular, en el Congreso de la República aparece ingresado el Proyecto de Ley N° 537/2006-CR de fecha octubre del 2006 que busca modificar la actual redacción del artículo 675 CPC para comprender a los hijos mayores de edad, en las condiciones anteriormente citados. La exposición de motivos del Proyecto considera que un hijo mayor, que cursa estudios superiores con éxito, estaría inhabilitado de solicitar pensión anticipada de alimentos durante la tramitación del proceso, teniendo que esperar a la sentencia definitiva con la consecuente pérdida del ciclo universitario o técnico que curse. Eso mismo ocurre con el hijo mayor de edad discapacitado que no puede mantenerse, con el perjuicio que esto implica para su propia subsistencia. Dice el Proyecto “la redacción actual del artículo vulnera ampliamente el principio de la igualdad ante la Ley, dado que se está dando distingo entre los hijos sin tener en consideración el estado de discapacidad y la imposibilidad real de los hijos mayores de solventar sus estudios, sin tener en cuenta que necesitan apoyo económico de sus progenitores para poder subsistir y que no pueden esperar la culminación del proceso de alimentos para que se les asigne un monto dinerario por que la demora judicial puede dar lugar a perjuicios irreparables”.

En el caso de los hijos esta relación inequívoca se verá satisfecha con la partida de nacimiento en la que aparece el reconocimiento de paternidad o maternidad de la parte obligada; en el caso de la cónyuge con la partida del matrimonio civil actualizada que demuestre la vigencia del vínculo conyugal. La presunción que opera en la filiación hace que los hijos nacidos dentro del matrimonio se le atribuyan la condición de hijos del cónyuge. En los supuestos enunciados aparece acreditado el vínculo indubitable de la relación familiar, situación, que no operaría en las pretensiones de hijos alimentistas, en la que se tendrá que esperar la sentencia firme para poder exigir la ejecución del derecho a los alimentos.

3. Esta medida anticipa el pronunciamiento final en el proceso principal. Afecta la relación sustancial al buscar satisfacer de manera anticipada los alimentos que se reclaman, pero siempre a las resultas de la sentencia definitiva, pues, conforme se aprecia de la última parte del artículo en comentario, el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva. La anticipación no admite restitución de lo resuelto hasta el momento de la sentencia.

La medida temporal sobre el fondo difiere sustancialmente de la retención, pues, en la primera el derecho se anticipa al solicitante, sin sentencia y bajo una fuerte probabilidad de certeza, en atención a la necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se pide; en cambio, en el embargo, no se anticipa nada, solo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

se busca conservar los bienes del deudor para garantizar el éxito de la futura ejecución forzada, en tanto ello no suceda, los bienes embargados seguirán inmovilizados y entregados al órgano de auxilio judicial correspondiente. Esto implica que si una alimentista logra ser beneficiada con la asignación anticipada, disfrutará de los alimentos tan pronto se ejecute la medida dictada; en tanto que en la retención, implica la conservación de los bienes en manos de terceros (si se trata de dinero corresponde al Banco de la Nación) hasta las resultas de la futura ejecución forzada.



### JURISPRUDENCIA

---

*La asignación anticipada de alimentos, es una medida temporal sobre el fondo y provisoria. En la secuela del proceso se establecerá en definitiva el monto de la pensión a cargo del obligado, con la que deberá acudir a favor de los alimentistas. Conforme lo señala el inc. 6 art 648 del Código Procesal Civil, el embargo de retención solo procede hasta el sesenta por ciento de las remuneraciones del obligado. Corresponde al accionante agotar el trámite en la instancia anterior a fin que se adopten las medidas tendientes al cumplimiento de dicha roana (Exp. N° 1299-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 502-503)*

*Tratándose de una asignación anticipada de alimentos, destinada a favorecer a la cónyuge accionante, el Juzgador debe resolver su pedido tomando en cuenta la carga familiar del emplazado así como la remuneración que percibe (Exp. N° 3031-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 526)*

*El juez establecerá una asignación anticipada de alimentos cuando exista vínculo familiar acreditado en forma indubitable, y por tanto, sea inobjetable la responsabilidad que se le atribuye al demandado (Exp. N° 764-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 147)*

*Procede el levantamiento del embargo sobre los beneficios sociales cuando los alimentos están plena y suficientemente garantizados. La pensión de jubilación vitalicia que percibe el demandado garantiza las pensiones futuras de alimentos (Exp. N° 2522-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 522-523)*

## ASIGNACIÓN ANTICIPADA Y SENTENCIA DESFAVORABLE

### ARTÍCULO 676

*Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el artículo 567°. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

Como ya se ha señalado en el artículo 674 CPC la esencia de este tipo de medidas es anticipar los efectos de la pretensión procesal, porque existe una casi certeza del derecho que se pretende y la necesidad impostergable de brindar anticipadamente tutela urgente; sin embargo, esas decisiones no operan con la certeza, sino con una fuerte probabilidad de lo que puede ser cierto, pero que a futuro puede destruirse en la sentencia final.

El pronunciamiento realizado con una casi certeza va a generar una cosa juzgada provisional, la misma que va a transformarse en una cosa juzgada definitiva con la certeza de la sentencia.

Puede darse el caso que no coincida el derecho otorgado en la medida anticipada con el que recoge la sentencia final; en esos casos, operará la restitución de lo anticipado. Nótese que para ello es importante que exista la sentencia definitiva para dilucidar la procedencia de la restitución. En esas circunstancias, la norma comisiona al secretario del juzgado, si fuere el caso, la liquidación de la suma percibida y el interés legal correspondiente que serán de cargo para la devolución del beneficiado con la medida temporal sobre el fondo.

He aquí una de las diferencias sustanciales de este tipo de medidas anticipadas con las que aseguran a futuro una ejecución forzada de una sentencia, llámese embargo, secuestro, etc. En estas últimas solo se cautela, se inmoviliza un patrimonio, para garantizar a futuro la eficacia de la sentencia ante una ejecución forzada. Los bienes materia de embargo son entregados al órgano de auxilio judicial para su conservación y custodia en el almacén respectivo.

## **PROCESOS CONTENCIOSOS**

---

En las medidas temporales sobre el fondo, se afecta o altera la relación sustancial al buscar satisfacer de manera anticipada la pretensión principal, pero siempre a los resultados de la sentencia definitiva. La parte demandada es la beneficiada directa con esta medida, quien gozará en el acto con la medida anticipada sobre el fondo.

## ASUNTOS DE FAMILIA E INTERÉS DE MENORES

### ARTÍCULO 677

*Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.*

*Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. En los procesos en los que se discute la separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, no concurren intereses privados sometidos al poder de disposición de sus titulares, como en la generalidad de los procesos civiles, sino que sobre dichas situaciones jurídicas subyace un interés general que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas por las mismas.

Si partimos de la premisa que el aspecto procesal es fiel reflejo de las reglas y principios que informan el derecho sustantivo al que sirve como instrumento de tutela, se podrá entender por qué no es ajena la intervención del Ministerio Público, como manifestación procesal de ese interés público que subyace a las situaciones jurídicas que describe la norma; de allí que intervenga como demandante, en defensa de la legalidad y del interés público, tal como se regula en los artículos 481 y 574 CPC

2. Las medidas cautelares duran mientras este en giro el proceso al que se subordinan instrumentalmente —como contrapartida— al terminar éste, sea por sentencia firme u por cualquier otra causa, como el desistimiento, el abandono, la reconciliación entre cónyuges, incluso el fallecimiento de uno de ellos, quedan también sin efecto las medidas cautelares.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El artículo 485 CPC permite que “después de interpuesta la demanda sean especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges, alimentos, tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes”.

En el caso de la tenencia de menores se trata de una medida cautelar, en razón de la ruptura de la convivencia familiar, por las discordias de los padres y que necesariamente repercute sobre el ejercicio de la patria potestad. A ella generalmente se agrega otra medida cautelar: los alimentos que debe pagar el padre a los hijos menores, en la hipótesis que no se le otorgue la tenencia de los hijos.

En todas las medidas cautelares que se dicte en las pretensiones que refiere la norma, se debe tener en cuenta el interés supremo del menor. Como toda medida cautelar la tenencia es provisoria e interina porque puede ser variada o dejada sin efecto cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. En otras palabras, el juez debe determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar sujetos a la patria potestad y tomar las decisiones apropiadas en relación a la forma en que el cónyuge apartado de los hijos cumplirá el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. De manera excepcional, los hijos podrán ser encomendados a otra persona, ajena a los padres, y de no haberla a una institución idónea, confiriéndoles funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Como se aprecia, la primera parte del artículo acoge la tutela anticipada cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella, para lo cual, la medida que se dicte debe ser el resultado de la apreciación de una fuerte probabilidad del derecho invocado por la actora y la necesidad ineludible de anticipar los efectos de la sentencia final. Se requiere de ambos supuestos para proceder a la medida anticipada, no es suficiente la firmeza del fundamento de la demanda sino la necesidad ineludible de dar tutela urgente, anticipando los efectos de la decisión final (véase en el caso de los alimentos, el régimen de visitas, entrega de menor, etc); sin embargo, la segunda parte del artículo en comentario, acoge además las medidas de protección, las que difieren de la medida anticipada. Estas medidas se dictarán si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar y no requieren de contracautela a diferencia de las medidas anticipadas.

En atención a ello, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio que el propio juez, ejerza facultades coercitivas como las sanciones pecuniarias o la detención por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, como lo señala el Artículo 53 CPC,

pues no hay nada más perjudicial para la majestad de la justicia que la desobediencia a las ordenes y mandatos judiciales.

Si bien las medidas de protección tienen destinatarios como el cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, ellas encierran a la vez “medidas conminatorias” dirigidas a la parte que provoca la agresión, que no necesariamente puede ser la parte demandada sino que también puede extenderse a la propia demandante. Las medidas conminatorias no están orientadas hacia el demandado sino a las partes y terceros que participen en el proceso.

3. Con la iniciación del divorcio, queda restringida la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores, quedando sujeto su ejercicio al arbitrio del juez, quien, en el curso del pleito puede decretar las medidas que mejor consulten los intereses de aquellos; sin embargo, la norma en comentario nos ubica en otro supuesto, “la existencia de actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar”. En tales circunstancias, el juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, en tal sentido, perfectamente podría dictar “medidas de protección” a favor de la víctima la misma que no sólo se extiende al cónyuge, conviviente, hijos sino a cualquier integrante del núcleo familiar. Véase el caso de la suspensión temporal de la cohabitación en el caso de cónyuges, la salida temporal del agresor del domicilio cuando la violencia se ejerza sobre los hijos, la prohibición temporal de toda clase de visitas por parte del agresor hacia los hijos, además de cualquier otra forma de acoso para las víctimas<sup>(1)</sup>. Adicionalmente a dichas medidas, también el juez puede hacer uso de sus facultades coercitivas, imponiendo desde sanciones pecuniarias hasta la detención por 24 horas para quien se resiste a cumplir el mandato sin justificación, tal como refiere el artículo 53 CPC.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en los casos de violencia familiar, cuando se requiera de una decisión jurisdiccional, el Fiscal solicitará las medidas de protección pertinentes al juez de familia. Dichas medidas se concederán sin el requisito de la contracautela, tal como lo señala expresamente el art. 11 de la Ley de Violencia Familiar.

En relación a la intervención judicial a este tipo de medidas de protección el Pleno Jurisdiccional Superior Regional de Familia<sup>(2)</sup> en Septiembre del 2007 acordó:

---

(1) El art. 10 de la Ley de Violencia Familiar. (Decreto Supremo 006-97-JUS) hace también referencia a este tipo de medidas de protección

(2) Pleno realizado con la intervención de las Cortes Superiores del Callao, Cañete, Lima y Lima Norte

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*“el juez, para expedir una medida cautelar antes o durante un proceso de violencia familiar debe considerar: la fundamentación fáctica y prueba anexa, que le permita evaluar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (requisitos generales de fondo, establecidos en el artículo 611 del Código Procesal Civil) para dictar la medida de protección o medida cautelar pudiendo prescindir de aquellos requerimientos formales que, eventualmente, constituyan una barrera a la tutela urgente que ameritan estas medidas, de conformidad con lo señalado en el artículo 3 inciso d) de la Ley de Violencia Familiar, concordante con el artículo 23 del mismo cuerpo legal”*

Como se aprecia, hay la tendencia a confundir medidas de protección con medidas anticipadas. Las primeras tienen un fin tuitivo y están contempladas expresamente en la Ley contra la Violencia Familiar así como en la segunda parte del artículo 677 CPC en comentario, en cambio, las medidas anticipadas son una especie de tutela urgente, que busca no medidas conminatorias orientadas a la protección, sino ejecutar de manera antelada la futura decisión final y que requiere de contracautela; ello exige otro tipo de elementos para dictar estas medidas anticipadas, que no son precisamente la verosimilitud ni el peligro en la demora, sino la casi certeza del derecho que se invoca y la necesidad impostergable de asumir dichas anticipación para la eficacia final del derecho a definirse.

Sostiene el Pleno además, que “las medidas de protección pueden ser aplicadas por el juez que conoce de un hecho de violencia familiar, en cualquier proceso, de conformidad con el artículo 677 CPC, dado que con amplitud el legislador prevé que para asuntos de familia e intereses de niños y adolescentes (divorcio, patria potestad, régimen de visitas, tenencia, tutela, curatela) se pueda ordenar de manera inmediata aquellas medidas que se consideren oportunas para el cese de los actos que se consideren lesivos y no se debe derivar ésta facultad protectora a un nuevo pedido o un nuevo trámite porque con ello se limitaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el juez no estaría asumiendo su rol de garante de los Derechos Humanos”<sup>(3)</sup>.



### JURISPRUDENCIA

---

*Los padres que o ejerzan ta paula potestad tienen derecho a visitar a sus hijos. Ante la omisión de ella, cabe la integración. Las visitas por parte del padre a sus hijos deben realizarse en forma normal, a fin que tanto los menores como el padre, puedan ir mejorando las relaciones paterno filiales deterioradas (Exp. N° 344-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 131-133)*

(3) Sostiene el Pleno Jurisdiccional citado que la base legal, además del artículo 677 CPC, se encuentra en el marco internacional e interamericano, como son la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW, así como la Convención Interamericana para la protección de la mujer en casos de violencia o Convención de Belem do Pará.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Se suspende el ejercicio de la patria potestad si se evidencia la sustracción del padre del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, omitiendo la prestación alimentaria conducente a la subsistencia de la menor, cuya patria potestad se discute. Por la patria potestad, los padres deben ejercer un conjunto de derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona y bienes de sus hijos menores de edad, dirigidos a lograr su desarrollo bio-psico-social (**Exp. N° 331897, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 119**)

La suspensión de la patria potestad es una sanción para los progenitores que no cumplen con las obligaciones establecidas en la ley, en desmedro del bienestar de los hijos, confiando la negativa a prestar alimentos, una causal para su determinación.

Si bien la actora demuestra que ella solventa los gastos de su menor hija, tanto en su educación como en sus necesidades primordiales, ello no constituye prueba suficiente que permita afirmar que el demandado se haya negado a prestar alimentos, como acto intencional o doloso, el que debe ser acreditado (**Exp. N° 364-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 120**)

En los procesos de familia, las medidas cautelares están referidas a la protección y seguridad de las personas, derechos y bienes que integran el núcleo familiar, por lo que, no obstante ser de aplicación los presupuestos de la teoría general de las medidas cautelares, sin embargo las normas sustantivas imprimen particularidades propias, no pudiendo equipararse con las que se dictan en los demás procesos (**Exp. N° 24-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 63-65**)

El juez está facultado a dictar las providencias más convenientes para la pacificación y erradicación definitiva de toda clase de violencia, pudiendo ordenar la suspensión temporal de la cohabitación y hasta toda clase de visitas a la persona agraviada.

El Juzgador en el derecho de familia desempeña un rol fundamental, pues intenta restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar así como, la preservación de la integridad y de la salud familiar que interesan al orden público (**Exp. N° 2873-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 165-166**)

La patria potestad es una institución jurídica que contempla el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En el divorcio la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Entre los atributos de la patria potestad, se encuentra la tenencia. El régimen de tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos, en cuyo caso el juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor (**Exp. N° 787-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 126-127**)

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de violencia familiar, puede solicitarse a los juzgados de familia, medidas cautelares que se tramitarán como medidas anticipadas fuera de proceso cuando la seguridad de la víctima o su familia requiera de una decisión jurisdiccional. Procede una medida anticipada de alimentos (**Exp. N° 98-48, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 515**)

El régimen de visitas, más que un derecho de los padres resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral. Está sujeto a variación, según las necesidades de los hijos. La patria potestad es una institución que establece los deberes

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*y derechos que adquieren los padres, con el nacimiento de los hijos matrimoniales, y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los cuales se ejercen, en tanto que ésta no haya sido objeto de suspensión o pérdida (Exp. Nº 1015-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 85)*

*Los padres no obstante estar separados de hecho, conservan la patria potestad respecto de sus menores hijos. No existe suspensión de la patria potestad. Todo progenitor tiene obligación, y a la vez, facultad de visitar a sus hijos en forma irrestricta con la salvedad de los horarios a respetar por razones de estudio y de descanso (Exp. Nº 1187-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 128-129)*

*El padre que no ejerce la patria potestad tiene derecho a mantener relaciones personales con el menor.*

*Resulta conveniente para el menor mantener un régimen de visitas, que permita fortalecer la relación con el padre, si existe entre el actor y su hijo una buena relación afectiva y la figura paterna se encuentra en un nivel de madurez y responsabilidad (Exp. Nº 5114-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 66-68)*

## ADMINISTRACIÓN DE BIENES

### ARTÍCULO 678

*En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La administración judicial que acoge este artículo opera como expresión de cautela anticipada proveniente de una declaración de certeza sin litigio. Estamos ante la administración como expresión de la tutela cautelar anticipada, pero derivada del procedimiento no contencioso, sobre administración judicial, en la que se consagra dos supuestos: el nombramiento y la remoción de administradores de bienes, por mandato judicial. Dicha designación aparece regulada, en el artículo 769 CPC, como un proceso no contencioso.

2. El administrador judicial es la persona designada por el juez para administrar un bien particular o un patrimonio a falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de co-propiedad. Ello resulta coherente, por ejemplo, frente al riesgo que durante el lapso que transcurre entre la muerte del causante y el acto de la administración judicial que se demanda, los bienes sufran disminuciones o deterioros, o exista necesidad que las actividades o negocios de aquél no se interrumpan, se pueda buscar la designación anticipada del administrador.

3. El otro supuesto a que hace referencia el artículo es la remoción del administrador, cuyo procedimiento es el mismo para su designación; sin embargo, la norma no hace referencia a la renuncia para justificar la ejecución anticipada. Ello se explicaría porque conforme señala el artículo 777 CPC “dicha renuncia produce efectos sólo desde que sea notificada su aceptación por el Juez”.

Para Rivas<sup>(1)</sup> dejar la administración de bienes, entidades o patrimonios a cargo del sujeto cuya actividad se impugna, en tanto se dilucida la sentencia definitiva puede resultar altamente negativo para el interés de los titulares correspondientes. No pudiéndose suprimir la gestión del caso, si el derecho del peticionante resultará mas que verosímil por acreditarse adecuadamente la condición de sujeto

---

(1) Rivas Adolfo, op. cit. p.226.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

peticionante (socio, integrante del organismo pertinente) y las características de la conducta del administrador, procederá removerlo en el ejercicio de sus funciones, pues, ese es el objeto de la pretensión, cuya satisfacción se está anticipando de tal manera.

En otros casos y al ser urgente y de absoluta necesidad tener quien gestione bienes o patrimonios, será preciso proveer de inmediato la designación del sujeto encargado de hacerlo. Véase que el supuesto que acoge la norma para justificar la urgencia, no es un tema de “necesidad impostergable” a que refiere el artículo 674 CPC, sino la de un “perjuicio irreparable”; exigencia que esta contemplada para las medidas innovativas a pesar que el presente artículo no hace referencia especial al “perjuicio inminente”.

4. Esta medida anticipada no puede confundirse con la intervención en administración a que se refiere el artículo 669 CPC: “cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan”. Como señala Ariano<sup>(2)</sup> este interventor-administrador “gerencia la empresa embargada, con sujeción a su objeto social” (artículo 671 inciso 1 CPC) pero no en interés de la “empresa embargada” sino en el interés del acreedor embargante. No se trata de sustituir, de ser el caso, a los órganos directivos y ejecutivos por estar realizando una mala gestión en lesión del empresario mismo, sino de “gerenciar la empresa” en el interés del acreedor embargante”.

5. La administración judicial a que refiere el artículo en comentario no puede ser de aplicación a la administración judicial de sociedades porque posee autonomía patrimonial, en el sentido que su patrimonio es del todo distinto del patrimonio de sus socios. Ser socio de una sociedad no es ser copropietario del patrimonio de la sociedad. Ariano<sup>(3)</sup> señala que no es posible que un socio fundamentándose en una supuesta “copropiedad” de los bienes sociales pueda, en base al artículo 769 CPC solicitar la designación judicial de bienes comunes, pues, los bienes sociales no son “bienes comunes” sino bienes de la sociedad, sobre los cuales el socio no tiene ningún directo derecho. En esa misma línea, compartimos la opinión de Ariano<sup>(4)</sup>, cuando sostiene “el nombramiento de administrador judicial ex 769 CPC es incompatible con la existencia de los órganos de administración de determinada sociedad, pues tales órganos no “administran” los bienes sino que los “organizan” para el logro del objetivo social. Los órganos de administración “administran” la sociedad y la coexistencia de un “administrador judicial de los

(2) Ariano Eugenia, “La medida cautelar de administración judicial de sociedades” en Derecho Procesal III Congreso Internacional, Lima, 2005, p. 366.

(3) Op. cit. p.368.

(4) Ariano Eugenia “La medida cautelar de “administración judicial” de sociedades” en Ponencias III Congreso Internacional Derecho Procesal Civil, Lima, 2005, p. 369.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

bienes“ impediría realizar cabalmente sus actos de gestión. Por tanto, “un socio no puede solicitar, bajo los alcances de la norma en comentario, la designación de administrador judicial de bienes sociales, por no ser co-propietario de los bienes de la sociedad. Los bienes de la sociedad están destinados a la realización de la actividad económica que constituye el objeto social, para lo cual son organizados por los órganos de administración de la sociedad, los que sólo pueden ser nombrados o removidos conforme a las reglas de la Ley General de Sociedades”<sup>(5)</sup>.

---

(5) *Ibidem.*

## DESALOJO

### ARTÍCULO 679

*En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. Para la procedencia de la tutela anticipada es necesario que exista una demanda de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega.

Por otro lado, el solicitante de la medida debe acreditar de manera indubitable su condición de titular del bien que le permita estar legitimado para actuar. En ese sentido la redacción del artículo 586 del CPC precisa quienes pueden demandar el desalojo: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que salvo lo dispuesto en el artículo 598 CPC, considere tener derecho a la restitución del predio.

2. Dentro de los aspectos de fondo que se debe apreciar para el amparo de la medida anticipada son: que el inmueble se encuentre abandonado (no desocupado) y que exista la casi-certeza del derecho que se reclama y cuya solución se pretende anticipar. Nótese que la situación de abandono en la que se encuentra el bien, impide que se dicte orden de lanzamiento, pues, ello es atendible ejercer con la sentencia firme, previo el requerimiento que exige el artículo 592 del CPC. Situación distinta es el caso que el predio se encuentre desocupado, no necesariamente implica abandono, todo lo contrario, como parte del ejercicio de hecho sobre el bien, el titular de la posesión del bien, ha optado por mantener ésta, desocupada de bienes.

3. El abandono del predio es un presupuesto importante para la anticipación porque hace innecesario mantener privado del disfrute del bien al solicitante, mas aún, cuando es casi evidente del derecho que alega para la restitución. Véase que el supuesto que acoge el artículo es que el bien se encuentre abandonado y no desocupado. Un bien puede encontrarse desocupado pero no necesariamente abandonado.

El abandono es calificado como la renuncia del derecho de propiedad u otro cualquier derecho real, hecha voluntariamente por el titular del mismo. Se consume poniendo el bien en un estado que no se corresponde con el modo normal de utilizarla. En el caso de la posesión, la pérdida de ella debe atenderse al poder fáctico; no a la voluntad de poseer o dejar de poseer.

La posesión del bien reside en hechos concretos y tangibles que importen su normal utilización, de conformidad con su destino económico. Como la posesión se manifiesta por el ejercicio de hecho, no basta la pérdida del derecho a la posesión sino el poder fáctico sobre el bien. Ello implica, que mientras dure el proceso, exista peligro para la conservación del bien; en esas condiciones de abandono, se hace de necesidad impostergable entregar la posesión sobre el bien, anticipadamente.

4. Véase que el objeto de la cautela se orienta a preservar el bien arrendado del posible deterioro que pudiese experimentar a raíz del abandono, puntualizándose que la entrega del bien al arrendador supone la existencia de un proceso contencioso en trámite, en el que se busca el reconocimiento judicial del derecho a la restitución del inmueble y la obtención de una sentencia que condene al cumplimiento de esa prestación. Esta tenencia será provisional hasta que el fallo final firme que condene la entrega.

Noticiado el juez por el demandante que el inquilino ha abandonado el inmueble sin dejar persona que haga sus veces, es recomendable que el juez no solo se guíe por la constatación policial que haga referencia al abandono, sino que se informe sumariamente al respecto, ordenando la verificación del estado del inmueble, sin perjuicio de inadagar entre los vecinos para saber de la existencia y paradero del inquilino. La viabilidad de la medida se halla supeditada a la circunstancia que el inmueble se encuentre totalmente abandonado, de manera que ella no procede si existen ocupantes, con prescindencia de la legitimidad de la ocupación, o si resulta acreditado que el abandono obedeció a causales extrañas a la voluntad del locatario, como ocurriría si lo hubiese privado de su libertad.

5. La condena a futuro en los procesos de desalojo, regulada en el artículo 594 CPC, no implica una medida anticipada sino una tutela preventiva porque a diferencia de la primera, existe una sentencia definitiva que resuelve el conflicto, luego de haber agotado el desarrollo del proceso. Se trata de una sentencia con condición suspensiva sujeta a que se incumpla la restitución del bien, al vencimiento del contrato. A partir de ese momento, se ingresará a la ejecución forzada de la sentencia de condena, ordenando el lanzamiento a los ocupantes del inmueble.

6. Uno de los conflictos que mas se aprecian en los juzgados de paz letrados de este Distrito Judicial de Lima, esta referido a pretensiones sobre desalojo, siendo las mas frecuentes las que provienen por la falta de pago o por haber vencido el plazo del contrato. Se aprecia la fuerte incidencia de los inquilinos demandados a

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

no pagar la renta del predio de litis, durante el litigio. Si bien el procedimiento aplicable al desalojo es sumarísimo, la capacidad de respuesta por parte de los juzgados no se da dentro de los plazos que la norma procesal diseña.

Esta demora en la tramitación de los procesos beneficia al demandado, pues, todo el tiempo que dura el proceso, no cumplirá con el pago de la renta, generando mayor perjuicio al demandante, quien tiene que asumir además, el costo que dicha ocupación implica. Encontramos en las vivencias de los litigantes una lucha no solo contra el inquilino moroso, resistente a entregar el inmueble, sino con el propio sistema judicial, que se limita a transmitir la esperanza de la pronta sentencia para recuperar el disfrute del predio. Si bien, a través de la sentencia, se decide el derecho en conflicto, también es cierto que se hace necesario recurrir a una tutela rápida ante la afectación del actor. La tutela urgente, expresada a través de las medidas temporales sobre el fondo, podría ser una respuesta adecuada. Si bien el Código Procesal Civil hace referencia al desalojo pero bajo el supuesto que el predio se encontrará abandonado y que el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida; también es cierto que la propuesta no se aleja del objeto de la medida que acoge el artículo 674 CPC, cual es, anticipar los efectos del derecho que se busca, pero sustentado en dos elementos fundamentales: la casi certeza del derecho y la necesidad impostergable del que la pide. Bajo dicho marco normativo se debe amparar la medida temporal sobre el fondo, en pretensiones de desalojo proveniente de una relación de arrendamiento, en la que el demandado venga ocupando el inmueble y a la vez incumpla con el pago de la renta. Con estas medidas, se lograría mayor efectividad en las respuestas judiciales, reduciendo la actividad procesal y los gastos que ella implica, tanto para la actividad estatal como para los sujetos involucrados en ella. Con ello se evitaría la posibilidad de la autojusticia por el actor y el ejercicio abusivo del demandado de permanecer en el inmueble sin pagar la renta, durante toda la secuela del proceso.



### JURISPRUDENCIA

---

*Procede el desalojo como medida anticipada de la futura decisión final cuando concurren los siguientes supuestos: a) esté acreditado indubitablemente el derecho a la restitución y b) el bien se encuentre abandonado (Exp. Nº 1115-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 581)*

## SEPARACIÓN Y DIVORCIO

### ARTÍCULO 680

*En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

En materia de conflictos familiares se distinguen dos grandes grupos de medidas anticipadas a dictar: las relacionadas con los procesos matrimoniales y con los hijos menores. El artículo 680 CPC regula este primer supuesto y el artículo 677 CPC hace referencia al segundo.

En los procesos de separación y divorcio no se ventila solo lo relativo a la disolución o separación conyugal misma sino que hay cuestiones personales y patrimoniales que necesitan una regulación inmediata, en atención a que se puede acumular a la pretensión principal de separación o de divorcio, pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal (Véase artículos 483 y 575 CPC).

A solicitud de cualquiera de los cónyuges, luego de iniciado el proceso, el juez puede autorizar a que éstos vivan separados así como que cada uno administre los bienes de la sociedad, medidas sobre las que el juez se pronunciará al momento de la disolución del vínculo.

La separación provisional de los cónyuges es la única medida cautelar verdadera, no solo por su provisionalidad e instrumentación en función de un proceso principal, sino porque anticipa en alguna medida la ejecución de la sentencia que ha de recaer en el proceso de separación y divorcio.

Mediante la separación de los cónyuges, se autoriza a que estos vivan en domicilios separados. Allí cesa la presunción de convivencia conyugal. Nótese que aunque la norma no lo precise, el juez determinará la separación teniendo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

en cuenta, cual de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos que se ha de llevar el otro cónyuge.

Por otro lado, el juez puede autorizar la directa administración por cada uno de ellos, de los bienes que conforman la sociedad conyugal. Dichos bienes, previo inventario, se entregan a uno u otro cónyuge así como las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

## DEVOLUCIÓN DE BIEN EN EL DESPOJO

### ARTÍCULO 681

*En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímelmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El solo hecho de tener la posesión fáctica, permite su defensa a través de los interdictos de retener y de recobrar, al margen de su condición de ser poseedor legítimo o ilegítimo. La norma en comentario hace referencia precisamente a este mecanismo de defensa, sin embargo debemos señalar que para nuestro ordenamiento jurídico, no solo a través de los interdictos se defiende la posesión, sino que también concurren las acciones posesorias. Como dice el artículo 921 CC: “todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él”.

Torres<sup>(1)</sup> distingue a los mecanismos citados, de la siguiente manera: “con las acciones posesorias se tutela el derecho a la posesión y con los interdictos se protege el hecho de la posesión; el interdicto implica la posesión efectiva del bien o la posesión previa y el consiguiente despojo, en tanto que la acción posesoria no requiere que el accionante tenga o haya tenido la posesión; la acción posesoria se tramita en un proceso de conocimiento y el interdicto, en un proceso sumarísimo; en el interdicto sólo se admiten pruebas destinadas a demostrar la posesión y los actos perturbatorios o de despojo, en cambio, en las acciones posesorias hay un pleno probatorio referido a demostrar el derecho a la posesión; la sentencia emitida en una acción posesoria constituye cosa juzgada en materia de posesión y la dictada en un interdicto es una resolución provisional, porque el derecho definitivo de posesión puede ser dilucidado en otro proceso”.

2. Como se aprecia de la redacción de la norma, solo se acoge al interdicto de recobrar, como único supuesto para este tipo de medida temporal sobre el fondo,

---

(1) Torres Vásquez Anibal, Derechos Reales, t.1, Idemsa, Lima, 2006, p. 447.

la misma que no resulta extensiva a las acciones posesorias, pues, no requiere que el accionante tenga o haya tenido la posesión, a diferencia del interdicto, que si requiere la posesión efectiva del bien o la posesión previa y el consiguiente despojo. La justificación de esta medida anticipada, para reintegrar la posesión a favor de quien fue despojado, se sustenta en que es una providencia encaminada a mantener la paz pública.

En el caso del interdicto de recobrar busca recuperar la posesión de quien ha sido despojado o desposeído, a través de un procedimiento sumarísimo. Requiere que el poseedor haya perdido la posesión, esto es, la relación de hecho con el bien, siempre que no haya mediado proceso previo; sin embargo, señala el artículo 603 CPC, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente. En cambio, si aún ejerciendo la legítima defensa el poseedor despojado no hubiere logrado recuperar el bien, tiene el despojado de la posesión derecho a ser repuesto en ella, previo un proceso interdictal sumarísimo.

Tampoco resulta procedente si el despojo se ha realizado en ejecución de una sentencia judicial firme, en el que el despojado haya sido oportunamente emplazado. Como se aprecia de la redacción del artículo 921 CC y artículo 599 CPC, procede el interdicto respecto de inmueble, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando ésta es aparente.

3. La norma exige que el demandante acredite verosímilmente el despojo, esto es, el acto por el cual, el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial, sin que medie un proceso judicial previo. No requiere violencia, abuso de confianza, mala fe o dolo. Se configura con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor, en virtud de un acto unilateral del tercero, el cual no es consentido por el poseedor primigenio. Como señala Torres<sup>(2)</sup>, “el poseedor despojado es sustituido, sin o contra su voluntad, en la posesión total o parcial, del bien por el poseedor despojador. Se priva al poseedor del poder que tiene sobre el bien, usurpándolo o sustrayendo al poseedor, o arrojando a éste del bien, o impidiéndole el ejercicio de su derecho”.

Esta medida requiere además se acredite el derecho a la restitución que se pretende, para lo cual, debe existir una demanda sobre interdicto de recobrar bajo un procedimiento sumarísimo.

Como se puede apreciar, el argumento central para anticipar la ejecución de la decisión debe recaer en satisfacer dos presupuestos: el hecho del despojo y el derecho a la restitución.

---

(2) Torres, op. cit. p. 464.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Frente a dichos presupuestos, incidimos en este último, pues, se debe generar tal grado de convicción en la existencia del derecho para lograr la devolución del bien anticipadamente.

En relación al otro supuesto, el despojo, se discute si debe exigirse la materialización del despojo para la procedencia de la medida anticipada. Quienes consideran indispensable el despojo, señalan que de no haberse producido este, en nada se beneficiará el solicitante de la medida; esto es, sin despojo real y efectivo, total o parcial, del bien no hay derecho a la reposición en la posesión porque no hay nada que reponer. Como dice Borda<sup>(3)</sup> “si un tercero realiza actos posesorios sin impedir que el poseedor también los realice simultáneamente, hay turbación y no despojo”.

---

(3) Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, I, 1984, Buenos Aires, p. 197, citado por Torres, op. cit. p. 465.

## Sub - Capítulo 3º

---

# MEDIDAS INNOVATIVAS

### MEDIDA INNOVATIVA

#### ARTÍCULO 682

*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 230

---

### Comentario

---

1. La medida innovativa se orienta a provocar un cambio de la situación existente, cuya alteración vaya a ser o sea ya el sustento de la demanda. Es una medida bastante intrépida porque sin mediar sentencia consentida, se ordena que “alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario a la situación existente”. Esta suspensión de la actividad que realiza una parte en perjuicio de la otra, implica una innovación en el statu quo. Según Peyrano<sup>(1)</sup> es una medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; es una medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor.

Rivas<sup>(2)</sup> señala que la medida innovativa tiene dos objetivos: restituir la situación al estado de hecho o de derecho (o ambos) que tenía al iniciarse el conflicto

---

(1) Peyrano Jorge W. La medida cautelar innovativa, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 21.

(2) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares en el proceso civil peruano, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2000, p.188.

o al plantearse la demanda y cambiar la situación existente al tiempo de pedirse la medida, a otra distinta siempre que ello resulte necesario para asegurar la efectividad de la sentencia. Se da aquí lo que podemos llamar efecto modificativo.

Reimundin<sup>(3)</sup> para ilustrar esta medida presenta el siguiente caso: “El funcionamiento de un letrero luminoso cuya luminosidad, por ser intensa o continua, necesariamente perturba el sueño normal de los vecinos, por ello es indudable que éstos tienen legítimo interés en hacer cesar de inmediato e interinamente dicha luminosidad, mientras se sustancia el proceso. Tal medida cautelar constituye una típica medida innovativa, por su esencia misma, ya que impone una real innovación en el estado de hecho existente en el momento de promoverse la demanda”.

Nótese que la ejecución de estas medidas no puede ser encomendada a terceros, pues son los propios litigantes los ejecutores de la medida, vigilándose mutuamente, o uno de ellos bajo la vigilancia del otro. El incumplimiento, denunciado por el contrario, puede dar lugar a que se decrete una medida más enérgica o a sanciones que el juez puede aplicar, como a cualquier custodio.

2. Concurren como elementos para esta medida la casi certeza del derecho que se discute y la irreparabilidad del perjuicio. Sobre este último extremo, la demandante debe acreditar al juez que si no se dicta la medida innovativa que se pide nunca se va a presentar el estado de cosas que tiene ahora. Señala Montero Aroca, que “el peligro de las medidas cautelares no es el peligro del daño genérico jurídico, al cual se atiende en los dos procesos clásicos, sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional, considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño; mientras que el daño ya causado encuentra su remedio en los procesos declarativo y ejecutivo, las medidas cautelares tratan de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquellos”.

El supuesto para que se ampare la medida innovativa es el “perjuicio irreparable e inminente”. Esto es, debe concurrir el menoscabo material o moral injustificado en el haber jurídico de la persona. Lo irremediable del perjuicio está en función de un bien jurídico protegido que se deteriora irreversiblemente hasta tal punto que ya no puede ser recuperado en su integridad. Para determinar lo irremediable del perjuicio se debe apreciar la concurrencia de algunos elementos que configuren su estructura, como la inminencia y la gravedad de los hechos. Lo inminente requiere de una estructura fáctica, aunque no necesariamente consumadas, esto es, de evidencias fácticas de su presencia real en corto plazo. Sobre el particular véase el caso relativo a las plantas de celulosa instaladas sobre el río Uruguay. La medida cautelar solicitada por la Argentina para que cese la autorización de la construcción y la eventual puesta en funcionamiento de dos plantas de

---

(3) Reimundin Ricardo, Prohibición de innovar como medida cautelar, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 98.

pasta de celulosa sobre el río Uruguay fue desestimada por la Corte de Justicia de la Haya que conoce el caso, bajo el argumento que “la contaminación que eventualmente generaría la puesta en funcionamiento de las plantas sería de naturaleza tal que podría causar un perjuicio irreparable al río Uruguay; que el riesgo de contaminación no reviste un carácter inminente teniendo en cuenta que la explotación de las plantas no comenzará antes de agosto del 2007 (para Orión) y junio del 2008 (para CMB)

La gravedad del perjuicio está en función de la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección. No basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.

Apreciéese que el perjuicio irreparable e inminente es el eje central de estas medidas, a diferencia de la necesidad impostergable que se invoca en las medidas temporales sobre el fondo; y ello es justificable porque la necesidad no implica daño irreparable. Véase el caso del desalojo por vencimiento de contrato. Si el demandado abandona el bien, se ha diseñado una medida anticipada para otorgar la posesión del bien (ver artículo 679 CPC). Hay una necesidad de cuidar diligentemente el bien a fin de evitar su deterioro o menoscabo a su integridad, pero esa diligencia no es propia de un perjuicio irreparable pero si de una necesidad de preservar el bien.

Es una medida excepcional y subsidiaria porque solo se concede cuando no hay otra vía para prestar una tutela eficaz. Según Peyrano<sup>(4)</sup>, “implica una muy seria responsabilidad para el Magistrado, que si bien no compromete opinión definitiva puede con su dictado provocar un desequilibrio en la situación de las partes, tan negativo como el que pretende paliar. Calidad excepcional de su despacho es también prudencia extrema por parte del tribunal requerido”.

3. Como ya se ha señalado esta medida, busca cambiar la situación existente al tiempo de pedir la medida, por otra, siempre que ello resulte necesario para la sentencia; por ejemplo, en un proceso laboral en el que se discute la legalidad del despido realizado contara un trabajador por ser portador del VIH, se dicta la medida innovativa de reincorporar en sus funciones al trabajador, en tanto duré el pleito, pues necesita del trabajo para poder solventar los gastos de su tratamiento. Lo urgente se justifica en el “perjuicio irreparable e inminente” que pondría en riesgo la salud del trabajador demandante, al suspender el tratamiento médico por carecer de seguro médico o de recursos económicos para cubrir los costos, de su enfermedad; en igual forma, en plena discusión acerca de la propiedad de tierras

(4) Peyrano Jorge, “La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano” en Themis, Revista de Derecho, Facultad de Derecho PUCP, 2º época, 1993, No 22, Lima, p.11.

de cultivo, se dicta la medida innovativa para eliminar los cultivos u otros mecanismos instalados en dichas tierras, que deterioren la calidad de ella, de tal manera que la hagan improductiva, siempre y cuando, dichos cultivos no hubieren existido al momento del conflicto.

En el publicitado caso Aviandina con Lan Perú, bajo el argumento de la competencia desleal por operar la emplazada sin el 30% del capital nacional, el juez civil dictó la medida innovativa para suspender, mientras dure el proceso, todas las operaciones de transporte de carga, correo y pasajeros de la empresa Lan Perú SA que se realice en Arequipa o a nivel nacional e internacional” Sobre el particular tenemos que señalar que la medida innovativa debe ser apreciada con cierto criterio restrictivo, porque todo acto administrativo dictado por el órgano competente y con las debidas formalidades legales lo tornan, si no en legítimo, al menos, con presunción de legitimidad. Es una presunción *juris tantum*, correspondiéndole al particular acreditar que aquél se ha dictado en violación de la Ley, que el órgano administrativo ha procedido sin sujeción a las normas de forma y de fondo establecidas por el ordenamiento jurídico.

Para que proceda frente a la administración es necesario acreditar la arbitrariedad del acto recurrido o la violación de la ley, a fin de destruir la presunción de legalidad que goza y la ejecutoriedad del acto. El interés público que conlleva el acto administrativo es otro elemento que coadyuva al carácter restrictivo con que la medida es otorgada. De allí que para la procedencia de la cautela respecto de actos de poder público es requisito, más allá de los genéricos de toda cautela, no se perjudique el interés colectivo. En este extremo véase lo regulado en el artículo 616 CPC para las medidas cautelares de futura ejecución forzada, ello no obsta, para que dicha reflexión pueda ser extensiva a las medidas de innovar y no innovar. Aún mas, de la lectura de la resolución cautelar de fecha 18 de junio del 2004, el juez del 4º juzgado de Arequipa, concluye señalando: “se ha acreditado la verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y se ha prestado contracautela suficiente a criterio de este Despacho para la concesión de la medida cautelar conforme al artículo 611 del Código Procesal Civil y que estando además a lo establecido en el artículo 685 del Código Procesal Civil cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable y por el artículo II del TP del Código Civil, que establece que la Ley no ampara el ejercicio, ni la omisión abusivo de un derecho...” De la simple lectura de dicha motivación apreciamos que los elementos de la cautela ordinaria, orientada a un fin estrictamente asegurativo para una futura ejecución forzada, como son la verosimilitud y el peligro en la demora, aparecen recogidos como parte de la motivación de una medida innovativa, la misma que por su naturaleza anticipativa, no se construye con dichos elementos, sino con algo mas que la simple verosimilitud, sino con la firmeza del derecho alegado, con la casi certeza del derecho invocado y no con un simple peligro ordinario sino con el daño irreparable

e inminente que pueda generar, si no se repone a un estado de hecho o de derecho, lo que vaya a ser sustento de la demanda. No es lo mismo los efectos de una cautela ordinaria, para una futura ejecución forzada, que una medida anticipativa de la decisión final. En ambas hay criterios de urgencia que la justifican, pero no necesariamente, todo lo urgente se construye al unísono con los elementos de la cautela ordinaria citados (versomilitud y peligro en la demora); en tal sentido, basta la lectura de la primera parte del artículo 611 CPC para apreciar que también hay otros referentes a tomar en cuenta para dictar medidas cautelares, como “cualquier otra razón justificable”, esto es, ¿qué razón justificable hace que se brinde esta tutela urgente? Las medidas temporales sobre el fondo y las medidas innovativas y de no innovar son un referente de este supuesto, para lograr una medida anticipada al derecho en discusión. Véase que la redacción del artículo 682 CPC en comentario hace alusión al efecto del “perjuicio irreparable e inminente” sin precisar el grado de satisfacción de la incertidumbre en conflicto, esto es, a diferencia de la medida temporal sobre el fondo regulada en el artículo 674 CPC, en la que se exige además “la firmeza del fundamento de la demanda” en la medida innovativa no hay un referente a esta exigencia, ello podría entonces llevar a que algunos criterios judiciales, pretendan acoger medidas innovativas con la simple apariencia de un derecho, sin requerir la casi certeza de éste. Vemos pues, que una de las imprecisiones que no contempla el artículo en comentario, es el grado de intensidad de la incertidumbre jurídica que se debe contar para este tipo de medidas. ¿será suficiente una simple apariencia de derecho o se requerirá una casi certeza del derecho invocado? En atención a que la medida innovativa implica una medida anticipada, que se justifica por el perjuicio irreparable e inminente, el juez deberá contar con una fuerte probabilidad de la existencia del derecho para proceder a anticipar los efectos de la decisión, a través de este tipo de tutela.

4. En relación a la medida innovativa, en la jurisprudencia Argentina<sup>(5)</sup> aparece el caso del alumno Moliné, distinguido por su conducta y desempeño escolar, quien es enviado a izar la bandera y al no ejecutar éste, por entender, que conforme sus creencias religiosas (Testigo de Jehová) constituía un acto de adoración, prohibido en las Sagradas Escrituras, fue expulsado del colegio de enseñanza primaria estatal laico, en el que venía cursando el 6º grado. Frente a ello la judicatura considero que no solo se ha violado el efectivo ejercicio de la libertad religiosa sino que la expulsión lo priva de la asistencia a clase, con daño inmediato para la normal continuidad de su educación, disponiendo su reintegro al ciclo y grado de enseñanza del que fuera separado hasta que se dicte la sentencia definitiva de la causa, pues, caso contrario, el alumno sufriría un perjuicio irreparable. Es esta condición la característica propia de la medida innovativa. Peyrano<sup>(6)</sup> comentando esta condición del caso expuesto dice: “el perjuicio, no mesurable en

---

(5) Véase el caso expuesto y comentado en Peyrano y Chiappini, *El proceso atípico*, tercera parte, editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, pp. 105-121.

dinero, del derecho a aprender del educando Moliné, si bien puede ser ejercido en cualquier momento (también en la vejez) encuentra su mejor época de ejercicio durante la niñez, habida cuenta de la mayor capacidad de aprehensión de conceptos que posee la mente relativamente virgen de una persona que cuenta con pocos años de edad”.

5. La norma señala que el juez puede dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho “cuya alteración vaya a ser o es, el sustento de la demanda”. Esto significaría que la medida se condiciona a la interposición de la demanda, caso contrario no podría conocerse cuál es el sustento de la demanda para determinar si ha concurrido una alteración que justifique el dictado de la innovativa.

Este criterio no es compartido por Peyrano<sup>(7)</sup>, quien manifiesta “el principio general en materia cautelar no es otro que el de la posibilidad de postular diligencias cautelares antes que se abra la faz contenciosa del entuerto; resulta posible que el solicitante, de modo premioso, del dictado de una medida innovativa no cuente todavía con los elementos suficientes como para redactar adecuadamente su libelo de demanda, y si, en cambio, se encuentre en condiciones de peticionar el despacho de aquella”.



### JURISPRUDENCIA

---

*El perjuicio irreparable inminente es una característica propia de la medida innovativa, el que se configura al no impedirse en forma inmediata la impresión, reimpresión, publicación y/o distribución de la obra que atenta contra la intimidad personal e imagen de la solicitante, las que resultarían vulnerados, sin que sea posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados.*

*La amenaza verosímil de menoscabo o violación al derecho a la intimidad, puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional (Exp. N° 1757-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 349)*

*Si la administración de la institución a la que representa el accionante, no ha sido ejercida de hecho por él, no resulta amparable dictar una medida cautelar para reponer una situación de hecho que jamás ha existido (Exp. N° 3874-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 530)*

*La medida cautelar innovativa, resulta ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor. No es suficiente para dicha medida la contracautela en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida. Además de los presupuestos señalados en el*

(6) Peyrano, El proceso atípico, op. cit. p. 119.

(7) Peyrano Jorge, “La performatividad...”. Ibídem.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

artículo 611 del C.P.C. requieren además la irreparabilidad del perjuicio, es decir que el peticionante debe acreditar al Juez, que si no se hace ahora lo que pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene (**Exp. N° 17518-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 521-522**)

“... Las medidas cautelares extraordinarias, requieren además de los presupuestos ya conocidos como son: la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora, y la confracautela, un cuarto presupuesto: la irreparabilidad del perjuicio, es decir el peticionante debe acreditar al Juez que si no se hace o se deja de hacer un acto ahora que él lo pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene...” (**Exp. N° 17518-98, Sala Civil para Proceso Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 549-550**)

Para la procedencia de la medida cautelar innovativa el peticionante deberá probar entre otros, la inminencia de un perjuicio irreparable.

Siendo la Municipalidad de Lima (gobierno local) la demandada, no procede la medida cautelar de anotación preventiva, de conformidad con el artículo 616 del CPC (**Exp. N° 1096-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 364-365**)

Para el sustento de una medida cautelar innovativa es necesario que se compruebe la inminencia de un perjuicio irreparable que resulte de la demora del proceso judicial y la verosimilitud en el derecho invocado (**Exp. N° 125-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 360-361**)

## INTERDICCIÓN

### ARTÍCULO 683

*El Juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a la interdicción civil, como el estado de una persona natural, a quien judicialmente se ha declarado incapaz, privándola de ciertos derechos por causa prevista en la Ley. A través de un procedimiento sumarisimo, se pide a la jurisdicción constatare la incapacidad relativa o absoluta de las personas para el ejercicio de sus derechos civiles. Dicha declaración procede en los supuestos del inciso 2 y 3 del artículo 43 e inciso 2 al 7 del artículo 44 del Código Civil.

La incapacidad de ejercicio da lugar al procedimiento de declaración judicial de interdicción que culmina con el nombramiento de un curador civil. El artículo 571 CC fija algunos criterios objetivos que debe observar el juez para la designación del curador y el artículo 581 CC prescribe que el juez, al declarar la interdicción, debe fijar la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de la persona.

La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho. Ella tiene como fin salvaguardar la salud del propio interesado, de sus familiares, vecinos o público en general, que pudieran sufrir las consecuencias de actos de aquél. La procedencia y demás particularidades de ella están reguladas en los artículos 581 al 584 CPC.

2. En el proceso de interdicción, el juez a pedido de parte o excepcionalmente de oficio, puede dictar medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada. La medida cautelar de oficio es una excepción, que se justifica no sólo por un interés público que proteger sino por la integridad física y mental del presunto interdicto que se debe atender de manera urgente. En estos casos, la inminencia del perjuicio irreparable justifica el dictado de la medida innovativa. Véase el caso de un incapaz que constituya grave peligro para la tranquilidad pública o en su vida de relación. El juez, podría frente al supuesto de un

grave trastorno psíquico autorizar el internamiento en algún centro especializado. Para que proceda la medida limitativa de un derecho fundamental de la persona, como es la libertad personal, el juez debe tener en cuenta la existencia de un trastorno psíquico y la necesidad de un internamiento para poder proporcionar el tratamiento adecuado, pues, no todo trastorno requiere de dicha medida. Dicho internamiento puede ser transitorio y se justifica por el estado mental de la persona que está impedida de gobernarse por sí misma; a diferencia de la interdicción que requiere de una enfermedad o deficiencia persistente y grave.

3. Existen dos categorías de custodia judicial, de bienes y de personas, las mismas que a veces parcialmente se fusionan. En relación a la custodia de personas, observamos un desdoblamiento entre la custodia jurídica, como es el caso del curador de un presunto interdicto y la custodia material, como es, el internar al presunto incapaz en un establecimiento médico.

También puede operar la reunión, en una misma persona, la custodia del presunto interdicto y de los bienes; esto es, el curador provisorio del presunto insano y curador de sus bienes. Tanto en el internamiento como con el nombramiento de curador, son medidas cautelares esencialmente mutables y provisorias porque terminan con el proceso. Si de los informes médicos resulta que ha desaparecido la peligrosidad, debe cesar la internación; puede cambiarse el lugar de ésta y también ser reemplazado el curador temporal.

4. Como señala la norma, el juez de oficio, puede dictar la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada, en una pretensión por interdicción. La persona que se designe como órgano de auxilio judicial para la custodia del presunto interdicto tiene la obligación de velar por su bienestar físico y salud. El custodio no tiene facultad para cambiar de lugar las cosas o personas encomendadas a su guarda, sin autorización judicial, no solamente porque podría ello ocasionar perjuicios o molestias a las personas, sino por que puede aumentar los gastos que en definitiva han de pagar los litigantes. Si en caso de urgencia, hubiere la necesidad de hacer un traslado, así sea provisorio, debe ponerlo en conocimiento del juez, con la mayor prontitud, pues éste debe conocer siempre el lugar donde se encuentra la personas cuya guarda se ha encomendado.

Dentro del deber de vigilancia que incumbe a todo custodio judicial, se encuentra el de informar al juez de cualquier evento que pudiera producirse, por obra de terceros, de los propios litigantes y en lo que se refiere a las personas guardadas, en cuanto a su estado de salud o condiciones de vida.

Un cuestionamiento que se plantea, en relación al órgano de auxilio judicial, es la incorporación de ayudantes para estos órganos de auxilio. En opinión de Podetti “no pueden ser designados sino por el juez, a petición y propuesta del custodio y siempre que lo estime necesario. La designación hecha sin autorización judicial

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

carecería de eficacia para el juez y los sujetos del litigio y los así nombrados, carentes de todo vínculo legal en el proceso, no podrían reclamar honorarios o emolumentos sino a quien los designó y éste no podría repetir lo que hubiera abonado por tal concepto”.

## CAUTELA POSESORIA

### ARTÍCULO 684

*Cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el Juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 606.

---

### Comentario

---

1. La norma regula la intervención del juez, para disponer la paralización de los trabajos de edificación cuando se persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante.

Apreciéese que la norma no solo acoge la afectación a la posesión del demandante sino también a los daños a la propiedad de éste. A diferencia de la redacción del artículo 681 CPC, donde expresamente la tutela hace referencia al interdicto de recobrar, en el presente artículo podemos asumir, con ciertas limitaciones, que subyace el interdicto de retener, como mecanismo de protección, cuando el poseedor demandante es turbado en su posesión. (ver artículo 606 CPC). Este interdicto señala Torres<sup>(1)</sup>, no presupone el despojo de la posesión sino la realización de uno o mas actos materiales o de otra naturaleza con los que se perturba la posesión haciendo que el uso y goce del bien sea incómodo, difícil, costoso, como, por ejemplo, actos que entrañan una tentativa de despojo, ejecución de obras (interdicto de obra nueva) o la existencia de construcciones en estado ruinoso (interdicto de obra ruinoso).

La perturbación “puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos”<sup>(2)</sup>.

---

(1) Torres Vásquez Anibal, Derechos Reales, t.1, Idemsa, Lima, 2006, p. 477.

(2) Torres Anibal, op. cit. p. 476.

Como se aprecia, este interdicto presupone no el despojo de la posesión sino realización de actos materiales o de otra naturaleza con los que perturba la posesión. A través de la Casación N° 721-2002-Lima<sup>(3)</sup>, publicada el 2 de febrero del 2004, la Sala Suprema ha resuelto “el registro visual constituye un acto perturbatorio, pues, evita el disfrute de la posesión... la Sala Superior al haber considerado que su Derecho a la privacidad e intimidad debería ser defendido y ventilado en la vía correspondiente, en clara alusión a la vía de amparo, restringe su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues le exige transitar una vía que es opcional, excepcional y residual”.

2. La norma hace referencia además, a las “medidas de medidas de seguridad” que puede el juez ordenar para evitar los daños que cause la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.

Esta posibilidad que se otorga al juez para dictar medidas de seguridad, con carácter preventivo, no solo podría orientarse hacia la cautela sobre la posesión del bien que disfruta el demandante, sino que también podría incursionar la actividad de juez a dictar medidas de seguridad –con carácter preventivo- para terceros indeterminados y no vinculados al proceso, ante el estado de peligro que importa un bien en ruina o en situación de inestabilidad.

Esta línea de pensamiento aparece ya desarrollada en la jurisprudencia argentina, la cautela de oficio, por razones humanitarias y para preservar la seguridad de terceros. Según Peyrano<sup>(4)</sup>, apunta a evitar, por humanidad y solidaridad social, perjuicios a terceros respecto de un proceso determinado. Busca evitar nuevas víctimas, aparte de las que dieran lugar a la pretensión indemnizatoria. Cita el caso de la pretensión resarcitoria promovida por los padres de un menor que se accidentara en una acumulación de aguas formadas en terrenos del ejército argentino. El juez –de oficio– ante la posibilidad cierta que se repitieran accidentes análogos, dispuso la construcción de un cerco que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar, todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad. Como se aprecia, el juez arbitrió oficiosamente medidas encaminadas a impedir la repetición de siniestros análogos, haciéndose así, otra vez realidad la función preventiva de daños que hoy se reconoce como un poder y un deber de los magistrados. Recalca Peyrano, que esta medida oficiosa, se acepta como posible en casos excepcionales, donde el juez superando los principios de legitimación y congruencia, decreta medidas provisionales, mandatos preventivos, tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicios de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva.

(3) Casación citada en el trabajo de Torres Anibal, p. 478.

(4) Peyrano Jorge, “La performatividad en el proceso contemporáneo”, en Themis, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2º época, 1993, N° 22, Lima, p.16.

## ABUSO DE DERECHO

### ARTÍCULO 685

*Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. art.

---

### Comentario

---

Fernández Sessarego<sup>(1)</sup> describe al abuso del derecho como el conjunto de derechos y deberes propios de un determinado status del sujeto, de conformidad con las atribuciones que emanan del ordenamiento jurídico positivo.

Dentro de una situación jurídica subjetiva, activa o de poder, encontramos de manera preeminente, la presencia de un derecho subjetivo pero, al lado de él, a manera de límite, hallamos un conjunto de deberes jurídicos que le son inherentes.

De aquellos deberes, algunos son exclusivos y propios de cada específico derecho subjetivo. A su lado coexisten otros, ya no de carácter particular y dirigido a un determinado derecho subjetivo, sino más bien de naturaleza genérica, que comprenden y abarcan a todos los derechos, los que surgen de los principios o cláusulas generales del derecho. A esta categoría pertenece, precisamente, el principio denominado “abuso del derecho”.

El ejercicio abusivo del derecho está regulado en el artículo II del TP del Código Civil y en el se permite que al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado pueda solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. Bajo este supuesto aparece el caso de la medida innovativa dictada en el caso Aviandina con Lan Perú (Exp. N° 2004-02116-63-Arequipa) para “suspender todas las operaciones regulares y no regulares de transporte de carga y pasajeros de la Empresa Lan Perú que se realice a nivel nacional e internacional”. En el considerando 11 de la resolución cautelar se invoca el artículo 685 CPC en un proceso en el que se discute la competencia desleal de la emplazada en el mercado de la aviación comercial, por no respetar el porcentaje

---

(1) Fernández Sessarego Carlos, Abuso del derecho, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 149-150.

mínimo de acciones de capital nacional (30%) lo que motiva la suspensión del permiso de operación para la empresa demandada.

Otros supuestos de ejercicio abusivo del derecho lo ubicamos en el inciso 4 del art. 112 CPC, referido al abuso del proceso siempre y cuando “se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos” causando un daño innecesario a la otra parte e inclusive a terceros.

Para Díez-Picasso y Gullón<sup>(2)</sup>, al referirse al abuso del derecho señalan “los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurrir en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad” Esta definición nos lleva a señalar que en el abuso del derecho, implícitamente hay un ejercicio normal y otro anormal de los derechos subjetivos, y es este último el que debe reprimirse. Es anormal cuando traspasa los límites normales del ejercicio.

Frente a un hecho comprobado de abuso de derecho al proceso, por haberse demostrado de manera fehaciente la actividad dolosa desarrollada en el proceso y que a consecuencia de ello se ha obtenido una sentencia injusta que genera perjuicios a la partes y a terceros, pudiera darse la posibilidad de aplicar la medida cautelar innovativa, siempre y cuando hay una fuerte probabilidad de fraude procesal. Nótese que se trata de una situación muy excepcional porque tiene que haber una fuerte probabilidad de la existencia del dolo procesal y de una situación que no se agote con una medida cautelar inscribible, como exige el artículo 178 CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*La hipoteca es un derecho real establecido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles, quedando estos bienes en poder del deudor que aún no ha cancelado la deuda.*

*Si los accionantes no han cumplido con honrar la deuda contraída, no pueden excluirse del pago de la misma. Amparar dicha pretensión, importaría admitir un abuso del derecho que la Ley recusa. No cabe la extinción de la hipoteca por caducidad (Exp. Nº 3818-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 178)*

*El ejercicio abusivo de un derecho solo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal contrario a la convivencia, y como remedio*

---

(2) Díez-Picasso Luis y Antonio Gullón, Sistema de derecho civil, 5ª ed, tecnos, Madrid, 1984, p. 447.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*extraordinario solo puede acudir a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, únicamente imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico (Exp. Nº 020-93-Lima, Editora Normas Legales S.A., T CCXLVII, Diciembre 1996, Trujillo-Perú, pp. A.8-A.9)*

*Si bien no se debe confundir a la persona jurídica con sus integrantes, no es menos cierto que la sociedad demandada pertenece en forma directa e indirecta a quienes han formulado oposición. No puede ampararse la pretensión deducida por los opositoristas, pues se estaría tratando de evadir el cumplimiento de una ejecutoria suprema al amparo de formas societarias. La Ley no ampara el ejercicio abusivo de un derecho.*

*El argumento que se ha privado del derecho de defensa es improcedente si éste no se ha hecho valer oportunamente (Exp. Nº 1201-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 637-642)*

*El ejercicio abusivo de un derecho solo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizar el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia (Exp. Nº 20-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 650-653)*

## DERECHO A LA INTIMIDAD, A LA IMAGEN Y A LA VOZ

### ARTÍCULO 686

*Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La protección civil a la intimidad personal y familiar, a la imagen o la voz de una persona, que se encuentran regulados tanto en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución del Estado así como en los artículos 14 y 15 del Código Civil, sin embargo, en la redacción de la norma procesal no apreciamos la tutela a la afectación del honor, lo que no significa que esta pudiera ser protegida a través de una medida innovativa, como señalaremos a continuación. Lo importante de este artículo es resaltar que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas se incluyen las cautelares, encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima.

2. El derecho a la intimidad tiende a confundirse con el derecho a la vida privada, sin embargo debemos precisar que este último es un derecho de mayor cobertura frente al de la intimidad. Tampoco existe un criterio uniforme sobre lo que debemos entender por vida privada. Ella estará en función de las tradiciones y/o valores culturales diferentes, por ello es recomendable tener en cuenta el ámbito socio-económico y político en el que desenvuelven los protagonistas del derecho en conflicto.

Debemos precisar que no existe unanimidad para calificar la naturaleza jurídica del derecho a la vida privada. Unos lo aprecian bajo el derecho de propiedad, en cambio, otros le califican como un derecho subjetivo de la persona.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Según Morales Godo<sup>(1)</sup> el derecho a la vida privada ha sido tratado parcialmente, en el artículo 14 del CC, sin haberse considerado todos los elementos conceptuales que la integran. “No solo se trata del control de la información de hechos reservados a nuestra vida, sino también de los derechos a la tranquilidad, a la paz, a la soledad, a que ninguna persona se inmiscuya o fisgonee, respecto de actos de la vida privada”. Esto significa que tanto a nivel sustantivo como procesal solo se acoge uno de los elementos, el control de la información, mas no los otros supuestos descritos.

Quedará a la interpretación que hagan los estamentos judiciales si la vigilancia u observación de la vida privada, sin divulgar los hechos fisgoneados constituyen supuestos que afecten al derecho a la vida privada.

Sobre el particular resulta bastante interesante consultar el trabajo del profesor Morales Godo<sup>(2)</sup> en el que desarrolla los elementos conceptuales del derecho a la vida privada, calificándolos como a) actos de intrusión que perturban el retiro o soledad del individuo; b) actos de divulgación pública de hechos privados embarzados sobre el individuo; c) publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público; y d) apropiación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio.

3. El manejo de la información respecto de los hechos de la vida privada de una persona, debe estar a cargo de ella misma, y toda difusión, contraria a su voluntad o sin su consentimiento, debe ser sancionada; sin embargo, ello no es un derecho absoluto porque este cede al derecho de información en asuntos de interés general, como temas de seguridad nacional o lucha contra la delincuencia. La gran discusión se plantea si las personas que han alcanzado notoriedad pública pierden la protección que le brinda el derecho a la intimidad. Al respecto Morales Godo<sup>(3)</sup> señala “el hecho que la vida de una persona haya alcanzado notoriedad pública, no significa que pierda la protección que le brinda el derecho a la intimidad, salvo que haya renunciado a ello. Se renuncia cuando la propia persona ventila públicamente actos que corresponden a la esfera de su intimidad; sin embargo, son dichos actos y no otros a los que ha hecho renuncia”.

Para el citado autor esto lleva a plantear los límites entre el derecho a la intimidad frente al derecho a la información, desde la perspectiva del ciudadano en general. “Creemos que debe considerarse que toda información que pueda ser relevante socialmente y relacionada con la actividad pública que realiza la persona, puede ser materia de divulgación por parte del informador. Significa ello que

---

(1) Morales Godo Juan, “Comentario al artículo 14 del CC” en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 159.

(2) Morales Godo Juan, Derecho a la intimidad, serie derechos y garantías, Palestra editores, Lima, 2002.

(3) Derecho a la intimidad, Op. cit. p. 75.

debe tratarse de hechos relacionados con la actividad política, artística, deportiva, empresarial, etc. y relevantes socialmente, esto es, de interés general. Teniendo en consideración este gran parámetro debe la jurisprudencia ir delimitando la situación particular de cada tipo de personaje público<sup>(4)</sup> Como señala Toller<sup>(5)</sup>, no es lo mismo la intimidad relacionada a personas privadas; que aquellas que son personajes públicos. Pero aún dentro de ésta amplia especie, cabe diferenciar entre políticos o funcionarios que ejercen una función pública y que si la noticia tiene un interés público puede la intimidad ser restringida, mientras que no ocurre así, en el caso contrario. Pero no siempre es interés público lo que es interesante para el público. Esto último puede ocurrir ante personajes famosos que, suelen aparecer y volver a surgir en los medios y que suelen ser hábilmente explotadas por los interesados. Salvo en éste caso, es posible hablar de intimidad ante una intromisión arbitraria de aquellos aspectos irrelevantes para el interés público.

4. Un supuesto de estos actos de intrusión que perturban la soledad del individuo propone el citado autor a la experiencia desarrollada por la empresa Hombrechitos de Color SA para el cobro de las deudas. Esta empresa utilizaba personas vestidas de manera singular y llamativa portando carteles que divulgaban la morosidad de la persona a quien perseguían para el pago. Al respecto el Tribunal Constitucional mediante la sentencia del 10 de mayo del 2004 ha señalado que el comportamiento desarrollado por la citada empresa amenaza los derechos a la buena reputación y a la imagen de la empresa demandante, que han sido reconocidos como derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional para las personas jurídicas, en la sentencia N° 0905-2001-AA/TC, al pretender poner en conocimiento de las principales centrales de riesgo su situación si es que no cancela la deuda pendiente, para así imposibilitarle el acceso a créditos en el sistema financiero y comercial en el ámbito nacional, lo cual ocasionaría que la demandante no cumpla sus fines sociales”.

5. Otro referente que califica el derecho a la vida privada lo ubicamos en el caso de la apropiación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio. Morales Godo lo califica como “el derecho que tiene una persona común de gozar de la existencia sin que su nombre o su vida sean explotados para fines comerciales o con el uso de su nombre o por la publicación de su retrato o carrera, en la pantalla de los cines, en la prensa, en los periódicos, en boletines, circulares, catálogos o de cualquier manera debe ser prohibida a menos que se obtenga para ellos previamente su consentimiento”.

(4) Derecho a la intimidad, Op. cit. p. 82.

(5) Toller Fernando, Libertad de prensa y tutela judicial efectiva, p. 222, citado por Valente Luis Alberto en “tutela judicial inhibitoria de daños a la intimidad”, ponencia N° 23 presentada en el VII Congreso Internacional de Derechos de Daños, Argentina, <http://www.aaba.org.ar>

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Un caso que ilustra este supuesto es el suscitado entre la conocida comunicadora social Gisela Valcárcel con San Borja ediciones. Se anunciaba la publicación de un libro en la que una ex pareja sentimental de la reconocida animadora relataba aspectos privados de lo vivido con la citada conductora de televisión. Mediante una medida innovativa Gisela Valcárcel solicitó impida de manera inmediata la impresión, reimpresión, publicación y distribución de la obra que atenta contra la intimidad personal e imagen de la solicitante, las que resultarían vulneradas de tal forma, que ni el posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados, sería suficiente para dicho fin. La judicatura amparó la medida porque consideró que “la amenaza verosímil de menoscabo o violación al derecho a la intimidad, puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional”<sup>(6)</sup>.

6. Otro supuesto que permite la medida innovativa es el derecho a la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona. Estos derechos forman parte de los denominados derechos de la personalidad que están regulados en el artículo 15 del CC. Una primera apreciación que se puede obtener de la norma sustantiva citada es que no impide la simple captación de la imagen de la persona, en atención a la vida comunitaria en la que nos desarrollamos, sin embargo, no permite su aprovechamiento sin autorización expresa de ella, o si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

La norma civil en referencia exime del asentimiento por razones de interés público o del justificado derecho a la información para el aprovechamiento o exposición de la imagen o de la voz, siempre y cuando la persona sea notoria, por los diversos supuestos que refiere el artículo 15 CC. Según Fernández Sessarego<sup>(7)</sup> la notoriedad lograda por la persona en mérito al reconocimiento de la opinión pública hace presumir que, al buscar y requerir dicho apoyo, presta su anticipado y tácito asentimiento a la publicidad de su propia imagen o al aprovechamiento de su voz, dentro de los límites del respeto al honor de la persona. Estas personas hacen noticia y es justo y razonable, que su imagen o su voz ilustren los gestos a ser debida y ampliamente informada, para lo cual los medios de comunicación tienen el deber de aprovechar la imagen y la voz de tales personas cuando, está última hayan adquirido notoriedad o cuando se trate de acontecimientos de importancia e interés para la comunidad y en los que, de alguna manera se encuentren involucradas. En este aspecto hacemos nuestra la opinión de Fernández Sessarego<sup>(8)</sup> quien frecuentemente observa “situaciones en las que determinados medios de comunicación, proclives al escándalo, divulgan actos íntimos que carecen

(6) Ejecutoria publicada en tomo IV, Jurisprudencia Actual, Gaceta Jurídica, Lima, p. 560-561.

(7) Fernández Sessarego Carlos, Derecho de las personas, Grijley, Lima, 1996, pp. 75-76.

(8) Fernández, Op. cit. 77.

de trascendencia social o, contrariamente, que ciertas personas pretendan hacer uso de tal derecho para ocultar hechos que por el interés social que conllevan, deben ser de dominio público. En todo caso, corresponde a la jurisprudencia la adecuada aplicación de la norma”.

7. En conclusión, no se puede alegar para impedir que el juez dicte una medida innovativa que se trata de una censura previa, ya que el derecho a la intimidad no sólo se transgrede con la divulgación, sino que los actos preparatorios para la divulgación constituye una intromisión en la intimidad de la persona. Las medidas innovativas que se dicten serán de distinta naturaleza, debiendo el juez dictar la apropiada para asegurar que el acto lesivo cese o que impida se consuma la agresión, en tal sentido compartimos la opinión de Morales Godo<sup>(9)</sup> quien considera que un juez podría disponer como medida cautelar innovativa que se prohíba la difusión en un programa de televisión, de información relacionada con la intimidad de una persona o la prohibición de la edición de una obra literaria o que requiera las que están en venta, si es que se agravia la intimidad de una persona, siempre y cuando se trate de hechos que puedan ocasionar graves daños a la persona agraviada. En este tipo de medidas, el juez deberá evaluar y definir, en cada caso concreto, cuál de los dos derechos privilegia el derecho a la intimidad o el derecho a la información.

El Tribunal Constitucional sobre el particular ha establecido en el caso *Mónica Adaro con Magali Medina*<sup>(10)</sup> sobre la divulgación de videos que supuestamente revelarían el ejercicio de la prostitución clandestina por parte de las vedettes, considera al estar los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) en igualdad de condiciones, corresponde realizar una ponderación entre la información y la vida privada, recurriendo a criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Señala el Tribunal, que la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1 (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que ésta sea. Por tanto, ¿es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina? Este Colegiado considera que no.

(9) Derecho a la intimidad, op. cit. p. 131.

(10) Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Lima.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista. Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere el derecho a la vida privada. Es necesario informar, pero no traspasar los límites externos de la vida privada. Señala el Tribunal que bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato, pero no es aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).

En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada debe ser imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Sólo de este forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público).

En el primer caso, se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida. Cuando un suceso involucra a una persona conocida por todos, existe una mayor preocupación del resto de gente en saber sobre ella o conocer lo que los otros opinan sobre la misma.

No es que haya una protección desigual con respecto a su vida privada, sino que simplemente se está reconociendo una diferenciación; pero, ¿por qué brindarle mayor protección las personas sin proyección pública frente a los que sí la tienen? Para responder a esta interrogante señala el Tribunal que se impone un análisis tanto de la importancia de sus actividades como de su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido, toda vez que el acceso que tienen a los medios de comunicación social es mucho mayor que el que de los particulares.

A criterio del Tribunal existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación: a) personas cuya presencia social es gravitante: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio

público, por cuanto solicitan el voto popular; b) personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama; y c) personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad: Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos. Mónica Adaro y Magali Medina, se insertan en el segundo grupo de personas con proyección pública.

Dice el Tribunal, que las personas que se dedican al vedettismo también gozan de la protección de su derecho a la vida privada, y más aún de su intimidad, por más proyección pública que realicen de sus actividades. Es inaceptable, porque la querellante era una persona pública, podía vulnerarse o transgredirse su derecho a la vida privada, y exponerla gratuitamente a un fútil escrutinio de la comunidad.

Cuando una información no cumple un fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero, el grado de protección del primer derecho fundamental habrá de verse distendido, sobre todo si se afecta la protección de la dignidad de las personas, establecida en el artículo 1° de la Constitución.

Quizás la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7° de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. No contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretricio. Y sí es más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de fisgoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona, señala el Tribunal.

## Sub - Capítulo 4º

---

# MEDIDA DE NO INNOVAR

### PROHIBICIÓN DE INNOVAR

#### ARTÍCULO 687

*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El proceso cautelar tiene el carácter conservativo o innovativo de la tutela, la cual consiste en prohibir y a veces en imponer la mutación el estado de hecho. El presente artículo regula la medida bajo el efecto cristalizador, esto es, congela en tiempo y espacio una situación jurídica que se mantenía al momento de la demanda. Busca inhibir la actividad de las partes sobre los bienes en litigio a fin de evitar que alteren la situación existente.

Hay un sentido conservador en la medida, porque se orienta a evitar que la realidad cambie para que sea eficaz la decisión final. Implica impedir la modificación, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida, desechándose en consecuencia la posibilidad que mediante esta se restablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad a ese momento

Es una medida prevista para situaciones de incertidumbre de derechos en juego, en las que se inmoviliza la realidad, a fin de no afectar o frustrar derechos de cada parte. Para Rivas<sup>(1)</sup>, con la prohibición de innovar se busca mantener el

---

(1) Rivas Adolfo, Las medidas cautelares en el proceso civil peruano, Universidad Privada Antenor Orrego, Rodhas, Lima, 2000, pp. 200

statu quo evitando que su variación produzca algún daño, por ejemplo, se evita destruir sembríos de terrenos que están en discusión su propiedad; o el evitar convertir la arboleda del terreno en litigio, en leña; o evitar deteriorar un inmueble materia de reivindicación por parte del ocupante.

La medida tiene un objeto inmediato: que no se modifique ni altere la situación fáctica o jurídica. Y un objeto mediato: que al momento de la sentencia pueda ésta cumplirse, si el derecho le es reconocido al litigante, despejando la posibilidad que se torne ilusorio el derecho que pueda corresponderle, evitando así un perjuicio irreparable.

En síntesis, su finalidad mediata es la de evitar un daño irreparable, que se originaría en la imposibilidad que la sentencia sea dictada como corresponde o, más aún, que se tornara su ejecución en ineficaz o de cumplimiento imposible. Para evitar esta situación extrema, fin último de la cautela, ha de disponerse, ante el peligro que ello suceda, la inmovilización fáctica o jurídica, a determinado momento, constituyéndose ello en el medio, en orden a que el perjuicio irreparable, casi de seguro a producirse, sea conjurado.

2. Como se aprecia de la redacción del artículo en comentario, para que se ampare la medida de no innovar se requiere del “perjuicio irreparable e inminente”. Esto es, debe concurrir el menoscabo material o moral injustificado en el haber jurídico de la persona. Lo irremediable del perjuicio esta en función de un bien jurídico protegido que se deteriora irreversiblemente hasta tal punto que ya no puede ser recuperado en su integridad. Para determinar lo irremediable del perjuicio se debe apreciar la concurrencia de algunos elementos que configuren su estructura, como la inminencia y la gravedad de los hechos. Lo inminente requiere de una estructura fáctica, aunque no necesariamente consumadas, esto es, evidencias fácticas de su presencia real en corto plazo. La gravedad esta en función de la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección. No basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.

En opinión de Reimundín, esta medida requiere de cuatro presupuestos: a) que la innovación se dirija contra la cosa litigiosa o contra el derecho subjetivo sustancial o material objeto de la litis; b) que la innovación se haga en perjuicio del actor; c) que tenga pendiente un litigio, desde la notificación de la demanda hasta la extinción del proceso; d) que infrinja el principio de igualdad de las partes.

3. La prohibición de innovar, no se orienta a la indisponibilidad del bien, sino mantener la igualdad de las partes en el decurso del proceso en orden a que no se altere o modifique la situación de hecho preexistente, evitándose así el dictado de sentencias ineficaces o de cumplimiento imposible por las modificaciones que pudiera sufrir la situación jurídica o fáctica del objeto litigioso. Se sustenta en la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

buena fe y lealtad procesal de no permitir que una de las partes produzca actos tendientes a desvirtuar los propósitos de la sentencia, de tal manera que el derecho del vencedor no resulte de imposible cumplimiento o menoscabado por las innovaciones o alteraciones realizadas durante el curso del proceso. En esa misma línea de pensamiento, señala Reimundin<sup>(2)</sup> que la prohibición de innovar está regulada por dos principios rectores: el principio de igualdad de las partes en el proceso y el principio de la actuación de la buena fe que deben proceder todos los litigantes. Esta figura nace con el estado de litispendencia, que se produce con la citación del demandado para que conteste la demanda.

Por su naturaleza, “es una entidad jurídica compleja, que se rige por normas materiales e instrumentales para impedir toda clase de innovación en perjuicio del actor, y que se vincula normalmente con la capacidad de disponer de la cosa litigiosa. Dentro del ámbito de esa entidad jurídica compleja que es la prohibición de innovar, el demandado constituye el sujeto activo, mientras que el actor es el sujeto pasivo”.

Señala que las cautelares ordinarias pueden solicitarse antes de interpuesta la demanda mientras que la prohibición de innovar tiene vigencia únicamente desde el momento en que se haya originado el estado de litispendencia, esto es, con la citación con la demanda. Constituye una manifestación de la incapacidad del demandado para realizar un acto de disposición jurídica de la cosa litigiosa en perjuicio del actor durante el litigio; después de iniciado el estado de litispendencia, el demandado solo puede realizar actos de simple administración y limitarse al ejercicio regular de su derecho. La Ley no ampara el ejercicio abusivo de su derecho.

4. Como ya se ha referido, la medida de no innovar es una facultad del juez, de impedir que se modifique la situación de hecho, cuando tal acto tenga una decisiva influencia en la solución del proceso y en su posterior ejecución.

Puede ser solicitada en cualquier proceso y es excepcional por dos razones: porque puede el juez dictar medidas a pesar de no haber sido pedida por las partes; y porque puede recurrir a ella cuando no exista otra prevista en la Ley.

En relación a la oportunidad en la que puede ser interpuesta la prohibición de innovar, ella puede ser decretada según la redacción del artículo 687 CPC con la citación de la demanda, pues, a partir de esa fecha cesa la buena fe del demandado, por tanto, el demandado que conociendo la demanda por citación, innova en perjuicio del actor incurre en un acto ilícito; sin embargo, hay otros criterios que consideran que resulta procedente dicha medida, una vez deducida la demanda, aunque no haya sido aún admitida; ya que en tanto trata de resguardar los efectos de una sentencia, presupone la existencia de un proceso, al menos la interposi-

---

(2) Reimundin Ricardo, Prohibición de innovar como medida cautelar, Astrea, Buenos Aires, 1979, p.52

ción de la demanda. Pareja,<sup>(3)</sup> sostiene que no se puede limitar la medida cautelar de no innovar a los casos en que la demanda principal haya sido interpuesta y que, por tanto, nada impide que sea planteada como medida cautelar fuera de proceso. Argumenta que si el legislador hubiera querido limitar o restringir esta medida lo hubiera manifestado expresamente; además dicha exigencia resta eficacia y razón de ser a este tipo de medida, que por su propia naturaleza responde a una especial situación de urgencia “ante la inminencia del perjuicio irreparable”. No tiene justificación alguna sostener que para proteger situaciones de excepcional y grave perjuicio, se exija la presentación de la demanda principal previa, mientras que para la protección del simple peligro en la demora no se establece tal exigencia. Por último, también resulta incomprensible esta exigencia, en las medidas de no innovar, en tanto que en la innovativa (que tienen como presupuesto la inminencia de un perjuicio irreparable) se permite solicitarla sin que preexista la demanda.

Otra discusión que se plantea es acerca del momento de vigencia de tal prohibición. Frente a ello diremos que sus efectos se producen desde su notificación a su destinatario, de manera que no resultan cuestionables las conductas asumidas por éste durante el lapso que transcurre entre el dictado de la medida y su notificación salvo de las constancias del expediente, se desprenda en forma inequívoca el conocimiento de la resolución por parte del afectado. Otro supuesto que se discute es el efecto que generaría si en el ínterin del litigio se alteró y estableció con ella, una relación jurídica a favor de un tercero, no conocedor con la medida ¿Cómo afectaría esta situación, a la eficacia de la medida, sobre todo si se trata de bienes no registrables?

5. La medida de no innovar no puede suspender otro juicio, o un acto del mismo, como tampoco que la orden implique la prohibición de proponer una demanda. Las decisiones judiciales firmes no pueden ser interferidas por vía de medidas de no innovar dictadas en un proceso diferente y que si se ha denegado la suspensión del procedimiento no corresponde dictar una medida de no innovar que contraría aquella resolución. Según Fenchietto y Arazi, “la medida no puede interferir en otro proceso diverso de aquel en que se la solicitó, desde que un juez no tiene imperio para imponer tal medida respecto de otro juez de igual jerarquía, ni debe ordenársela cuando impida el cumplimiento de una sentencia, como tampoco decretarla para impedir la iniciación de otro proceso, porque ello significaría, asimismo, interferir en los poderes de otro magistrado”<sup>(4)</sup>.

(3) Palacios Pareja Enrique, La medida de no innovar fuera del proceso, en *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, martes 9 de Noviembre 2004, p.6/7

(4) Sobre esta discusión recomendamos leer la ponencia presentada por Jorge Peyrano en el III Congreso Procesal “sobre los usos equivocados de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, organizado por la Universidad de Lima, 2005, p.247-255

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

6. Líneas arriba, hemos referido que la medida de no innovar es excepcional, esto es, que sólo se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la Ley. La prohibición de innovar sólo puede decretarse en el supuesto de no existir otra cautelar, por lo que no correspondería decretarla en reemplazo del embargo, o más ampliamente, sería inadmisibles cuando la cautela pudiere obtenerse por medio de las restantes medidas establecidas por el ordenamiento.

Si el objeto de la medida de no innovar tiene como finalidad asegurar la pretensión dineraria, ella no resulta adecuada, porque perfectamente puede recurrirse a las medidas para futura ejecución forzada. El aseguramiento de un bien con el sólo objetivo de la posterior ejecución forzada no conlleva a la necesidad de la inmutabilidad del bien o de la cosa, ya que incluso pueden ser sustituidos por otros bienes en cuanto puedan responder a la eventual y posterior ejecución. En este sentido, el juez debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 611 CPC y dictar “la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal”. Por otro lado, véase que la regulación que acoge el artículo 687 CPC pone especial incidencia, no sólo en la oportunidad de la medida sino en la urgencia como justificante para ella, sin embargo, tratándose de una medida anticipada y por ser ésta de índole extraordinaria, se requerirá además que el supuesto de la incertidumbre jurídica a utilizar en dichas medidas. Esto es, ¿operará con la mera apariencia de un derecho o se requerirá una casi certeza en el derecho afirmado? Sobre el particular, tomando en cuenta lo recogido en el artículo 674 CPC, consideramos que debe regir a este tipo de medidas, además de lo señalado en el artículo 687 CPC, una fuerte probabilidad del derecho que se invoca, esto es, una “firmeza en el fundamento de la demanda”, para lo cual, la prueba aportada a la demanda, contribuirá a esa determinación preliminar.



### JURISPRUDENCIA

---

*Encontrándose discutiendo la ineficacia del anticipo de legítima de los bienes, debe ampararse la medida que prohíbe la transferencia del bien, pues se sustenta en la posibilidad que el proceso de ineficacia pueda prosperar, pero se tome ilusorio ante la transferencia. La parte emplazada puede constituirse en depositaria de los bienes (Exp. Nº 26548-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 582)*

*La medida cautelar innovativa, resulta ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor. No es suficiente para dicha medida la contracautela en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida. Además de los presupuestos señalados en el artículo 611 del C.P.C. requieren además la irreparabilidad del perjuicio, es decir que el peticionante debe acreditar al Juez, que si no se hace ahora lo que pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene (Exp. Nº 17518-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 521-522)*

# TÍTULO V

## PROCESOS DE EJECUCIÓN

### Capítulo I

## DISPOSICIONES GENERALES

### TÍTULOS EJECUTIVO Y DE EJECUCIÓN

#### ARTÍCULO 688

*Sólo se puede promover ejecución en virtud de:*

- 1. Título ejecutivo; y,*
- 2. Título de ejecución.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art.*

---

### *Comentario*

---

1. En esta sección del Código ingresamos al comentario de las normas que regulan el proceso de ejecución, el mismo que no busca la constitución o la declaración de una relación jurídica sino procura realizar, hacer cumplir, satisfacer un derecho ya declarado.

El proceso de ejecución es definido como aquél que, partiendo de la pretensión del ejecutante, realiza el órgano jurisdiccional un cambio real en el mundo exterior, para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional.

Liebman<sup>(1)</sup>, califica al proceso de ejecución como “aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado

---

(1) Liebman, op. cit. p. 150.

práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica.

Para Couture<sup>(2)</sup> el derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas y lo explica así: "si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y se venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta el momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos".

2. La jurisdicción no se limita a declarar el derecho, comprende también la ejecución del mismo. Como las sentencias declarativas y constitutivas no imponen el dar, hacer u omitir algo, la ejecución se dirige a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena.

Proceso de cognición y proceso de ejecución son independientes entre sí. De un lado, el proceso de cognición puede, en efecto no requerir la ejecución, ya sea porque el acto que lo concluye alcance por sí solo el objeto prefijado (sentencia de declaración de certeza o constitutiva) ya sea porque después de recaída la sentencia de condena, el deudor cumpla voluntariamente su obligación. De otro lado, no siempre a la ejecución debe preceder la cognición judicial: en determinados casos se puede proceder a la ejecución sin necesidad de realizar precisamente un proceso de cognición judicial, como es la conciliación extrajudicial, donde las partes han definido consensualmente el derecho, o el caso del arbitraje.

De este modo, cognición y ejecución se completan recíprocamente; el primero prepara y justifica la actuación de la sanción y ésta da fuerza y vigor práctico a aquél. Entre el proceso de cognición y el de ejecución, la distribución de la actividad se hace por Ley, en armonía con la función propia de cada uno de ellos. Por eso, corresponde al primero, conocer y dirimir el Derecho en conflicto. Al segundo, la actuación de la sanción.

En este orden de ideas tenemos que precisar que la tutela efectiva no solo se agota con los procesos de cognición sino con los de ejecución. La tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. El incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental: la tutela efectiva, que la jurisdicción tiene la obligación de reparar con toda firmeza.

El que la sentencia declare que el demandado adeuda una cantidad de dinero al demandante y le condene a pagarla, no supone ello tutela efectiva. Para que

---

(2) Op. cit. p. 442.

ésta se logre es necesaria una actividad posterior que pueda realizarse de dos maneras: cumpliendo el obligado, de manera voluntaria, la prestación que le impone la sentencia o ingresando, ante su resistencia, a la ejecución forzosa de la prestación. Lo interesante de esta etapa es que la ejecución permite algo que hasta el momento de la cosa juzgada era imposible: “la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un obligado, como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un subjectus, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia”<sup>(3)</sup>.

En síntesis, podemos señalar que proceso de ejecución es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. Es, pues, el medio por el cual el orden jurídico reacciona ante la trasgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento de un sujeto a favor de otro.

3. La norma hace referencia que, sólo se puede promover ejecución en virtud del título ejecutivo y título de ejecución. Esto implica que “sin título no hay ejecución”. Para que un título sea tal, es menester la reunión de dos elementos: la existencia de una declaración de una obligación que la ejecución tiende a satisfacer; por otro, la orden de ejecución. Según algunos escritores italianos el título es un elemento constitutivo de la acción (Liebman); es una condición requerida para el ejercicio de la acción (Zanzucchi); es un presupuesto de procedibilidad (Furno); es la prueba documental del crédito (Carnelutti).

Las formas de ejecución dependen del título con que se promueva aquélla. Cada especie de título tiene una forma de procedimiento

Todos aquellos comienzan por el requerimiento del acreedor formulado al juez competente. El juez califica el título y deniega el petitorio si considera para el título carece de ejecución o accede a él, si el título es idóneo. Esto ocurre aún sin oposición del ejecutado.

Otro aspecto a resaltar es que la norma hace referencia a los títulos ejecutivos y a los títulos de ejecución como referentes para el inicio del proceso de ejecución (en especial cuando se refiere a las garantías reales). Esta dualidad de títulos que perfectamente hubiera podido asumirse bajo una no vinculante “títulos de ejecución” nos muestra las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales:

---

(3) Couture, op. cit. p. 439.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

los derechos reales y de crédito. En el primero, el titular puede realizar actos de uso, disfrute y disposición que afectan de manera directa al objeto económico del derecho; en el derecho de crédito, el interés jurídicamente protegido sólo puede satisfacerse, a través de la prestación de un sujeto obligado de manera directa y personal a proporcionar al titular el valor protegido por el derecho. En los derechos reales, éste puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; en los derechos de crédito puede exigir de otro u otros, personalmente obligados, una prestación favorable a su interés.

En otras palabras, en el derecho real, el titular puede alcanzar directamente el interés que tiene protegido a base de actuar de manera inmediata sobre el bien; por el contrario, en el derecho de crédito el interés protegido consiste en una conducta perfectamente delimitada y definida que incumbe a otro u otros sujetos de derecho.

El derecho real que se tiene sobre un carro, autoriza a demandar a una persona determinada si lo detenta ilegítimamente; por otra parte, el derecho de crédito que se tiene contra el deudor para que pague cierta cantidad debida, autoriza dirigirse contra su patrimonio, si deja la deuda incumplida.

El rasgo común de los derechos reales es el señorío inmediato sobre una cosa determinada. El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa, que todos los demás han de respetar esta atribución. Es muy diferente lo que sucede en la verdadera obligación o derecho personal. Aquí el obligado está personalmente vinculado con el acreedor, con independencia de la composición de su patrimonio (del obligado o deudor).

Aunque la obligación personal consista en tener que entregar una cosa determinada, el acreedor no tiene poder directo sobre la misma, hasta el punto que, por lo regular, no podrá oponerse a que el deudor disponga del mismo objeto a favor de un tercero. Mientras en el derecho personal o de crédito la obligación determina a una persona para que mediante un acto de cumplimiento entregue un bien al acreedor, en el derecho real limitado sucede lo contrario, pues, existe un bien determinado, que señala como sujeto pasivo de la relación a quien aparezca como su propietario.

En el derecho de crédito el obligado no puede desligarse del vínculo personal si no es recurriendo a las causas admitidas de extinguir las obligaciones; en cambio, el sujeto situado en el lado pasivo del derecho real limitado, siempre puede deshacerse de la relación por un acto jurídico que no pertenece a la disciplina del Derecho de obligaciones sino al de cosas, abandonando la cosa que le pertenece y se halla gravada.

4. Lo descrito líneas arriba, nos lleva a sostener que en el proceso de ejecución (ver artículo 720 a 722 CPC), el acreedor hace uso de la acción real exigiendo el

cumplimiento de la obligación garantizada, bajo apercibimiento de rematarse el bien dado en garantía; mientras que en el proceso ejecutivo (ver artículos 693 y siguientes), el acreedor hace uso de la acción personal exigiendo el cumplimiento de la obligación principal, bajo apercibimiento de llevarse adelante la ejecución forzada sobre los bienes de propiedad del deudor; en tal sentido, existe un fiador solidario constituido en el contrato de garantía hipotecaria, y otro fiador solidario consignado en el pagaré.

Para nuestro Código Procesal, el concepto de título ejecutivo, es indistintamente, un concepto de derecho material y un concepto de derecho procesal. Lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que lo justifica. La ejecución entonces, se promueve en virtud del derecho y del documento. Se tiene título cuando se está habilitado jurídicamente para hacer una cosa; pero también se tiene título cuando se tiene en mano el documento que acredita esa calidad. Puede haber calidad sin documento y documento sin calidad. El acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito y no tiene el documento; el tenedor de un pagaré oportunamente pagado pero no retirado por el deudor, tiene el documento y no la calidad de acreedor.

Cuando los procesos de ejecución se pueden promover en virtud de título ejecutivo y título de ejecución, ambos procesos no son excluyentes uno del otro. Conforme refiere el artículo 1117 CC, el acreedor hipotecario tiene la posibilidad de satisfacer su crédito a través de una acción personal contra el deudor y/o una acción real que recaiga sobre el inmueble hipotecado, ya sea que lo mantenga el deudor o haya sido transferido a un tercero. Dicho artículo, se orienta a brindar al acreedor los suficientes medios para cobrar su crédito, de esta manera se podrá emplear una de las acciones (real o personal) o ambas a la vez; pero de ninguna manera implicará que quede autorizado a percibir un doble pago, pues dicho artículo permite la duplicidad de acciones pero no la duplicidad del pago del crédito.

Este criterio es el resultante del desarrollo en la interpretación que en estos últimos años ha desarrollado la Sala Civil de la Corte Suprema, sobre el artículo 1117 CC. Si revisamos los pronunciamientos hasta el año 1999 y 2000 encontramos posiciones que califican de imposible jurídico, la ejecución simultánea de una obligación de dar suma de dinero y la ejecución de garantía. Véase sobre el particular, la Casación Nº 2367-98 de fecha 27 de abril de 1999, donde la Sala sostuvo "la existencia de dos procesos con un mismo petitorio, además de no estar dentro del marco de la ley, ocasiona aumento en los costos y gastos en la administración, pérdida de tiempo en perjuicio de las partes".

Felizmente, los pronunciamientos que a futuro se han venido realizando, han llevado a asumir una posición mas coherente con su correcta aplicación del artículo 1117 CC. Frente al caso de haberse iniciado con anterioridad a la ejecución de garantía, el proceso de obligación de dar suma de dinero contra la misma

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

ejecutada y sobre la base del mismo pagaré, no hay imposibilidad jurídica de iniciar otro proceso con el mismo petitorio. Ambos procesos se rigen por normas especiales, no siendo excluyentes uno del otro, tal como lo establece el artículo 1117 CC, dice la Casación N° 3149-2000-Lima, de fecha 20 de julio del 2001. Véase en un proceso de ejecución de garantías, la contradicción puede estar referido al documento que contiene la garantía hipotecaria o a la liquidación del saldo deudor, mas no sobre el título ejecutivo que sirve para acreditar la deuda impaga; por ello, la posibilidad que el pagaré haya sido completado posteriormente, corresponderá meritarse en aquel proceso que se inicie por el mérito ejecutivo del pagaré antes indicado.

Bajo ese contexto, en la Casación N° 2564-2003-Lima, del 11 de agosto de 2004, publicada en El Peruano el 31 de enero del 2005, la Sala Civil Suprema concluye que al no haberse probado en autos por ningún documento que el demandado haya sido requerido en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ni que se haya hecho efectivo el monto de la demanda de obligación de dar suma de dinero, no hay evidencia alguna de doble pago. Esta interpretación del artículo 1117 CC, aparece también recogido en los diversos pronunciamientos de la Sala Comercial de Lima<sup>(4)</sup>. En caso, los ejecutados otorgaron garantía a la empresa financiera un inmueble para asegurar todas y cada una de las obligaciones directas o indirectas, existentes o futuras que tenga o pudiera tener el cliente a favor de la empresa del sistema financiero, constituyendo una de ellas el pagaré; dicha financiera se encuentra facultada a utilizar todos los medios legales necesarios, alternativa o conjuntamente, para perseguir que se honre su crédito. Ello no significa que se permita la producción de un doble pago, pues, lo que resulte de la ejecución de un proceso afectará necesariamente al otro, en tanto, la deuda no haya sido completamente cubierta. La Sala Comercial ha establecido que surgen con ello tres facultades /responsabilidades: “1) del acreedor quien podrá exigir el pago del eventual saldo por otra vía, conforme lo establece el artículo 724, 2) del deudor, quien deberá poner en conocimiento de la pertinente autoridad judicial la amortización o cancelación total de la deuda y 3) del Poder Judicial quien debe velar que no se produzcan situaciones que puedan configurar un abuso de derecho, como lo puede ser la persecución de un doble cobro”.

5. El proceso de ejecución se rige por los principios de oportunidad y dispositivo. Quien aparece legitimado activamente en el título pedirá el inicio del proceso y lo hará frente al legitimado pasivo. Esto explica porque el obligado carece de interés para pedir la iniciación de la ejecución, sin embargo, puede darse el caso que éste solicite el inicio de la ejecución para el cumplimiento de pretensiones recíprocas o cuando quiera proceder de manera voluntaria al cumplimiento de la prestación.

---

(4) Véase pronunciamiento de fecha 28 de abril del 2005, Expediente N° 04-2005, seguido por Banco de Comercio con Arturo Gonzales del Valle Luyo y otra sobre ejecución de garantía.

En cuanto al procedimiento, los títulos de ejecución no se rige bajo el principio de oralidad, sino por la escritura. Supone la realización de toda una serie de actos que necesariamente han de realizarse en momentos distintos, no siendo posible la concentración de todos ellos en una audiencia o acto único.

En cambio cuando se promueve un título ejecutivo, no nos encontramos ante un verdadero proceso de ejecución, sino que recoge la intervención restringida de la actividad cognoscitiva como acto previo a la ejecución. Aquí sí opera la oralidad, en el supuesto de la contradicción (ver artículo 700 CPC), y permite la realización de toda una serie de actos en momentos distintos, siendo posible la concentración de todos ellos en una audiencia o acto único.

Por último, como ya hemos señalado, el proceso ejecutivo y el de ejecución son diferentes a pesar que ambos contengan títulos de condena con derechos ciertos, expresos y exigibles. Sus petitorios son distintos porque nacen de diferentes títulos. En uno se reclama la ejecución de una obligación personal; en cambio, en el otro proceso se persigue la ejecución de una garantía que constituye un derecho real. Procede la acción simultánea de ambos títulos, para lo cual, bastará que el deudor cumpla con el pago o que se produzca la venta judicial del bien para que la obligación se extinga.



### JURISPRUDENCIA

---

*En los procesos de conocimiento se parte de una situación incierta para obtener un pronunciamiento jurisdiccional de certeza, del derecho controvertido. En los procesos de ejecución, se parte de una situación cierta, pero, insatisfecha, y el proceso vera, precisamente, sobre esa satisfacción que debe tener el ejecutante respecto de su acreencia la que se puede reducir mas no alterar (Cas. Nº 871-97-Puno, El Peruano, 19/10/98, p. 1985)*

*Si bien constituyen procesos de ejecución la obligación de dar suma de dinero y el proceso de ejecución de garantía, ambos se sustentan no solo en títulos diversos sino en reglas procedimentales propias e inoponibles unas en otras, aun cuando en la tramitación de alguna de ellas se involucren elementos de la otra.*

*No puede basarse el rechazo de la acción en causales propias del mérito ejecutivo de las cambiales no objeto de cobro, sino por el contrario en causales relativas a la garantía real hipotecaria otorgada, por ser de naturaleza diversa a las acciones cambiarias reguladas por la Ley de Títulos Valores (Exp. Nº 55920-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 539)*

*El proceso de ejecución no está destinado a obtener declaración alguna de derechos sino que tiene por objeto hacer efectiva una obligación que aparece consignada en determinado título al que la ley presume legitimidad.*

*Es un proceso autónomo y compulsivo para el cumplimiento de una obligación, sin necesidad de un proceso declarativo previo. Las partes de la relación procesal son el ejecutante y el ejecutado; acreedor y deudor, en la relación material (Exp. Nº 208-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 507-508)*

## REQUISITOS COMUNES

### ARTÍCULO 689

*Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 334, 335

---

### Comentario

1. El principio dispositivo que rige el proceso civil, permite que la ejecución de la sentencia no pueda promoverse de oficio sino a instancia de parte. Esto conlleva a que ninguna sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada se ejecute sin iniciativa de la parte vencedora, en su calidad de titular del derecho reconocido por la sentencia, o, en su caso, quien se encuentre en condiciones de subrogarse a aquélla.

2. Los presupuestos que se debe contemplar un título para la ejecución son: prestaciones ciertas, expresas y exigibles.

2.1. Las prestaciones son ciertas, cuando están perfectamente descritas en el título la existencia de un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor) pero nada impide que uno y otro sujeto sea múltiple, esto es, que vinculan a varios acreedores con un deudor o varios deudores con un acreedor, o varios acreedores con varios deudores.

2.2. Son prestaciones expresas, cuando constan por escrito aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. Consiste en una cosa, o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor, o en un abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la existencia de la obligación que le exige un comportamiento negativo. En ese sentido, apreciése lo regulado en el artículo 694 CPC que establece que se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones: de dar, de hacer o de no hacer. No se puede concebir la obligación sin objeto pues no es posible estar obligado, en abstracto, sino que es necesario deber algo en concreto. La ausencia de objeto se traduce en la inexistencia de la obligación. La falta de objeto puede derivar en su

indeterminación, en su imposibilidad y en su carencia de significación pecuniaria. En este último extremo es necesario precisar que el interés del acreedor no tiene necesariamente un contenido económico, en cambio, el objeto de la prestación debe tener un contenido económico, porque de lo contrario sería imposible hacerla efectiva con el patrimonio del deudor, en caso, que éste se resista a cumplirla.

2.3. El título debe contener además prestaciones exigibles. Por exigibilidad se entiende aquella cualidad que permite que la obligación sea reclamable. La exigibilidad supone la llegada del vencimiento, si se trata de una obligación al término y la aparición de la condición, si se trata de una obligación condicional.

Otro aspecto a considerar en la exigibilidad es verificar que el objeto de la prestación esté determinado o sea determinable, que sea posible y que tenga un valor pecuniario la prestación. La prestación es determinada cuando al tiempo de constituirse la obligación se conoce en su individualidad la cosa debida, o está definido, en su sustancia y circunstancia el hecho o la abstención que habrá de satisfacer el deudor. Es determinable la prestación cuando sin estar individualizado su objeto (cosa, hecho) es factible de individualización ulterior.

En este último supuesto, de prestaciones determinables, se ubican las prestaciones liquidables y las ilíquidas que refiere el artículo 689 CPC y la última parte del artículo 697 CPC del mandato ejecutivo. Cuando la obligación es además de líquida, liquidable, esta se convierte en líquida mediante operación aritmética, mecanismo no aplicable a las prestaciones ilíquidas. No hay que confundir determinación de la prestación con la existencia actual de ella. Esa determinación no falta por más que todavía no exista la prestación debida. Es lo que ocurre necesariamente en las obligaciones de hacer, en las cuales el hecho debido es sobreviniente a la constitución de la deuda; pero también es posible una obligación con respecto a cosas futuras, por ejemplo, la venta de una cosecha, tal obligación queda subordinada a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir.

Otro referente para la exigibilidad de la prestación es que el objeto sea posible, pues, un objeto imposible equivale a un objeto inexistente, de modo que no se puede imponer la obligación de hacer algo imposible. En la teoría concurren distintos criterios que sostienen que el objeto de la prestación para que sea exigible debe tener una apreciación pecuniaria. Si la prestación careciera de significación pecuniaria, el incumplimiento del deudor no lo hace incurrir en responsabilidad alguna por cuanto dicho incumplimiento no redundaría en detrimento patrimonial del acreedor.

Las prestaciones son exigibles, cuando las partes señalan el momento a partir del cual se puede solicitar el cumplimiento de lo pactado. En ese sentido véase la Casación N° 871-97-Puno que dice: "en los procesos de ejecución, se parte de una situación cierta, pero insatisfecha, y el proceso versa, precisamente, sobre esa satisfacción que debe tener el ejecutante respecto de su acreencia la que se puede reducir, mas no alterar".

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

3. Cuando la prestación se refiera a dar suma de dinero, debe ser, **líquida o liquidable**, mediante operación aritmética. Nótese que la norma hace referencia a la “prestación liquidable”, mas no a la prestación ilíquida, a que refieren los artículos 697 y 717 CPC.

La prestación liquidable es la que puede dilucidarse numéricamente mediante operación aritmética, método que no podría ser de aplicación para las prestaciones ilíquidas. Véase, el caso de la sentencia que condena a una cantidad líquida y al mismo tiempo a los intereses que las partes habían pactado en la relación jurídico material. Dichos intereses se consideran como cantidad liquidable (no ilíquida), por cuanto en la sentencia se fija el porcentaje y período por el cual deberán abonarse; y aún en el supuesto que no existiera pacto, se aplican los intereses legales. Ello es posible porque se trata de una simple operación matemática.

Cuando el título es ilíquido, no puede procederse a la ejecución con una simple operación aritmética porque ella responde a razones muy distintas. En estos casos, estamos ante las llamadas sentencias de condena genérica o de condena con reserva. Véase el caso de la sentencia que condena al pago de una suma líquida y dispone, la compensación del saldo de la deuda existente mediante la devolución de mercadería, luego de computarse la depreciación de ella, al momento de la entrega<sup>(1)</sup>; o el caso de la sentencia que condena al pago de daños y perjuicios, fijándose las bases para dicha posterior liquidación; o la liquidación de frutos, rentas y utilidades, según las pautas preestablecidas en la condena. Montero Aroca<sup>(2)</sup> refiere que estas prestaciones operan cuando la Ley admite que ésta sea ilíquida, dejando la liquidación para la fase de ejecución; otro supuesto es que no haya existido realmente una actividad declarativa previa, sino simplemente el presupuesto para condenar genéricamente a los daños sufridos; también permite prestaciones ilíquidas, cuando la obligación de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica se pueden transformar por Ley en obligación pecuniaria. En este último caso, nuestro Código hace referencia esta situación en los artículos 706 y 708 CPC.

4. Es importante diferenciar las condenas de futura ejecución, regulada en el artículo 594 CPC, con las condenas genéricas o llamadas también de condena con reserva. Esta última, es siempre una condena pecuniaria, ordena pago de dinero, pero es ilíquida, porque la sentencia no fija el importe concreto de esos daños. Ello es uno de los supuestos en que se plantea la necesidad de liquidar la condena, esto es, determinar exactamente qué cantidad de dinero debe ser entregada por el deudor, con citación de éste. La condena a futuro, puede no ser

(1) Véase el caso promovido por Proveedores Hospitalarios Prohosa SA con Laboratorio Baxter SA, Expediente Nº 8161-1997, 33 JCL sobre obligación de dar suma de dinero.

(2) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional, t.II proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p. 522.

pecuniaria, como el caso del desalojo que regula el artículo 594 CPC, o siendo dineraria, es posible que se conozca su cuantía, por ejemplo, si la sentencia condena al pago de las rentas adeudadas y todas las demás que vencieran en el futuro, la fijación del quantum dependerá de una simple operación matemática que el juez podrá realizar sin necesidad de oír al ejecutado, por lo que en este caso no es precisa esa liquidación.

La condena con reserva se produce cuando, habiendo sido objeto de una condena a reparar los daños y perjuicios, no será posible precisar la cuantía a que debe ascender la indemnización, ni establecer las bases o criterios para una posterior liquidación, esto es, encierra una condena a prestación actual, aunque ilíquida; en cambio, la condena a futuro, se produce cuando en el momento de solicitar la condena del demandado y de dictarse la sentencia correspondiente, aún no ha vencido la obligación o ha vencido sólo en parte.

En otros términos, aun cuando el importe tenga que determinarse en el período de ejecución, no por eso la prestación impuesta al demandado en una sentencia de condena con reserva deviene en condena de futuro.

Esto significa que si una sentencia contiene una condena con reserva, ésta puede ser inmediatamente ejecutada, porque se trata de una condena a prestación actual y en este sentido ejecutable de inmediato, sólo que, como tal condena es ilíquida, debe integrarse con ciertas actuaciones previas a la ejecución. Algunas opiniones consideran que, como le falta el requisito de la liquidez y para obtenerla habría que seguir un procedimiento de liquidación, la sentencia que contiene una condena con reserva no es directamente ejecutable; sin embargo, otras opiniones señalan, que, una cosa es que sea necesario determinar el importe de la condena con reserva en un incidente; y otra, muy diferente, que la ejecución no pueda comenzar mientras no se produzca la exigibilidad de la prestación debida y su falta de cumplimiento, como ocurre con la sentencia que contiene una condena de futuro.

5. Otro aspecto que debe verificarse es que la resolución judicial se encuentre consentida o ejecutoriada. Opera la primera situación cuando las partes una vez notificadas, dejan transcurrir los plazos sin interponer recurso alguno; cuando, pese a la circunstancia de haberse interpuesto y concedido un recurso se lo declara improcedente por no cumplir con la carga de expresar agravios o presentar la tasa judicial. Una sentencia se encuentra ejecutoriada, cuando ha mediado confirmación, por el superior en grado, de un fallo condenatorio de primera instancia o cuando, siendo éste infundado, es revocado en segunda instancia.

En los casos de títulos judiciales, para que proceda la ejecución debe haber vencido el plazo para el cumplimiento de la prestación que ella ha fijado, para recién proceder a ejecutarla. El impulso es instancia de parte.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Sobre el cómputo de dicho plazo, hay dos criterios que se invoca: desde la notificación de aquélla en la apelación y a partir de la notificación de la providencia “por devueltos”.

Cuando la sentencia no determina plazo para su cumplimiento, ella es susceptible de ejecución, inmediatamente de quedar consentida o ejecutoriada. Distinto es el caso que la sentencia que disponga hacer o no hacer alguna cosa, allí el Código Procesal exige que el juez señale el plazo para la ejecución. Véase el caso de la entrega de bien mueble determinado, aquí el juez atendiendo a la naturaleza de la obligación, debe fijar un plazo para la entrega.



### JURISPRUDENCIA

---

*La renovación de las cambiales no extinguen la obligación. Si está es objeto de cobro, a la ejecutada, en otro proceso judicial, las cambiales originales no resultan exigibles por razón de modo, pues, las partes acordaron trasladar la misma obligación a las nuevas cambiales. E1 cobro a la ejecutada de la misma obligación, en dos procesos distintos, constituye ejercicio abusivo de un derecho que la ley no ampara (Exp. Nº 99-118803-3319, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 398)*

*Los títulos ejecutivos o de ejecución solo dan mérito para despachar la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible; es cierta, cuando es conocida como verdadera e indubitable; es expresa, cuando manifiesta claramente una intención o voluntad, y es exigible cuando se refiere a una obligación pura y simple, y si tiene plazo, que éste haya vencido y no esté sujeto a condición (Cas. Nº 2380-98-Lima, El Peruano, 18/12/99, p. 4321)*

*Cuando una de las partes requiera que se realice prueba pericial sobre la liquidación de los intereses compensatorios y moratorios, por considerar que estos son excesivos, dicha prueba pericial debe ser actuada durante la etapa de conocimiento del proceso para poder señalar en la sentencia la suma a pagar, y no diferirla a la etapa de ejecución de sentencia (Cas. Nº 388-99-Lima, El Peruano, 19/10/99, p. 3769)*

*Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derechos, constitutivas de derechos y de condena. Las dos primeras, con solo declarar fundada una demanda, llenan la finalidad del proceso, pues con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, mientras que la sentencia de condena impone al vencido una prestación dar, hacer, no hacer creando un título ejecutivo judicial que puede ser ejecutado, aun por la fuerza (en ejercicio del ius imperium) contra el condenado (Cas. Nº 1752-99-Cajamarca, El Peruano, 07/04/2000, p. 4968)*

*Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derecho, constitutivas de derecho y de condena, y solo esta última precisa de un proceso de ejecución, porque las otras dos llenan la finalidad del proceso con el solo hecho de declarar fundada la demanda, ya que con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, lo que no ocurre con la sentencia de condena (Cas. Nº 1516-97-Lambayeque, El Peruano, 14/10/98, p. 1908)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Para promover proceso de ejecución es necesario que la obligación contenida en el título sea cierta, expresa y exigible. Una obligación resulta cierta cuando su objeto está señalado en el título mismo; es expresa, cuando dicha obligación aparece en el propio título y exigible, cuando el plazo se ha vencido y se ha verificado la condición o se ha cumplido la contraprestación que aparece en el título (Exp. Nº 447-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 540)*

*Cuando por mandato de la Ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga al día del pago (Exp. Nº 718-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp.118-119)*

*Las sentencias deben cumplirse de acuerdo a sus propios términos sin ser calificados su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad (Exp. Nº 1454-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 325)*

*El artículo 1236 del Código Civil autoriza al Juez para actualizar la pretensión dineraria aplicando cualquier índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación al valor constante, la que puede hacerse incluso en la etapa de ejecución de sentencia (Exp. Nº 12-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 100-101)*

*Es improcedente la demanda si la obligación puesta a cobro no cumple con los requisitos de fondo establecidos en el artículo 689 del C.P.C., esto es, que la obligación contenida en el título sea cierta, expresa y exigible. Tratándose de una obligación de dar suma de dinero debe ser además líquida o liquidable mediante operación aritmética.*

*Una obligación resulta cierta cuando la prestación está señalada en el título; es expresa cuando la obligación figura en el título mismo y no es el resultado de una presunción legal o una interpretación de algún precepto normativo; es exigible cuando se ha vencido el plazo, se pruebe la verificación de la condición o que se ha cumplido la contraprestación (Exp. Nº 55206-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 531-532)*

*Es improcedente la demanda si no se puede concluir de manera fehaciente que la obligación resulta exigible, ni mucho menos existe certeza respecto del monto líquido de la obligación impaga, pues, no se cumple con los requisitos de fondo que señala el artículo 689 del C.P.C (Exp. Nº 17390-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 527-528)*

*No pueden ser consideradas como causales de inexigibilidad de la obligación, la separación convencional del obligado o las dificultades financieras que dice estar atravesando, pues, la inexigibilidad solo se produce cuando la obligación ya no existe por haber sido satisfecha (Exp. Nº 2451-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 535)*

*Si en el contrato que vinculó a las partes se han pactado supuestos de incumplimiento, constituye requisito de procedibilidad para viabilizar la ejecución, se acredite fehacientemente que la obligación se incumplió por razones imputables a los obligados garantes. Ello genera la inexigibilidad de la obligación y por ende el incumplimiento de los requisitos del artículo 689 del C.P.C.*

*Resulta insuficiente la liquidación del saldo deudor si la obligación principal carece de liquidez al no poderse determinar de la misma un monto determinado o determinable (Exp. Nº 19861-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 536)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Debe ampararse la demanda que contenga una obligación cierta, expresa y exigible puesta a cobro. Cuando deba pagarse interés sin haber fijado tasa, el deudor debe abonar el interés legal. Si la cambial puesta a cobro contiene un recuadro en la parte superior que señala el vencimiento, debe entenderse que contiene fecha fija de vencimiento (Exp. Nº 10200-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 557-558)*

*Los plazos se hallan renovados después de vencidos y antes de haber prescrito. Las renovaciones constituyen facilidades para el obligado, pues, al incumplir con el plazo inicial fijado, éste es ampliado por el acreedor (Exp. Nº 98-31025, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 613)*

*“... Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible; (...) la prueba anticipada recaudo de la demanda no cumple con dichos requisitos, pues, no obstante reconocer el demandado el contrato respectivo, no ha reconocido el monto de la deuda...” (Exp. Nº 54579-97, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 633)*

*Cuando el incumplimiento de una ejecutoria se trata, forzoso es acudir, única y exclusivamente, a los términos de la misma para la resolución de todas las cuestiones que surjan entre las partes litigantes respecto al modo y forma que deba llevarse a efecto la ejecución de lo en ella resuelto (Exp. Nº 182-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.22).*

*Es improcedente la demanda, si del contrato que vinculó a las partes, se acordaron supuestos de incumplimiento y por ende de ejecución, y no se han materializado previamente éstos, pues, constituyen requisitos de procedibilidad para la ejecución.*

*La garantía hipotecaria es un contrato accesorio, dependiente de la obligación principal que garantiza (Exp. Nº 98-19861, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 100).*

## LEGITIMACIÓN Y DERECHO DE TERCERO

### ARTÍCULO 690

*Está legitimado para promover ejecución quien en el título ejecutivo o de ejecución tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado. Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 317, 318, 319, 320, 321

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia a la legitimación. Ella viene determinada por el título. A pesar que la redacción del artículo considera que “está legitimado para promover ejecución quién en el título tiene reconocido un derecho en su favor” hay circunstancias que la ejecución puede realizarse por y frente a quien no aparece en el título, como es el caso de la fusión y la absorción de las personas jurídicas. En estos supuestos nos encontramos ante la legitimación derivada, porque surge después de la formación del título. Señala Montero Aroca<sup>(1)</sup>, “el título determina la legitimación activa y pasiva. El aparecer en él es suficiente para que el juez despache la ejecución. Es posible que el ejecutado se oponga a la ejecución alegando que no existe ya el derecho material (porque pagó entre la sentencia firme y la iniciación de la ejecución) pero ello no afecta a la legitimación sino al fondo del asunto”.

Puede darse el caso que se pida la ejecución por persona no designada en el título o que no afirme su legitimación por sucesión. En este caso el juez no deberá admitir la ejecución por falta de legitimación, caso contrario, el ejecutado podrá alegar la excepción que recoge el inciso 6 del artículo 446 CPC.

---

(1) Op. cit. 462.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En caso de litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo, esté sigue manteniéndose en la ejecución, sin embargo, hay situaciones que permite que el requerimiento no se haga a la totalidad de los litisconsortes, véase el caso, de la condena al pago de una cantidad de dinero. Basta iniciar la ejecución contra uno de los deudores, para que la obligación quede satisfecha.

En relación a la legitimación extraordinaria, señala Montero Aroca<sup>(2)</sup> que es posible estar legitimado sin afirmar la titularidad activa de la relación jurídica. Es así que es posible utilizar la acción subrogatoria respecto de la acción ejecutiva. Cita como ejemplo, el caso del deudor que ha obtenido a su favor una sentencia contra un deudor suyo, y no insta la ejecución, el acreedor después de haber perseguido los bienes que estén en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe, puede ejercitar todas las acciones de éste y por tanto también las ejecutivas.

Respecto de otras legitimaciones, señala Montero Aroca<sup>(3)</sup> “habrá de estarse al caso concreto para comprobar si el Ministerio Fiscal, las asociaciones, corporaciones y grupos pueden o no instar la ejecución, aunque no hubiesen sido parte en el proceso de declaración y no figuren por tanto, en el título, pero en principio la legitimación tiene que poder comprender también la ejecución. Así si la fábrica ha sido condenada a colocar una depuradora de aguas residuales y el demandante no insta la ejecución ¿podrá hacerlo la asociación, corporación o grupo que actúa en defensa de los derechos o intereses colectivos? Creemos que sí”.

2. La norma permite que cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución. Tercero es quien no es parte de la relación procesal pero tiene un interés jurídico relevante en el objeto de discusión.

En la ejecución, interviene cuando se puede afectar el derecho de crédito de un tercero frente al ejecutado. Si ese crédito goza de preferencia con relación a un bien determinado el principio de subsistencia de las cargas preferentes y anteriores significa que no se verá afectado, pero cuando la preferencia es genérica forzará al tercero a acudir a la tercería de mejor derecho. Nótese que la comunicación a los terceros acreedores no se exige con el mandato de ejecución o ejecutivo sino en la etapa de la ejecución forzada (ver artículo 726 CPC) porque el ejecutado deudor perfectamente puede optar por satisfacer la obligación dentro del plazo asignado por el juez, evitando de esta manera el inicio de la ejecución forzada.

Por otro lado, en el supuesto que se convoque a remate público como resultado de la ejecución forzada, un inmueble embargado, pero se omite notificar al acreedor hipotecario, pese a que la copia certificada de la ficha registral señala la

---

(2) Op. cit. p. 465.

(3) *Ibidem*.

existencia de una hipoteca constituida a favor del tercero con anterioridad al embargo trabado en el proceso de actual ejecución, no resulta válido el argumento que ha operado la notificación al tercero acreedor hipotecario, en aplicación del artículo 690 CPC, con las publicaciones en el periódico, que contienen la convocatoria a remate público; por tanto, continuar el proceso obviando la notificación formal al tercero acreedor no ejecutante permite asumir la tesis de la afectación al derecho a la defensa de esta parte.

Hay circunstancias que pueden colocar al tercero en una posición pasiva, como es el caso, cuando se dirige la ejecución sobre bienes que son de su propiedad en su totalidad o en parte. Véase el caso de la transferencia de un bien hipotecado. Cuando la ejecución persigue bienes hipotecados y éstos han pasado a poder de un tercero, aparece todo un sistema de intervención del mismo en el proceso. Conforme lo dispone el artículo 1117 CC “el acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la Ley”. En ese sentido, la Sala Comercial de Lima<sup>(4)</sup> se ha pronunciado así: “conforme se advierte de los testimonios de compra-venta, que los posteriores adquirentes del inmueble materia de ejecución conocían del gravamen, además de la publicidad del registro, por tanto, mal pueden pretender desconocer el gravamen existente, afirmando la inejecutabilidad de la hipoteca por no haber intervenido los adquirentes directamente en su constitución, pues, su condición de no deudores no hace inejecutable al gravamen de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1117 CC”.

La ejecución puede continuar también respecto de bienes embargados en forma de inscripción que se han transmitido después del embargo, en estos casos, la ejecución se dirige contra el bien que es de un tercero, asumiendo éste la carga hasta por el monto inscrito al momento de la transferencia. (artículo 656 CPC)

En ambos supuestos, pueden los terceros intervenir sujetándose a lo dispuesto en el artículo 101 CPC, mediante solicitud que tendrá la formalidad prevista para la demanda, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañar los medios probatorios correspondientes.

El artículo 689 en comentario y el artículo 726 CPC se orientan a regular el tratamiento de la concurrencia de acreedores en relación a los bienes materia de ejecución. Para que este artículo sea útil, la notificación al tercero debe entenderse como obligatoria, porque estamos ante el supuesto de terceros forzados u obligados, no a concurrir, sino a ser citados con el mandato de ejecución.

(4) Véase el pronunciamiento de fecha 30 de junio del 2005, Expediente N° 177-2005, caso seguido por Mota – Engil Engenharia e Construcao SA con Inmobiliaria Explotadora Santa Ernestina SA sobre ejecución de garantías.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Otro supuesto se aprecia en la ejecución de garantía hipotecaria o en el embargo persecutorio, cuando se afecte la posesión de los ocupantes del inmueble, en caso prosperará el remate y adjudicación del bien. El inciso 3 del artículo 739 CPC condiciona la entrega del inmueble al adjudicatario, si el tercero fue notificado con el mandato de ejecución.

Uno de los puntos en discusión en la judicatura es como identificar a los terceros poseedores del inmueble, objeto de ejecución, para la respectiva notificación. Para algunos jueces no es suficiente que se pida notificar a los ocupantes del predio materia de ejecución, sino que exigen se precise el nombre e identificación de dichos ocupantes. La gran disyuntiva se torna para el abogado en cómo conseguir tamaña información, cuando los ocupantes generalmente no prestan colaboración para ello. Estaríamos frente al caso de personas indeterminadas, que en el supuesto que fueran emplazadas (que no es el caso porque no son partes) se recurriría a la notificación por edictos (ver artículo 435 CPC). Ante tales circunstancias, algunos jueces han optado en aceptar se dirija la comunicación, mediante cédula bajo el siguiente calificativo: “a los ocupantes del inmueble”, afectando el inciso 1 del artículo 158 CPC que exige se consigne el nombre y apellido de la persona a notificar o designación que corresponda; todo ello, ante la imposibilidad material de identificar a los ocupantes. En el supuesto que se pretendiera cuestionar esta forma de notificar por no haber consignado la información que exige el inciso 1 del artículo 158 CPC, se argumenta que la intervención en el proceso de éste tercero convalidaría el defecto de la notificación porque el acto surtió su finalidad para la que estaba dirigido, cual es, noticiar de la existencia del proceso de ejecución. Otros criterios sin embargo, exigen que la identificación de los ocupantes del predio se realice mediante una constatación policial, a fin que se pueda tener la certeza de la identificación de los ocupantes. La Sala Comercial de Lima<sup>(5)</sup>, en este extremo ha establecido que se cumple con lo previsto en el artículo 690 CPC, si “el cargo de notificación del mandato de ejecución dirigido a los ocupantes del inmueble materia de remate, se advierte que fue efectuado bajo puerta, con la constancia de preaviso, tal como lo exige el artículo 171 CPC, no se afecta el debido proceso, pues, el juez cumplió con notificar debidamente a los ocupantes del inmueble, al no ser necesario individualizar a los ocupantes de aquél”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si los terceros han otorgado hipotecas, para garantizar obligaciones de los ahora ejecutados, a aquellos les asiste el derecho a ser debidamente emplazados, acorde a las reglas procesales para ejecutar las garantías reales en referencia y no ser sometidos a un proceso, donde no son partes, ni han sido notificados con el mandato ejecutivo.*

(5) Véase el pronunciamiento en el Expediente N° 179-2005, de fecha 16 de junio del 2005, en el caso Banco de Crédito del Perú con Carlos Lizier Gardenia sobre ejecución de garantías.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Es nula la resolución que ordena el remate de bienes de personas que no son parte del proceso (Exp. Nº 293-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 377)*

*En el proceso de ejecución de garantías, los emplazados principales son los garantes hipotecarios, quienes deberán responder con el bien afectado, la obligación de su garantizado. El hecho de emplazarse también al deudor principal, solo es para efectos del pago o contradecir la liquidación del saldo deudor, pues el remate del bien no le alcanzará en este proceso.*

*Existiendo dos recursos impugnatorios en un mismo escrito, debió pagarse doble tasa (Exp. Nº 98-28070-598, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 360)*

*Cuando la ejecución puede afectar derecho de terceros se debe notificar a éstos con el mandato ejecutivo o de ejecución.*

*No obstante que los terceros no hayan invocado el interés legítimo para intervenir en el proceso, se advierte del certificado de gravámenes que son los actuales propietarios del bien, por lo que es evidente que la resolución que ordena el remate va a afectarles, razón por la cual deben intervenir (Exp. Nº 18906-2842-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 179)*

*Si se advierte que el crédito otorgado al demandado ha sido garantizado con una hipoteca, independientemente del resultado del proceso de ejecución de garantías que se haya instaurado, debe integrarse a este proceso el garante hipotecario, a efectos de la cobertura correspondiente, pues es innegable que el crédito directo ha sido otorgado con el respaldo de la garantía hipotecaria que deberá ser ejecutada, eventualmente, prioritariamente a cualquier otro bien del deudor (Exp. Nº 24896-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 70)*

*Si se pretende ejecutar la hipoteca, la acción debe dirigirse contra la deudora hipotecaria, pues ella es quien tiene la calidad de obligada en el título de ejecución.*

*No procede el remate si solo se ha demandado a la responsable de la obligación garantizada y no a la deudora hipotecaria. En igual forma, si la transacción aprobada, ha sido celebrada sin intervención de la deudora hipotecaria, el incumplimiento de lo pactado, no autoriza al vencedor a ejecutar una garantía hipotecaria otorgada por un tercero, sin que éste, sea debidamente emplazado (Exp. Nº 9518-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 609-610)*

*Si el tercero ha solicitado se precise el extremo de la resolución que deja sin efecto todo gravamen que pesa sobre el inmueble, la misma que ha sido denegada, carece de objeto pronunciarse sobre dicha denegación, porque resulta ineficaz, todo lo actuado sobre la vigencia de aquella resolución, pues, se ha inobservado el artículo 690 del Código Procesal Civil al no haber notificado con el mandato de ejecución, a los terceros que iban a resultar afectados con la ejecución, situación que corresponde declararlo al juez de la causa (Exp. Nº 604-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 604-605)*

*Cuando la ejecución puede afectar el derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La cosa juzgada se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, siempre que dichos terceros hubieran sido citados con la demanda (Exp. N° 651-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 515)*

*Si el demandado siendo solo propietario del 9.45 mts. del terreno, vende indebidamente a terceros la totalidad del bien, dicho acto jurídico resulta nulo, pero solo en lo que excede a los 9.15 m2 que pertenecía al vendedor y que podía transferir válidamente.*

*Existe imposibilidad jurídica para ejecutarla acción reivindicatoria, si lo que pertenece al actor es simplemente el lote de terreno, sobre el cual terceros adquirentes han construido una casa de dos plantas de material noble, los mismos que son propietarios de la construcción (Exp. N° 397-95-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 135-137)*

*Aquel que suscriba un título valor sin facultades para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiere obrado en nombre propio, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar. Tales responsabilidades personales deben demandarse y probarse extracambiariamente.*

*Los derechos y obligaciones deben estar inscritos en el título valor, porque son los términos contenidos en éste, los que determinan el contenido y los efectos de tales derechos, así como la titularidad del tomador legítimo y las prestaciones a cargo del obligado (Exp. N° 1745-98, Sala de Procesos Abreviados, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 559-560)*

## SENTENCIA Y APELACIÓN

### ARTÍCULO 691

*El plazo para interponer apelación contra la sentencia es de cinco días contados desde notificada ésta.*

*En todos los casos en que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376°. Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final.*

*Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369° en lo referente a su trámite.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El proceso de ejecución parte de un supuesto, la existencia de un título, sin embargo, una de las cosas incoherentes que encontramos en el proceso de ejecución es la generación de sentencias, como es el caso, de las que se emiten en los procesos ejecutivos. En estos procesos, no hablamos de una ejecución pura sino de la intervención de una cognición restringida que a futuro, luego del ejercicio del contradictorio, desencadenará en una sentencia, para posteriormente ingresar a la ejecución de dicho fallo.

A pesar que la norma no lo distinga, este enunciado no comprende a la sentencia de mera declaración del derecho; ni la constitutiva, que se orienta a crear, regular, modificar, un estado jurídico inexistente antes de su aparición. Debemos entender que por la naturaleza del proceso en la que se emite, solo cabe las sentencias de condena. Ella se orienta no solo a declarar la certeza de una determinada situación jurídica, sino que además ordena al vencido el cumplimiento de un dar o un hacer algo a favor de la parte victoriosa.

2. Las sentencias pueden ser objeto de apelación, como expresión del sistema de instancia plural. Es conocida como un recurso ordinario, frente a lo extraordinario de la casación. Tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine la resolución que según el recurrente le atribuye un defecto de fondo, que se deduce para obtener su sustitución ante el juez superior.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El plazo para interponer apelación contra la sentencia es de cinco días contado desde notificada ésta. La tramitación de esta apelación se rige por lo regulado en el artículo 376 CPC, la misma que también es extensiva para la apelación de la resolución final, como la improcedencia de la demanda o la resuelve la contradicción (ver artículos 720 y 722 última parte).

Adviertase que los plazos para la impugnación, son perentorios, fatales, pues, legalmente no admite prórroga; y que estos plazos son extensivos para la adhesión.

La apelación con efecto suspensivo, impide la ejecución de la sentencia. Dicha resolución queda suspendida hasta la notificación que ordene se cumpla lo dispuesto por el Superior.

En el caso que se conceda apelación sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida. El artículo 369 regula el trámite a esta modalidad de apelación. Consiste en postergar la apelación hasta el momento en que el expediente se remita ante el órgano superior para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva o resolución final. Constituye una especie de reserva del recurso. Es una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva.

El fundamento de la apelación en efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que en desmedro de la celeridad procesal sufre el procedimiento de primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas.

La redacción de la norma en comentario, evita se invoque el artículo 372 CPC que señala que cuando el Código Procesal no haga referencia al efecto o calidad de la apelación, debe entenderse que es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.



### JURISPRUDENCIA

---

*La norma civil establece que el ofrecimiento de medios probatorios con le escrito de apelación y su admisión solo es procedente en los procesos de conocimiento y abreviados, mas no en los procesos ejecutivos (Cas. Nº 1661-97-Lima, El Peruano, 20/11/98, p. 2068)*

## LIMITACIÓN CAUTELAR

### ARTÍCULO 692

*Cuando se haya constituido prenda, hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el Juez en decisión inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma recoge la concurrencia de la medida cautelar y los derechos reales de garantía frente al patrimonio del ejecutado. La medida cautelar es un acto jurisdiccional que busca asegurar la paz social a través de la eficacia de la sentencia. Existen otros mecanismos no jurisdiccionales que permiten cautela, que se constituyen fuera del proceso y cumplen fines análogos a las medidas cautelares. Estos son la prenda, la hipoteca y la anticresis, cuyo origen es consensual a diferencia del origen jurisdiccional de la medida cautelar.

El artículo en comentario se orienta a limitar la cautela judicial frente a los derechos reales. Señala que “cuando se haya constituido prenda, hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor”. Frente a esta limitación, la propia norma nos permite ciertas liberalidades que la presentamos bajo dos supuestos:

a) la existencia de un proceso de ejecución de garantías —en giro— cuyo valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos. Nótese que bajo ese enunciado nos ubicamos en el supuesto del saldo deudor que regula el artículo 724 CPC, que dice: “Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo”. Ello implicaría que en tanto se inicie el proceso ejecutivo, con la nueva liquidación del saldo deudor, se pueda cautelar dicho saldo, con otros bienes del deudor; otro supuesto que también nos permitiría invocar esta excepción es cuando en la ejecución de garantías, el capital, es de tal magnitud que la garantía no permitiría satisfacer intereses y gastos procesales. En tales casos, no hay que esperar llegar al fin de la ejecución de la garantía real para recién instar por la medida cautelar.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Véase el caso de la ejecución de un bien hipotecado, en la que se dictaría la medida cautelar en forma de retención sobre la renta que viene percibiendo el ejecutado por dicho inmueble. Este monto de la cautela, aseguraría a futuro la ejecución del saldo deudor por los intereses y gastos no cubiertos con la garantía real.

b) el otro supuesto refiere a la posibilidad de instaurar el secuestro complementario del bien sobre el que se ha constituido el derecho real en garantía, como sería en el caso de la prenda. La norma es tolerante con dicha intervención, al permitir que el juez pueda acceder a esta cautela "por motivos especialmente acreditados por el ejecutante". Véase el caso de situaciones que pongan en peligro la integridad de la garantía, aun cuando el crédito correspondiente no sea exigible por hallarse sujeto a plazo o condición. El secuestro de los bienes prendados que puede solicitar el acreedor, en los casos en que el dueño de aquellos los saque del lugar en que se hallaban cuando se constituyó la garantía, los use indebidamente o se niegue a que el acreedor los inspeccione.

En cuanto al acreedor hipotecario este puede invocar los actos del deudor que busquen disminuir el valor del inmueble hipotecado; por citar, el propietario de una casa que emprende la demolición de la casa. Los acreedores hipotecarios podrían pedir la intervención judicial sobre dicha propiedad para que se preserve su estado.



### JURISPRUDENCIA

---

*Los bienes dados en prenda vehicular no pueden seguir en posesión de la demandada, pues, ante la mora en el pago que ha incurrido, la demora del proceso le va a permitir seguir explotando económicamente los vehículos en su provecho y en desmedro del crédito del ejecutante, pues, por la depreciación acelerada de los mismos, cuando se ordene el remate no va a contar físicamente y en forma oportuna con los intereses.*

*Debe ampararse la medida pues los bienes a secuestrarse deben estar a disposición del juzgado, para los efectos de la tasación comercial actualizada, requisito de admisibilidad en el proceso de ejecución de garantías (Exp. N° 10731-1234-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 567-569)*

*La hipoteca no determina la desposesión del bien y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien. Aunque no se cumpla con la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del bien por el valor de la hipoteca, siendo nulo todo pacto en contrario. Por ello, si se ha pactado la dación en pago en caso de incumplimiento, ello no puede operar por ser un pacto en contra de la ley (Exp. N° 1454-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 179)*

*La garantía hipotecaria es un acto jurídico que constituye título ejecutivo suficiente para que el ejecutante recurra al órgano jurisdiccional a efectos de lograr la ejecución de la misma.*

*Si el ejecutado cumple con consignar una cifra mayor a lo adeudado es procedente suspender el remate judicial. La suma por intereses, costas y costos es susceptible de ser ejecutable vía remate judicial del bien hipotecado que garantice su liquidez (Exp. N° N-576-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 536-537)*

## Capítulo II

---

# PROCESO EJECUTIVO

### Sub - Capítulo 1º

---

## DISPOSICIONES GENERALES

### TÍTULOS EJECUTIVOS

#### ARTÍCULO 693

*Se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos:*

- 1. Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia; (\*)*
- 2. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia. (\*)*
- 3. Prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido. (\*\*)*
- 4. Copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta.*
- 5. Documento privado que contenga transacción extrajudicial.*
- 6. Documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual. (\*\*\*)*
- 7. Testimonio de escritura pública.*
- 8. Otros títulos a los que la ley da mérito ejecutivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

(\*) Texto del inciso según 1ª disp. modificatoria de la Ley 27287 de 19-06-2000.

(\*\*) Texto del inciso según el art. 2 de la Ley 27027 de 27-12-1998

(\*\*\*) Texto del inciso según art. único de la Ley 28125 de 16-12-2003.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

### LEGISLACIÓN COMPARADA

<i>C.P.C. Italia</i>	arts. 482, 474-481
<i>C.P.C. Colombia</i>	arts. 488, 489, 544-549

---

### *Comentario*

---

1. La naturaleza del proceso ejecutivo suscita una serie de confrontaciones, entre quienes lo consideran como un proceso declarativo o como un auténtico proceso de ejecución, generando con ello dos visiones en los sistemas de ejecución: el unitario y el dual. Algunos autores consideran al procedimiento ejecutivo como “un proceso de cognición común, pero sumario, por razones cualitativas, que está destinado a satisfacer pretensiones dotadas de cierto privilegio”; otros prefieren distinguir los procesos de ejecución en sumarios y no sumarios, tomando como base la existencia de título extrajudicial o judicial. Frente a dichas posiciones se sostiene que la cognición es opuesta a la ejecución; sin embargo, se permite esta cognición cuando se provoca contradictorios a los que debe calificarse como “incidentes declarativos” destinados, no a declarar derechos sino a fijar alguna de las condiciones de la propia ejecución.

En estos casos estamos ante un proceso mixto de ejecución y cognición, que permitía que lo resuelto se revise en un proceso plenario posterior, lo que significaba que lo decidido en el procedimiento ejecutivo no produzca cosa juzgada. Nuestro Código Procesal no acoge el procedimiento descrito porque si bien se permite una cognición sumaria, a través del contradictorio, no cabe la revisión ulterior sobre lo decidido, como ocurriría con el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Montero Aroca<sup>(1)</sup> señala que el proceso ejecutivo es un proceso de ejecución especial. La sumariedad ha de referirse, no al proceso de ejecución, sino al incidente declarativo que puede insertarse en aquél. No cabe pensar que estemos ante un proceso sumario de ejecución, por la sencilla razón que la sumariedad es una característica que solo puede referirse a la declaración, pero si cabe decir que estamos ante un proceso de ejecución especial, en el que el incidente de oposición que puede entablarse es sumario, por lo que respecto del mismo cabe un proceso declarativo plenario posterior; en este proceso no se discutirá si el título era ejecutivo o no, pero si cabe plantear todo lo relativo a la relación jurídica material. Este diseño que describe Montero Aroca, aparecía en el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, por el cual, se permitía la ulterior discusión

---

(1) Aroca Montero Juan, “La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo” en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, t.II, Tirant to Blanch, Valencia, 1995, pp. 2402.

a través de un procedimiento de contradicción de sentencias, diseño que ya no acoge el vigente Código Procesal.

2. En la demanda ejecutiva lo único que debe alegarse es que se tiene y se presenta un título, de aquellos que la Ley le apareja ejecución y que la obligación documentada en el título cumple los requisitos legales. Estas dos circunstancias deben desprenderse del título mismo, y a partir de él nace el derecho del ejecutante a que el juez despache la ejecución y la lleve hasta el final. El ejecutante no deberá probar nada; si el ejecutado alega algo, sea lo que fuere, a él le corresponde la prueba. En el título se resume todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa; cualquier otra cosa entrará por obra del ejecutado y consiguientemente a él le corresponderá probar lo que alegue. La contradicción que formule no puede equipararse al que se desarrolla con el emplazamiento o citación de los procesos de cognición, pues en el declarativo estamos ante la expresión del principio de audiencia o contradicción, con tal fuerza que aunque el demandado no se apersona el actor debe probar los hechos alegados si quiere obtener una sentencia favorable, de modo que la no comparecencia del demandado se hace equivaler como la admisión tácita de hechos. En el procedimiento ejecutivo, la contradicción está limitada y de ahí que el ejecutante, a pesar de la citación, no deba probar nada, partiendo de la existencia y de la regularidad del título. La citación que refiere este artículo 700 CPC, es solo un medio de provocar la oposición del ejecutivo. El tema central de discusión se orienta a dilucidar la posibilidad que se inserte un incidente declarativo en un proceso de ejecución.

Las notas básicas de este procedimiento se expresan en que la orden de pago lo dicta el juez inaudita parte, después de examinar la demanda ejecutiva, lo que supone una cognición limitada; además, recurre a una contradicción limitada del deudor. El Código Procesal según el título determina un procedimiento propio, como el ejecutivo, ejecución de garantías y ejecución de resoluciones judiciales.

3. Una vieja discusión que acompaña al título ejecutivo se orienta a dilucidar si el título ejecutivo configura un acto o un documento. Para Liebman, el título es un acto. El documento no es más que el aspecto formal del acto y éste, en tanto tiene una eficacia constitutiva que consiste en otorgar vigor a la regla jurídica sancionatoria y en posibilitar la actuación de la sanción en el caso concreto, crea una nueva situación de derecho procesal que no debe confundirse con la situación de derecho material existente entre las partes. En cambio, Carnelutti, sostiene que el título ejecutivo es un documento que representa una declaración imperativa del juez o de las partes. "Siendo esa declaración un acto, con el intercambio acostumbrado entre el continente y el contenido y, por tanto, entre el documento y el acto que en él está representado, se explica la costumbre corriente de considerar como título al acto en vez del documento".

Frente a dichas posiciones, la mayor parte de la doctrina asume que ambos, documento y acto, son elementos integrantes del título. Se sostiene que el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

concepto de título ejecutivo, es indistintamente, un concepto de derecho material y un concepto de derecho procesal. Lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que lo justifica. La ejecución entonces, se promueve en virtud del derecho y del documento; pero, no es forzoso que así acontezca. Véase, cuando un propietario pretende el cobro de alquileres, aun cuando el arrendamiento sea verbal y no exista documento en su favor, el título ejecutivo es la calidad de acreedor. Viceversa, puede darse el caso que se lleven adelante los procedimientos de ejecución con documentos y sin título, como cuando la deuda se ha extinguido por prescripción. El juez en la calificación del título no puede oponer –de oficio– esa circunstancia, sin embargo, la sentencia rechazará en definitiva la pretensión del acreedor; pero nótese que la ejecución se ha iniciado con la sola presentación del documento. El ejecutante no precisa más que presentar el título, sin que deba probar nada. Todas las alegaciones que se opongan al acto jurídico y al documento los hará el ejecutado en la contradicción, y solo a él, incumbe la carga de la prueba.

4. El título refiere la condición de estar habilitado jurídicamente para hacer una cosa. Requiere de un documento para acreditar esa calidad. Esto implica que necesariamente deben concurrir ambos conceptos: acto y documento. El acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito pero no tiene el documento; el tenedor de un pagaré oportunamente pagado pero no retirado por el deudor, tiene el documento pero no la calidad de acreedor. Esta concurrencia descrita lleva a sostener que las demandas deben acompañar los originales de los títulos ejecutivos, con ello se evitaría la posibilidad de multiplicar las demandas que podría interponer con la sola presentación de la copia del documento e iniciar el proceso. Monroy<sup>(2)</sup>, señala “el inicio del proceso ejecutivo es de tal contundencia que con su interposición ya el actor cuenta con un considerable número de situaciones procesales a su favor (entre las que está la de solicitar y ejecutar medidas cautelares, de las que el demandado sólo las conoce cuando las soporta), resulta claro que tal licencia importaría dar cabida a un evidente abuso del derecho”.

5. El artículo en comentario describe los diversos títulos ejecutivos. Ellos contienen requisitos de índole sustancial y formal. El título, en sentido formal, es el documento que contiene al acto. Este documento se cuestiona de nulo cuando no acoge la forma señalada por Ley. Véase en el caso de los títulos valores, el protesto. La derogada Ley N° 16857, no admitía mayor discusión la intervención del secretario del Notario como el encargado de efectuar el protesto, sin embargo, la Ley del Notariado N° 26002 al establecer que el Notario ejerce la función notarial en forma personal, exclusiva e imparcial, llevó a sostener que todo protesto hecho por el secretario del Notario era inválido y como tal, se justificaba la nulidad formal

---

(2) Monroy Juan, “Rasgos esenciales del proceso ejecutivo. Merito ejecutivo del contrato de seguros contra siniestros en el proceso civil peruano” en *Advocatus*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, p.109.

del título. Con la nueva Ley N° 27287 (ver artículo 74) considera como funcionarios encargados del protesto al Notario, sus secretarios o el Juez de Paz del distrito correspondiente, en caso no hubiere Notarios. Cuando el tenedor del título valor solicita la diligencia de protesto, no constituye requisito indispensable la indicación del nombre del solicitante en el acta de protesto, pues este sólo es exigible cuando el título ha circulado es decir que haya sido endosado; por lo que esta omisión no acarrea la falta de mérito ejecutivo al título valor (Casación N° 2912-99-Lima).

Como se aprecia, el inciso 1 califica de título ejecutivo al título valor, entendido éste como valores materializados que representan o incorporan derechos patrimoniales, destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales, que por imperio de la Ley, le corresponda según su naturaleza (ver artículo 1 de la Ley N° 27287 de títulos valores). Como se aprecia de la redacción de este inciso, se confiere acción cambiaria “a los títulos debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectivo; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la Ley de la materia” para lo cual debemos remitirnos a la sección sexta de la Nueva Ley de Títulos Valores, que regula al protesto, ante el incumplimiento de las obligaciones que representa el título valor (ver artículo 70 al 89).

6. La nueva Ley de Títulos Valores, otorga reconocimiento jurídico a las operaciones con soporte electrónico e informático que están representados por anotación en cuenta. El artículo 2 de la Ley de Títulos Valores dice: “los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los Títulos Valores señalados en el inciso 1 requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores”.

En atención a esa nueva regulación, el inciso 2 del artículo en comentario, califica como título ejecutivo a “los valores representados por anotaciones en cuenta”, pero por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria. En concordancia con este inciso 2, el artículo 18 de la Ley de Títulos Valores, considera que el mérito ejecutivo respecto a los valores con representación por anotación en cuenta, recae en la constancia de inscripción y titularidad que expida la respectiva institución de Compensación y Liquidación de Valores.

Estas anotaciones en cuenta es una vieja práctica bancaria que consiste en inmovilizar los títulos con soporte de papel, físicamente. Las transferencias se hacen con la simple anotación en un libro de Registro de Depósitos del Banco. No hay manipulación material de los títulos. Para prever la transferencia entre Banco y Banco, se reguló la centralización de los depósitos en Bancos colectores (depósito en segundo grado). Aquí los Bancos perdían la posesión mediata de la cartera de depósitos y pasaban a los Bancos colectores. Hoy esa función –en nuestro país– es realizada por la Institución de Compensación y Liquidación en Valores, CAVALI, que es una sociedad anónima que tiene por objeto exclusivo el registro, custodia, compensación, liquidación y transferencia de valores.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Las anotaciones en cuenta, es un sistema de compensación y liquidación que opera contablemente, abonado o cargando en los datos resultantes de los participantes en el sistema. Mendoza Luna<sup>(3)</sup> señala “esta anotación en cuenta es previa a la desmaterialización, la cual involucra la supresión total de todo certificado (título físico) y no involucra su inmovilización sino su reemplazo por un documento electrónico”.

Efectivamente, con la desmaterialización se busca la eliminación de certificados o documentos físicos de un título que representa la propiedad de valores, de manera que los valores solo existan, en forma de registro computarizado. Se reemplaza el objeto físico por signos electrónicos o bits en la memoria de una computadora. Esto implica que un certificado de acciones puede ser reemplazado por un registro contable que puede ser impreso en un papel o mantenerse en un soporte electrónico, como archivo.

Bajo ese contexto, la Ley de Títulos Valores, ha recogido la posibilidad de la desmaterialización de dichos Títulos, prescindiendo del clásico soporte papel, asegurado con sellos y firmas para ser sustituido por otro soporte electrónico. Su nomenclatura ya no será de título, por no tener como soporte al papel, pero si la de valores con representación por anotación en cuenta, por tener un soporte electrónico o que conste en un registro.

Para el Dictamen del Proyecto de Ley de Títulos Valores, la posibilidad de otorgar tanto a los valores materializados como a los desmaterializados la categoría de título valor, responde a que ambos instrumentos son formas a través de las cuales circulan los valores. De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Mercado de Valores (D.Leg. N° 861) los valores son derechos transferibles de contenido patrimonial y como tales pueden estar incorporados en títulos registrados mediante anotaciones en cuenta o sujetos a un régimen de transmisión que determine la Ley a fin de concretizar su enajenación y/o circulación.

Las anotaciones en cuenta, a que refiere el inciso 2 del artículo en comentario, requiere la desmaterialización e inmovilización del valor físico. Mendoza, señala si bien los sistemas de depósitos –clásicamente– se limitaban a inmovilizar el título físico, eliminaban el problema de la tradición al nuevo titular, tenían el problema de la custodia del valor mobiliario, el registro de transferencias seguía siendo manual y propenso a error humano; ante esa situación –dice Mendoza– la tecnología informática revoluciona la actividad humana planteando sustituir al certificado físico de acciones, por documento electrónico. El Dictamen al Proyecto de Ley considera que “si bien los valores representados por anotación en cuenta, tienen reconocimiento

---

(3) Mendoza Luna Almicar, “Desmaterialización de valores mobiliarios. Algunas reflexiones a propósito de la Ley de Títulos Valores” en REDi: Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 31, Feb, 2001, [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

jurídico en la Ley del Mercado de Valores, el darles jerarquía de título valor en una Ley de Títulos Valores, deviene en un gran aporte de la legislación peruana a la doctrina, porque se establece un hito en el derecho al reconocerse que un título valor no depende exclusivamente del soporte físico (documento) sino de su capacidad para ser medio de circulación de los valores, dejando la posibilidad que en un futuro los valores que circulen con soportes muy diferentes al papel o al electrónico y que observen los requisitos de Ley, puedan constituirse sin ningún problema en título valor.

7. El inciso 3 y 4 atribuye la condición de títulos ejecutivos al reconocimiento y absolución de posiciones provenientes de la prueba anticipada. Sobre el particular es necesario desarrollar algunas ideas preliminares, en relación a la prueba anticipada. Es un procedimiento orientado a facilitar la vida del proceso principal que se agrupa en dos categorías, diligencias preparatorias y diligencias conservadoras de prueba, en atención a la finalidad que se persigue. Según Palacio<sup>(4)</sup> las diligencias preparatorias tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y precisión de sus alegaciones, permitiéndoles el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. En cambio, la diligencia conservatoria de prueba o prueba anticipada, tiene por objeto la producción anticipada de ciertas medidas probatorias frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el período procesal correspondiente.

Nuestro Código las acoge a ambas (diligencia preparatoria y prueba anticipada) bajo la nomenclatura de esta última, sin embargo, la inspección judicial, los testigos y la pericia pueden ser consideradas como pruebas anticipadas, situación que no puede ser extensiva para el reconocimiento ni para la absolución de posiciones, por estar diseñadas como diligencias preparatorias.

Cuando se acude a una tramitación especial para proporcionar al sujeto el título, se autoriza a seguir la tramitación que nuestra legislación erróneamente lo califica como prueba anticipada, cuando debe ser catalogada como "diligencia preparatorias". Estas diligencias son entendidas como un proceso de creación de títulos sumarios. Ella se limita a exigir un pronunciamiento judicial y la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante. Este proceso, más que de creación es de reconocimiento; porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva.

Por otro lado, el proceso de creación en la absolución de posiciones como título sumario, comienza cuando para preparar la ejecución, se pide que el deudor

---

(4) Palacio Lino, Derecho Procesal Civil, 5º reimpresión, t.VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.11.

confiese bajo juramento la certeza de la deuda. Las “diligencias preparatorias” son entendidas como un proceso de creación de títulos sumarios. Ella se limita a exigir un pronunciamiento judicial y la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante. El reconocimiento y la absolución de posiciones son expresión de este tipo de diligencias que luego van a generar los títulos ejecutivos a que hace referencia el inciso 3) y 4) del artículo 693 CPC.

Se aprecia el caso, que en prueba anticipada, se busque recuperar el mérito ejecutivo de un título valor que ha caducado, recurriendo al reconocimiento y absolución de posiciones. En caso se ampare el pedido, se estaría permitiendo el fraude a la Ley, pues, se permitiría revivir los efectos cambiarios de un título que por el transcurso del tiempo ya caducó. Felizmente la nueva Ley de Títulos Valores prescribe que no procede mediante prueba anticipada, recuperar el mérito ejecutivo de las cambiales, si estas han perdido su mérito como instrumento de cambio por acción del tiempo (ver artículo 96.3 de la Ley N° 27287) situación que no regulaba expresamente la derogada Ley de Títulos Valores.

En este tipo de actuaciones judiciales, más que crear títulos, se busca el reconocimiento de éste, porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva. El documento privado sólo tiene fuerza ejecutiva si ha sido reconocido; por consiguiente hace falta una diligencia preparatoria, con el objeto de lograr la fuerza ejecutiva de tal documento privado.

Otro aspecto a considerar en la prueba anticipada, es la comunicación de los apercibimientos a las partes. Léase en ese sentido la Casación N° 1401-97 Callao que dice: “la resolución que hace efectivo los apercibimientos de una prueba anticipada debe ser notificada a las partes; en caso contrario carece de validez formal el título ejecutivo, en consecuencia no tiene mérito ejecutivo”.

Ahora bien, no es suficiente que exista el reconocimiento expreso en prueba anticipada para que constituya título ejecutivo. Es necesario que este reconocimiento contenga los presupuestos que describe el artículo 689 CPC, esto es, que no solo sea cierta y expresa la prestación sino exigible, caso contrario, resulta procedente denegar la ejecución en el procedimiento ejecutivo, por ser inútil el título generado en prueba anticipada. En ese sentido, concordamos con el contenido de la Casación N° 1581-2001-Lima que señala: “en prueba anticipada no aparece la obligación cierta que resulte exigible a la actora, porque el reconocimiento practicado sobre las notas de abono no contienen de modo expreso la obligación de devolución del dinero, ni plazo de vencimiento para ello”.

8. El inciso 5 hace referencia al documento privado que contenga transacción extrajudicial. La transacción siempre contiene pretensiones patrimoniales y exige reciprocidad en ellas. Conforme lo señala el artículo 1302 CC, “por la transacción civil las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto

dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse...“Es necesario precisar que si bien se exige reciprocidad, no es necesario que los sacrificios sean de igual valor. La reciprocidad, entendida ésta como el intercambio de sacrificios es importantísima para su existencia, pues, si una sola de las partes sacrificara algún derecho, ello sería una renuncia y no una transacción que exige la existencia de concesiones recíprocas. A pesar que el artículo 1302 CC señale que la transacción tiene valor de cosa juzgada, debe entenderse que ese efecto se limita al judicial y no a la transacción en general, que acoge una ficción legal; por ello, resulta coherente la redacción del artículo 1312 CC cuando sostiene que la transacción extrajudicial se ejecuta en la vía ejecutiva y la judicial de la misma manera que la sentencia. En ese sentido, si ante un accidente de tránsito, la víctima transa sobre el monto de la reparación y posteriormente al acuerdo le sobreviene una incapacidad permanente generado por dicho accidente es válido invocar la nulidad de la transacción por error en la sustancia. No cabe oponer la excepción de cosa juzgada a una transacción extrajudicial no controlada por la jurisdicción. Si se ha producido error sustancial, que incide sobre la propia naturaleza de los daños, es atendible su nulidad, pero, no basta el simple error sobre la extensión de los daños, sino que aparezca un daño nuevo con posterioridad a éste.

Como se puede apreciar, la norma hace referencia no a un documento en general, sino particulariza al documento privado, como el continente de la transacción extrajudicial. En ese mismo sentido, el artículo 1304 CC al referirse a la formalidad de la transacción señala que debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad. No se aprecia la intervención notarial en el documento que contiene la transacción, como una condición esencial para ser considerado como título ejecutivo; por ello resulta coherente con el inciso 5º del artículo 693 CPC, cuando hace especial referencia al “documento privado”. La forma es a la escritura no a la calidad del documento que contenga el acto, esto es, si es público o privado.

9. El inciso 6 hace referencia al documento impago de renta por arrendamiento, como título ejecutivo, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual. Antes de la modificación de este inciso, se exigía que el arrendatario se encuentre en uso del bien, como condición para ser calificado de título ejecutivo, el documento impago de la renta, situación que felizmente hoy se ha corregido, para considerar como tal, a todos los documentos que evidencien el no cumplimiento de la prestación pactada, siempre y cuando se demuestre documentalmente la existencia de la relación contractual. No es condición para exigir esta pretensión, que el arrendador demuestre haber cumplido con el pago del impuesto correspondiente a la SUNAT, pues, como refiere la octava disposición complementaria del Código Procesal: “para iniciar o continuar los procesos no es exigible acreditar el cumplimiento de obligaciones tributarias. Sin embargo, el juez puede oficiar a la autoridad tributaria, a efecto de salvaguardar el interés fiscal”.

10. El inciso 7 considera al Testimonio de escritura pública, como título ejecutivo. En atención a la persona que suscribe el Testimonio, como es el Notario

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Público, conlleva a que sea calificado como documento público, generando la presunción de certeza sobre su contenido, salvo prueba en contrario. Téngase en cuenta que el Notario es un profesional del Derecho autorizado por Ley para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran, para lo cual, formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos, a los que confiere autenticidad. Ello no exime que el acto jurídico, a pesar de estar contenido en escritura pública, si carece de los presupuestos que describe el artículo 689 CPC, sea considerado título de ejecución. Necesariamente el acto jurídico contenido en el testimonio de escritura pública tiene que tener las cualidades de la ejecución: contener derechos ciertos, expresos y exigibles. La escritura pública protocolizada, por sí, carece ejecución, en tanto que el acto jurídico que a caja no tenga los supuestos que refiere el artículo 689 CPC citado.

Debe precisarse que la Ley del Notariado distingue entre los instrumentos públicos protocolares y extraprotocolares. La escritura pública es un ejemplo de instrumento protocolar. Es importante distinguir la escritura pública de las actas notariales (esta última no tiene el mérito ejecutivo, como si lo es la escritura pública). En el caso de la escritura pública, es protocolar y siempre contiene un acto jurídico, en cambio las actas pueden albergar hechos jurídicos, pero de manera excepcional, actos jurídicos. Las escrituras requieren estar siempre firmadas por los comparecientes a diferencia de las actas, que no. En cuanto a los instrumentos extraprotocolares, señala el artículo 26 de la Ley de Notariado que “las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias, que presencia o le conste al Notario por razón de su función”.

11. El mérito ejecutivo de los títulos también puede ser otorgado por leyes especiales. Véase en el caso de la Ley General del Sistema Financiero N° 26702. En el inciso 7 del artículo 132 de la citada Ley se aprecia el mérito ejecutivo a las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas comprendidas en tal disposición legal, entre ellas los Bancos. En relación a dicho saldo deudor, mediante Casación N° 2024-2000-Lima, la Sala Civil Suprema ha establecido que la sola presentación del saldo deudor no viabiliza el proceso ejecutivo, es necesario que dichas liquidaciones deban recaudarse con el o los documentos donde conste el origen de la obligación. En relación a esta legislación, sostiene la Casación N° 2380-99-Lima, que los Bancos deben informar periódicamente a sus clientes sobre los estados de cuenta, teniendo el cliente la oportunidad de observar los saldos deudores en forma puntual, rubro por rubro, partida por partida, con la documentación sustentatoria que el caso requiera.

Por otro lado, el artículo 228 de la referida Ley N° 26702, señala que la empresa financiera puede, en cualquier momento, remitir una comunicación a su cliente —en este caso al ejecutado—, advirtiéndole de la existencia de saldos deudores en su cuenta y requiriéndole el pago. Transcurridos quince días hábiles desde la recepción de la comunicación sin que hubiere observaciones, el Banco está facultado para girar contra el cliente por el saldo más los intereses generados en dicho

período, letras a la vista, con expresión del motivo por el que se la emite. Si se ha emitido dichas letras de cambio a la vista, las mismas que están protestadas por falta de pago, no requiere la aceptación del girado, dejando expedita la acción ejecutiva.

Otro caso que la Ley otorga mérito ejecutivo es el arrendamiento financiero regulado en el Decreto Legislativo N° 299. Es una modalidad de contratación del siglo XX que recibe diversas calificaciones, tales como locación financiera, leasing, alquiler industrial, entre otros. Es un contrato típico mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a comprar dichos bienes. Este contrato es oneroso, crea una situación jurídica de uso y disfrute del bien materia del contrato, con prestaciones recíprocas y de ejecución continua. Señala el artículo 10 del citado Decreto Legislativo N° 299 “el contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su rescisión, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo”. El artículo 24 del Decreto Supremo N° 599-84-EFC, sostiene: “el mérito ejecutivo del contrato de arrendamiento financiero, faculta a la arrendadora a demandar por los trámites del juicio ejecutivo, el cumplimiento de todas las obligaciones de la arrendataria pactadas en el contrato y la realización de las garantías otorgadas, incluyendo aquellas derivadas de su rescisión como el pago de las cantidades acordadas como penalidades por el resarcimiento de los daños y perjuicios originados por ésta”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Las liquidaciones del saldo deudor que c, -tnitett las empresas del sistema financiero no tienen carácter de títulos ejecutivos, sino, las letras giradas y protestadas por falta de aceptación (Exp. N° 98-40696, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 437)*

*Para que se haga efectivo el mérito ejecutivo del documento cambiario, la renovación del título valor tendría que ejercitarse antes de que el título perdiera eficacia, es decir, dentro del plazo previsto para el protesto, pues de lo contrario se admitiría la renovación del plazo de vencimiento del documento cartular que ya no tiene eficacia cambiaría (Cas. N° 1801-99-Lima, El Peruano, 20/01/2000, p. 4599)*

*La carta fianza no podrá considerarse como documento con mérito ejecutivo ya que no existe norma que le otorgue dicha calidad. La fianza tendrá que constar en un título valor para efecto de que tenga mérito de ejecución (Cas. N° 1223-97-Piura, El Peruano, 29/12/98, p. 2295)*

*Debe establecerse una diferencia entre el acto del protesto y el acta correspondiente pues el primero es el requerimiento al obligado que debe practicarse por el notario o funcionario autorizado en el lugar señalado para el pago, dentro del término establecido y en los días*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*y horas permitidas y el acta es la prueba de que se ha practicado dicha diligencia (Cas. Nº 598-2000-Lima, El Peruano, 17/09/2000, p. 6278)*

*Teniendo carácter eminentemente probatorio el acto del protesto, es decir, siendo ad probationem y no ad solemnitatem, se debe tener en cuenta que un error en la transcripción del título no lo puede invalidar como documento con mérito ejecutivo pues, como se ha dicho, la diligencia del protesto ha sido practicada y no tendría que haber objeción sobre ello (Cas. Nº 598-2000-Lima, El Peruano, 17/09/2000, p. 6278)*

*La norma procesal civil establece cuáles son los títulos ejecutivos en mérito de los cuales se puede promover proceso ejecutivo. Sin embargo, esta numeración es números apertus y no números clausus puesto que se estipula que se puede promover proceso ejecutivo en mérito de otros títulos ejecutivos a los que la ley da mérito ejecutivo (Cas. Nº 1975-97-Loreto, El Peruano, 26/11/98, p. 2119)*

*No tienen mérito ejecutivo las liquidaciones de saldo deudor emitidas por las entidades del sistema financiero por cuanto las mismas han pretendido hacerlas valer por sí solas. La ley prescribe que a fin de atenuar los riesgos para el ahorrista, las liquidaciones de saldo deudor emitidas por las empresas del sistema financiero tienen mérito ejecutivo. Sin embargo, reconocerles a las empresas de dicho sistema la capacidad de crear títulos ejecutivos a su arbitrio, importa concederles un atributo de derecho público contrario a su naturaleza privada y contrario al principio de igualdad ante la ley (Cas. Nº 68-2000, El Peruano, 25/08/2000, p. 6096)*

*La letra de cambio tiene mérito ejecutivo en tanto se permite recuperar la acción cambiaria directa del título valor mediante el reconocimiento del mismo en prueba anticipada. Aquel reconocimiento debe entenderse como el acto unilateral de aceptación, es decir, a la firma de la letra de cambio (Cas. Nº 2745-99, El Peruano, 24/08/2000, p. 6072)*

*La falta de consignación del nombre del solicitante en el acta de protesto no puede entenderse como un incumplimiento de los requisitos que establece la Ley de la materia para darle al Título Valor el efecto jurídico de mérito ejecutivo porque es su tenedor quien lo solicita al no haber circulado (Cas. Nº 2912-99-Lima, El Peruano, 05/07/2000, p. 5530)*

*Tratándose de personas jurídicas, obviamente éstas tendrán que utilizar su razón social, por equiparar al nombre de la empresa, debiendo firmar el representante de ella conforme a los estatutos de la misma. Si en las letras de cambio recaudadas en la demanda se ha cumplido con consignar el nombre (razón social) del girador así como el nombre del girado, no será necesario que se consigne los nombres de cada uno de los representantes, al no exigirlo la normativa al respecto (Cas. Nº 1801-97-Lima, El Peruano, 21/11/98, p. 2075)*

*Si en el proceso de conocimiento, se parte de una situación de incertidumbre a fin de obtener una declaración jurisdiccional de certeza o la solución a un conflicto de intereses, en el proceso ejecutivo se parte de un derecho cierto pero insatisfecho (Cas. Nº 1695-97-Lima, El Peruano, 18/10/98, p. 1976)*

*Las liquidaciones de saldo deudor emitidas por las empresas del sistema financiero emanan de un acto unilateral y por tanto arbitrario, no calificando así por sí solas como títulos ejecutivos, pues la ley y la doctrina reservan esa calidad a determinadas situaciones convencionales, en cuya formación siempre tiene intervención el obligado (Cas. Nº 2380-98-Lima, El Peruano, 18/12/99, p. 4321)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

No resulta procedente en vía ejecutiva disponer el pago de la penalidad convenida en un contrato, puesto que se trata de una obligación sujeta a limitaciones, ya que puede ser objeto de reducción judicial, que supone la necesidad del debate y la prueba para su esclarecimiento, lo que es incompatible con la naturaleza del proceso ejecutivo (**Cas. N° 3192-98-Callao, El Peruano, 12/10/99, p. 3711**)

En la vía ejecutiva solamente resulta procedente exigir el pago de la renta y de la prestación por concepto de uso del bien referida en el artículo 1704° del Código Civil; pero en caso de que se haya pactado una cláusula penal, ésta no resulta exigible vía el proceso ejecutivo, pues la citada obligación no cumple con los requisitos para que el instrumento que la contiene sea considerada como título ejecutivo (**Cas. N° 1243-99, El Peruano, 21/11/99, p. 4050**)

Estando al principio de legalidad, debe entenderse, que el solo saldo deudor que se presenta a cobro no puede constituir título ejecutivo, pues, la calidad de obligado en la liquidación no puede estar acreditada en la sola mención de su nombre en dicho documento.

El contrato que se adjunta a la liquidación, si bien puede acreditar el saldo deudor, no es parte del título para que se legitime como ejecutivo (**Exp. N° 6815-936-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 696-697**)

Si el argumento de la falta de legitimidad radica en que el actor no es tenedor legítimo de las cambiales, reproducidos también como fundamento con la contradicción, deben ser resuelto en la sentencia y no preliminarmente.

Está legitimado para promover ejecución, quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho, contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado (**Exp. N° 36858-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 583-584**)

En los procesos ejecutivos, la legitimidad para obrar pasiva debe emanar del mismo título ejecutivo. No existe ninguna formalidad para emitir los recibos de arrendamiento.

La afirmación del no uso del bien arrendado para el cobro de arriendos en la vía ejecutiva, debe acreditarse (**Exp. N° 43128-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 584-585**)

La liquidación de saldo deudor, presentado por el Banco accionante como título ejecutivo, incumple el requisito previsto en el artículo 690 del Código Procesal Civil, pues, en él no aparece que el ejecutado tenga válidamente establecido, la condición de obligado; por constituir un documento elaborado unilateralmente por el demandante, y por que la Ley no le ha dado, de modo expreso, tal condición en dicho documento, ni le ha otorgado expresamente al mismo, la naturaleza de "títulos ejecutivos causados," donde la legitimación pueda acreditarse fuera del título (**Exp. N° 6778-1165-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 586**)

Los gastos comunes bajo el régimen de la propiedad horizontal son obligaciones ambulatorias, esto es, que siguen a la cosa. El deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa; sin embargo, es deudor de la prestación quién en cada momento sea propietario.

Merece desestimarse la demanda si se demanda, el pago de las cuotas de mantenimiento, por el período anterior a la adquisición del predio (**Exp. N° 59307-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 586-587**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El cheque es una orden o mandato de pago; por ello, no resulta atendible lo alegado por el ejecutado de haberlo emitido en respaldo de una fianza y en garantía de terceros (Exp. N° 1088-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 643)*

*Si se ha otorgado garantía a todas las obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, que pudieran resultar a cargo del cliente a favor de la garantizada, dicha garantía cubre la eventualidad del saldo deudor demandado.*

*Si bien para otorgar mérito ejecutivo al saldo deudor, es necesario la previa comunicación de la carta notarial al deudor; para el caso de ejecución de garantía, no resulta indispensable la exigencia de tal formalidad, desde que lo que se viene a ejecutar no es dicho título sino la garantía otorgada (Exp. N° 530-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 631)*

*La letra de cambio es un documento formal, independiente de la relación jurídica que la haya podido originar y que no solo representa un crédito sino que constituye el título y el derecho mismo, que se puede efectivizar a su sola presentación.*

*Las prestaciones contenidas en la letra de cambio, pueden ser exigidas al tenedor legítimo, al haber operado la transferencia mediante endoso (Exp. N° 7958-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 626)*

*La letra de cambio es un documento autónomo, independiente de la relación jurídica que la haya podido originar, siendo esencialmente formal. No solo representa un crédito sino que constituye el título y el derecho mismo, por lo que se le puede efectivizar sin más que su presentación (Exp. N° 53178-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 622)*

*El completar con el nombre del tenedor el endoso en blanco, no es una obligación sino una facultad de éste. Coincidiendo las relaciones cambiarias con las sustantivas, el traslado de éstas al aspecto procesal es válido y como tal válida exigirla (Exp. N° 97-54288, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 606)*

*Tratándose de una acción causal, debe acreditarse con otros medios probatorios distintos al título valor, la obligación puesta a cobro.*

*El argumento que el título valor que apareja la demanda, fue suscrito en blanco, no causa convicción respecto de su contenido, pues, en una acción causal no tiene mérito como título valor (Exp. N° 20789-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 599-600)*

*La literalidad es un principio de los títulos valores que determina el alcance y modalidad de los derechos y obligaciones contenidas en él.*

*La evidente enmendadura respecto de la fecha de vencimiento afectan la cambia] y como tal es funesta para su cobro en la vía ejecutiva, por afectar la formalidad de la misma. A1 no haber sido observada por las partes tal enmendadura no resulta convalidable (Exp. N° 1375-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 594-595)*

*Si ya hubo pronunciamiento sobre la invalidez del título en resolución firme, no es posible con posterioridad subsanar la falta de formalidad, sino recurrir a la relación causal.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

No puede ser de invocación el artículo 9 de la Ley de Títulos Valores, dado que éstos deben ser emitidos formalmente, antes de recurrir al Poder Judicial para su cobro (**Exp. N° 1051-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 589**)

Se puede promover proceso ejecutivo en mérito al instrumento impago de la renta, siempre que el arrendatario se encuentre en uso del bien (**Exp. N° 959-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 548**)

Si los instrumentos con los que se pretende demostrar el hecho fáctico de la "no ocupación", acreditan que el inmueble está siendo ocupado por la familia del demandado, carece de sustento la pretensión de evitar el mérito ejecutivo de los recibos de arrendamiento, argumentando no ocupar el demandado el bien (**Exp. N° 98-8855, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 549**)

Tratándose de un título valor, el texto del documento determina las modalidades y alcances de los derechos y obligaciones contenidos en él (**Exp. N° 137-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 546**)

"... Conforme al artículo mil doscientos cuarentinueve del Código Civil, se puede pactar la capitalización de intereses cuanto se trate de cuentas corrientes, pero eso requiere de probanza con el correspondiente contrato, lo que no expedita la vía ejecutiva" (**Cas. N° 2368-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 449-452**)

La letra única de cambio, es un instrumento de pago a futuro. También se considera como una promesa de pago a determinado tiempo de acuerdo a la modalidad de giro y que en alguna forma sustituye al uso de la moneda.

Se perjudica la letra de cambio si el protesto se realiza después de haber vencido los ocho días calendarios computados desde el día siguiente del vencimiento (**Exp. N° 1657-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 400-402**)

Que el testimonio de escritura pública que contiene la constitución de una renta vitalicia por parte del demandado a su ex-cónyuge, no consta que el emplazado con la demanda adeude una suma líquida o liquidable por lo que no presta mérito ejecutivo (**Exp. N° 826-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 601-603**)

Si el saldo del pagaré ha sufrido agregados unilaterales con posterioridad al protesto, sin sustentarse en ninguna liquidación previa y razonada ha perdido su mérito cambiario (**Exp. N° 447-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 635-636**)

Las acciones cambiarlas se ejercitan teniendo a la vista el ejemplar original del título valor (**Exp. N° 1279-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 385-386**)

El protesto por falta de pago es requisito fundamental para el ejercicio de las acciones cambiarías, de modo que si tal diligencia no se realiza caduca la acción directa (**Exp. N° 21-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 563**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

No despacha ejecución el solo mérito de la copia simple de un título valor, desde que no existe la certeza de la existencia de su original, si se tiene un cuenta que los derechos que se ejerciten o las obligaciones que deriven de los títulos por ser cartulares deban emanar de los títulos mismos (**Exp. N° 958-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 384-385**)

Las acciones derivadas del título valor no podrán ser ejercitadas contra quien no ha firmado dicho documento.

El protesto por falta de pago dirigida contra quien no ha aceptado la cambial resulta ineficaz (**Exp. N° 1194-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 385-386**)

No resulta procedente la ejecución de la letra girada por un monto diferente al saldo deudor de la cuenta corriente (**Exp. N° 1024-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 417**)

No debe reputarse como aviso o requerimiento de pago, la carta notarial cursada con fecha posterior a la emisión de la letra, así como la que no precisa el saldo deudor (**Exp. N° 66-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 418-419**)

Las acciones derivadas del título valor no podrán ser ejercitadas contra quien no ha firmado dicho documento (**Exp. N° 825-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 392-393**)

El documento que represente o contenga derechos patrimoniales tendrá la calidad y efectos de título-valor solo cuando esté destinado a la circulación y reúna los requisitos formales esenciales que por imperio de la Ley le correspondan según su naturaleza.

No tiene el carácter de letra de cambio si ésta no consigna el nombre del girador, pero queda a salvo los efectos del acto jurídico que hubiere dado origen a su emisión (**Exp. N° 1315-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 556-557**)

Los documentos aduaneros puestos a cobro, son títulos de ejecución por ser obligaciones ciertas, expresas y exigibles, de conformidad con el artículo 688 Inc. 8 y artículo 693 del CPC (**Exp. N° 678-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 366-367**)

La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal. Puede ser regulada por el juez a petición de parte y su exigibilidad no tiene mérito ejecutivo no obstante estar contenido en una escritura pública; pues por ser accesorio, depende de la exigibilidad en la vía ejecutiva de la obligación principal (**Exp. N° 272-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 196**)

La cambial adquirida con posterioridad al protesto, vía endoso en propiedad, no produce otros efectos que los de la cesión de crédito, sin perjudicar su mérito ejecutivo.

Si se entiende al endoso como una cesión, ello trae como consecuencia que el deudor pueda oponer contra el éndosatario-cesionario todas las excepciones derivadas de sus relaciones personales con el endosante-cedente y además las propias que tenga con el cesionario (**Exp. N° 1632-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 577-579**)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Para ejercitar las acciones cambiarias no es necesario el protesto contra los avalistas, sino contra el obligado principal, pues la diligencia se realiza en un solo acto, conforme a su naturaleza (Exp. Nº 2164-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 590)*

*Si el pagaré puesto a cobro cumple con todos los requisitos formales, no es requisito para su validez la presentación del acta de protesto. La nulidad del pagaré amparado en que el protesto no fue diligenciado por el notario sino por su secretario carece de amparo legal a tenor del Inc. 1 del artículo 51 de la Ley de Títulos Valores (Exp. Nº 15972-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 591)*

*Si bien la función notarial se ejerce en forma personal por el notario; por razones de orden práctico, para el eficiente tráfico comercial y debida circulación de documentos, resulta factible atender al protesto notarial efectuado por el secretario, aunado además por el impacto negativo que la observancia exclusiva de la recorrida norma conllevaría (Exp. Nº 8495-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 592)*

*Si solo en el acta de protesto correspondiente a la letra de cambio se ha omitido consignar el nombre de quien solicitó el protesto, ello no acarrea la nulidad del acto porque debe entenderse que no existe el protesto de oficio, esto es, que necesariamente se ha hecho a requerimiento de una persona cuyo nombre se ha omitido consignar en el acta correspondiente, omisión que no resulta atribuible a la parte ejecutante, y que no le resta mérito ejecutivo a la cambial precitada (Exp. Nº 3038-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 593-594)*

*Si bien el pagaré debe contener la indicación del vencimiento, también es que el vencimiento del título se produce el mismo día de su emisión, cuando la aceptación del referido pagaré se realiza en aquel momento (Exp. Nº 1624-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 601-603)*

*Las prórrogas pactadas en el pagaré pueden ser realizadas hasta antes que prescriban las acciones cambiarias. Nada impide a la tenedora del título realizar las prórrogas respectivas, aún después del plazo de protesto del título (Exp. Nº 2007-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 614)*

*Las liquidaciones de saldo deudor que emiten las empresas del sistema financiero no tienen mérito ejecutivo, sino las letras giradas y protestadas por falta de aceptación conforme al último párrafo del artículo 228 de la Ley 26702.*

*Los títulos a los que la Ley les da mérito ejecutivo deben ser declarados expresamente (Exp. Nº 225038-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 630)*

*“... Interpretada la cláusula (...) del contrato (...) como una penalidad, no resulta procedente en esta vía (ejecutiva) disponer su pago, puesto que se trata de una obligación sujeta a limitaciones, que pueden ser objeto de reducción judicial, según lo que dispone el artículo mil trescientos cuarentiséis del aludido Código Civil, lo que a su vez impone la necesidad del debate y la prueba para su cabal esclarecimiento, lo que resulta incompatible con la naturaleza expeditiva del proceso ejecutivo” (Cas. Nº 3192-98-Callao, Sala Civil Transi-*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

**toría, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 562-564)**

*El título valor debe reunir los mismos requisitos y condiciones que para la acción ejecutiva se exige. Ante esta igualdad el tenedor puede escoger libremente la vía en que debe hacerlo valer (Exp. N° 247-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 346-347)*

*Tiene mérito ejecutivo, el documento reconocido en forma expresa en el proceso no contencioso de prueba anticipada (Exp. N° 268-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 356-357)*

*En la acción cambiaria no se discute el origen de la obligación consignada en la Letra de cambio, por tratarse de un título abstracto, autónomo y literal (Exp. N° 1117-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 381-382)*

*Tratándose de una acción cambiaria, los derechos que se ejercitan o las obligaciones que se exigen son las que emanan del título valor puesto a cobro, sin que sea necesario probar su existencia o su exigibilidad por otros medios que no sea el título valor mismo, por su forma, su literalidad y por la oportunidad en que se pide su cumplimiento (Exp. N° 924-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 382-383)*

*Las letras de cambio traducen un acto jurídico celebrado por quien la gira y por quien la acepta, de manera que la obligación de su pago subyace del texto literal de aquellas y constituye deber del contrario aportar probanza suficiente a efecto de desvirtuar tal presunción (Exp. N° 714-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 383-384)*

*El protesto por falta de pago es requisito fundamental para el ejercicio de las acciones cambiarlas, de modo que si dicha diligencia no se realiza caduca la acción directa (Exp. N° 1549-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 292-293)*

*Para ejercitar la acción cambiaria de una letra de cambio, es requisito obligatorio el protesto por falta de pago (Exp. N° 1094-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 293-294)*

*Para el ejercicio de la acción directa contra el aceptante o su avalista basta el protesto por falta de pago efectuado contra el primero de los nombrados (Exp. N° 74-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 295-296)*

*Tratándose de una acción cambiaria los derechos que se ejecutan o las obligaciones que se exigen son las que derivan del título valor puesto a cobro, sin que sea necesario probar su existencia o su exigibilidad por otros medios que no sea el título mismo (Exp. N° 1255-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 386-387)*

*En la acción cambiaria no se discute el origen de la obligación consignada en la letra de cambio por tratarse de un título abstracto, autónomo y literal (Exp. N° 1652-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 387-390)*

*Para interponer válidamente la acción ejecutiva es necesario reunir conjuntamente los siguientes requisitos: título ejecutivo, obligación exigible, cantidad líquida, acreedor legítimo y deudor legítimo. Si falta uno de éstos requisitos no está expedita la acción ejecutiva.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

La acción ejecutiva es eminentemente formal y requiere la presentación del documento original (**Exp. Nº 652-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 605-606**)

Los títulos valores en poder de una empresa del sistema financiero, que representen obligaciones en su favor, pueden ser renovados por ellas a su vencimiento y después de él, siempre que el obligado haya otorgado su consentimiento escrito por anticipado y no hayan prescrito las acciones cautelares (**Exp. Nº 38575-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 566**)

Es condición indispensable para que el obligado al pago de la letra quede liberado de toda responsabilidad que éste se verifique el mismo día del vencimiento, pues, quien lo efectuó antes, responde por el pago que resulte indebido.

El pago anticipado de una letra no es solo una inobservancia del plazo determinado, sino también un desconocimiento culposo de la realidad cambiaría de los títulos valores. Si la demandante es la legítima y única acreedora de las obligaciones contenidas en las letras de cambio, el alegado pago a la endosante no puede ser opuesto a la demandante (**Exp. Nº 56217-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 567-568**)

Quien paga al vencimiento de un título valor debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor y la continuidad no interrumpida de endosos. Solo resulta válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el Juez o por el propio acreedor, salvo que efectuado el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él (**Exp. Nº 1695-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 570**)

Ante la ejecución del protesto frente a un tercero, el notario indaga por el nombre de la persona con quien se entiende la diligencia. Es válido el protesto si el tercero manifiesta ser representante del girado más no se identifica.

El notario público es el profesional del Derecho encargado de dar fe de los actos que le constan en el ejercicio de sus funciones. Carece de facultad de coerción que le permita, ante la resistencia del interviniente, exigirle su identificación, por lo que la sola mención de las circunstancias del acto de entrega cumple con las formalidades que dan fe de la entrega del documento (**Exp. Nº 1794-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 588-589**)

La renovación de un pagaré solo es posible verificarla después de su vencimiento y antes del plazo de prescripción. No puede efectuarse después del protesto porque ya no existe plazo que prorrogar sino cabe iniciar las acciones correspondientes, para cuyo ejercicio se ha formalizado el protesto (**Exp. Nº 26850-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 611**)

Si el título ha sido renovado el mismo día de su vencimiento, ello no le quita su mérito ejecutivo (**Exp. Nº 98-27735-2728, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 612**)

Si bien, en el tema del protesto, existe una aparente contradicción entre la Ley de Títulos Valores y la Ley del Notariado, la primera es una norma específica y la segunda es genérica, por tanto, en un conflicto entre dos normas el Juez preferirá la primera, esto es la específica (**Exp. Nº 24998-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 628-629**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La transacción extrajudicial reconociendo los derechos sociales de los trabajadores tiene mérito ejecutivo y los faculta a ejercer la preferencia a que se refiere el artículo veinticuatro de la Constitución (Cas. Nº 1457-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 266, Julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.2-A.3)*

INC. 1º:

*La letra de cambio para tener validez como tal, debe ser girada a fecha fija, a días vista, a días fecha o a la vista; si se gira con indicación distinta no tiene validez el título como tal, sin embargo, constituye un medio de prueba de la obligación contenida en ella (Exp. Nº 283-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 584-585)*

*Tratándose de pagarés, las acciones cambiarias se extinguen a los tres años, si se ejerce acción directa contra el emitente y su avalista (Exp. Nº 4042-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 600)*

*Si bien por el artículo 1233 del C.C. se entiende que al estar perjudicadas las letras de cambio por el transcurso del tiempo, la obligación que representan estaría extinguida; empero, la disposición invocada es pertinente cuando los títulos valores sirven de medio de pago y cuando se intente con ellas la acción cambiaria, pero no cuando se use como medios probatorios (Exp. Nº 1208-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 184)*

*En el contrato de fianza, si la manifestación de voluntad de los fiadores demandados consta por escrito en el pagaré puesto a cobro, se concreta con ello la característica de literalidad de la que goza tal contrato, que permite saber sin duda alguna a qué se obligó el fiador.*

*La fianza, en relación a las prestaciones que contiene, es un contrato unilateral dado que es deudor únicamente el fiador (Exp. Nº 98-15780, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 238)*

*Habiéndose cancelado la última letra de cambio, se presume que han sido canceladas las letras intermedias (Exp. Nº 687-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 117-118)*

*El recuadro que se utiliza consignando una fecha, no configura la indicación del plazo en alguno de los modos legales, sino que constituye solo un dato de control interno que no forma parte de la letra de cambio (Exp. Nº 95-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 403-404)*

*Si una letra de cambio pierde su carácter de tal, esto es, deja de ser un título cambiario, se convierte en un simple documento común y ordinario.*

*La pérdida de los efectos cambiarios de un título no anula el acto jurídico que precedió y dio origen a lo que se quiso fuera un título valor, acto que persiste mientras no prescriba conforme a las normas civiles (Exp. Nº 1733-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 410-412)*

*Debe desestimarse la acción cambiaria si han transcurrido más de los tres años, contados desde el vencimiento del título valor con la notificación de la demanda (Exp. Nº 133-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 413-414)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El Pagaré es la promesa personal del girador de pagar la suma de dinero en el plazo previsto en dicho título.*

*La renovación debe contener la firma del obligado principal, esto es, del girador o emitente (Exp. Nº 40-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 416-417)*

*Tratándose de un título valor, el texto del documento determina las modalidades y alcances de los derechos y obligaciones contenidos en él (Exp. Nº 137-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 546)*

*El término "a mí mismo", no es nombre ni tipifica a persona alguna, por tanto no es título valor.*

*Si se pierde la calidad de título valor se pierde la acción cambiaria. Ellos solo son documentos probatorios sujetos a la determinación del acto jurídico que los originó, mediante la acción causal (Exp. Nº N-239-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 558)*

*El endoso puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. El endoso en garantía solo vale como endoso en procuración.*

*Si el endoso se ha efectuado en garantía, el título valor puesto a cobro continúa siendo de propiedad de la entidad giradora (Exp. Nº N-268-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 559)*

*La validez de las letras de cambio no se hallan supeditadas a fórmulas gramaticales, rígidas y preconstituidas. Para que surtan sus efectos legales debe reunirse dentro de su texto y en forma literal, inequívoca y clara, todos y cada uno de los requisitos preceptuados en el artículo 61 de la Ley de Títulos Valores.*

*Si en la cambial se menciona "a treinta días" se refiere a una fecha cierta que aparece dentro del contexto de la letra, al estipularse en el recuadro superior que vence el día primero de mayo del presente año, razón por la que debe considerarse girada a fecha fija (Exp. Nº 161-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 571-572)*

*Si las condiciones de tomador y girador del título valor recaen en la misma persona que interpone la demanda, la omisión de consignar el nombre del girador o librador no invalida la cambial (Exp. Nº 1123-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 575-576)*

*Si el aval no ha indicado su domicilio en el título, debe ser de aplicación supletoria el Inc. 2) del artículo 62 de la Ley de Títulos Valores para considerar como lugar de pago al domicilio del girado.*

*Ello no implica transgresión de la norma procesal puesto que los títulos valores se rigen por el principio de literalidad (Exp. Nº 238-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 577-578)*

*Las letras de cambio tienen características especiales que las distinguen de los demás documentos, como la abstracción cambiaria, la autonomía y la literalidad; por todo lo cual son eminentemente formales (Exp. Nº N-498-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 590)*

*Las letras de cambio, tienen mérito ejecutivo cuando cumplen con los requisitos precisados en el artículo 61 de la Ley de Títulos Valores.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

No es necesario verificar la causa u origen de la obligación puesta a cobro en las acciones ejecutivas (**Exp. N° N-467-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 591**)

El saldo deudor de una cuenta corriente bancaria cerrada, se incrementa con los intereses pactados, los que continúan devengándose en tanto no se gire la letra de cambio.

La no inclusión de los intereses devengados en las cambiales no afectan de nulidad los títulos valores.

Los intereses pactados se aplican hasta la fecha de la emisión de las letras de cambio, y después de emitidas éstas, corresponde el pago de intereses legales (**Exp. N° 67-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 602**)

Cuando se ejercita la acción cambiaria directa y no la acción causal, es irrelevante toda controversia respecto al origen de la obligación que ha dado origen a las cambiales. El vocablo "a la fecha de vencimiento" no enerva la validez del título valor si existe referencia precisa en la parte superior del título sobre la fecha de vencimiento (**Exp. N° 12313-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 555-556**)

La letra única de cambio, es un instrumento de pago a futuro. También se considera como . una promesa de pago a determinado tiempo de acuerdo a la modalidad de giro y que en alguna forma sustituye al uso de la moneda.

Se perjudica la letra de cambio si el protesto se realiza después de haber vencido los ocho días calendarios computados desde el día siguiente del vencimiento (**Exp. N° 1657-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 400-402**)

INC. 2°:

El cheque no produce efectos cambiarios si se prueba que el tenedor recibió el chequea sabiendas de que era emitido con fecha adelantada o en garantía (**Exp. N° 102-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 594-595**)

El cheque es un instrumento de pago y como tal no puede ser emitido con fecha adelantada, ni girado, endosado o entregado en garantía. Girar el cheque en la forma indicada, se invalida como instrumento cambiario (**Exp. N° 11396-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 621**)

La opción que precisa el artículo 17 de la Ley 16587 para ejercitar la acción cambiaria, requiere la concurrencia sine qua non de los mismos requisitos que para ejercitar la acción ejecutiva. El plazo de presentación para el pago de cheques es de 30 días, salvo que se hubiere emitido en el extranjero. Dicho plazo no constituye uno de caducidad, sino que es una formalidad para ejercitar la acción cambiaria.

Si el cheque se presenta con posterioridad, imposibilita hacer uso de las acciones cambiarias que favorece a la parte acreedora (**Exp. N° 66726-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 619-620**)

Carece de mérito ejecutivo la letra de cambio que no precisa el domicilio del girador ni el lugar de su emisión (**Exp. N° 1371-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 302-303**)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Los cheques en su calidad de órdenes de pago, están destinados a cubrir deudas ya generadas y liquidadas, y no deudas que se pudieran generar a futuro (**Exp. Nº 22-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 598**)

Los cheques son órdenes de pago unilateral, por parte de quien los gira, por tanto no constituyen valor en garantía.

La Letra de cambio contiene la orden incondicional de pagar determinada cantidad de dinero.

Nadie puede demandar la nulidad de sus propios actos, menos cuando perjudican a terceros (**Exp. Nº 766-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 414-415**)

INC. 3º:

“... La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal (**Cas. Nº 802-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 626-627**)

INC. 4º:

Al no haberse protestado el título solo cabe recuperar la acción cambiaria en el reconocimiento del obligado principal y el avalista. Si éste último no reconoce el contenido del título, la acción cambiaria no procede contra el mismo, no obstante el reconocimiento ficto por parte del obligado principal (**Exp. Nº 2448-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 665-666**)

Tiene mérito ejecutivo, el documento reconocido en forma expresa en el proceso no contencioso de prueba anticipada (**Exp. Nº 268-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 356-357**)

INC. 5º:

El testimonio de escritura pública de contrato de crédito con garantía hipotecaria constituye el título de ejecución en un proceso de ejecución de garantía.

Las tasas de interés aplicables son las que se pactaron en dicho título de ejecución y no los que aparecen en los títulos valores, pues, estos solo constituyen —en el proceso— la prueba de la existencia de la obligación garantizada con la hipoteca (**Exp. Nº 1122-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 364**)

No se perjudica la transacción extrajudicial al no contener la renuncia expresa de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción, toda vez que dicha condición resulta exigible, en tanto y en cuanto exista alguna acción judicial promovida por cualquiera de las partes.

No resulta coherente cuestionar un acto procesal que la misma parte consintió, no obstante que la Ley le permitió impugnarlo en su momento (**Exp. Nº 36957-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 91**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El testimonio notarial de escritura pública del contrato de arrendamiento financiero sí constituye título ejecutivo en cuanto al cobro del saldo deudor más no en cuanto a la liquidación que efectúa la empresa financiera (Cas. N° 154-99-Lambayeque, El Peruano, 28/09/99, p. 3618)*

*No tiene la calidad de transacción, el convenio privado que no contenga concesiones recíprocas. Es improcedente la demanda, pues carece de mérito ejecutivo (Exp. N° 22635-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 219-220)*

INC. 6°:

*Los títulos ejecutivos para tener tal calidad deben haber contado en su formación con la intervención del obligado, lo que no se presenta en el caso de los instrumentos impagos de renta de arrendamiento, porque ellos emanan de un acto unilateral del acreedor, lo que determina que por sí mismos no tienen tal calidad, máxime si la obligación allí contenida no es autónoma respecto al acto jurídico que originó su emisión, por lo que si se pretende ejecutar dichos documentos es necesario acompañar el título causal que permita al juzgador evidenciar que las obligaciones contenidas en tales instrumentos sean ciertas, expresa y exigibles (Cas. N° 3309-98-Lima, El Peruano, 18/08/99, p. 3220)*

*La penalidad no constituye renta, en razón que ésta tiene por objeto resarcir al afectado por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación del otro contratante. Dicho pago no puede ser materia de cobranza en un proceso ejecutivo por no constituir renta impaga.*

*El instrumento impago de la renta, constituye título ejecutivo, el cual debe ser abonado íntegramente por el demandado incluyendo el Impuesto General a las Ventas, para que quien presta el servicio afecto, cumpla con abonarlo oportunamente a la entidad tributaria (Exp. N° 1331-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 516)*

*El incumplimiento del pago de la renta por el obligado, otorga al arrendador la facultad de reclamo vía la acción ejecutiva. Si bien la accionante no asuma que el demandado está ocupando el bien, dicha omisión se convalida con lo expresado por éste, de mantener la posesión del bien.*

*No se puede pretender el incumplimiento de la obligación basándose en una verificación registral que no otorgaba derechos a los demandantes a la fecha de contratación, pues, frente a tal situación de hecho es que se obligaron los demandados (Exp. N° 97-66077, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 234-235)*

*El contrato de arrendamiento no constituye título ejecutivo. Es trascendente en la medida que prueba el monto a que asciende la renta por la que se ha obligado el ejecutado.*

*Si el demandado cuestiona el monto de la obligación demandada, no así la obligación misma de pagar los arrendamientos, el Juez debe centrar la valoración de la prueba en los recibos impagos y en todos los medios que en forma conjunta dilucidan el debate (Exp. N° 1839-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 236)*

*Si se pretende el cobro ejecutivo de arriendos, pero de la demanda no fluye el número de bienes arrendados, la renta mensual respecto de cada uno y el período del adeudo, dichas omisiones pueden ser subsanadas a través de la inadmisibilidad de la demanda (Exp. N° 19062-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 529-530)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

No existe razón legal para deducir de la suma entregada como garantía, el monto de los arrendamientos adeudados, pues tal sorna entregada lo ha sido por obligación contractual y para responder o garantizar las resultas del alquiler (**Exp. N° 601-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 96-98**)

Para el pago de arriendos en vía ejecutiva es necesario que se acompañe el instrumento impago de la renta, se afirme que el arrendatario demandado se encuentra en uso del bien así como se verifique que el monto cuyo pago se reclama corresponda exclusivamente a la renta impaga y no a otro concepto como mantenimiento, penalidad u otros (**Exp. N° 714-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 263-265**)

La garantía, dejada al momento de firmar el contrato de arrendamiento para cumplir con las obligaciones del contrato, no puede aplicarse al pago del canon arrendaticio, ya que su finalidad no es esa (**Exp. N° 1326-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 95-96**)

INC. 7°:

La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal. Puede ser regulada por el juez a petición de parte y su exigibilidad no tiene mérito ejecutivo no obstante estar contenido en una escritura pública; pues por ser accesorio, depende de la exigibilidad en la vía ejecutiva de la obligación principal (**Exp. N° 272-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 196**)

INC. 8°:

El Contrato de Arrendamiento Financiero suscrito entre las partes tiene mérito ejecutivo. Se reputan como válidos aquellos domicilios que los contratantes fijan mientras su variación no sea comunicada notarialmente a la otra parte (**Exp. N° 97-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 509**)

El contrato de Arrendamiento Financiero faculta a la arrendadora a demandar por los trámites del proceso ejecutivo el cumplimiento de todas las obligaciones de la arrendataria pactados en el contrato y la realización de las garantías otorgadas, incluyendo aquellas derivadas de su rescisión como es el pago de cantidades acordadas como penalidades por el resarcimiento de los daños y perjuicios originados por esta parte (**Exp. N° 24572-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 634-635**)

El contrato de Arrendamiento Financiero tiene mérito ejecutivo, así como el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su rescisión, tal como lo dispone el D.Leg. 299 (**Exp. N° 33975-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 636**)

Las personas jurídicas, dada su naturaleza, constituyen una ficción legal. A través de sus representantes pueden firmar letras de cambio. La omisión del nombre de la persona natural no implica incumplimiento de la obligación formal (**Exp. N° N-370-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 583**).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si se estima que el título ejecutivo adolece de deficiencias formales, se debe concluir que no es posible despachar la ejecución, toda vez que en el título se resume todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa. Cualquier otra cosa entrará por la vía del ejecutado y, consiguientemente, a él le corresponderá probar lo que alegue (Cas. Nº 1401-97-Callao, El Peruano, 18/10/98, p. 1973).*

*En el título ejecutivo se resumen todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa; por lo que en un proceso ejecutivo corresponderá solamente al ejecutado probar lo que él alegue (Cas. Nº 1517-99-Junín, El Peruano, 28/12/99, p. 4410).*

*“... La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal” (Cas. Nº 802-95-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 626-627).*

*Al no haberse protestado el título solo cabe recuperar la acción cambiaria en el reconocimiento del obligado principal y el avalista. Si éste último no reconoce el contenido del título, la acción cambiaria no procede contra el mismo, no obstante el reconocimiento ficto por parte del obligado principal (Exp. Nº 2448-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 665-666).*

*No procede mediante la prueba anticipada recuperar el mérito ejecutivo de las cambiales si estas han perdido su mérito como instrumento de cambio por acción del tiempo.*

*En la acción causal debe invocarse el negocio jurídico que originó la expedición de las cambiales (Exp. Nº 1451-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 312-315).*

*Si bien es cierto la letra de cambio es un documento autónomo, independiente de la relación jurídica que le haya podido originar, también es verdad que es esencialmente formal y para que se pueda efectivizar es necesario que no haya sido perjudicado por falta de protesto o por no haberse realizado con las formalidades propias (Exp. Nº 300-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 565).*

## ADMISIBILIDAD

### ARTÍCULO 694

*Se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones:*

1. *Dar;*
2. *Hacer; y,*
3. *No hacer. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 522-530

---

## Comentario

---

1. El objeto de la ejecución está determinado por las modalidades de las obligaciones, las mismas que pueden ser positivas o negativas. Las positivas, se sustentan en la realización de una determinada actividad, en la satisfacción de una determinada prestación, sea de dar o hacer; en cambio, en las negativas, opera la omisión o abstención del deudor a no realizar determinada actividad.

Tomando en cuenta la naturaleza de la prestación debida, nuestro Código Civil recoge la clasificación tripartita de las obligaciones: dar, hacer, y no hacer, clasificación que también acoge la norma en comentario; sin embargo, dicha clasificación viene siendo discutida en la doctrina, pues, la prestación entendida como “obtención de un resultado” no encuadra dentro ese esquema. Para Barchi<sup>(1)</sup> “la prestación es el programa material o jurídico que el deudor debe realizar y a lo cual el acreedor tiene derecho. La prestación consiste, según el contenido que ella asuma en: 1) el desarrollo de una actividad (comportamiento); o 2) la obtención de resultados, que no son necesariamente el producto de su comportamiento”.

2. Nuestro Código Civil no desarrolla una definición de la obligación de dar, como tampoco lo hacía el derogado Código de 1936; sin embargo, podría calificarse como “aquellas prestaciones que tienen como finalidad la transferencia de la titularidad de una situación jurídica o la entrega de un bien”. En ese sentido,

---

(\*) Texto según el art. 1 de la Ley 27027 de 27-12-1998.

(1) Barchi Velaochaga Luciano, “Comentarios al artículo 1132 del Código Civil” en Código Civil Comentado, t.VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 25.

Llambias<sup>(2)</sup>, considera que las obligaciones de dar, su objeto consiste en la entrega de una cosa o un bien. El deber de conducta que pesa sobre el deudor le impone desprenderse o desasirse del bien o cosa, para entregarlo al acreedor; en cambio, en las obligaciones de hacer –o de no hacer– lo debido consiste en una actividad del deudor que está precisado a ajustar su conducta personal a los términos de la obligación. Esta diversa naturaleza de lo “debido” explica por qué en las obligaciones de dar se puede llegar al desapoderamiento forzado del deudor, mientras que en las obligaciones de hacer la prerrogativa del acreedor no llega hasta ejercer la violencia sobre la persona del deudor.

3. En las obligaciones de hacer no se exige la presencia de los bienes, desde que se trata de una actividad, de un servicio, de una energía que debe realizar el deudor en el plazo y modo pactado, o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso(ver artículo 1148 CC). Es regla general, que el cumplimiento de la prestación puede ser realizada, indistintamente, por el deudor o tercero porque al acreedor no le interesa qué persona cumple con lo que se debe, sino que la obligación sea ejecutada; sin embargo, existen ciertas obligaciones personalísimas o *intuito personae* que imposibilitan la ejecución por un tercero, como refiere el artículo 1149 CC.

4. Las obligaciones de no hacer son negativas y consiste en una abstención, una omisión, una falta de acción por parte del deudor. Montero Aroca<sup>(3)</sup> la califica como “la omisión en realizar una conducta, que puede atender a una indefinida duración en el tiempo (prohibición de elevar un piso en un edificio quitando las vistas a otro) o referirse a uno o unos pocos actos determinados (no gravar durante un plazo un disco con otra compañía) o en una mera tolerancia que otra persona realice una conducta (permitir que el actor utilice un camino particular, habiéndose declarado la existencia de una servidumbre de paso)”. Estas obligaciones de no hacer, técnicamente son no fungibles, pues no cabe que otra persona no lo realice por el condenado.

En este tipo de demandas ejecutivas, la actuación jurisdiccional estará referida al logro de una conducta física, que produzca un cambio en el mundo exterior para acomodar esa realidad al título ejecutivo. Si hay resistencia para ese cambio, será realizada coercitivamente por el juez, según la naturaleza de la prestación que debía realizar el deudor. Si el objeto de la obligación es un hacer el juez debe emplear los medios necesarios al efecto que el deudor haga; si el objeto es entregar una cosa específica, el juez procederá a poner al ejecutante en posesión de la misma y si el objeto era dar una cantidad de dinero, el juez procederá al embargo y realización forzosa de bienes del ejecutado para obtener esa cantidad de dinero y entregarla al ejecutante.

(2) Llambias Jorge Joaquín, Manual de Derecho Civil : obligaciones, 10ª ed, Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 226.

(3) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional proceso civil, t. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 509.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si en el proceso de conocimiento, se parte de una situación de incertidumbre a fin de obtener una declaración jurisdiccional de certeza o la solución a un conflicto de intereses, en el proceso ejecutivo se parte de un derecho cierto pero insatisfecho (Cas. Nº 1695-97-Lima, El Peruano, 18/10/98, p. 1976).*

*En los procesos de conocimiento se parte de una situación incierta para obtener un pronunciamiento jurisdiccional de certeza del derecho controvertido. En los procesos de ejecución, se parte de una situación cierta, pero, insatisfecha, y el proceso vera, precisamente, sobre esa satisfacción que debe tener el ejecutante respecto de su acreencia la que se puede reducir mas no alterar (Cas. Nº 871-97-Puno, El Peruano, 19/10/98, p. 1985).*

*La no coincidencia entre el monto de la letra de cambio y el saldo señalado en la carta notarial, no es razón para no admitir la demanda ejecutiva (Exp. Nº 1792-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 324-325).*

## DEMANDA EJECUTIVA

### ARTÍCULO 695

*A la demanda se acompaña el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424° y 425°, en lo que corresponda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

La demanda es el acto procesal que da inicio al proceso. Contiene la pretensión procesal y materializa el derecho de acción. Este acto procesal tiene que satisfacer ciertos requisitos recogidos en los artículos 424 y 425 CPC, en lo que corresponda. Tanto el inciso 1 al 4 del artículo 424 hace referencia a los sujetos del proceso (juez y partes).

El inciso 5 exige que el petitorio sea expresado en forma clara y concreta; en ese sentido la demanda ejecutiva debe solicitar se ordene el pago de determinada suma de dinero, mas sus intereses y gastos procesales. No es correcto solicitar se ordene el pago de la suma que aparece en los documentos de ejecución, sino hay que establecer de manera expresa el monto de la pretensión. Se debe precisar además, que la petición del ejecutante no es libre, por cuanto el título determina los límites de su petición; por citar, cuando se trata de dar suma de dinero, siempre será posible en la demanda pedir menos a lo establecido en el título. Véase el caso, si una letra de cambio refiere la cantidad de cien mil nuevos soles y el ejecutante solicita cincuenta mil nuevos soles, pero nunca, más de la cantidad establecida en el título.

El inciso 6 del artículo 424 CPC hace referencia a que los hechos sean expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad. Esta exigencia es importante porque va a fijar los límites del contradictorio, la pertinencia de la prueba, la intervención e integración de terceros que pudieren ser afectados con la tutela reclamada. Nelson Ramírez, considera que “toda pretensión, por muy específica que sea, aún cuando se refiera a cuestiones de puro derecho, debe volcarse en una demanda que contenga una secuencia expositiva lógica de los hechos. El orden está referido a un criterio lógico que normalmente es secuencial en el tiempo, pero que fundamentalmente, debe procurar arrojar como resultado el que su sola lectura informe con precisión los antecedentes que originan el conflicto y, a su vez, permitan proyectar la forma en que debe ser solucionado”.

En relación a la numeración de los hechos. Se dice que hay demandas que no tienen mas que un solo hecho y que por tanto, no hay necesidad de enumerar ese solitario aspecto fáctico. Para Ramírez debe cumplirse con dicho requisito, ya que se trata de una exigencia que no hace referencia al aspecto cuantitativo sino al aspecto formal.

El proceso ejecutivo suele ser mencionado como el ejemplo de demandas que contienen un solo hecho, pues, la letra protestada es su sola razón de ser dada la naturaleza abstracta de la acción cambiaria; sin embargo para Ramírez, ello no es así, porque un primer hecho es la emisión de la letra, un segundo hecho, es la aceptación de la letra; un tercer hecho, es el protesto de la letra; un cuarto hecho, puede ser el aval de la letra; un quinto hecho, puede ser el endoso de la letra. En efecto, el demandado puede formular contradicción contra cualquiera de esos hechos. Por ejemplo, puede alegar que no aceptó la letra, pues su firma ha sido falsificada, o que el protesto es ilegal, pues ha sido hecho por quien no es Notario, o el avalista alegar que se ha perdido la acción cambiaria, etc.

Como señala la norma en comentario, a la demanda se acompaña el título ejecutivo. No solo se debe alegar y presentar el título que por Ley apareja ejecución sino que la obligación documentada en el título debe cumplir los requisitos del artículo 689 CPC. Estas dos circunstancias deben desprenderse del título mismo, y a partir de él nace el derecho del ejecutante a que el juez despache la ejecución y la lleve hasta el final.

Cuando la norma exige que se acompañe el título ejecutivo, se explica porque en este tipo de procesos, el contradictorio se invierte. La sola afirmación contenida en la demanda y sustentada en el título que se adjunta es suficiente para que el órgano jurisdiccional expida el mandato de ejecutivo; sin embargo, puede ocurrir que el juez califique el título y deniegue la demanda, aún sin oposición del ejecutado.

A pesar que la norma no precisa que se acompañe el original del título ejecutivo, se debe sostener que la copia de éste no tiene mérito suficiente para emitir el mandato ejecutivo, caso contrario, se permitiría multiplicar el número de posibilidades que el demandante, con un solo documento, tenga para empezar un proceso.

Como señala la norma en comentario, a la demanda no solo se acompaña el título ejecutivo, sino los requisitos contenidos en los artículos 424 y 425 CPC, en lo que corresponda. Esto implica, que en caso no se satisface las exigencias de dichos preceptos legales, en atención al carácter publicístico del proceso se proceda al rechazo de la pretensión, lo que no implica el rechazo al derecho de acción. Si bien la demanda inicia el proceso, ello no invalida que por un déficit en las condiciones de procedibilidad, el juez le dé curso a pesar de no reputarla idónea para la prosecución. Los principios de autoridad y de economía procesal justifican que el juez no deba permanecer impasible ante la proposición de demandas cuya sustanciación solo se traduciría en un inútil dispendio de actividad jurisdiccional.



JURISPRUDENCIA

*El protesto por falta de pago es el requerimiento notarial del obligado para que pague la obligación dineraria contenida en el Título Valor, cuyo efecto otorga mérito ejecutivo a dicho título. El acta tiene por objeto acreditar ese hecho por lo que la Ley la ha sujetado a formalidades, entre ellas, que contenga el nombre de la persona con quien se entienda y su respuesta a los motivos de la falta de ésta. El no cumplir con ello, no otorga mérito ejecutivo a la cambial (Exp. Nº 11798-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 663-665)*

*La sola presentación ante el Ministerio Público de una denuncia penal contra el representante legal de la actora, no es prueba suficiente para que las cambiales materia de este proceso, pierdan su mérito cambiario o su exigibilidad al obligado principal (Exp. Nº 98-33123-274, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 646-647)*

*El título valor es un documento probatorio, constitutivo y dispositivo que contiene una declaración unilateral de voluntad, de la que deriva una obligación a cargo del que lo suscribe, y un derecho a favor del acreedor: es decir, en él se halla incorporado ya el derecho y por ende no requiere de documento adicional alguno para que lo sustente como una acreencia patrimonial (Exp. Nº 38076-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 641)*

*Si bien la naturaleza del pagaré tiene por origen de emisión una causa, ésta no requiere estar debidamente establecida en él, dado que el título valor puesto a ejecución es prueba por sí mismo de una obligación (Exp. Nº 118-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 635-637)*

*Completada la letra de cambio contraviniendo los acuerdos adoptados, se perjudica el mérito ejecutivo de la cambial, por lo tanto no corresponde emitir mandato de pago alguno, aun cuando exista reconocimiento expreso de deuda (Exp. Nº 583-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 624)*

*La letra de cambio otorgada en garantía no contiene una orden incondicional de pago, porque está sujeta a la condición, que se incumpla la obligación para poder hacerse efectiva (Exp. Nº 1442-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 625)*

*La letra debe ser presentada para su pago en el lugar o en la dirección indicados en ella, aunque el deudor hubiera cambiado de residencia.*

*Solo cuando no hubiera indicación de domicilio o fuera falso, el protesto se verifica en la Cámara de Comercio del lugar, caso contrario los inhabilita para la acción ejecutiva (Exp. Nº 1243-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 610)*

*Constituyen títulos de ejecución, los recibos de pago de la renta reclamada, más la afirmación que el demandado se encuentre ocupando el bien.*

*Resulta improcedente la demanda de pago de arriendos, si no se adjunta los recibos impagos de los meses que se demanda (Exp. Nº 809-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 550)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Mediante el proceso ejecutivo, no puede pretenderse el pago de una suma de dinero distinta a la que fue materia de reconocimiento; pues, lo que se trata en este tipo de procesos es hacer efectivo lo que consta en el mismo título y no declarar derechos dudosos o controvertidos (**Exp. N° 13991-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 541**)

No procede la acción ejecutiva, sustentada en una absolución de posiciones, donde la obligada ha negado expresamente la suma líquida puesta a cobro, por cuanto dicha negación no permite contar con un reconocimiento de suma determinada.

En el proceso ejecutivo se trata de hacer efectivo lo que consta y fluye del mismo título, al que la ley concede la misma fuerza que a una ejecutoria, pues no se trata de pronunciarse sobre derechos dudosos y controvertidos sino de llevar a efecto lo, que consta de manera indubitable (**Exp. N° 1615-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 542-543**)

El proceso ejecutivo, no entra a tallar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, sino en hacer efectivo lo que consta en el título. No se trata de declarar derechos dudosos y controvertidos, sino de llevar a efecto lo que consta del título por sí mismo.

Tratándose de una obligación de hacer, cuyo cumplimiento se pretende en un proceso ejecutivo, debe existir la prestación concreta a la cual el demandado se ha obligado expresamente frente al acreedor (**Exp. N° 67752-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 544**)

Las liquidaciones de saldo deudor que emiten las empresas del sistema financiero no tienen mérito ejecutivo, pues, contienen una declaración unilateral del demandante, mas no un derecho declarado.

La sola alusión a su mérito ejecutivo que hace el artículo 32 de la Ley N° 26762 resulta insuficiente para acceder a su exigibilidad.

Se otorga derecho para promover ejecución a quien en el título ejecutivo o de ejecución tiene reconocido un derecho a su favor, contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado (**Exp. N° 12986-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 545**)

La no coincidencia entre el monto de la letra de cambio y el saldo señalado en la carta notarial, no es razón para no admitir la demanda ejecutiva (**Exp. N° 1792-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 324-325**)

Si se pretende el cobro ejecutivo de arriendos, pero de la demanda no fluye el número de bienes arrendados, la renta mensual respecto de cada uno y el período del adeudo, dichas omisiones pueden ser subsanadas a través de la inadmisibilidad de la demanda (**Exp. N° 19062-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 529-530**)

Cuando se ejercita la acción cambiaria directa y no la acción causal, es irrelevante toda controversia respecto al origen de la obligación que ha dado origen a las cambiales. El vocablo "a la fecha de vencimiento" no enerva la validez del título valor si existe referencia precisa en la parte superior del título sobre la fecha de vencimiento (**Exp. N° 12313-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 555-556**)

Los que giren, acepten, endosen o avalen pagarés, entre otros títulos valores, quedan obligados solidariamente frente al tenedor, el mismo que puede accionar contra dichas

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

personas individual o conjuntamente (**Exp. N° 1967-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 210-211**)

*Tratándose de una acción cambiaria, los derechos que se ejercitan o las obligaciones que se exigen son las que emanan del título valor puesto a cobro, sin que sea necesario probar su existencia o su exigibilidad por otros medios que no sea el título valor mismo, por su forma, su literalidad y por la oportunidad en que se pide su cumplimiento* (**Exp. N° 924-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 382-383**)

*Las letras de cambio traducen un acto jurídico celebrado por quien la gira y por quien la acepta, de manera que la obligación de su pago subyace del texto literal de aquellas y constituye deber del contrario aportar probanza suficiente a efecto de desvirtuar tal presunción* (**Exp. N° 714-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 383-384**)

*En la acción cambiaria no se discute el origen de la obligación consignada en la letra de cambio por tratarse de un título abstracto, autónomo y literal* (**Exp. N° 1652-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 387-390**)

*El título valor constituye el derecho mismo del acreedor, no siendo solamente un medio probatorio de la obligación, por lo que es indispensable su presentación con la demanda para exigir el derecho.*

*Se aparea la ejecución con el título original* (**Exp. N° 1262-94-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 618-619**)

*La existencia de un proceso penal por estafa derivado de la emisión y llenado de la letra de cambio objeto del proceso no causa perjudicialidad que haga aplicable el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales por cuanto dicho proceso se sigue contra distinta persona del ejecutante, quien hasta que no se declare judicialmente lo contrario goza de legitimación para exigir la prestación expresada en el título valor, como tenedor legítimo del mismo y por la autonomía de su posición cambiaria de endosatario en propiedad* (**Exp. N° 1607-91-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 632-633**)

## COMPETENCIA

### ARTÍCULO 696

*El Juez de Paz Letrado es competente para conocer las pretensiones cuya cuantía no sea mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Todos los jueces ejercen jurisdicción, pero cada uno de ellos tiene delimitado el campo en que la ejerce, de ahí que algunos jueces que pueden intervenir en unos asuntos y no en otros. Esta delimitación se hace en atención al principio de la división del trabajo y se distribuye entre los jueces y juzgados. Oderigo, señala que la jurisdicción representa la función de aplicar el derecho, mientras que la competencia es la aptitud legal de ejercer dicha función en relación con un asunto determinado. Para Vescovi, la competencia es la porción o parte de jurisdicción de los diversos órganos jurisdiccionales, y a la vez, la aptitud de ellos para juzgar determinados asuntos. La delimitación de la competencia se presenta así como un conjunto de limitaciones cuantitativas, no frente a la jurisdicción sino frente a otros órganos jurisdiccionales.

2. Un sector de la doctrina delimita la competencia bajo la siguiente clasificación: la objetiva, la funcional y la territorial. La objetiva se sustenta en el valor y la naturaleza de la causa. La funcional en las funciones que la Ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía en el proceso y la territorial opera ante la existencia de jueces de la misma clase y la asignación de procesos a cada uno de ellos en atención al orden geográfico. Tanto la competencia objetiva y funcional no son objeto de disposición de las partes. Es absoluta, porque la organización de los estamentos judiciales no se halla sujeta al arbitrio de las partes.

3. La norma en comentario establece la competencia en grado, tomando como referente la cuantía de la pretensión. Se dice que “la estrategia del proceso se muestra dominada por leyes de conveniencia económica según las cuales el costo del proceso condiciona la importancia del litigio y este influye no solamente sobre la forma procedimental que se le asigne, sino también sobre la estructura del oficio al cual se confíe sobre la selección de los funcionarios competentes”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Precisamente, uno de los efectos de la cuantía en los procedimientos ejecutivos, es la determinación de la competencia funcional. Como señala la norma, “el Juez de Paz Letrado es competente para conocer las pretensiones cuya cuantía no sea mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil”.

La competencia funcional comprende tanto la competencia por grado como la competencia según la etapa procesal que se desenvuelva. La designación del juez competente se cumple no por causa de una cualidad del litigio sino de una cualidad de la actividad del cargo, o sea de la función que está llamado a ejercer. La aplicación de este criterio conlleva a distinguir entre juez de primer y segundo grado. Acarrea distribuir los litigios entre los jueces, con miras a la determinación de quien debe hacer el primer examen del litigio y quien el examen que sucede. En ese sentido, la norma en comentario establece los jueces de primer grado (Juez de Paz Letrado y Juez Civil) que conocerán las pretensiones ejecutivas, en atención a la cuantía que se reclama.

## Sub - Capítulo 2º

# EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO

### MANDATO EJECUTIVO

#### ARTÍCULO 697

*El Juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible, dará trámite a la demanda expidiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.*

*El mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación sólo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título.*

*Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se puede demandar la primera.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 322

C.P.C. Colombia arts. 497, 498

---

### Comentario

---

1. Monroy<sup>(1)</sup> sostiene que el proceso ejecutivo ha estado íntimamente ligado a los cambios económicos de la humanidad. Refiere que a comienzos del siglo XI, en Europa, se busco que las personas dedicadas a la actividad comercial cuenten con un procedimiento más expeditivo. Se cita la Bula de Clemente V que autorizaba

---

(1) Monroy Juan "Rasgos esenciales del proceso ejecutivo, merito ejecutivo del contrato de seguros contra siniestros en el proceso civil peruano" en Advocatus, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, p. 107.

a los jueces a seguir procedimientos breves para tal fin. A esta Bula influyeron los derechos estatutarios italianos que forjaron un procedimiento más rápido llamado sumario, sin embargo, este procedimiento fue insuficiente, porque se requería de un procedimiento aún más expeditivo. Se procedió a colocar en los contratos una cláusula –*pactum executivum*– que permitía a los acreedores, en caso de incumplimiento de obligación, obtener del juez una orden de pago inmediata conocida con el nombre de *mandatum de solvendum*, antecedente directo del actual auto de pago. Como en el documento reposaba la autenticidad de la obligación, se exigía que el documento se formalizara ante un Notario, quien a su vez, estaba facultado para ordenar el cumplimiento de la obligación, bajo apercibimiento de pasar los documentos al juez para que este ejecute. Posteriormente, ni siquiera fue necesaria la presencia de la cláusula de *pactum executivum*. Bastaba el reconocimiento notarial de la obligación para que pudiera producirse, de manera inmediata, la ejecución judicial, lo que *mutatis mutante* ocurre a la fecha en nuestro ordenamiento, dice Monroy.

2. Como señala la norma en comentario, el juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. Para que pueda admitirse su ejecución, no solo es suficiente recaudar el original del documento que presumiblemente tiene mérito ejecutivo, sino que la obligación que la contiene esté vencida; esto significa que la pretensión exigida no se encuentre sujeta a modalidad alguna, vale decir, que no tiene plazo, lugar, ni modo pendiente.

En relación al título y su implicancia para la acción, aparecen diversos criterios. Para Liebman, el título es un elemento constitutivo de la acción; para Zanzucchi, es una condición requerida para el ejercicio de la acción; para Furno, es un presupuesto de procedibilidad; para Carnelutti, es la prueba documental del crédito. Frente a las posiciones citadas, se sostiene que para que un título ejecutivo, sea tal, es menester la reunión de dos elementos: la existencia de una declaración de la existencia de una obligación que la ejecución tiende a satisfacer; y, la orden de ejecución.

Palacio, apreciando el título como calidad y como documento señala “se tiene título cuando se está habilitado jurídicamente para hacer una cosa; pero, también se tiene título cuando se tiene en mano el documento que acredita esa calidad.” Sostiene que el equívoco radica en que puede haber calidad sin documento y documento sin calidad. El acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito y no tiene el documento; el tenedor de un pagaré oportunamente pagado pero no retirado por el deudor, tiene el documento y no la calidad de acreedor.

En el cobro de alquileres, los propietarios tienen título ejecutivo, aun cuando el arrendamiento sea verbal y no exista documento en su favor. También lo tiene el Estado por cobro de ciertos impuestos, sin documento alguno o con documentos emanados de la propia administración, los cuales violarían, aparentemente

el precepto que nadie puede hacerse una prueba en su propio favor. En estos casos, señala Palacio, el título ejecutivo es la calidad de acreedor. Viceversa, puede darse el caso que se lleven adelante los procedimientos de ejecución con documentos y sin título, como cuando la deuda se ha extinguido por prescripción o caducidad. En estas circunstancias, el juez no puede oponer de oficio esa circunstancia; sin embargo, la sentencia rechazará en definitiva la pretensión del acreedor; pero la ejecución ya se inició con la sola exhibición del documento.

El concepto de título ejecutivo, es indistintamente un concepto de derecho material y un concepto de derecho procesal. Lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que lo justifica. La ejecución entonces, se promueve en virtud del derecho y del documento; pero, no es forzoso que así acontezca, según se pone de relieve en los ejemplos que cita Palacio.

3. La norma señala que de considerar admisible la demanda, dará trámite expidiendo el mandato ejecutivo, debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.

A partir de este momento, el ejecutante puede tomar las providencias necesarias para el aseguramiento de la ejecución, tal como lo refiere el artículo 698 CPC. Los actos de coacción tienen, normalmente en esta etapa, un carácter meramente preventivo, para dar paso, si hubiera contradicción, a una etapa sumaria de conocimiento, que se inserta en el procedimiento de ejecución. Esa oposición aparece regulada en el artículo 700 CPC para brindar al ejecutado, la posibilidad de hacer valer las defensas que tenga contra el título o contra el procedimiento.

Como se aprecia el mandato ejecutivo, contiene una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. A pesar que no precisa la norma, es necesario requerir al condenado señalándole un plazo para que cumpla. Este requerimiento previo y el señalamiento de plazo constituyen el inicio de la ejecución. La actividad ejecutiva dependerá de la conducta que adopte el ejecutado. Si éste cumple estrictamente la condena, la ejecución y el proceso concluye; caso contrario, como el objetivo de la ejecución no se ha logrado, se procederá a la ejecución forzada.

Es importante resaltar que la norma permite la posibilidad de la impugnación, mediante la apelación, al mandato ejecutivo. El sujeto legitimado para la impugnación será el ejecutado y solo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título; sin embargo, el cuestionamiento al mandato ejecutivo, también se puede realizar a través de la contradicción que recoge el inciso 2 del artículo 700 CPC. En ambos casos, tanto los plazos como el objeto de la contradicción y la apelación son distintos; y por lo mismo, los efectos de estos en relación al título también.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. La norma nos coloca en el supuesto que un título contenga una parte líquida y otra ilíquida, se proceda a la ejecución de la primera, sin necesidad de esperar a que se liquide la segunda.

Apreciése que se hace referencia a la prestación líquida, más no a la liquidable, cuyo tratamiento se regula en el artículo 689 CPC. Véase el caso, de una transacción extrajudicial, que contiene una prestación de una cantidad líquida mas intereses convencionales; estos últimos, se consideran como cantidad líquida porque serán liquidables como resultado de una operación aritmética. En igual sentido, si el pago de una deuda se ha fijado en moneda extranjera será un título ejecutivo líquido, cuando se trate de moneda convertible admitida a cotización oficial y que la operación en esa moneda está permitida legalmente o autorizada administrativamente.

La prestación liquidable es la que puede dilucidarse numéricamente mediante operación aritmética, método que no podría ser de aplicación para las prestaciones ilíquidas porque ella responde a razones muy distintas. En estos casos, estamos ante las llamadas sentencias de condena genérica o de condena con reserva. Véase el caso de la sentencia que condena al pago de una suma líquida y dispone, la compensación del saldo de la deuda existente mediante la devolución de mercadería, luego de computarse la depreciación de ella, al momento de la entrega<sup>(2)</sup>; o el caso de la sentencia que condena al pago de daños y perjuicios, fijándose las bases para dicha posterior liquidación; o la liquidación de frutos, rentas y utilidades, según las pautas preestablecidas en la condena. Montero Aroca<sup>(3)</sup> refiere que estas prestaciones operan cuando la Ley admite que ésta sea ilíquida, dejando la liquidación para la fase de ejecución; otro supuesto es que no haya existido realmente una actividad declarativa previa, sino simplemente el presupuesto para condenar genéricamente a los daños sufridos; también permite prestaciones ilíquidas, cuando la obligación de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica se pueden transformar por Ley en obligación pecuniaria. En este último caso, nuestro Código hace referencia esta situación en los artículos 706 y 708 CPC.



### JURISPRUDENCIA

---

*Tratándose de un contrato de arrendamiento financiero, en donde el ejecutante debe presentar la liquidación de la deuda como requisito de admisibilidad, el juez se encuentra obligado a calificar no solo el título sino también la liquidación. El juez puede ordenar una prueba pericial contable a fin de determinar el real estado del saldo deudor (Exp. N° 98-8888-2969, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 438)*

(2) Véase el caso promovido por Proveedores Hospitalarios Prohosa SA con Laboratorio Baxter SA, Expediente N° 8161-1997, 33 JCL sobre obligación de dar suma de dinero.

(3) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional, t.II proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p. 522.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El saldo deudor de una cuenta corriente se pone en conocimiento al cliente del banco para que pueda observarla por el término de quince días y vencido que fuera dicho término, el acreedor girará la letra de cambio contra el deudor por el saldo puesto en su conocimiento, más los intereses generados en ese periodo, esto es, que el monto liquidado se le deberá agregar el incremento de los intereses solo por el periodo de los quince días contados desde la recepción de la comunicación notarial (Exp. Nº 99-16861-1886, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 436)*

*Por el reconocimiento judicial del título valor vencido no revive la prescripción producida de las acciones derivadas de él, pues ésta se produce cuando el obligado es notificado con la demanda dentro del plazo precriptorio de la acción derivada del respectivo título valor.*

*Si bien aparece de la prueba anticipada que la acción cambiaria quedó perjudicada al haberse declarado el abandono de la acción cambiaria directa, por el trascurso inexorable del tiempo, ésta, en vía de proceso, también ha caducado (Exp. Nº 99-40677-3308, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 426)*

*Si se ha cuidado, que en las hojas adheridas conste el sello del banco que devuelve los títulos, apareciendo las fumas en el mismo sello, no descalifica el título, pues, resulta evidente que la propia beneficiaria de los cheques a quien en su orden fueron girados es la misma tenedora y accionante (Exp. Nº 98-1442-788, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 420)*

*Si el cheque ha sido presentado para su pago con mucha posterioridad al plazo que estipula la Ley de Títulos Valores, pierde su eficacia jurídica como tal, de suerte que ello imposibilita hacer uso de las acciones cambiarias que favorece a la parte acreedora, lo que conlleva a determinar, que el actor carece de legitimidad para obrar.*

*El plazo de treinta días para el cobro del cheque no constituye uno de caducidad, sino que ello es una exigencia de formalidad para ejercitar la acción cambiaria (Exp. Nº 66726-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 419)*

*Es requisito del pagaré la indicación del vencimiento; si no contiene dicho requisito no tiene eficacia de un título valor (Exp. Nº 98-24341-2383, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 416)*

*Aún cuando la persona a quien el título valor debe presentarse hubiera muerto, el protesto debe formalizarse, entendiéndose éste con sus sucesores (Exp. Nº 2362-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 410)*

*La letra de cambio es un título valor a la orden, en virtud del cual, una persona instruye a otra para que la acepte y pague una cantidad de dinero a la persona designada en el propio documento. La legitimidad activa de la letra de cambio deriva de la posesión del título y la verificación de la cadena ininterrumpida de endosos; en cambio, la legitimación pasiva, deriva de la comprobación en el título de la firma de quien gire, acepte, endose o avale (Exp. Nº 98-28448-3121, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 411)*

*Es título suficiente para ejercitar la acción cambiaria, el título valor sellado por la notaría, con la constancia de "documento protestado" con indicación de la fecha del protesto y' la firma del funcionario interviniente. No es obligatorio acompañar el testunonio del protesto (Exp. Nº 15715-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 408)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El sello notarial del protesto acredita exacta realidad del acto.*

*Quien lo cuestione, debe acreditar lo contrario, presentando el acta respectiva.*

*Es requisito obligatorio el protesto por falta de pago contra el aceptante, no siendo indispensable contra los avalistas (Exp. Nº 98-36395-2109, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 407)*

*El hecho de figurar un sello de la propia emitente sobre la firma del avalista, no implica que dicha persona haya actuado en representación de la aludida empresa comercial desde que no resulta lógico ni congruente que el mismo emitente (obligado principal) garantice el cumplimiento de su propia obligación, máxime que el nombre consignado como fiador es de la persona natural (Exp. Nº 31238-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 406)*

*Si la actora recibió de la ejecutada la cambial, a cuenta de la deuda puesta a cobro, la misma que ha sido presentado al juzgado por la ejecutante, antes de su vencimiento, ocasionando que ésta no pueda ser protestada oportunamente, perjudicando el documento, por lo que resulta atendible deducir la cambial de la suma puesta a cobro.*

*La entrega de títulos valores extingue la obligación cuando, por culpa del acreedor, se hubiesen perjudicado (Exp. Nº 98-18660-3470, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 391)*

*No habiendo sido objeto de impugnación el mandato ejecutivo, la sentencia debe pronunciarse respecto del mismo, es decir, relativa a la orden de pago, y en caso de ser fundada, llevar adelante la ejecución (Exp. Nº 98-31489, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 389)*

*Tratándose del cobro de un instrumento de cambio, los derechos que se ejercitan o las obligaciones que se exijan emanan del título que fundamenta o sustenta la pretensión, sin necesidad de probar su existencia o exigibilidad por otros medios, pues, se trata de un derecho incorporado.*

*Si bien la Ley exige que el título contenga el nombre y firma de quien emite, también lo es, que tratándose de personas jurídicas basta que aparezca la firma de los representantes de éstas, no requiriéndose que se consigne su nombre.*

*Advirtiéndose, por la cadena interrumpida de endosos, que el ejecutante, en su condición de tenedor, es el portador legítimo del título; y si bien los últimos endosantes, no han cuidado que sus firmas comprendan el documento y la hoja, al no haber sido materia de observación por la ejecutante, no enerva su formalidad (Exp. Nº 337-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 388)*

*Es improcedente la apelación contra el auto de pago, si el argumento de ella, incide sobre el fondo y no sobre la falta de requisitos formales del título ejecutivo (Exp. Nº 99-18121-1387, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 353)*

*Si bien es cierto que el Código Procesal Civil permite que se dicte el mandato ejecutivo por los gastos demandados, resulta evidente que ello solo puede ocurrir, cuando estos son especificados, indicando su origen, su monto y presentando los documentos correspondientes que acrediten el gasto (Cas. Nº 1380-99-Lima, El Peruano, 30/11/99, p. 4193)*

*Los jueces de mérito aprecian la procedencia de la demanda en el momento de calificarla, al resolver las excepciones si se han producido, y nuevamente al momento de pronunciar el auto de saneamiento. Excepcionalmente, como autoriza el artículo 121 del Código*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Procesal Civil, los jueces en sentencia pueden pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, lo que quiere decir que pueden hacerlo no obstante haber precluido las etapas anteriores; en el caso de un proceso ejecutivo, esta facultad no queda limitada ni dismínuida por el hecho de que el demandado no impugnara el mandato ejecutivo, no formulara contradicción ni apelara del auto de saneamiento, pues los jueces de mérito, en primera y segunda instancia, como directores del proceso, aplican la norma pertinente (Cas. Nº 1304-99-Cusco, El Peruano, 18/12/99, p. 4326)*

*En proceso sobre dar suma de dinero, no implica vulneración del principio de congruencia procesal el pronunciamiento judicial sobre suma distinta de la pedida cuando, por mención indexatoria en cláusula de pago, el monto ha variado. Esto se desprende debido a que la mención de indexación, aún cuando no se manifieste en el contrato expresamente como un pacto de indexación, se entenderá como tal (Cas. Nº 3265-99, El Peruano, 24/08/2000, p. 6074)*

*El hecho que el banco en su condición de acreedor hubiere recurrido a Indecopi, para que se le reconozca un orden de preferencia entre las acreencias de la que es obligada la ejecutada, ese hecho no extingue su derecho a requerir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del pagaré (Exp. Nº 98-10724-2440, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 644-645)*

*No se aprecia ninguna discordancia entre el plazo de renovación y la fecha de vencimiento, si el plazo por el cual se renovó la deuda, se ha contado a partir de la fecha del último vencimiento. El protesto debe hacerse en el lugar de presentación para el pago y dentro de los 8 días al vencimiento y no antes.*

*No habiendo acreditado los ejecutados haber cumplido con cancelar la deuda puesta a cobro, subsisten los fundamentos del mandato de pago (Exp. Nº 180-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 596-597)*

*El hecho que aparezcan dos fechas de vencimiento diversas invalida el título como tal, pues, se impide valorar con exactitud los plazos para el protesto.*

*Procede la exoneración de gastos procesales dado que existiendo un adeudo expresamente reconocido, y ante la falta de honramiento oportuno, el acreedor se hallaba facultado a demandar, aún cuando correspondía ejercitarlo en otra vía procedimental (Exp. Nº 98-18650, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 565)*

*Si el segundo endoso de la cambial ha recaído en la actora, ello lo inhabilita para promover acción causal contra el demandado, desde que la demandante no intervino en dicha relación; en todo caso solo podría plantearla la giradora por tener la calidad de sujeto activo de la acción cambiaria directa (Exp. Nº 1088-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 571-572)*

*En la acción causal, la sola letra de cambio no resulta suficiente para justificar la acción puesta a cobro por la suma que aparece consignado en ella, toda vez que siendo una acción distinta a la cambiaria, corresponde a la portadora del título valor acreditar la obligación originaria subyacente, esto es, lo que motivó su expedición (Exp. Nº 4468-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 576)*

*No tiene validez como título valor la letra que ha incluido los intereses generados hasta la fecha de giro. Solo se pueden acumular los intereses de los quince días posteriores a la emisión de la carta que comunica el saldo deudor.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Habiendo observado el ejecutado la obligación requerida por el Banco, en aplicación del artículo 228 de la Ley 26702, está imposibilitado de girar la letra a que se refiere dicha norma (**Exp. N° 98-18349, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 598**)

El cheque es un instrumento de pago y como tal no puede ser emitido con fecha adelantada, ni girado, endosado o entregado en garantía. Girar el cheque en la forma indicada, se invalida como instrumento cambiario (**Exp. N° 11396-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 621**)

La opción que precisa el artículo 17 de la Ley 16587 para ejercitar la acción cambiaria, requiere la concurrencia sine qua non de los mismos requisitos que para ejercitar la acción ejecutiva. El plazo de presentación para el pago de cheques es de 30 días, salvo que se hubiere emitido en el extranjero. Dicho plazo no constituye uno de caducidad, sino que es una formalidad para ejercitar la acción cambiaria.

Si el cheque se presenta con posterioridad, imposibilita hacer uso de las acciones cambiarias que favorece a la parte acreedora (**Exp. N° 66726-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 619-620**)

No es necesario el protesto de un título valor si no se ejercita una acción cambiaria (**Exp. N° 403-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 205**)

La letra protestada extemporáneamente carece de mérito ejecutivo (**Exp. N° 1488-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 354-355**)

Carece de mérito ejecutivo la letra de cambio que no ha sido protestada dentro del término que señala el artículo 49 de la Ley de Títulos Valores (**Exp. N° 381-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 355-356**)

La Letra de cambio debe contener el nombre y la firma de quien emite la letra (girador o librador) (**Exp. N° 1381-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 402**)

No se puede exigir a la acción causal los mismos requisitos que la acción cambiaria, pues su naturaleza es distinta (**Exp. N° 236-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 345-346**)

Pierde su valor como tal la letra de cambio que no ha sido girada bajo ninguna de las formas previstas en el artículo 63 de la Ley de Títulos Valores.

Si bien aparece protestada la letra de cambio, no consta de ella la fecha en que tal diligencia se habría cumplido, transgrediendo lo dispuesto en el Inc. 1 del artículo 55 de la Ley de Títulos Valores (**Exp. N° 2173-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 403-404**)

El monto por concepto de cláusula penal no puede ser tutelado por contener un interés usurario encubierto.

Las obligaciones de dar suma de dinero solo generan en caso de incumplimiento, la obligación de abonar un interés que no puede exceder de la tasa legal fijada por el Banco Central de Reserva (**Exp. N° 316-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 124-126**)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El título valor constituye el derecho mismo del acreedor, no siendo solamente un medio probatorio de la obligación, por lo que es indispensable su presentación para exigir el derecho. No puede el ejecutado oponerse al pago sino se apareja la ejecución con el título original (Exp. N° 1089-93-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 617)*

*Procede la acción ejecutiva para el cobro del saldo deudor existente a la cancelación de la cuenta corriente.*

*No procede la acción ejecutiva si la letra obra en fotocopia y si el monto de la carta de cierre de cuenta y saldo deudor, no concuerdan con la letra puesta a cobro (Exp. N° 1189-93-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 666-667)*

*Las acciones cambiarlas se ejercitan teniendo a la vista el ejemplar original del título valor (Exp. N° 1279-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 385-386)*

*No resulta procedente la ejecución de la letra girada por un monto diferente al saldo deudor de la cuenta corriente (Exp. N° 1024-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 417)*

*No debe reputarse como aviso o requerimiento de pago, la carta notarial cursada con fecha posterior a la emisión de la letra, así como la que no precisa el saldo deudor (Exp. N° 66-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 418-419)*

*La validez de las letras de cambio no se hallan supeditadas a fórmulas gramaticales, rígidas y preconstituidas. Para que surtan sus efectos legales debe reunirse dentro de su texto y en forma literal, inequívoca y clara, todos y cada uno de los requisitos preceptuados en el artículo 61 de la Ley de Títulos Valores.*

*Si en la cambial se menciona "a treinta días" se refiere a una fecha cierta que aparece dentro del contexto de la letra, al estipularse en el recuadro superior que vence el día primero de mayo del presente año, razón por la que debe considerarse girada a fecha fija (Exp. N° 161-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 571-572)*

*Debe ampararse la demanda si éstas han sido devueltas al endosante, quien además resulta ser giradora, siendo la legítima tenedora de las citadas letras de cambio (Exp. N° 218-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 574)*

*No habiéndose puesto a conocimiento del girador el cambio de domicilio, debe ser ésta pagadera en el lugar señalado en ella, por la naturaleza literal de la cambial (Exp. N° N-550-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 587)*

*El plazo de extinción de las acciones derivadas de la letra de cambio, es a los tres años contra el aceptante y el avalista. La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil (Exp. N° 358-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 589)*

*Las letras de cambio tienen características especiales que las distinguen de los demás documentos, como la abstracción cambiaria, la autonomía y la literalidad; por todo lo cual son eminentemente formales (Exp. N° N-498-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 590)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Los cheques en su calidad de órdenes de pago, están destinados a cubrir deudas ya generadas y liquidadas, y no deudas que se pudieran generar a futuro (**Exp. N° 22-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 598**)

El saldo deudor de una cuenta corriente bancaria cerrada, se incrementa con los intereses pactados, los que continúan devengándose en tanto no se gire la letra de cambio.

La no inclusión de los intereses devengados en las cambiales no afectan de nulidad los títulos valores.

Los intereses pactados se aplican hasta la fecha de la emisión de las letras de cambio, y después de emitidas éstas, corresponde el pago de intereses legales (**Exp. N° 67-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 602**)

No obstante que el saldo deudor difiere del mandato ejecutivo, al no haber sido observada por la ejecutante, ni menos haber acreditado pago alguno a cuenta de la deuda, el mandato de pago ha quedado firme, cuyo monto en todo caso, podrá ser objeto de liquidación si el ejecutado optara por cancelar la deuda antes del remate de los bienes dados en garantía (**Exp. N° 279-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 603-604**)

Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho e interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

Se incurre en nulidad, si la letra de cambio en ejecución ha sido aceptada tanto por el girador como por la cónyuge de este y no se emplaza a esta con la demanda (**Exp. N° 413-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 196-197**).

Si el título valor se encuentra endosado por una persona jurídica distinta a la que interpone la demanda, debe desestimarse la acción ejecutiva por carecer de legitimidad para accionar (**Exp. N° 319-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 619-620**).

Carece de legitimidad para obrar la empresa demandante porque no existe algún endoso del título valor a su favor, en consecuencia, esta empresa no es portadora legítima del referido documento cambiario, pues, no justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos, como lo exige el artículo 45 de la Ley de Títulos Valores.

De la cambial se evidencia que ésta fue endosada por la emitente a favor del Banco; y, éste devolvió dicho documento a su endosante, convirtiéndose nuevamente en tenedora legal (**Exp. N° 30099-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 420-421**).

Si existe saldo deudor en cuenta corriente, la institución crediticia podrá requerir al deudor al pago, remitiéndole para dicho fin una carta notarial con la indicación del saldo.

Si se ha remitido la carta notarial a persona distinta y el texto no guarda relación con la obligación que se pretende, es improcedente la demanda (**Exp. N° 353-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 601**).

## ASEGURAMIENTO DE LA EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 698

*El ejecutante puede solicitar al Juez el aseguramiento de la ejecución, aplicando para tal efecto lo previsto en el Subcapítulo 1º del Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta de este Código, en lo que sea pertinente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 323

---

### Comentario

La norma hace referencia a la medida ejecutiva, que difiere de la medida cautelar. Esta última, apreciada como un medio precautorio para asegurar las results de una ejecución que aún no ha sobrevenido, ni tampoco se sabe con certeza si acaecerá. En la medida cautelar opera un rol de aseguramiento, de prevención; a diferencia de la medida ejecutiva que puede funcionar como un medio instrumental de una ejecución actual, pendiente y no probable; además, parte de un supuesto: la existencia de un título ejecutivo con que apareja ejecución.

Nótese que son diferentes los requisitos o condiciones que se exigen para ambos casos. En la medida cautelar requiere se acredite sumariamente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; además la resolución cautelar exigirá una adecuada contracautela por los daños que la medida pudiera causar si fuere trabada sin derecho o con justificable abuso o exceso (ver artículo 611 CPC). En la medida ejecutiva, se ordena y se hace efectivo durante el proceso ejecutivo y como formando parte de éste, no requiere de recaudos como la medida cautelar o asegurativa, por cuanto tiene su apoyo en el propio título ejecutivo que apareja presunción de legitimidad para autorizar el anticipo de la garantía jurisdiccional. Aquí el ejecutante puede solicitar al Juez el aseguramiento de la ejecución, aplicando para tal efecto las medidas cautelares específicas, como señala la norma en comentario, de modo que si un título condena a hacer, no hacer o entregar alguna cantidad ilíquida y no pueda tener inmediata ejecución, por cualquier causa que ello fuere, a petición del ejecutante, el juez podrá decretar el embargo de bienes del ejecutado –como medida ejecutiva– en cantidad suficiente para asegurar el principal y las costas de la ejecución.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Tanto la medida cautelar como la medida ejecutiva son provisorias y variables, pues, cesan si se rechaza la ejecución y pueden modificarse en su naturaleza y extensión durante el desarrollo del proceso.

Conjuntamente con la medida cautelar y ejecutiva, concurre la medida ejecutoria. En los tres casos, el objeto común busca: asegurar o hacer posible la ejecución. Constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional, que se dicta, en el caso de la medida cautelar, en base a la presunción de existir una apariencia de derecho; en la medida ejecutiva, en atención al título que aproxima a una alta probabilidad de certeza; y la medida ejecutoria que se dicta cuando ya el derecho ha sido declarado en forma definitiva, quedando solamente una cierta incertidumbre respecto a la posible existencia de hechos extintivos o impeditivos posteriores a la sentencia, que permiten o hacen posible un nuevo examen sobre el derecho emanado de ésta. La medida ejecutoria, no implica una medida cautelar, puesto que ésta se dicta, cuando hay pronunciamiento sobre la cuestión controvertida, no existiendo dudas sobre la realidad de la obligación que se ejecuta; en cambio, con la medida cautelar, puede existir esa duda, ya que se otorga antes de la declaración judicial.



### JURISPRUDENCIA

---

*No procede la medida cautelar si no está acreditado que la sociedad conyugal, titular del dominio del inmueble que se pretende afectar, se encuentre en liquidación; como tampoco que exista un remanente, luego de pagar las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad, único supuesto en que podrían repartirse las ganancias que corresponderían por mitad a cada cónyuge (Exp. Nº 34-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 5, *Gaceta Jurídica*, Sumilla 22).*

## DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 699

*Si el título ejecutivo no reúne los requisitos formales, el Juez de plano denegará la ejecución.*

*El auto denegatorio sólo se notificará al ejecutado si queda consentido o ejecutoriado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

1. En todo proceso de ejecución, el juez califica el título y deniega el petitorio si considera el título inhábil o accede a él, si el título es idóneo. Esta calificación se desarrolla bajo una concepción publicística del proceso que rompe con el viejo precepto que toda demanda interpuesta debía ser admitida a trámite, permitiéndole el rechazo liminar de la ejecución, si el título no reúne los requisitos formales para ello (por ejemplo, que hubiere caducado su efecto cambiario). Este rechazo debe entenderse a la pretensión, mas no implica rechazo al derecho de acción.

2. La denegación de la ejecución que refiere este artículo esta condicionado a las cualidades del título ejecutivo; sin embargo, al calificar la demanda, no se puede dejar de apreciar lo regulado en el artículo 695 CPC. Esto permite sostener que si bien la demanda inicia el proceso, ello no impide que por un déficit en las condiciones de procedibilidad de ésta, el juez no le dé curso por no reputarla idónea para la prosecución. Los principios de autoridad y de economía procesal justifican que el juez no deba permanecer impasible ante la proposición de demandas cuya sustanciación solo se traduciría en un inútil dispendio de actividad jurisdiccional. Véase el caso de la afectación a la competencia establecida en el artículo 696 CPC. Se rechazará la demanda interpuesta ante el juez de paz letrado si el monto de la pretensión supera las cincuenta unidades de referencia procesal; esto no implica que el título no reúna ejecución, sino que la pretensión se ha interpuesto ante un juez incompetente. En igual forma, se declara la improcedencia de la demanda cuando el demandante no tenga legitimidad para obrar: demanda el cobro de una letra quien no es el emitente ni aparece como tenedor legítimo vía endose.

3. El auto denegatorio de la ejecución es pasible de apelación, con efecto suspensivo (en aplicación del inciso 2 artículo 365 CPC). El procedimiento de la apelación será in audita pars, pues, como señala literalmente la norma, "sólo se notificará

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

al ejecutado si queda consentido o ejecutoriado”. Esto implica que si el resultado de la impugnación confirma la denegatoria de la ejecución, esa situación se hará recién de conocimiento al ejecutado; caso contrario, si revoca la denegatoria y ordena la ejecución, también conlleva la notificación pero del mandato ejecutivo y no del rechazo de la ejecución. Los efectos en ambos casos son diversos. Con la denegatoria, concluye el proceso y la pretensión, pues sin título no hay ejecución; a diferencia del mandato ejecutivo, que la jurisdicción comienza invadiendo la esfera propia del demandado, ocupando sus bienes y creando por anticipado un estado de sujeción a favor del acreedor.

4. No necesariamente todo título que se postula para su ejecución puede acogerse con dicho fin. No es suficiente que se acompañe una prueba anticipada, ni el documento privado que contenga la transacción extrajudicial, ni el testimonio de escritura pública para aceptar su ejecución. Si bien los títulos citados son calificados como títulos ejecutivos (véase inciso 3, 4, 5 y 7 CPC) no necesariamente conllevan a su ejecución.

Es necesario que contenga los presupuestos que describe el artículo 689 CPC, esto es, que no solo sea cierta y expresa la prestación sino exigible, caso contrario, resulta procedente denegar la ejecución. Véase el caso del mutuo cuyo plazo pactado para su ejecución aún no haya vencido, sin embargo, se pretende proceder a su cobro judicialmente. En igual sentido léase la Casación N° 1581-2001-Lima que señala: “en prueba anticipada no aparece la obligación cierta que resulte exigible a la actora, porque el reconocimiento practicado sobre las notas de abono no contienen de modo expreso la obligación de devolución del dinero, ni plazo de vencimiento para ello”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Debe denegarse la ejecución del cheque que aunque contenga la negativa de pago por parte del Banco, no señala la firma del funcionario autorizado del referido Banco ni la fecha en que fue presentado a dicha entidad bancaria (Exp. N° 103-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 596)*

*Habiéndose acreditado que el domicilio consignado en el pagaré era falso, debió efectuarse el protesto en la sede de la Cámara de Comercio de Lima. Carece de eficacia legal el protesto realizado en domicilio falso (Exp. N° 58333-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 595)*

*El defecto en el protesto perjudica el pagaré privándolo del mérito ejecutivo por ausencia de un requisito formal previsto en la Ley de Títulos Valores (Exp. N° 1527-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 596)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*En el pagaré a la vista, el vencimiento del título se produce el mismo día de su emisión, por cuanto se entiende que la aceptación del referido título se ha realizado en aquel momento. El cómputo para el plazo del protesto debe hacerse desde su fecha de emisión. El pagaré protestado vencido el plazo de ocho días perjudica su mérito ejecutivo (Exp. Nº 98-27887, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 604)*

*El cheque es un instrumento de pago contra el banco girado, por lo que el tenedor puede presentarlo para su cancelación el mismo día del giro. Si la ejecutada prueba que los cheques puestos a cobro fueron emitidos con fecha adelantada, ellos no producen efectos cambiarios (Exp. Nº 8963-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 618)*

*La liquidación del saldo deudor debe ser un documento que permita al juzgador calificar desde él mismo, la existencia y fijación de la obligación.*

*El hecho que la Ley faculte al demandante a presentar el estado de cuenta del saldo deudor, no significa que dicho estado por sí debe ser validado, si no se ha recogido pormenorizada mente el monto total de la deuda y sus amortizaciones, con la aplicación de los intereses pactados (Exp. Nº 61251-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 626-627)*

*La legitimidad es la calidad que asiste al justiciable cuando en él se advierte la identidad de quien es parte de la relación material con quien es parte de la relación procesal.*

*Resulta improcedente la ejecución de las letras de cambio en la que se han omitido consignar el requisito puntualizado en el inciso 8 del artículo 61 de la Ley de T.V. esto es, el nombre del girador, habiendo solo estampado una firma ilegible (Exp. Nº 971-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 201-203)*

*Debe declararse la improcedencia de la demanda que escolta la letra de cambio que no contiene fecha de vencimiento ni el nombre y firma del girador (Exp. Nº 571-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 299-300)*

*Una letra de cambio no solo no puede utilizar modos diferentes de vencimientos a los autorizados en el artículo 63 de la Ley 26587 sino que, además, tampoco puede utilizarse mezclada o conjuntamente dos o más de estas modalidades.*

*Si se ha escrito una fecha en el inicio de la letra de cambio, antecedida de la frase impresa "vence", ajeno al texto de la letra, no resulta válida (Exp. Nº 1427-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 301-302)*

*Carece de mérito ejecutivo la letra de cambio que no precisa el domicilio del girador ni el lugar de su emisión (Exp. Nº 1371-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 302-303)*

*Carece de validez la cambial que no contiene la indicación de la fecha y del lugar de la emisión de la misma pues, sin dichos requisitos no es posible ubicarla en el tiempo ni en el espacio (Exp. Nº 1269-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 303-304)*

*La renovación de un título valor debe verificarse después de vencido el título. La cláusula de renovación debe ser suscrita por la obligada.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si la cláusula fuere anterior al vencimiento, se produce incertidumbre en cuanto a la oportunidad en que la obligación cambiaría deba ser exigible, pues existiría en el documento dos vencimientos, el originario y el renovado (Exp. N° 1361-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 307-309)*

*Si el título valor se encuentra endosado por una persona jurídica distinta a la que interpone la demanda, debe desestimarse la acción ejecutiva por carecer de legitimidad para accionar (Exp. N° 319-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 619-620)*

*Si en la letra de cambio no aparece el nombre de la persona que gira la letra ni el nombre de la persona del endosante, carece de mérito ejecutivo (Exp. N° 471-94-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 624-625)*

*Resulta improcedente la acción ejecutiva si los protestos que figuran en el reverso de las letras de cambio no se han producido en la oportunidad de Ley (Exp. N° 463-94-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 627-628)*

*La letra de cambio a la vista vence el día de la presentación al girado para su pago. El protesto por falta de pago debe levantarse dentro de los ocho días posteriores al vencimiento. Determina la ineficacia del título valor si la letra de cambio fue presentado al girado para su pago el mismo día que se realizó el protesto (Exp. N° 362-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 628-629)*

*Carece de mérito ejecutivo la letra de cambio que proviene de un acto ilícito por la que el demandante ha sido condenado penalmente (Exp. N° 1370-94-Cañete, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 631)*

*Si del propio texto del título de cobranza se advierte que este se ha emitido incompleto, por el modo como se ha originado dicho título puede ser considerado como pagaré a la vista. No resulta coherente que habiéndose admitido a trámite la demanda, analizándose los requisitos normales del título, sea rechazado en la sentencia (Exp. N° 707-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 590-592).*

## CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 700

*El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.*

*La contradicción se podrá fundar en:*

- 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;*
- 2. Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo; o cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; (\*)*
- 3. La extinción de la obligación exigida; o,*
- 4. Excepciones y defensas previas.*

*El Juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los enumerados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

---

## Comentario

---

1. Los procesos de ejecución, como pretenden la satisfacción del derecho ya declarado, se inician invadiendo la esfera propia del demandado, creando por anticipado un estado de sujeción a favor del acreedor. Frente a esas circunstancias el diseño del procedimiento ejecutivo, permite al ejecutado contrarrestar la intervención recurriendo a la contradicción, bajo los diversos supuestos que regula este artículo y dentro del plazo legal que establece. La contradicción aparece como la posibilidad que se le asigna al demandado para hacer valer las defensas que tenga contra el título. Apreciéese del contenido del artículo 701 CPC que la contradicción nos remite a una cognición sumaria, donde los supuestos de

---

(\*) Texto del inciso según 1ª disp. modificatoria de la Ley 27287 de 19-06-2000.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

contradicción que regula el artículo 700 solo pueden ser probados con documentos, declaración de parte y pericia, luego del cual, se expedirá sentencia. Ariano<sup>(1)</sup> considera que el proceso ejecutivo es un verdadero proceso de ejecución. Se creó para evitar el proceso ordinario solemne y dispendioso, como corolario de los títulos con ejecución aparejada, que permitían el ingreso a un proceso de ejecución sin una previa cognición judicial. “El hecho que dentro de su evolución histórica se haya permitido la incrustación dentro de su estructura de un incidente de cognición limitado –la ahora llamada contradicción– no le priva de su naturaleza ejecutiva”.

En otros procedimientos, se permite una sumaria cognición, pero con la posibilidad de agotar su discusión posterior a la ejecución, en un proceso amplio de cognición ulterior; situación que no contempla el vigente Código Procesal, pero que si lo reguló el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Decreto Ley N° 20236, a través del procedimiento de contradicción de sentencias. Bajo ese contexto, la oposición del ejecutado, no se concebía como una contestación a la demanda ejecutiva, sino como una demanda incidental, esto es, una demanda con la que se da origen a “un incidente declarativo”. Lo resuelto podía revisarse en un proceso plenario posterior, lo que significaba que la sentencia en dichos procesos ejecutivos no producían cosa juzgada.

2. Una vieja discusión que acompaña al título ejecutivo se orienta a dilucidar si el título ejecutivo configura un acto o un documento. Para Liebman, el título es un acto. El documento no es más que el aspecto formal del acto y éste, en tanto tiene una eficacia constitutiva que consiste en otorgar vigor a la regla jurídica sancionatoria y en posibilitar la actuación de la sanción en el caso concreto, crea una nueva situación de derecho procesal que no debe confundirse con la situación de derecho material existente entre las partes. En cambio, Carnelutti, sostiene que el título ejecutivo es un documento que representa una declaración imperativa del juez o de las partes. “Siendo esa declaración un acto, con el intercambio acostumbrado entre el continente y el contenido y, por tanto, entre el documento y el acto que en él está representado, se explica la costumbre corriente de considerar como título al acto en vez del documento”.

Frente a dichas posiciones, la mayor parte de la doctrina asume que ambos, documento y acto, son elementos integrantes del título. Se sostiene que el concepto de título ejecutivo, es indistintamente, un concepto de derecho material y un concepto de derecho procesal. Lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que lo justifica. La ejecución entonces, se promueve en virtud del derecho y del documento; pero, no es forzoso que así acontezca. Véase, cuando un propietario pretende el cobro de

---

(1) Ariano Eugenia, El proceso de ejecución, Rodhas, Lima, 1998, p. 173.

alquileres, aun cuando el arrendamiento sea verbal y no exista documento en su favor, el título ejecutivo es la calidad de acreedor. Viceversa, puede darse el caso que se lleven adelante los procedimientos de ejecución con documentos y sin título, como cuando la deuda se ha extinguido por prescripción. El juez en la calificación del título no puede oponer –de oficio– esa circunstancia, sin embargo, la sentencia rechazará en definitiva la pretensión del acreedor; pero nótese que la ejecución se ha iniciado con la sola presentación del documento. El ejecutante no precisa más que presentar el título, sin que deba probar nada. Todas las alegaciones que se opongan al acto jurídico y al documento los hará el ejecutado en la contradicción, y solo a él, incumbe la carga de la prueba.

3. Las casuales para el contradictorio se describen en los cuatro supuestos que recoge la norma. Son causales cerradas, no cabe interpretación extensiva a otros supuestos que no sean los expresamente regulados en el artículo 700 CPC, de tal manera, que el juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los que describe la norma; sin embargo, esta exigencia en la actividad judicial se muestra bastante vulnerable, cuando literalmente se invoca una de ellas, sin embargo, la sustentación de la causal, no guarda relación con la calificación invocada. En esas circunstancias, si el juez aprecia que el ejecutado esta etiquetando una contradicción, sin que el contenido y desarrollo de la argumentación se ajuste a la causal invocada, debe proceder al rechazo liminar de la contradicción.

4. Como ya se ha señalado la vieja disquisición entre acto y documento en los títulos ejecutivos, se ha zanjado en que ambos son elementos integrantes del título, esto es, que para que calificar a un título ejecutivo debe concurrir dos elementos: el documento en la forma establecida por Ley; y el acto cuyo contenido reúna los elementos subjetivos y objetivos de las obligaciones. Esta precisión es importante para justificar las causales del incisos 1 y 2 para la contradicción, pues, un título ejecutivo, para ser considerado como tal, debe satisfacer requisitos de forma y de fondo.

El inciso 1 hace referencia a “la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título”. Dicha causal se invoca para cuestionar el fondo del título. Aquí no hay un cuestionamiento al documento en sí, sino al acto que recoge dicho documento. Se cuestiona la ejecutabilidad del título por carecer de una prestación cierta, expresa y exigible, condiciones básicas para que un título resista ejecución, tal como lo describe el artículo 689 CPC.

La prestación es cierta, cuando esta perfectamente delimitada en el título los sujetos y el objeto de la prestación, aunque sean de manera genérica. Esto implica que necesariamente tiene que haber un sujeto activo, llamado acreedor, que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la prestación. También se lo denomina “titular” porque es quien tiene el título para exigir del deudor el comportamiento debido. El sujeto pasivo de la obligación es la persona que tiene que satisfacer la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

prestación debida, es decir, debe conformar su conducta al comportamiento que le exige la prestación. Si bien los sujetos deben estar determinados al tiempo de contraerse la obligación, pueden ser susceptibles de determinación ulterior. En este caso, hay indeterminación de sujeto transitoriamente, pero ello no impide que exista la obligación, la cual se sustenta en la existencia actual del sujeto transitoriamente indeterminado. Los títulos al portador, las rifas y sorteos, por citar, son ejemplos de títulos con sujetos determinables, situación diversa es, si faltase el sujeto y no fuese determinable, la obligación nunca habría existido y por tanto, no sería exigible.

Las prestaciones para que sean exigibles deben estar expresamente señaladas en el título. Debe constar por escrito el objeto de la prestación, esto es, aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. La prestación consiste en una cosa, o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor, o en una abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la existencia de la obligación que le exige un comportamiento negativo. En ese sentido, apreciése lo regulado en el artículo 694 CPC que establece que se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones: de dar, de hacer o de no hacer.

No se puede concebir la obligación sin objeto pues no es posible estar obligado, en abstracto, sino que es necesario deber algo en concreto. La ausencia de objeto se traduce en la inexistencia de la obligación, por su carencia de contenido.

El título debe contener además prestaciones exigibles, para lo cual es indispensable que su objeto esté determinado o sea determinable, que sea posible y que tenga una valor pecuniario la prestación.

La prestación es determinada cuando al tiempo de constituirse la obligación se conoce en su individualidad la cosa debida, o está definido, en su sustancia y circunstancia el hecho o la abstención que habrá de satisfacer el deudor. Es determinable la prestación cuando sin estar individualizado su objeto (cosa, hecho) es factible de individualización ulterior. En este último supuesto, de prestaciones determinables, se ubican las prestaciones liquidables y las ilíquidas, pero con la salvedad que las liquidables se convierten en líquidas mediante operación aritmética, mecanismo no aplicable a las prestaciones ilíquidas, pues estas tienen otro tratamiento para su liquidación.

Otro referente para la exigibilidad de la prestación es que el objeto sea posible, pues, un objeto imposible equivale a un objeto inexistente, de modo que no se puede imponer la obligación de hacer algo imposible. En la teoría concurren distintos criterios que sostienen que el objeto de la prestación para que sea exigible debe tener una apreciación pecuniaria. Si la prestación careciera de significación pecuniaria, el incumplimiento del deudor no lo hace incurrir en responsabilidad alguna por cuanto dicho incumplimiento no redundaría en detrimento patrimonial del acreedor.

La contradicción puede invocar “la iliquidez de la obligación contenida en el título”. Este supuesto nos remite a la última parte del artículo 697 CPC, que señala: “si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se puede demandar la primera”. Esto implica que no tiene inmediata ejecución una prestación ilíquida. Solo procede cuando se refiere a prestaciones líquida o liquidable, mediante operación aritmética. Cuando el título es ilíquido, no puede procederse a la ejecución con una simple operación aritmética porque ella responde a razones muy distintas. En estos casos, estamos ante las llamadas sentencias de condena genérica o de condena con reserva. Véase el caso de la sentencia que condena al pago de una suma líquida y dispone, como prestación ilíquida, la compensación del saldo de la deuda existente mediante la devolución de mercadería, luego de computarse la depreciación de ella, al momento de la entrega<sup>(2)</sup>; o el caso de la sentencia que condena al pago de daños y perjuicios, fijándose las bases para dicha posterior liquidación; o la liquidación de frutos, rentas y utilidades, según las pautas preestablecidas en la condena. Montero Aroca<sup>(3)</sup> refiere que estas prestaciones operan cuando la Ley admite que ésta sea ilíquida, dejando la liquidación para la fase de ejecución; otro supuesto es que no haya existido realmente una actividad declarativa previa, sino simplemente el presupuesto para condenar genéricamente a los daños sufridos; también permite prestaciones ilíquidas, cuando la obligación de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica se pueden transformar por Ley en obligación pecuniaria. En este último caso, nuestro Código hace referencia esta situación en los artículos 706 y 708 CPC.

La coacción en los casos de títulos ilíquidos es imposible; por ello, antes de pasar a ella, se debe realizar un proceso previo de liquidación. En estos casos, el proceso se divide en dos etapas: la primera destinada a determinar el an debeatur; la segunda, destinada a determinar el quantum debeatur. Ello se realiza en el mismo proceso, pues, la unidad del proceso no se rompe. El proceso es el mismo y uno solo: sus diversas etapas para la ejecución no alteran su unidad. Palacio<sup>(4)</sup>, considera que la naturaleza cognoscitiva que se desarrolla en esta etapa de liquidación no le quita su calidad ejecutiva. No existe incompatibilidad alguna en la inserción de una etapa declarativa o cognoscitiva en el proceso de ejecución. El procedimiento de liquidación es sólo una etapa preliminar a la coacción sobre bienes. Su finalidad es convertir en líquida una suma que antes no lo era, para poder realizar una ejecución específica.

5. Un título ejecutivo contiene requisitos de índole sustancial y formal. El inciso 1 hace referencia a la exigencia sustancial, dejando la alternativa del cuestionamiento al documento al inciso 2.

(2) Véase el caso promovido por Proveedores Hospitalarios Prohosa SA con Laboratorio Baxter SA, Expediente N° 8161-1997, 33 JCL sobre obligación de dar suma de dinero.

(3) Montero Aroca Juan, Derecho Jurisdiccional, t.II proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p. 522.

(4) Palacio, t. VII, op. cit. p. 272.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El título, en sentido formal, es el documento que contiene al acto. Este documento se cuestiona de nulo cuando no acoge la forma señalada por Ley. Véase en el caso de los títulos valores. Uno de los aspectos que se cuestiona bajo esta causal es la falta de intervención del Notario para los fines del protesto. La derogada Ley N° 16857, no admitía mayor discusión la intervención del secretario del Notario como el encargado de efectuar el protesto, sin embargo, la Ley del Notariado N° 26002 al establecer que el Notario ejerce la función notarial en forma personal, exclusiva e imparcial, llevó a sostener que todo protesto hecho por el secretario del Notario era invalido y como tal, se justificaba la nulidad formal del título. Con la nueva Ley N° 27287 (ver artículo 74) considera como funcionarios encargados del protesto al Notario, sus secretarios o el Juez de Paz del distrito correspondiente, en caso no hubiere Notarios.

Otro de los argumentos que se utilizaba para invocar la nulidad formal del título, es la notificación del protesto. Se argumentaba que era imposible que un funcionario realice más de un protesto, en un mismo día y hora y en lugares distintos, y de acreditarse ello, provocaba la afectación del título en cuanto a su mérito ejecutivo. La Ley N° 27287 permite que la notificación del protesto pueda hacerla personalmente el fedatario o ser enviada por éste, usando medios fehacientes que aseguren dicha notificación (ver artículos 77 y 78) de tal manera que la intervención personal del funcionario notarial en la notificación del protesto es facultativo.

La nulidad formal del título también se invoca cuando el girador o emitente es una persona jurídica, apareciendo en el título solo la razón social y una firme ilegible. Bajo la derogada Ley N° 16587 se exigía solo el nombre y firma del girador o emitente, sin distinguir ni precisar cómo debe procederse en el caso de personas naturales o jurídicas. Frente a esas omisiones, la Ley N° 27287 exige que el girador o emitente consigne no sólo su nombre y firma en el título, además el número de identidad (DNI); y en el caso de personas jurídicas, exige se consigne el nombre, número del Registro Unificado del Contribuyente (RUC) y el nombre de los representantes que intervienen por ella, en el título (ver artículos 6, 119 y 158 de la Ley N° 27287).

La forma como se registraba la fecha de vencimiento en las letras de cambio, en el recuadro superior de ella, era también argumento para la nulidad formal del título, pues, no estaba prevista en la Ley. Señala la nueva Ley N° 27287 (ver artículo 121.4) que la indicación de cláusulas como “a la fecha antes indicada”, “al vencimiento u otras equivalentes, que se limiten a reiterar la fecha de vencimiento consignada en el título valor, no lo inválida. También generaba discusión si un pagaré a la vista tenía la calidad de título ejecutivo. Se planteaba la nulidad formal de este título por carecer de un elemento esencial: la fecha de vencimiento; sin embargo existían posiciones que bajo una aplicación supletoria de las normas referidas a la letra de cambio, se hacía extensiva al pagaré. La nueva Ley N° 27287 termina con esta discrepancia, al recoger en el artículo 160 que el pagaré tiene diversas formas de vencimiento, siendo una ellas, a la vista.

Las prórrogas del plazo de vencimiento de los títulos sin intervención del obligado han sido referentes para invocar la nulidad formal del título. La discusión se centra en la oportunidad para realizarla. Hay dos criterios que abordan el tema. Uno que considera que puede practicarse después de vencido el plazo para el protesto, siempre que no se haya realizado este, mientras la otra posición afirma que la prórroga debe hacerse dentro del plazo que se tiene para el protesto y no después, pues admitirlo es permitir la posibilidad que un título valor recupere su mérito ejecutivo pese a no haber sido protestado oportunamente. En opinión de Martell Chang, debe prevalecer la posición que la prórroga se puede hacer incluso después de vencido el plazo para el protesto, pero sin haberse realizado éste y antes que se haya extinguido el plazo para ejercitar la acción derivada del título valor en la fecha en que se produce la prórroga, conforme lo puntualiza en los incisos B y C del artículo 49.1 de la Ley N° 27287. Por último, la Casación N° 2140-2003-Lima, del 01 junio de 2004 (El Peruano, 30/09/2004) establece que la nulidad de un título valor por vicios formales implica la extinción de la responsabilidad del aval. Señala la Sala Suprema que cuando se declara la nulidad de un título valor por adolecer de un vicio formal, no solo se libera de la acción cartular al obligado principal, sino que dicha declaración también implica la extinción de la responsabilidad del aval.

6. La redacción originaria del inciso 2 se modificó para comprender bajo el supuesto de nulidad formal o falsedad del título ejecutivo, “cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la Ley de la materia”. Este inciso es coherente con la nueva regulación de la Ley de Títulos Valores N° 27287. En efecto, el artículo 19 de la referida Ley describe varios supuestos como causales para la contradicción, al margen de la vía procedimental en la que se ejerciten las acciones derivadas del título valor. El inciso 1.e) considera como causal “que el título valor incompleto al emitirse haya sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, acompañando necesariamente el respectivo documento donde consten tales acuerdos transgredidos por el demandante”.

En la actividad judicial, el argumento que el título valor fue suscrito en blanco, es bastante reiterado. Es común apreciar que se ofrece la pericia para acreditar esa afirmación, pues, consideran que si se prueba que primero se firmó y luego se completó el título, la defensa en el proceso será exitosa. Como señalaba el artículo 9 de la derogada Ley N° 16587 y el inciso 2 del artículo 700, se debe probar que se completó el título valor contrariamente a los acuerdos adoptados por las partes intervinientes en el título. La actividad probatoria se sujeta a las limitaciones que recoge el propio artículo 700 CPC, esto es, a la declaración de parte, documentos y pericia; sin embargo, dicha actividad probatoria aparece reducida a la prueba documental, tal como señala la nueva Ley N° 27287. Como refiere a los artículos 10 y 19 de la citada Ley, si el demandado al contradecir la demanda invoca que el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

título valor se ha completado contrariamente, a los acuerdos adoptados, debe necesariamente acompañar el respectivo documento donde consten tales acuerdos trasgredidos por el demandante. A diferencia de la Ley N° 16587 la nueva Ley si precisa el medio probatorio que debe ofrecer el demandado cuando funde su contradicción en la violación de los acuerdos adoptados al completarse el título.

7. Cuando se invoca “la falsedad del título ejecutivo”, es necesario tener en cuenta que un título valor es un documento constitutivo, en cuanto el derecho contenido en el título se constituye en el mismo título, con él nace y se trasmite el derecho incorporado. Un documento redactado con caracteres indelebles sobre soporte adecuado, puede ser falso en el acto que le da vida, o ser falsificado en su contenido en cualquier momento posterior a la creación. Tanto la alteración como la falsificación de la firma del emitente constituyen diversos aspectos de la falsedad.

Bergel<sup>(5)</sup>, califica de falsedad, “cuando se pone lo falso en el lugar en que debiera estar lo verdadero; en consecuencia, el concepto de falsedad afecta a la validez sustancial del negocio cambiario, a la firma en su función creadora o autenticadora de tal negocio, en tanto, el concepto de falsificación presupone un negocio cambiario anterior válido y afecta a los límites de la obligación que constituye su contenido”.

La falsedad está referida a la autoría del acto cambiario; la firma falsificada puede ser la del creador del título o la de cualquier otro sujeto que posteriormente participe en el tráfico cambiario. La falsificación se refiere a un documento cambiario inicialmente auténtico, que es alterado en alguno de los elementos de su contenido, es decir, que el cuestionamiento se centra en el texto del acto cambiario, en sí.

8. La “extinción de la obligación” constituye otra causal para sustentar la contradicción. Los hechos extintivos para invocarla no difieren de los previstos para las obligaciones del derecho común, como el pago, la novación, la compensación, la consolidación, etc.

Para Romero<sup>(6)</sup> pueden concurrir diversos modos de extinguir las obligaciones. Estos son actos o hechos jurídicos que tienen un objetivo: disolver o extinguir el vínculo obligatorio, esa relación jurídica que une al deudor con el acreedor.

Como actos que extinguen la obligación se tiene a la ejecución voluntaria, que puede ser directa o indirecta. En el primer caso, el deudor cumple con la prestación debida, la misma que se tuvo en cuenta al momento de la celebración; con el modo indirecto, la ejecución es producto unas veces de un acto unilateral –como

---

(5) Bergel Salvador y Martín Paolantonio, Acciones cambiarias y excepciones cambiarias, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 384.

(6) Romero Zavala Luis, El derecho de las obligaciones en el Perú, t. 1, Fecat, Lima, 2001, p. 13.

la condonación– y otras de verdaderos acuerdos, como la dación en pago, la novación, la compensación, la transacción y el mutuo disenso.

Como hechos que extinguen la obligación se tiene a la consolidación, la prescripción extintiva, el vencimiento del plazo extintivo o el cumplimiento de la condición resolutoria, la pérdida sobreviniente del bien sin culpa del deudor; la muerte del deudor o del acreedor produce también extinción de la obligación cuando se trata de obligaciones y derechos personalísimos, señala Romero.

El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación. Concurren dos principios básicos: el de identidad y el de integridad. La identidad se explica en que el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor; la integridad, refiere a que se debe cumplir con la totalidad de la prestación debida.

La dación en pago se presenta cuando el deudor no puede cumplir con la prestación debida, por lo que se ven en la necesidad de ofrecer al acreedor prestación diferente y solo si el acreedor la acepta se producirá la extinción.

La compensación es un medio extintivo de las obligaciones. Tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir. La compensación proporciona al deudor y acreedor un medio de autotutela contra el incumplimiento del otro. Para su verificación requiere de los créditos a compensar: a) sean homogéneos o fungibles; 2) estén expedidos, libre de embargo o condición; 3) que sean líquidos o liquidables y exigibles.

La novación definida como la extinción de una obligación por la creación de una nueva obligación destinada a reemplazarla. Es la transformación de una obligación en otra.

El mutuo disenso constituye un acuerdo para poner fin a una obligación, pues, así como un acuerdo le da origen otro acuerdo lo extingue.

La confusión o consolidación se verifica cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal, o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor.

9. La contradicción permite recurrir a las excepciones y defensas previas. Tradicionalmente se definía a las excepciones como medios de defensa del demandado que atacan aspectos formales o procesales de la demanda interpuesta o el derecho material en que se funda la pretensión. Si se declara fundada una excepción procesal su consecuencia será la nulidad de todo lo actuado, no existiendo pronunciamiento sobre el fondo; mientras que de ampararse una excepción

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

sustantiva, va existir un pronunciamiento sobre el fondo de la litis y se declarará fundada la oposición e infundada o fundada, según el caso la demanda. Monroy<sup>(7)</sup>, califica la excepción como una defensa de forma, a través de la cual se denuncia la falta o defecto de un presupuesto procesal o una condición de la acción; en ningún momento ataca la pretensión del actor, por ello, será siempre procesal. No se debe permitir deducir dentro del proceso ejecutivo excepciones sustantivas, pues, ello implica ir contra la naturaleza misma de la excepción, como instituto procesal.

La excepción debe apreciarse como un medio de defensa ejercida por el demandado, con la finalidad de poner de manifiesto la deficiencia o inexistencia de una relación jurídica válida, a fin de paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia. Estas excepciones aparecen descritas en el artículo 446 CPC. Una de ellas hace referencia a la falta de legitimidad para obrar pasiva. Véase el caso de la ejecución de un título valor, no aceptado por la sociedad conyugal, sino por uno de los cónyuges. Señala la Casación N° 2421-2002-La Libertad, publicada en El Peruano, 30/09/2004, “en caso de que un cónyuge contraiga una obligación patrimonial, sin el conocimiento y consentimiento del otro cónyuge, dicha obligación no le será exigible a la sociedad de gananciales si es que no le hubiera representado algún beneficio”. Para la Sala Suprema, es adecuado el criterio de responsabilidad por las obligaciones previsto en el artículo 315 del Código Civil, que dispone que la sociedad de gananciales solo responderá por las obligaciones asumidas por ésta y no por obligaciones asumidas personalmente por uno de los cónyuges, salvo que el objeto de estas hubiese tenido como beneficiario a la sociedad en conjunto.

La defensa previa, viene a ser una modalidad de ejercer el derecho de contradicción y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva, como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción.

Las defensas previas son enunciadas en las normas materiales y en si constituyen elementos propios de una institución determinada con merito procesal. El artículo 455 CPC cita al beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales; sin embargo, se deja abierta la posibilidad de las defensas previas a otros casos que refieran las normas materiales. Algunos autores admiten la existencia de defensas previas proveniente del convenio de partes, por ejemplo, pactos que implican obligación de realizar comunicaciones, requerimientos previos a cualquier acción judicial, que obren en un contrato determinado. Este tipo de defensas previas de origen convencional, sin embargo,

---

(7) Monroy Juan, Algunos aspectos sobre el proceso ejecutivo, en Themis Revista de Facultad de Derecho PUCP, N° 25, 1992, Lima, p. 142.

pueden confundirse con el título de la obligación en sí, en todo caso se trataría de una interpretación extensiva del artículo 455 CPC.

10. La actividad probatoria que puede ejercer el ejecutado en la contradicción esta limitada a “la declaración de parte, los documentos y la pericia”. La prueba es una carga para el ejecutado, la misma que se ejerce dentro de las limitantes que describe la norma; las mismas que no son extensivas para la prueba de oficio que puede ejercer el juez. En este último caso, la actividad probatoria debe calificarse como una facultad del juez y no como una carga, pues, esta como tal, solo le corresponde a las partes. Esta distinción entre carga y facultad probatoria, en relación al juez y a las partes, aparece recogida en la Casación N° 2099-2003-LIMA del 4 de noviembre de 2004 (publicada en El Peruano, 28/02/2005). La Sala Suprema, señala que a fin de lograr certeza en los hechos y proteger las garantías del derecho a un debido proceso, el juez en un proceso ejecutivo podrá solicitar de oficio la actuación de pruebas que sean relevantes para la resolución de la controversia, aún si es que estas pruebas no corresponden a las que normalmente está facultado a presentar el ejecutado. El juez en decisión motivada e inimpugnable podrá ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes, como refiere el artículo 194 CPC; por tanto, si la discusión de la litis se centra en determinar si el monto del préstamo fue utilizado para aumentar el capital de la empresa de la que ambas partes eran socias, no contándose con la ficha registral actualizada de esa persona jurídica, ni con los libros contables de la misma que permitirían dilucidar el conflicto, la Sala Suprema señala que el juez tiene la facultad de hacer uso de auxilios establecidos por ley o asumidos por él mismo a fin de lograr certeza y garantizar el derecho a un debido proceso, entre estos medios los sucedáneos.



## JURISPRUDENCIA

---

*El ingreso de las letras al banco tara su calificación y posterior ingreso a descuento no constituye pago a cuenta, salvo que se demuestre que se hizo la cobranza de las mismas. Conforme lo señala la Ley General del Sistema Financiero, cuando un título valor u otro susceptible de negociación por endoso se encuentra en poder de una empresa del sistema financiero, el endoso puesto en él se presume hecho en garantía, a menos que medie estipulación en contrario (Exp. N° 4150-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 434)*

*Es inexigible la obligación por razón de modo, si la letra de cambio girada contra el saldo deudor, se ha realizado en moneda diferente al que corresponde a la cuenta corriente (Exp. N° 99-461-1646, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 435)*

*El cómputo del plazo de la extinción de las acciones provenientes de los títulos valores a que alude el artículo 198 de la Ley 16587, se efectúa bajo las reglas de los artículos 183 y 2002 del Código Civil, esto es, el plazo señalado por años se cumple en el año del*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

vencimiento y en el mes y día de aquél correspondiente a la fecha del año inicial, y que la prescripción se produce vencido el último día del plazo.

Si el emplazamiento se produce antes de operar la prescripción, genera la interrupción de ella (**Exp. Nº 6726-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 427**)

A diferencia de la prescripción, la caducidad de las acciones cambiarias provenientes de títulos valores se produce si el tenedor no interpone demanda del cobro dentro de los respectivos términos de prescripción. Si bien el plazo asignado para la caducidad y la prescripción es el mismo, esto es, tres años computados desde el vencimiento del título valor para la acción directa, sin embargo, en el primer caso se cumple tomando como referencia final la fecha de la interposición de la demanda, mientras que en el segundo, el plazo se interrumpe cuando el emplazado es citado con la demanda (**Exp. Nº 98-43856-3074, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 422**)

Debe ampararse 1a acción cambiaria promovida por el endosatario del título, al no acreditar el ejecutado la inexigibilidad de la obligación contenida en la cambial, respecto al tenedor y portador legítimo de la misma (**Exp. Nº 98-19293-364, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 404**)

Si la letra de cambio ha sido completada por una a'unta mayor a la pactada; la inobservancia del convenio de las partes afecta la eficacia de dicha cambial, por no contener una prestación establecida por las partes sino de modo unilateral.

Habiéndose opuesto la integración de la cambial a voluntad unilateral del endosante en contravención a los acuerdos, no será necesaria la evaluación de la eventual mala fe del endosatario en procuración, pues, no se trata de un poseedor en propiedad del título (**Exp. Nº 38391-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 397**)

Deviene en infundada la contradicción si los ejecutados no acreditan que el contrato de compra venta que originó la emisión del pagaré puesto a cobro, hubiere quedado resuelto, todo lo contrario, está acreditado que el ejecutado entregó el vehículo de su propiedad a la empresa endosante del pagaré, en calidad de depósito.

Si la actora acepta como válidos los pagos a cuenta, dichos abonos deben ser deducidos de la suma puesta a cobro (**Exp. Nº 98-3684-604, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 357**)

La falsedad del título alegada no resulta convincente, si el propio Presidente del Directorio de la ejecutada, aceptó la letra; sin embargo, éste no ha cuestionado su firma, ni ha salido a juicio ni a coadyuvado a la defensa.

No cabe amparar la nulidad de la denegatoria de la pericia si el propio ejecutado ha contribuido con su incomparecencia a la firmeza de la resolución (**Exp. Nº 98-37157-1239, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 355**)

Si la contradicción se sustenta en la inexigibilidad de la obligación, por haber cancelado el préstamo por el que firmó el pagaré en blanco no puede el juez desestimar la contradicción bajo el simple criterio que los títulos valores carecen de historia.

Se inobserva el principio de congruencia si el juez no obstante desestimar la contradicción, otorga eficacia probatoria a los recibos de pagos presentados por el ejecutado para

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

acreditar el pago alegado en la contradicción (**Exp. N° 52909-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 354**)

*Si la demandada no ha aportado elemento probatorio que demuestre haber realizado el pago, debe ampararse la demanda, habida cuenta que la carga de la prueba –con relación al pago– recae sobre la demandada.*

*La contradicción sustentada en que las facturas que acompaña el demandado acreditan el pago, carece de sustento veraz, pues es un mecanismo común y cotidiano entre los comerciantes de emitir las facturas y entregar, a la par con la mercadería, copia de las mismas (usuario), quedando las originales de aquellas facturas (emisor) en poder de la actora, las mismas que acompaña a su demanda y que no han sido materia de tacha (**Exp. N° 1203-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 80**)*

*El presupuesto básico que distingue al proceso de ejecución de garantías con el de ejecución de sentencia radica en las posibilidades que la ley prevé para contradecir la ejecución en el proceso de garantías, pues es posible admitirse la nulidad formal del título, lo cual es absolutamente impropio en la ejecución de sentencia (**Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044**)*

*La nulidad formal del título a que se refiere el segundo inciso del artículo 700 del Código Procesal Civil, esta dirigida a cuestionar la ausencia o defecto de los requisitos del título ejecutivo con el que se sustenta la pretensión, más no la nulidad sustancial del mismo, aspecto que no puede discutirse en esta vía procedimental (**Cas. N° 1197-99-Lima, El Peruano, 16/11/99, p. 3991**)*

*En el proceso ejecutivo, en la contradicción solamente es admisible la prueba de documentos, lo que tiene que entenderse como prueba de actuación inmediata, pues de otro modo quedaría desvirtuada la estructura de un proceso que debe ser breve, que se inicia a partir de un derecho reconocido y que termina por un auto (**Cas. N° 2402-99-Lambayeque, El Peruano, 11/01/2000, p. 4525**)*

*Si el título se ha completado en contra de los acuerdos adoptados, éste pierde su mérito ejecutivo (**Exp. N° 16413-2485-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 651**)*

*El argumento del ejecutado que a la cancelación de la deuda le prometieron devolverle todas las letras, entre ellas, la que es materia de ejecución, no es oponible al derecho patrimonial contenido en la cambiales, pues, por los principios de literalidad y abstracción debe estarse al derecho contenido en dicha letra de cambio (**Exp. N° 28479-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 647-648**)*

*No procede amparar la contradicción apoyada en la inexigibilidad de la obligación, si se afirma que las letras de cambio aparejada ala demanda han sido objeto de refinanciación, pues, no resulta procedente que el obligado oponga al endosatario las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante (**Exp. N° 3390-1881-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 587-588**)*

*Si los ejecutados formulan contradicción al mandato ejecutivo alegando que la obligación contenida en el pagaré ya ha sido cancelada, para lo cual acompañan el testimonio de la*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

escritura pública en la que aparece que a la ejecutante se le entregó el monto de la obligación, a efectos de levantar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble enajenado, debe desestimarse, porque no se advierte que el cheque de gerencia girado a la orden de la accionante haya sido entregado como pago de la cantidad que consigna el pagaré cuya ejecución se demanda (**Exp. Nº 43259-1221-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 588-590**)

Procede amparar la contradicción, si de las pruebas se acredita que la ejecutada aceptó la letra de cambio para ser integrada, pero, al completarse se ha contravenido el monto acordado. No obstante que la emplazada cumplió con la prestación por la cual aceptó la letra, el actor, lejos de proceder a devolver el título valor lo completó a su libre albedrío, creando una obligación inexistente.

Es obligación del impugnante adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna. La nulidad promovida no es un medio idóneo para cuestionar el auto de pago (**Exp. Nº 2466-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 590-591**)

El demandado no puede deducir las excepciones fundada en su relación personal con los otros obligados anteriormente firmantes del título, a menos que el demandante, al adquirirlo hubiese obrado a sabiendas en daño de aquél. Las excepciones están referidas a las sustanciales, por lo que no habiendo probado el coejecutado que el banco hubiere adquirido el título en cobranza cuando ya fue cancelado, su contradicción deviene en improcedente (**Exp. Nº 27461-1558-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 591-592**)

Si bien en la resolución apelada no se ha resuelto la contradicción, por economía procesal y de manera excepcional, deberá integrarse a la apelada, declarando también infundada la contradicción, por cuanto, los argumentos que los sustenta son esencialmente los mismos de su co ejecutada.

No resulta admisible su intervención como litisconsorte necesario, porque no ha sido demandado, solo notificado, pues, solo es avalista de las cambiales anexadas en la demanda, que no se están ejecutando (**Exp. Nº 467-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 592-593**)

Debe ampararse la exhibición de los libros contables de la empresa ejecutante, pues, el deudor puede oponer al tenedor del título las excepciones que deriven de sus relaciones personales con éste.

Si en la contradicción se alega la inexistencia de la relación causal, corresponde a la parte contraria acreditarla, tanto más, si la actora por su actividad empresarial, le es factible, aportar documentos que acrediten la operación que diera lugar a la emisión y aceptación del título valor (**Exp. Nº 25784-1719-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 419-420**)

Si la contradicción se sustenta en la nulidad y falsedad el contenida literal del pagaré por haber sido completado con pactos jamás concertados; y, el banco ejecutante al momento de absolver la contradicción sostiene que ha aplicado al pagaré en cobranza una suma producto del remate del warrant y el resto a cancelar un sobregiro, se hace necesario, la exhibición de los documentos que acrediten el desembolsa de la suma consignada en el pagaré y del acuerdo que lo sustenta (**Exp. Nº 1999-2916-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 420-421**)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si el juez omite pronunciarse sobre la contradicción que contiene la nulidad formal del título; además que su fallo carece de motivación jurídica, pues las citas legales genéricas no convalidan ello, es nula la sentencia.*

*La trascendencia de los defectos anotados no permiten que éstos sean convalidados, en aras de cautelar el derecho a un debido proceso (Exp. N° 2190-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 389-390)*

*Es nula la resolución que sin motivación alguna rechaza la demanda, luego que se ha producido el contradictorio. Proceder así desnaturaliza el trámite del proceso (Exp. N° 32601-248-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 372-373)*

*A la demandante endosataria en propiedad de los títulos valores, puede oponérsele excepciones personales generadas con el originario librador, cuando se acredite que la adquisición de los títulos valores haya sido hecha a sabiendas del daño a causar (Exp. N° 1426-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 609)*

*No habiendo observado el notario en el acto del protesto, el agregado realizado a la cambial en la fecha de emisión -que hace aparentar el número cinco como seis- éste debe tenerse por no agregado; máxime si no fue advertido al calificar el título, ni se consideró como argumento de contradicción (Exp. N° 797-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 593)*

*La etapa procesal en la cual, el demandado debe hacer valer la alegación de nulidad formal de los títulos valores, es en la contradicción (Exp. N° 1092-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 598)*

*En los procesos ejecutivos, no se requiere la declaración de rebeldía a los ejecutados que no formulan contradicción dentro del plazo de Ley, pues, estando a la última parte del artículo 701 del CPC si no formula contradicción se procederá a expedir sentencia (Exp. N° 573-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 546)*

*Si al consignar la fecha de emisión del pagaré se incurre en error material, ello no puede generar la invalidez del título valor, pues el contrato privado de fianza, que tiene relación con el pagaré, se aprecia la fecha correcta (Exp. N° 227-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 634-635)*

*Si el emplazado no ha hecho uso del derecho de contradicción, ello no impide que vea restringidos sus derechos de proceder en la forma prevista en el artículo 700 del CPC, cuando se amplía el monto de la ejecución al presentarse nuevos títulos (Exp. N° 584-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 514)*

*Merece declarar la nulidad de la sentencia que ha omitido consideraciones respecto a la contradicción a la ejecución propuesta (Exp. N° 37-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 98-99)*

*Si del tenor de la contradicción se advierte que uno de los puntos en controversia es la validez o invalidez de los títulos en ejecución, no resulta irrelevante admitir la pericia gráfica ofrecida por el ejecutado.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Contraviene la obligación que le impone el artículo 326 del CPC. el Juez que se reserva el derecho a formular la propuesta conciliatoria (**Exp. N° 531-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 230-232**)

El deudor puede oponer al tenedor de un título valor las excepciones que deriven de sus relaciones personales con éste, debiendo entenderse como oponible, entre otras posibilidades legales, la relación causal que originó la emisión del título (**Exp. N° 668-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 398-400**)

“... Los documentos presentados por la ejecutada al formular su contradicción carecen de virtualidad jurídica, en razón de consistir en simples copias fotostáticas sin la debida legalización o autenticación...” (**Exp. N° 261-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 234**)

Estando acreditado que existe una suma de dinero que aún no ha sido cancelada por el ejecutado no procede amparar la contradicción.

La existencia de dos títulos valores por importes casi similares, permite suponer que se trata de obligaciones sucesivas y diferentes (**Exp. N° 226-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 371-372**)

Si la sentencia afirma que el título valor fue firmado cuando se encontraba en blanco, esto constituye un supuesto de hecho, y en base a ello el juez debe aplicar el derecho, a efectos de poder identificar la causal de contradicción en la que se sustenta el fallo.

Es nula la sentencia si al amparar la contradicción no señala con precisión en cuál de las causales del artículo 700 del CPC se sustenta (**Exp. N° 34-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 333-335**)

No pueden ser consideradas como causales de inexigibilidad de la obligación, la separación convencional del obligado o las dificultades financieras que dice estar atravesando, pues, la inexigibilidad solo se produce cuando la obligación ya no existe por haber sido satisfecha (**Exp. N° 2451-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 535**)

Si en el contrato que vinculó a las partes se han pactado supuestos de incumplimiento, constituye requisito de procedibilidad para viabilizar la ejecución, se acredite fehacientemente que la obligación se incumplió por razones imputables a los obligados garantes. Ello genera la inexigibilidad de la obligación y por ende el incumplimiento de los requisitos del artículo 689° del C.P.C.

Resulta insuficiente la liquidación del saldo deudor si la obligación principal carece de liquidez al no poderse determinar de la misma un monto determinado o determinable (**Exp. N° 19861-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 536**)

“... En los procesos ejecutivos, como el presente, deviene improcedente el ofrecimiento de la prueba testimonial...” (**Exp. N° 1383-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 554-555**)

La Ley de títulos valores permite otorgar una letra de cambio incompleta y su tenedor completar su texto.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si se demuestra que esa complementación se ha hecho contra lo acordado y abusivamente, traería consigo la invalidez del título valor para el tenedor de mala fe (Exp. Nº 1882-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 394-397)*

*Un título valor puede emitirse incompleto y completarse posteriormente, careciendo, de valor si éste se realiza contraviniendo los acuerdos adoptados, lo que no invalida el mérito ejecutivo por no haber adquirido el documento de mala fe (Exp. Nº 141-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 284-286)*

*El obligado no puede oponer al endosatario en garantía las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante (Exp. Nº 1381-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 291-292)*

*Si al contradecir la demanda se señala que el título valor puesto a cobro tiene origen en el mutuo, el cual se prueba que se ha cancelado; el análisis de la relación causal que subyace al título no transgrede la Ley de Títulos Valores ni desnaturaliza la acción ejecutiva. Ello hace que el título valor constituya una cambial inexigible al no haberse acreditado que represente un valor recibido (Exp. Nº 1830-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 533-534)*

*Si bien en la cambial el nombre del girador difiere con el nombre del tomador, ello no enerva su mérito ejecutivo, más aún que la co-ejecutada en su escrito de contradicción ha reconocido expresamente haber aceptado el título valor puesto a cobro (Exp. Nº 4083-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 563)*

*Si no existe contradicción es evidente que los fundamentos que sustentan el mandato ejecutivo continúan vigentes, puesto que no han sido desvirtuados en modo alguno.*

*Está permitido girar la letra a la vista por el saldo deudor en cuenta corriente con intereses incluidos. El monto que consigna la carta notarial que comunica el saldo deudor de la cuenta corriente no coincidirá con el que figura en la cambial, por ser ésta de fecha posterior (Exp. Nº 225-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 606)*

*Precluye con el consentimiento del mandato de pago, la etapa procesal para observar el título, en cuanto a sus requisitos formales (Exp. Nº 1233-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 265-266)*

*La contradicción planteada por el ejecutado sustentada en su complicada situación económica, no puede ser admitida a trámite ni amparada, por tratarse de una situación no prevista en el artículo 700 del CPC (Exp. Nº 282-7-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 513)*

*Los sucesivos endosos que aparecen en el reverso de la cambial no perjudican el mérito ejecutivo de la misma, si el ejecutante es el endosatario y tenedor del título valor.*

*La contradicción al mandato ejecutivo no puede fundarse en hechos imprecisos de naturaleza causal, ajenos al proceso (Exp. Nº 341-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 519)*

*Ante un mandato ejecutivo, la ley procesal establece que el ejecutado pueda formular contradicción fundándose solo en uno de los 4 supuestos consignados en el artículo 700 del CPC. Si no guardan conexión lógica los fundamentos de hecho y derecho de la contradicción, el juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción y no conferir traslado de ésta.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El hecho que el juez no hubiese cumplido formalmente con la fijación de los puntos controvertidos en la audiencia de ley, en nada afecta la finalidad del proceso ni su validez, si el ejecutado no ha aportado prueba alguna que desvirtúe el mérito ejecutivo de la cambial (Exp. N° 139-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 520-521)*

*Resulta impertinente una pericia grafotécnica con el objeto de determinar si la letra de cambio se emitió en forma incompleta, pues el artículo 9 de la Ley N° 16587 permite que las lagunas en blanco puedan llenarse a posteriori (Exp. N° 355-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 548)*

*La denuncia civil, si bien no se encuentra considerada dentro de los supuestos del artículo 700 de CPC, nada obsta para que sea empleada por el demandado como medio de defensa si considera que el tercero tiene una obligación o responsabilidad en el derecho discutido (Exp. N° 97-57546-2742, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 319)*

*Si al contradecir la demanda se señala que el título valor puesto a cobro tiene origen en el mutuo, el cual se prueba que se ha cancelado; el análisis de la relación causal que subyace al título no transgrede la Ley de Títulos Valores ni desnaturaliza la acción ejecutiva. Ello hace que el título valor constituya una cambial inexigible al no haberse acreditado que represente un valor recibido (Exp. N° 1830-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 533-534)*

*No pueden ser consideradas como causales de inexigibilidad de la obligación, la separación convencional del obligado o las dificultades financieras que dice estar atravesando, pues, la inexigibilidad solo se produce cuando la obligación ya no existe por haber sido satisfecha (Exp. N° 2451-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 535)*

*“... En cuanto a la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso por recorte del derecho de prueba, afirma el recurrente que el ofrecimiento de la exhibición de documentos resulta procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil, contrario sensu; sin embargo, esta denuncia resulta manifiestamente improcedente pues por mandato expreso del artículo setecientos del Código Adjetivo, en el proceso ejecutivo solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia...” (Cas. N° 2496-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 551-553)*

*El artículo 700 del CPC. no exige que el escrito de contradicción y el de las excepciones deban ser uno solo.*

*No se puede distinguir donde la Ley no distingue (Exp. N° 229-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 359-360)*

*Precluye con el consentimiento del mandato de pago, la etapa procesal para observar el título, en cuanto a sus requisitos formales (Exp. N° 1233-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 265-266)*

*Para ser viables las acciones cambiarias es requisito indispensable que se efectúe el protesto por falta de aceptación o pago. No procede la acción cambiaria si el notario a cargo del protesto no ha indagado por el nombre de la persona con quien se entendió, así*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

como de su respuesta o los motivos de la falla de ésta (**Exp. N° N-568-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 566**)

No procede la ejecución de la letra de cambio si se acredita que ha sido rellena en contravención a lo pactado (**Exp. N° 52-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 361-362**)

La Letra de cambio con que se recauda la ejecución, no refiere ser un título realmente incompleto al emitirse, sino que ha sido totalmente formulado, prescindiendo de todo acuerdo, de manera que en tal situación no opera la previsión del artículo 9 de la Ley 16587 (**Exp. N° 515-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 397-398**)

“... En cuanto a la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso por recorte del derecho de prueba, afirma el recurrente que el ofrecimiento de la exhibición de documentos resulta procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo doscientos sesentiuno del Código Procesal Civil, contrario sensu; sin embargo, esta denuncia resulta manifiestamente improcedente pues por mandato expreso del artículo setecientos del Código Adjetivo, en el proceso ejecutivo solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia...” (**Cas. N° 2496-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 551-553**)

Si se contradijo la ejecución simultáneamente con el allanamiento y el Juzgado rechazó liminarmente la contradicción, sin ser impugnada, se extingue todo estado de controversia, pues el allanamiento importa la renuncia a toda oposición.

Procede en el allanamiento la exoneración de costas y costos (**Exp. N° 628-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 414**)

“... En las instancias de mérito se ha procedido conforme a la facultad establecida en la norma procesal aludida (artículo 190 del C.P.C.), al haberse considerado que el citado medio probatorio (pericia grafotécnica) no resulta pertinente para acreditar que el título valor puesto a cobro haya sido completado contrariamente a los acuerdos adoptados” (**Cas. N° 287-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 90-91**)

El demandando no ha demostrado la relación causal que dio origen a la cambial, por lo que no resultan pertinentes los argumentos que se dirigen a cuestionar la cantidad por la que se ha girado la letra, debiendo haberse limitado la recurrida a verificar sus elementos formales (**Cas. N° 649-95-La Libertad, Editora Normas Legales S.A., Tomo 263, Abril 1998, Trujillo-Perú, pp. A.10-A.12**)

La solidaridad no se presume. La ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Si el demandante no acredita haber depositado el dinero en la cuenta bancaria del code mandado y solo existen letras de cambio aceptadas únicamente por la cónyuge del code mandado, se demuestra la existencia de la deuda asumida únicamente por ella frente al acreedor, tanto más, si durante el proceso ella no ha negado haber suscrito dichos títulos valores ya vencidos, y así haber cancelado la deuda (**Exp. N° 60763-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 82**).

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. Nº 867-98/Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

*Si bien en la resolución apelada no se ha resuelto la contradicción, por economía procesal y de manera excepcional, deberá integrarse a la apelada, declarando también infundada la contradicción, por cuanto, los argumentos que los sustenta son esencialmente los mismos de su coejecutada.*

*No resulta admisible su intervención como litisconsorte necesario, porque no ha sido demandado, solo notificado, pues, solo es avalista de las cambiales anexadas en la demanda, que no se están ejecutando (Exp. Nº 467-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 592-593).*

*La denuncia civil, si bien no se encuentra considerada dentro de los supuestos del artículo 700 del CPC, nada obsta para que sea empleada por el demandado como medio de defensa si considera que el tercero tiene una obligación o responsabilidad en el derecho discutido (Exp. Nº 97-57546-2742, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 319).*

*No obstante que la pericia grafotécnica ordenada por el juzgado se establece que las firmas del girador y endosante resultan falsificadas, este hecho no invalida los efectos de la cambial, pues, el título valor surte todos sus efectos contra las personas capaces que lo hubieran suscrito, aún cuando las demás firmas fueran inválidas o nulas por cualquier causa (Exp. Nº 2386-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 390).*

*El hecho que la Letra de cambio haya sido completada después de su aceptación, tal como fluye de la pericia; al ser auténtica la firma del aceptante, no tiene la virtualidad de restarle la calidad y los efectos del título valor (Exp. Nº 1146-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 390-391)*

*Si del tenor de la contradicción se advierte que uno de los puntos en controversia es la validez o invalidez de los títulos en ejecución, no resulta irrelevante admitir la pericia grafotécnica ofrecida por el ejecutado.*

*Contraviene la obligación que le impone el artículo 326 del CPC el Juez que se reserva el derecho a formular la propuesta conciliatoria (Exp. Nº 531-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 230-232).*

## TRÁMITE

### ARTÍCULO 701

*Si hay contradicción se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios respectivos. El Juez citará a audiencia para dentro de diez días de realizada la absolución o sin ella, la que se sujetará a lo dispuesto en el artículo 555°, en lo que fuese aplicable. Si no se formula contradicción, el Juez expedirá sentencia sin más trámite ordenando llevar adelante la ejecución.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

## Comentario

---

1. En un proceso de ejecución, sería absurdo considerar al procedimiento ejecutivo, como un proceso declarativo con demanda, contestación, prueba y sentencia, sin embargo, nuestro ordenamiento procesal hace extensivo ese diseño al proceso de ejecución.

Cuando se plantea la ejecución y se comprueba la regularidad formal del título, el juez tiene el deber de despachar su ejecución y de realizar todos los actos ejecutivos para tal fin. El ejecutante no precisa más que presentar el título, que contenga derechos ciertos, expresos y exigibles, sin que deba probar nada. La contradicción del ejecutado –o llamada oposición– no puede calificarse como una contestación a la demanda ejecutiva, sino como una demanda incidental, de la que se corre traslado al ejecutante para que la conteste. En ese sentido, la redacción del artículo 701 en cuanto al procedimiento de la contradicción señala: “si hay contradicción se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios respectivos”.

Esto implica que promovida la contradicción por el ejecutado, éste se convierte en demandante en el mismo proceso, a él le corresponde la prueba de los hechos que alegue en la contradicción; el ejecutante, en tanto demandado en la contradicción o demanda incidental, puede limitarse a negar esos hechos o puede alegar otros. Cada parte deberá probar los hechos que alegue en el incidente. Si el ejecutado (demandante en el incidente) alega el pago, le corresponde la carga de la prueba. Lo importante es que la contradicción del ejecutado no convierte los hechos alegados por el ejecutante en controvertidos, arrojando sobre él la carga de la prueba.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La causa de pedir del ejecutante es el título mismo, cuyo documento es calificado por Ley como título ejecutivo, cuando reviste la necesaria credibilidad para ello. Por el contrario, en el incidente declarativo o contradicción, el ejecutado se convierte en demandante y si alega un hecho debe probar, exista o no contestación del ejecutante a la contradicción. El ejecutante no tiene nada que probar porque está cubierto por la presunción de certeza de su título y porque en el incidente, él actúa como demandado. Los principios generales de la prueba no se refieren al proceso de ejecución, que por su propia naturaleza carece de prueba, por cuanto todos los elementos necesarios para realizar la ejecución están en el título mismo, los principios generales de la prueba son de aplicación a la contradicción promovida.

Otras opiniones sostienen que el ejecutante debe probar el hecho constitutivo de su pretensión y el ejecutado los impeditivos, extintivos y excluyentes. Sostener ello supone asumir que en el título no hay presunción alguna y por tanto el procedimiento ejecutivo responde a un proceso declarativo y que el título es un documento como los demás que necesita ser probado si el ejecutado niega su contenido. Solo partiendo de la consideración que el procedimiento ejecutivo es un proceso declarativo, puede admitirse que se diga que la sentencia de ejecución, es la que hace posible que los bienes embargados sean sometidos a la ejecución forzada, negando con ello, que la sentencia de remate se limite a decir que siga la ejecución adelante, no que se inicie, pues la ejecución ya estaba evidentemente iniciada desde que se dictó el mandato ejecutivo.

2. Como señala la norma, el Juez citará a audiencia para dentro de diez días de realizada la absolución o sin ella, la que se sujetará al procedimiento sumario de los procesos de cognición, tal como lo contempla el artículo 555 CPC. En dicha audiencia el juez resolverá las excepciones o defensas previas. Si se declara fundada alguna de las excepciones generará en el proceso los efectos que detalla el artículo 451 CPC; caso contrario, se procederá a declarar saneado el proceso por existir una relación procesal válida. El saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Busca remover las nulidades del proceso y verifica si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo, caso contrario, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto insubsanable.

Luego del saneamiento se propiciará la conciliación. En caso no sea exitosa, el juez, con la intervención de las partes procederá a fijar los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba, para luego expedir sentencia, previo uso de la palabra, si fuere el caso. Véase que toda la actividad que se describe (saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia) se realiza en un solo acto, esto es, en una audiencia única.

En relación a la conciliación citada se debe precisar que ella no se agota en la audiencia única, porque las partes pueden conciliar su conflicto en cualquier

estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia. En este caso, puede ocurrir ante el juez del proceso, en la audiencia que éste convoque cuando lo soliciten las partes para tal efecto. En ese sentido véase lo regulado en los artículos 323 y 324 CPC.

En cuanto a los puntos controvertidos, podemos calificar aquellos hechos que han sido afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra; por citar, frente a una pretensión dineraria, cuyo monto ascendente a 5,000 nuevos soles, proveniente de un mutuo, contenido en una escritura pública; el demandado al contradecir, acepta el origen de la deuda y reconoce como válida la escritura pública que contiene el acto, pero no acepta el monto reclamado, pues considera haber amortizado el monto del mutuo, antes del vencimiento del plazo pactado para la devolución, correspondiendo el nuevo saldo a 3,000 nuevos soles y no los 5,000 que se reclama. En el caso propuesto, el punto controvertido no se debe orientar a determinar la existencia del mutuo ni a la validez del documento público que lo contiene (porque el demandado acepta la relación), sino a dilucidar el monto real del adeudo, esto es, ¿los 5,000 nuevos soles que reclama el demandante o los 3,000 nuevos soles que sostiene el demandado?.

En la actividad probatoria el juez declarará la procedencia, improcedencia e inadmisibilidad de los medios de prueba, para lo cual, valorará si los medios ofrecidos son conducentes, esto es, si son pertinentes y útiles al objeto de la prueba. Con ello se busca centrar el foco litigioso, procurando que el debate se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante. La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. Guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba, por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer los hechos que no se encuentran en discusión. En otras palabras, el juez decidirá la admisión o no de los medios probatorios ofrecidos. Ellas no serán admitidas de plano, por el solo hecho de producirse. La admisibilidad se relaciona, no con la posibilidad sino con la eficacia intrínseca de la prueba. Sobre ellas opera la actuación de tachas u oposiciones, para lo cual, el juez debe actuar y valorar los medios de prueba ofrecidos a ellas. No se aprecia –en este tipo de procedimientos– plazo alguno para interponer las tachas u oposiciones, sin embargo, consideramos que estas se interponen al contestar la demanda, en aplicación extensiva del artículo 552 CPC, pues, el traslado de la demanda contiene además el traslado del ofrecimiento de los medios de prueba del actor. Hay que recordar que las partes tienen la carga de probar los hechos que afirman (ver artículo 194 CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad estará sometido al control y supervigilancia de la contraparte, quien también tiene la carga de cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de los mecanismos remedios de las tachas u oposiciones. Estos mecanismos se utilizarán en atención al

medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 CPC. Decimos que es una carga para quien se opone la prueba, caso contrario se asume que está aceptando la veracidad de los hechos que contiene el medio probatorio. Por citar, si tenemos un documento privado y se ofrece éste solicitando además el reconocimiento; la contraparte si no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito a la certeza del contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver artículo 246 CPC). La “actuación” del reconocimiento ya no se justificaría por el asentimiento tácito de la parte contra quien se ha opuesto el medio de prueba.

Situación diferente es la actuación de los medios de prueba ofrecidos en las tachas u oposiciones. El artículo 553 CPC se refiere precisamente a ello, señalando que “sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia única”. Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.

Otro aspecto particular de las tachas u oposiciones se aprecia en la tramitación de éstas. La regla general aparece descrita en el artículo 301 CPC señalando que “la absolución de la tachas debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes”.

Dice el artículo 301 que “Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo”. Esto implica que el momento de las absoluciones de las tachas u oposiciones, es el momento de audiencia única. La interposición de las tachas, por la parte demandada, se agota con la contestación de la demanda y la absolución de ésta, por la parte demandante, será al momento de la audiencia única. Por otro lado, véase que las tachas u oposiciones deben ser resueltas de manera inmediata, sin embargo, es práctica generalizada dejar la resolución de éstas para el momento de la sentencia. El art. 301 CPC permite que esta sea resuelta en la sentencia.

La posibilidad de concluir el proceso sin declaración de fondo, en referencia al inciso 8 del artículo 321 CPC, también esta presente. El artículo 203 CPC señala que si no concurren ambas partes (a la audiencia de pruebas) el juez dará por concluido el proceso. Esta posibilidad de concluir el proceso por inasistencia de las partes, se complica en los casos de audiencia única, en el que se cita a las partes, no solo para la actividad probatoria sino para el saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y sentencia. Si partimos por asumir que el juez tiene el deber de impulsar el proceso, por sí mismo, (ver artículo II TP CPC) lo técnico sería desarrollar la audiencia única aú sin asistencia de ambas partes

siempre y cuando la actividad probatoria admitida no requiera de actuación, situación que no operaría si toda la prueba admitida fuera de naturaleza documental. En este supuesto, el juez podría de oficio realizar el saneamiento, conciliación, puntos controvertidos y la admisión de medios de prueba, para luego, ingresar al juzgamiento anticipado del proceso, en atención a lo regulado en el inciso 1 del artículo 473 CPC. Las partes no pueden invocar la vulneración al derecho de defensa, en caso existiere alguna limitante en el saneamiento probatorio a los medios de prueba ofrecidos y no admitidos, porque se posibilitó el ejercicio de su defensa, al estar noticiados de la audiencia y de los actos a realizar en ella y estuvo en la carga de ésta parte asistir o no a ella. Este criterio no es extensivo para los casos que la prueba ofrecida requiera actuación probatoria.

La explicación de la necesaria presencia de las partes en la audiencia de pruebas se justifica en el principio dispositivo que rige el proceso civil. Las partes son las únicas, que tienen la posibilidad de aportar los hechos al proceso y de hacer realidad su materialización en el proceso, a través de su actuación probatoria. Es una actividad de exclusiva competencia de las partes, donde la intervención del juez no tiene natural cabida. Como señala la Casación N° 592-96-Lima<sup>(1)</sup>, al referirse al artículo 203 CPC: "la interpretación de esta norma debe ser restrictiva, por su naturaleza sancionadora. El ofrecimiento de medios probatorios para sustentar las excepciones, no convierte a la audiencia de saneamiento en una de pruebas".

3. La redacción del artículo en comentario, señala: "si no se formula contradicción, el Juez expedirá sentencia sin más trámite ordenando llevar adelante la ejecución. La presunción de autenticidad que se otorga a los títulos ejecutivos lleva a sostener que si no existe oposición o contradicción, el ejecutante, no deba probar nada, debiendo el juez dictar sentencia de remate simplemente con el re-examen de los presupuestos procesales. En ella no se condena al ejecutado, sino se ordena seguir adelante la ejecución, señala Montero Aroca<sup>(2)</sup>.

En esa misma línea de pensamiento, aparece la opinión de Ariano<sup>(3)</sup>, quien sostiene que el verdadero título ejecutivo no es la sentencia sino el que se presenta con la demanda, que es calificado por el juez y que determinó el despacho de la ejecución contenido en el denominado mandato ejecutivo. Señala: "esa sentencia, pese a que se le llama sentencia, solo es una auténtica sentencia cuando resuelve ese incidente cognitorio sumario (eventual) que nuestro legislador impropriamente llamó contradicción. En cambio, cuando no se ha interpuesto contradicción, nada hay que resolver, y por eso lo único que contiene es un acto de impulso

1 Publicado en El Peruano, 4 de enero de 1998, p. 362.

2 Montero Aroca, Juan "La naturaleza jurídica...", op. cit. p. 2418

3 Ariano Eugenia, "La tutela jurisdiccional del crédito: proceso ejecutivo, proceso monitorio, condenas con reserva" en Problemas del proceso civil, Jurista editores, Lima, p.372

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

(siga la ejecución adelante, artículo 701 CPC) vale decir, que es un simple decreto con máscara de sentencia”. Este inconveniente que denuncia en la regulación del procedimiento ejecutivo, para Ariano<sup>(4)</sup>, se hubiera superado al no considerar necesario dictar sentencia cuando no mediara contradicción, de esta forma se podría ver claramente que la contradicción es con relación al proceso ejecutivo un incidente cognitorio que suspende la marcha del proceso de ejecución ya iniciado con la demanda y el mandato ejecutivo, hasta la emisión de la sentencia, pero no es un acto del proceso principal, que tipifique todo el proceso.



### JURISPRUDENCIA

---

*Se puede promover proceso ejecutivo en mérito al recibo impago de la renta, siempre que el arrendatario se encuentre en uso del bien.*

*El aviso y la cédula de notificación acreditan fehacientemente que la notificación efectuada resulta válida; sin embargo, al no haber formulado contradicción se debe ordenar llevar adelante la ejecución (Exp. N° 989-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 547)*

*“... La carga de la prueba en este tipo de procesos (de ejecución de obligación de dar suma de dinero) corresponde indubitablemente a los ejecutados, por lo que al no haberse probado que el accionante ha completado el título valor puesto a cobro en contra de los acuerdos adoptados previamente, no es conducente invertirla en contra de la accionante” (Cas. N° 2667-98-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 116-118)*

*Si el demandado no ha formulado contradicción dentro del plazo de Ley, debe el juez expedir sentencia (Exp. N° 902-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 363-365)*

---

4 Ariano Eugenia, El proceso de ejecución, op. cit, p. 174.

## SENTENCIA

### ARTÍCULO 702

*El plazo para expedir sentencia es de cinco días de realizada la audiencia o de vencido el plazo para contradecir.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

## Comentario

---

1. El tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Para Palacio<sup>(1)</sup>, tales lapsos se denominan plazos y su existencia responde a razones de seguridad y certeza. No basta, el establecimiento del orden consecutivo en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que además es menester determinar los lapsos específicos dentro de los cuales éstos deben ejecutarse, ya que de lo contrario las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde desarrollar su actividad procesal, además, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

Tomando como referencia la forma de fijación de los plazos, podemos calificarlos en legales, judiciales y convencionales. El plazo legal, es aquel cuya duración se halla expresamente establecida por Ley, por citar, diez días para interponer excepciones en procesos de conocimiento (ver inciso 3 artículo 478 CPC). La norma en comentario recoge la expresión de los plazos legales en la actividad asignada a los sujetos procesales (partes y juez).

2. En el proceso de ejecución, si el ejecutante no dispone de título de ejecución sino de un título ejecutivo, se ha establecido un procedimiento con un sumario cognitorio, en el que se escuchan las razones del ejecutado que proponga en la contradicción, según las causales que describe el artículo 700 CPC, para luego desarrollar la actividad probatoria en la audiencia única que describe el artículo 555 CPC, concluyendo con una sentencia ejecutiva (técnicamente llamada de remate), la misma que es pasible de recurso de apelación. Ejecutoriada la sentencia de remate, se procede a la ejecución forzada, con la tasación y venta de los bienes.

---

(1) Palacio Lino, t. IV, op. cit, p. 55-56

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

2. La pregunta que se plantea frente a esta redacción, se orienta a dilucidar la naturaleza jurídica de este acto procesal, calificado de sentencia. Ariano<sup>(2)</sup>, refiere que el Legislador omite toda referencia a cual sea la eficacia de esa sentencia que resuelve la contradicción. "No establece con precisión que esa sentencia dictada en base a la cognición sumaria podría revisarse en un proceso plenario ulterior, lo que podría llevar a interpretar que dicha sentencia producirá cosa juzgada material. Esto es un verdadero atentado al debido proceso, puesto que en principio, podría admitirse que se limite por el momento (al interior del proceso ejecutivo en donde la contradicción es un simple incidente cognitorio) lo que puede ser objeto de cognición y hasta que se limiten los medios de prueba, pero lo que resulta intolerable desde un punto de vista constitucional es que lo resuelto en base a una cognición sumaria no sea revisable en un proceso plenario ulterior".

Para Ariano<sup>(3)</sup>, el incidente de contradicción y la sentencia, el primero eventual y la segunda necesaria, son actos que no deberían formar parte de ningún proceso de ejecución y que por tradición del derecho común y su especial recepción española se han enquistado en nuestro sistema y se niegan a desaparecer, dando lugar a que aun hoy éste latente la pregunta si el proceso ejecutivo es realmente un proceso de ejecución, cosa que se pudo evitar consagrar en el CPC un proceso de ejecución pura.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien los co-litigantes pactaron el arrendamiento con opción de compra de tres vehículos, suscribiendo por el saldo del precio diversas letras de cambio; las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato, conlleva a señalar que el saldo que se pretende vibrar, contenida en las acml>ialvs, no se ajustan a los actos posteriores a la suscripción del contrato, restándole mérito ejecutivo.*

*A pesar de haberse consignado en la sentencia una suma distinta al mandato ejecutivo, la revocatoria de la misma supera su nulidad (Exp. Nº 2493-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 425)*

*Si la pretensión a cobrar proviene de la presunta comisión de un delito de aprovechamiento de firma en blanco, no es factible declarar el derecho supuesto del ejecutante, aún parcialmente, a la suma originalmente consignada en la cambial (Exp. Nº 98-35816-686, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 395)*

*Si la actora recibió de la ejecutada la cambial, a cuenta de la deuda puesta a cobro, la misma que ha sido presentado al juzgado por la ejecutante, antes de su vencimiento, ocasionando que ésta no pueda ser protestada oportunamente, perjudicando el documento, por lo que resulta atendible deducir la cambial de la suma puesta a cobro.*

(2) Ariano Eugenia, "Proceso o procesos de ejecución" en Problemas del proceso civil, Juristas, Lima, 2003, p.329

(3) Ariano Eugenia, El proceso de ejecución, Rodhas, 1998, Lima, p. 174

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La entrega de títulos valores extingue la obligación cuando, por culpa del acreedor, se hubiesen perjudicado (Exp. Nº 98-18660-3470, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 391)*

*La solidaridad no se presume. La Ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.*

*Si el demandante no acredita haber depositado el dinero en la cuenta bancaria del code mandado y solo existen letras de cambio aceptadas únicamente por la cónyuge del code mandado, se demuestra la existencia de la deuda asumida únicamente por ella frente al acreedor, tanto más, si durante el proceso ella no ha negado haber suscrito dichos títulos valores ya vencidos, y así haber cancelado la deuda (Exp. Nº 60763-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 82)*

*Si la ejecutada en su apelación precisa que la obligación ha sido cancelada, para lo cual acompaña un documento expedido por la ejecutante que da por cancelada la integridad de la deuda que es materia del proceso, el Juez en ejecución de sentencia debe merituar dichos documentos y establecer su eficacia como un instrumento de pago, a efectos de verificar si la ejecutada, finalmente ha cumplido o no con su obligación (Exp. Nº 261-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 540)*

*Es nula la sentencia si no se le ha notificado al codemandado el mandato ejecutivo en su domicilio real que conocía la accionante. La dirección consignada en el pagaré como lugar de pago solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (Exp. Nº 704-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 203-204).*

## SEÑALAMIENTO DE BIEN LIBRE

### ARTÍCULO 703

*Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.*

*Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.*

*El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

LEY 27809 art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 491, 492

---

## Comentario

---

1. Uno de los supuestos de los que se parte en las ejecuciones forzadas es la existencia de bienes de propiedad del ejecutado para ser destinados al remate judicial, para lo cual, se presentan dos alternativas para intervenir dichos bienes, según el estadio procesal en la que se invoque. Si opera con el mandato ejecutivo, se procederá conforme las reglas que señala el artículo 698 CPC, que dice: "el ejecutante puede solicitar al juez el aseguramiento de la ejecución, aplicando para

---

(\*) Texto según la 2ª disp. modificatoria de la Ley 27809 de 08-08-2002.

tal efecto lo previsto en el subcapítulo 1º del Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta de este Código, en lo que sea pertinente”. El otro referente para intervenir los bienes del ejecutado es cuando el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, en ese caso, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale bien libre de gravamen, bajo apercibimiento de declararse su disolución y liquidación.

La redacción originaria de la norma fijaba como apercibimiento la remisión de copias certificadas a Indecopi, para que se declare la insolvencia del deudor; sin embargo, la nueva redacción conlleva a la disolución y liquidación de la empresa. Esto implica que frente a las alternativas de reestructurar o disolver/ liquidar el patrimonio del deudor, por Ley, debe orientarse hacia esta última y no a la reestructuración. Como señala el artículo 30 de la Ley Concursal, recibidas las copias certificadas del expediente judicial, la Comisión en ejecución del apercibimiento hecho efectivo por el juez, en aplicación del artículo 703 CPC, dispondrá la publicación en el diario oficial El Peruano del nombre de las personas sometidas a la disolución y liquidación.

2. Como se aprecia, el juez intentará el embargo de bienes del deudor, pero si éste no tiene bienes la ejecución termina aquí y sin éxito. La norma señala, “consentida o firme la resolución que hace efectivo el apercibimiento concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI o a la Comisión Delegada que fuere competente”. Se debe precisar que las Comisiones Delegadas se instalaron hasta 1993, en virtud de convenios celebrados por Indecopi con instituciones competentes para conocer los procedimientos concursales.

La redacción originaria de este artículo, limitaba este apercibimiento a los procedimientos ejecutivos, sin embargo, las modificaciones posteriores han llevado a precisar, que también sea de aplicación a la ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo

3. La norma remite las ejecuciones individuales a los procedimientos colectivos, que son promovidos por un acreedor o por varios acreedores contra un deudor. Como señala el artículo V del TP de la Ley General del Sistema Concursal<sup>(1)</sup>, a través del procedimiento concursal se busca la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

En este tipo de ejecución colectiva se hallan en lucha dos principios: el de prioridad y el de igualdad. El primero está representado por el precepto que prevalece

---

(1) La Ley General del Sistema Concursal N° 27809, entro en vigencia el 7 de octubre de 2002.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

el derecho de aquel que lo adquiere o ejerce en primer término y el segundo, que consagra la paridad o igualdad de condición de todos los acreedores en el patrimonio concursal. Como señala la Ley Concursal, los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo las órdenes de preferencia establecidos expresamente en la Ley. (ver artículo VI del TP Ley N° 27809). Como refiere el artículo 41 de la Ley Concursal, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente: 1) remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, así como los aportes impagos provisionales; 2) los créditos alimentarios; 3) los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrants, derecho de retención o medidas cautelares, que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de la publicación de la difusión del procedimiento concursal; 4) los créditos de origen tributario del Estado; y otros rangos, que en sentido decreciente lo fija el citado el artículo 42 de la Ley.

El procedimiento concursal puede ser ordinario y preventivo. El Concursal Ordinario es iniciado a pedido del deudor o por uno o varios acreedores. Si lo solicita el deudor deberá acreditar que se encuentra en los siguientes supuestos: que mas de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas o impagas por un período mayor a 30 días calendario; y que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

El concursal preventivo, solo se inicia a pedido del deudor, y busca evitar una eventual y futura crisis de la empresa. Para que un deudor se acoja a este procedimiento bastará no encontrarse en ninguno de los supuestos del concursal ordinario. El preventivo (a diferencia del ordinario que se orienta a la búsqueda de soluciones para revertir una situación de crisis presente) procura evitar que se llegue a una situación de crisis que se vislumbra a corto o mediano plazo. En el preventivo, también se puede pedir la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones que el concursado tuviera pendientes de pago devengadas hasta la fecha de la publicación. (ver artículo 108 de la Ley Concursal).

El procedimiento concursal ordinario se inicia con la presentación de la solicitud (ya sea por el deudor o un acreedor), ante la Comisión de Procedimientos Concursales, quien previa evaluación de Ley, declarara el inicio del procedimiento concursal ordinario, mediante resolución administrativa. Consentida la resolución, la Comisión procede a publicar dicha Resolución en el Diario Oficial El Peruano. La fecha de esta publicación es importante, porque a partir de ella se generarán los principales efectos del Concurso. Uno de ellos, es la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, tal como lo refiere el artículo 17 de la Ley Concursal.

Cuando se publica en el diario El Peruano el inicio del procedimiento concursal y se encuentra el proceso en ejecución forzada, con convocatoria a remate, es inexigible. Distinto es, si ya se produjo el remate. En el primer caso, todavía no hay remate, se esta por rematar, por tanto, si todavía no se ha ejecutado, se tendría que esperar que en el procedimiento concursal se disponga de este activo, mientras tanto no se podría rematar el bien. Esto implica que una deuda que en un momento era exigible, por mandato de la ley se torna en inexigible, en sede judicial.

Esta suspensión no es indefinida, sino que durará hasta que la Junta de Acreedores apruebe el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación. Si solo se abre a Concurso con un solo acreedor y se comprueba que no hay mas acreedores se levanta la suspensión. Aquí queda desprotegido el patrimonio y se tiene la puerta abierta para continuar con el proceso y ejecutarlo.

En ese sentido aparece acertado el pronunciamiento de la Sala Comercial de Lima<sup>(2)</sup>, que invocando el artículo 17.1 de la Ley General del Sistema Concursal, dice: “en ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, salvo que las obligaciones se hayan originado con posterioridad a la fecha de la publicación referida, acorde con lo dispuesto por los artículos 18 y 16 de la citada Ley Concursal; que en tal sentido advirtiendo este Colegiado que la fecha de publicación del inicio del proceso concursal data del 24 de noviembre del 2003, esto es, han transcurrido mas de 19 meses desde la publicación, desconociéndose si es que la Junta de Acreedores –entre otros acuerdos– aprobó el Plan de Reestructuración, el juez debió oficiar al Indecopi a efectos que le informe sobre el estado actual del expediente concursal de los ejecutados”.

4. La inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubiesen constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a Concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, con la excepción prevista en el inciso 1 y 2 del artículo 16 de la Ley Concursal. La prohibición de ejecución de bienes no alcanza a las etapas destinadas a determinar la obligación emplazada al deudor. La autoridad competente continuará conociendo hasta emitir pronunciamiento final sobre dichos temas, bajo responsabilidad.

Para entender los efectos del inicio del concurso es importante tener claro qué créditos están o no comprendidos en el concurso, ya que de ello dependerá que

---

(2) Véase la ejecutoria de fecha 2 de junio del 2005 recaída en el proceso seguido por Distribuidora Europea de Ediciones SAC con Miguel Paz SRL y otros sobre ejecución de garantía hipotecaria.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

los referidos efectos se apliquen. Están comprendidos, las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de la publicación del inicio del concurso, así no se hayan vencido. No están comprendidos los originados con posterioridad a la fecha de publicación del inicio del concurso, que se pagarán a su vencimiento no siéndoles de aplicación la suspensión de inexigibilidad de obligaciones ni estarán sometidos al Marco de Protección Patrimonial, por lo que sus titulares podrán iniciar las acciones legales que correspondan para cobrar su crédito, respetando el rango de las garantías otorgadas.

La publicación tiene por objeto proteger el patrimonio del deudor ya que el mismo es garantía de pago a los acreedores. Sus principales efectos son: suspender la exigibilidad de las obligaciones; y someter al Marco de Protección Legal al patrimonio del deudor. Otros efectos de la publicación son: la determinación de los acreedores concursales; y la conformación de la Junta de Acreedores.

Bajo el Marco de Protección Legal del Patrimonio, la autoridad judicial, administrativa, coactiva o arbitral que conoce procesos contra el deudor no podrá ordenar, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte el patrimonio del deudor y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas. Ello no alcanza las medidas cautelares registrales, ni las que no impliquen desposesión, ni las que no afectan el funcionamiento del negocio, las cuales sólo podrán ser ordenadas y trabadas, pero no materia de ejecución forzada. Si las medidas –distintas a las anteriores– han sido trabadas, se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes, según sea el caso.

Además, no alcanza a los bienes perecibles, incluso es oponible a las ejecuciones extrajudiciales. Si algún bien del deudor hubiera sido dado en garantía de obligaciones de un tercero, entonces se podrá ejecutar, igualmente si se tratara de un acreedor post concursal. Este Marco de Protección no impide que el Juez siga conociendo del proceso y emita resolución final. En ese sentido, resulta acertado el pronunciamiento emitido por la Sala Comercial de Lima<sup>(3)</sup> al considerar que la aprobación de un Plan de Reestructuración, únicamente conlleva la determinación de un nuevo régimen para la cancelación de las obligaciones asumidas por la sociedad conyugal insolvente, no operando bajo ninguna circunstancia la suspensión de los procesos en la etapa de conocimiento, por estar referida a la determinación de la existencia de la deuda y su cuantía. La Sala tiene en cuenta que la finalidad del proceso de reconocimiento de créditos seguido ante Indecopi, es totalmente distinto al proceso judicial en giro, ya que en el primero lo que se pretende es un reconocimiento de crédito para intervenir en las decisiones que adopte la Junta de Acreedores, mientras que en el segundo lo que se pretende es la

---

(3) Ejecutoria recaída en el Expediente N° 146-2005, el 10 de junio del 2005, en el proceso seguido por Víctor Raúl Santana Sanchez con Lucia Campomanes Medina y Maximo Salcedo Molina sobre obligación de dar suma de dinero.

emisión de un mandato de pago que se ve reflejado en una sentencia de condena suspendiéndose su ejecución”.

5. Como ya se ha referido líneas arriba, uno de los efectos del inicio del concurso sometido al Marco de Protección Legal del patrimonio es que la autoridad judicial, administrativa, coactiva o arbitral que conoce procesos contra el deudor no podrá ordenar, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte el patrimonio del deudor y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas (véase artículo 18 Ley N° 27809). Esta limitación a continuar con la ejecución cautelar en sede judicial pretende ser invocada –de manera extensiva– para suspender las ejecuciones forzadas en las garantías reales, como sostiene la ejecutoria emitida –por mayoría– por la 2° Sala Civil de Lima<sup>(4)</sup> que señala: “tratándose de un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, no existe medida cautelar que trabar, sino que nos encontramos ante una garantía otorgada por el deudor mediante instrumento público y el objeto del proceso es el de ejecutar la misma por incumplimiento del deudor, ejecución que se ha producido mucho antes del inicio del proceso concursal (...), por lo que constituyendo el remate ordenado en autos la fase final de la ejecución, no puede retardarse este, toda vez que el espíritu de la Ley de Procedimiento Concursal, sólo esta referido a las medidas cautelares que se dicten o se traben, a partir de la publicación en el diario oficial El Peruano del inicio del procedimiento concursal, circunstancia que como se reitera no se produce en el presente caso”.

Frente a este pronunciamiento de la 2° Sala Civil de Lima<sup>(5)</sup> que no comparto, se aprecia con acierto el Voto Singular recaído en dicha ejecutoria, sostiene: “la Ley General del Sistema Concursal N° 27809 en su artículo 18.1 señala “a partir de la fecha de la publicación, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas; sin embargo, también la misma Ley establece “en ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzada...”, a ello debe tenerse presente el artículo 18.6 de la citada Ley que establece “declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantía de obligaciones de terceros...”; que el apelante no ha acreditado el levantamiento o conclusión del procedimiento concursal para proceder al levantamiento de la suspensión del proceso...”.

(4) Véase la ejecutoria de fecha 28 de junio del 2005, recaída en el proceso seguido por Banco Continental con Impresiones Rodolfo Díaz sobre ejecución de garantías.

(5) Voto singular emitido por la Vocal Angela Salazar Ventura en el Expediente N° 1172-05, ejecutoria de fecha 28 de julio del 2005, en el proceso seguido por Banco Continental con Impresiones Rodolfo Díaz sobre ejecución de garantías.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La alteración en el desarrollo del proceso judicial, en especial, en la ejecución y la cautela, por mandato del artículo 18 de la Ley Concursal, ha conllevado algunas opiniones por la inconstitucionalidad de dicha norma. Se sostiene al amparo del inciso 2º del artículo 139 de la Constitución, ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco se puede cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Frente a estas posiciones, se confronta también otros argumentos para la aplicación del artículo 18 de la Ley Concursal, como es, que a través de la suspensión se busca proteger derechos preferentes de regulación constitucional, como son los derechos laborales y alimentarios, evitando se ejecute el pago sin preferencia, por otros acreedores de otros créditos no preferentes. Con la suspensión se logra precisamente que no se disponga de los bienes del deudor insolvente, en perjuicio de los trabajadores. Hay aquí un tema de responsabilidad social que tutelar.

6. La norma permite la posibilidad que el ejecutado señale uno o mas bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución”. La actual redacción ha mejorado a la originaria que solo contemplaba la posibilidad de señalar un bien libre de gravamen, ello implicaba que si el ejecutado tenía un edificio sobre el cual se había constituido una hipoteca por un monto reducido al valor comercial de dicho inmueble, no se aceptaba se ofrezca dicho bien para la ejecución forzada porque no cumplía el supuesto que señalaba la norma: “libre de gravamen”; felizmente la norma ha superado esta limitación y contempla la posibilidad de incorporarlo a la ejecución, pero con la condición que el saldo de cobertura posible, resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución. Por otro lado nótese que la norma hace referencia a bienes libres de gravamen, no de cargas. Ello es coherente porque los gravámenes dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse puede conllevar a la venta del bien afectado, como sería en el caso de la hipoteca o del embargo; en cambio en las cargas, no hay obligación garantizada, por tanto no tienen por objeto la venta del bien, por ejemplo, las servidumbres que se puedan constituir sobre el predio.



### JURISPRUDENCIA

---

*La declaración de insolvencia detennina la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones, pero ello no afecta el derecho del acreedor de la insolvente a dirigirse contra el patrimonio de terceros que hubieran constituidos garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original (Exp. N° 43909-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 444)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El procedimiento de quiebra tiene como objetivo y razón de ser el pago de los acreedores. Si la adjudicación provisional otorgada a la Comunidad Industrial no ha logrado dichos objetivos al no haberse demostrado que la fábrica tenga un giro exitoso, procede devolver la administración al síndico departamental de quiebras, no solo para que continúe con esa labor, sino para que proceda a vender los bienes de la fallida u efectúa el pago a los acreedores (Exp. N° 1233-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 445)*

*La impugnación de créditos es una facultad que no solo corresponde a los acreedores, sino también corresponde ejercerla por el Síndico Departamental de Quiebras por disposición expresa del artículo 132 de la Ley Procesal de Quiebras derogada.*

*Resulta aplicable ultractivamente dicha norma, en razón de haberse iniciado la quiebra bajo su vigencia (Exp. N° 3737-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 446)*

*Procede amparar la suspensión del proceso si el insolvente o su representante legal, dentro de los días hábiles siguientes a la fecha en que la declaración de insolvencia presenta al órgano jurisdiccional que conoce del proceso judicial, copia legalizada de la resolución de declaración de insolvencia, con la constancia que la citada resolución quedó consentida (Exp. N° 98-196-70, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 442)*

*Si bien la demandada ha sido declarada insolvente, al no pertenecerle los bienes que se reclaman, no resulta aplicable la suspensión de los procesos judiciales que se sigan en contra y que tengan por objeto la ejecución de garantías reales, embargos o cualquier otra medida ordenada que opere solo sobre sus bienes (Exp. N° 99-3647-741, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 443)*

*Si aún no se ha establecido la cuantía relativa a los intereses, costas y costos del proceso que el insolvente estaría adeudando al ejecutante, resulta prematura la suspensión de la ejecución, solo, para determinar las cuantías, mas no, para los actos procesales de eminente ejecución (Exp. N° 218-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 441)*

*Si se ha nombrado depositaria a la propia ejecutada en la medida de embargo dictada, no procede el levantamiento de ella, ante la declaración de insolvencia de la ejecutada, pues, los bienes afectados han permanecido en poder de la ejecutada. Si bien con la declaración de insolvencia se suspende la ejecución de los embargos, no obstante, no se levantarán las medidas cautelares que no signifiquen la desposesión de los bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio (Exp. N° 12387-3128-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 711)*

*El régimen concursal tiene por finalidad proteger el patrimonio del insolvente, antes que dichos bienes sean transferidos a terceros, con la finalidad de asegurar que estos respondan por las deudas de su propietario frente a los acreedores, pero, no puede evitar que el patrimonio ya transferido con anterioridad, regrese a dominio del deudor.*

*Al haberse adjudicado los bienes con fecha anterior a la declaración de insolvencia no existe patrimonio del insolvente que proteger, pues, los bienes adjudicados dejaron de pertenecer a la esfera patrimonial del ejecutado, por tanto, carece de objeto suspender el*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

proceso, para salvaguardar un patrimonio inexistente (**Exp. N° 1132-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 712-713**)

La suspensión de la exigibilidad de las obligaciones no alcanza a la etapa de conocimiento de los procedimientos destinados a determinar la existencia, origen, titularidad, legitimidad o cuantía de crédito frente al insolvente. Los procedimientos continuarán su tramitación hasta que la resolución final quede consentida, luego de lo cual la ejecución será suspendida (**Exp. N° 30017-2816-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 708**)

Habiendo sido declarada la insolvencia de la sociedad anónima, ésta solicita se suspenda los embargos y demás medidas trabadas sobre sus bienes, en el proceso de ejecución de garantía, el mismo que deviene en infundado, pues, el objeto del presente proceso es la ejecución de la garantía real ordenada sobre el bien, en su oportunidad, no del insolvente; tanto más, que Indecopi, ha suspendido los efectos de la resolución que reconoce el crédito invocado por los acreedores frente a la recurrente, y sobre el cual esta última pretende fundar su derecho (**Exp. N° 58635-728-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 610-612**)

Con el proceso de reestructuración se suspende la exigibilidad del pago de las obligaciones que tuviera pendiente la empresa comprometida con sus acreedores, sin que dicha excepcionalidad alcance a terceros que garantizan las obligaciones de aquélla, habida cuenta que con el proceso de reestructuración, se busca preservar el patrimonio de la empresa en dificultades en aras de viabilizar su desarrollo.

No cabe beneficiar con la suspensión de la inexigibilidad de la obligación a la deudora hipotecaria demandada (**Exp. N° 34049-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 186-187**)

El plazo de tres días que señala el artículo 10 del D. Ley 26116 tiene como objetivo la protección de la empresa.

Se debe en el más corto plazo presentar al juez el acuerdo con los acreedores, para evitar medidas cautelares de ejecución sobre los bienes de la empresa, que impidan la continuación de su funcionamiento (**Exp. N° 810-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 424-425**)

Vencido el plazo a que se refiere el artículo 703 del C.P.C. sin que el deudor hubiese señalado bien libre de gravamen, procede hacer efectivo el apercibimiento de declarar la quiebra del ejecutado, caso en el cual concluye el procedimiento ejecutivo (**Exp. N° 1816-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 378-379**)

**Sub - Capítulo 3º**  
**EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN  
DE DAR BIEN MUEBLE DETERMINADO**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 704**

*Si el título ejecutivo contiene obligación de dar bien mueble determinado, el proceso se tramitará conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma de dinero, con las modificaciones del presente Subcapítulo.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.P.C. arts.

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

C.P.C. Italia arts. 605-611

C.P.C. Colombia art. 499

---

 **Comentario**

1. La redacción primigenia del artículo 694 CPC comprendía solo a los bienes muebles, como obligación de dar, en contravención con las reglas del derecho civil que no hace tal distinción. Ello generaba que las pretensiones orientadas a buscar la entrega de un bien inmueble se rechazaban liminarmente<sup>(1)</sup>. Felizmente, la redacción de dicho articulado fue modificado por Ley N° 27027 eliminando la indebida distinción, sin embargo, la redacción del presente artículo en comentario no sufrió ninguna modificación, de ahí que solo haga referencia “al bien mueble determinado”, como objeto de la obligación de dar.

2. Las obligaciones con prestaciones de dar son aquellas que tienen como finalidad la transferencia de la titularidad de una situación jurídica o la entrega de

---

(1) Véase sobre el particular el pronunciamiento recaído en el caso seguido por Inmobiliaria y Constructora Lavsa con Mercedes Melendez Zelada sobre obligación de dar, ante el 36 Juzgado Civil de Lima, Expediente No 2436-03. La 6º Sala Civil de Lima, señaló: “se puede demandar ejecutivamente obligaciones de dar, hacer y no hacer, no existiendo en la Ley 27027 distinción alguna respecto de las obligaciones de dar”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

un bien. Es apreciada bajo tres categorías: dar dinero, dar bien cierto y dar bien incierto. El Código Civil regula las prestaciones de dar bien cierto en los artículos 1132 al 1140 CC y las prestaciones de bien incierto, en los artículos 1142 al 1147.

Para Barchi<sup>(2)</sup> “las relaciones con prestaciones de dar bien cierto son aquellas en las cuales el bien debido ha sido especificado en su identidad (ejemplo: Primus se obliga frente a Secundus a entregar el automóvil Toyota Yaris, con placa de rodaje N° Ab-1359). Cada bien tiene una identidad propia, es decir, una propia realidad individual que lo distingue de los otros bienes. La identificación es el acto de verificación de la identidad del bien, ella procede en base a varios criterios, referidos a señas materiales o jurídicas (nombres, límites, etc). El principal elemento de identificación de los inmuebles son los límites. Cuando se trata de una unidad inmobiliaria resultante de la división de un inmueble más amplio, es necesario hacer referencia a las medidas, a representaciones gráficas con fines naturales. También puede ser usado el nombre en las concesiones mineras”.

3. La norma hace extensiva a estas obligaciones las reglas para la obligación de dar suma de dinero, con las modificaciones de este capítulo. Veamos, cuando la obligación es dar una suma de dinero, y ésta se halla en el patrimonio del deudor, la ejecución consiste en tomar posesión de esa suma de dinero y entregarla al acreedor. Cuando la sentencia condena a dar cosas que no sean dinero, el procedimiento de ejecución se orienta a retirar el bien de la esfera de disposición del deudor, mediante actos materiales de desapoderamiento para colocarlas bajo la esfera jurídica del acreedor; por citar, el caso de entrega de un inmueble, en la que se recurre al desalojo para cumplir con la medida dispuesta. Si hay resistencia del obligado, se acude al apoyo de la fuerza pública, tal como refiere el artículo 705 CPC. También el Juez debe tener en cuenta los frutos, productos y accesorios del bien a entregar. El artículo 1134 CC hace referencia a la entrega de los accesorios, salvo que lo contrario resulte del propio título de la obligación o de las circunstancias del caso. Ello se justifica en atención a la presunción del artículo 913 CC que dice: “la posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios”. Supuesto que no puede ser extensivo a los frutos y accesorios, los que tienen una regulación diversa, por ser provechos que no alteran ni disminuyen la sustancia del bien.

En caso la obligación se oriente a la entrega de un bien mueble determinado, se procederá inmediatamente a poner al ejecutante en posesión del mismo, practicando asimismo todas las diligencias conducentes que solicite el interesado para tal fin. La actividad ejecutiva básica consiste en la aprehensión de la cosa para la entrega.

---

(2) Barchi Velaochaga Luciano, “Comentarios al artículo 1132 del Código Civil” en Código Civil Comentado, t.VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 25.

4. En el caso de las obligaciones de dar bien incierto, como lo califica el artículo 1142 CC, deben indicarse, cuando menos, su especie y cantidad. Aquí por el principio de identidad, el deudor debe entregar los bienes teniendo en cuenta la calidad (ver artículo 1143 CC). A diferencia de las obligaciones de dar bienes ciertos, donde el objeto de la prestación se halla individualizado, en las obligaciones inciertas el objeto es indeterminado, pero podrá ser en el futuro determinable. El artículo 1143 CC fija los mecanismos para romper con la indeterminación, mediante la elección. Practicada la elección se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos, como dice el artículo 1147 CC. Hay algunos autores que consideran a esta transformación como novación legal, sin embargo, hay opiniones como la de Osterling y Castillo<sup>(3)</sup> que no la consideran así, sino que a partir del momento de la elección, la obligación genérica se rige por las reglas establecidas sobre las obligaciones de dar bienes ciertos. “No es que la obligación haya cambiado de naturaleza, pues la naturaleza de las obligaciones la determina su origen; sino que, dado el desarrollo del proceso ejecución de la obligación, éste impide que la obligación genérica se siga rigiendo por sus reglas propias, y se deberá regular en adelante por las normas de las obligaciones de dar bienes ciertos ...”.



## JURISPRUDENCIA

---

*El derecho de retención se ejercita judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien (Exp. Nº 373-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 109)*

(4) Osterling Felipe y Mario Castillo, “Comentarios a artículo 1147”, en Código Civil Comentado, t. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 97.

## MANDATO EJECUTIVO

### ARTÍCULO 705

*El mandato ejecutivo contiene:*

1. *La intimación al ejecutado para que entregue el bien dentro del plazo fijado por el Juez atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de procederse a su entrega forzada; y,*
2. *La autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia.*

---

#### CONCORDANCIA:

*C.P.C. art.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Colombia art. 493*

---

### *Comentario*

---

1. El mandato ejecutivo solo requiere al ejecutado para que cumpla con la entrega del bien sino que además el Juez le establece un plazo para tal fin, atendiendo a la naturaleza de la obligación. La actividad ejecutiva dependerá de la conducta que adopte el ejecutado. Si éste cumple estrictamente la condena, la ejecución y el proceso habrán terminado; caso contrario se procederá a la entrega forzada del bien, con la intervención inclusive de la fuerza pública en caso de resistencia.

2. Como señala el artículo 704 CPC, si el título ejecutivo contiene la obligación de dar bien mueble determinado, el proceso se tramitará conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma de dinero, con las modificaciones del presente Subcapítulo. Esto implica que frente al mandato ejecutivo para la entrega del bien, se puede contradecir bajo los supuestos contemplados en el artículo 700 CPC.

La “inexigibilidad de la obligación” contenida en el título se invoca para cuestionar que la prestación sea cierta, expresa y exigible, condiciones básicas para que el título resista ejecución, tal como lo describe el artículo 689 CPC. La prestación es cierta, cuando esta perfectamente delimitada en el título los sujetos y el objeto de la prestación, aunque sean de manera genérica. Esto implica que necesariamente tiene que haber un sujeto activo, llamado acreedor, que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la prestación. El sujeto pasivo de la obligación es la

persona que tiene que satisfacer la prestación debida, es decir, debe conformar su conducta al comportamiento que le exige la prestación. Si bien los sujetos deben estar determinados al tiempo de contraerse la obligación, pueden ser susceptibles de determinación ulterior. En este caso, hay indeterminación de sujeto transitoriamente, pero ello no impide que exista la obligación, la cual se sustenta en la existencia actual del sujeto transitoriamente indeterminado, como sería en el caso de la obligación de entregar un bien proveniente de una rifa o sorteo, situación diversa es, si faltase el sujeto y no fuese determinable, la obligación nunca habría existido y por tanto, no sería exigible.

Las prestaciones para que sean exigibles deben estar expresamente señaladas en el título. Debe constar por escrito el objeto de la prestación, esto es, aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. La prestación consiste en la entrega de un bien que habrá de ejecutar el deudor. El título debe contener además prestaciones exigibles, para lo cual es indispensable que su objeto esté determinado o sea determinable, que sea posible y que tenga un valor pecuniario la prestación.

La prestación es determinada cuando al tiempo de constituirse la obligación se conoce en su individualidad la cosa debida, o está definido, en su sustancia y circunstancia el hecho o la abstención que habrá de satisfacer el deudor. Es determinable la prestación cuando sin estar individualizado su objeto (cosa, hecho) es factible de individualización ulterior. Otro referente para la exigibilidad de la prestación es que el objeto sea posible, pues, un objeto imposible equivale a un objeto inexistente, de modo que no se puede imponer la obligación de hacer algo imposible. En la teoría concurren distintos criterios que sostienen que el objeto de la prestación, para que sea exigible debe tener una apreciación pecuniaria. Si la prestación careciera de significación pecuniaria, el incumplimiento del deudor no lo hace incurrir en responsabilidad alguna, por cuanto, dicho incumplimiento no redundaría en detrimento patrimonial del acreedor.

Otro supuesto que se invoca en la contradicción es el “cuestionamiento formal al título”. Aquí el documento que contiene al acto, se cuestiona de nulo por cuanto no acoge la forma señalada por Ley, la misma que es esencial para la constitución del acto. Véase el caso de la donación de un bien inmueble que ha sido realizada en un documento privado de fecha cierta; por mas que tenga las condiciones de ejecutabilidad que señala el artículo 689 CPC, el título adolece de una condición formal, como es, no haber sido realizada la donación por escritura pública. Véase en dicho caso, la sanción de nulidad que contempla el artículo 1625 CC, sanción que también se extiende a la entrega de bienes muebles, adquiridos por donación, cuyo valor excede el límite fijado en el artículo 1623 CC.

La “extinción de la obligación” constituye otra causal para sustentar la contradicción. Los hechos extintivos para invocarla no difieren de los previstos para las

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

obligaciones del derecho común, como el pago, la novación, la compensación, la consolidación, etc.

Para Romero<sup>(1)</sup> pueden concurrir diversos modos de extinguir las obligaciones. Estos son actos o hechos jurídicos que tienen un objetivo: disolver o extinguir el vínculo obligatorio, esa relación jurídica que une al deudor con el acreedor. Como actos que extinguen la obligación se tiene a la ejecución voluntaria, que puede ser directa o indirecta. En el primer caso, el deudor cumple con la prestación debida, la misma que se tuvo en cuenta al momento de la celebración; con el modo indirecto, la ejecución es producto unas veces de un acto unilateral –como la donación– y otras de verdaderos acuerdos, como la dación en pago, la novación, la compensación, la transacción y el mutuo disenso. Como hechos que extinguen la obligación se tiene a la consolidación, la prescripción extintiva, el vencimiento del plazo extintivo o el cumplimiento de la condición resolutoria, la pérdida sobreviniente del bien sin culpa del deudor; la muerte del deudor o del acreedor produce también extinción de la obligación cuando se trata de obligaciones y derechos personalísimos, señala Romero.

3. Cuando hubiera imposibilidad material para entregar el bien por haberse destruido o desaparecido (véase los supuestos que describe el artículo 1137 CC), en dichas circunstancias corresponde aplicar las reglas de la teoría del riesgo que acoge el Código Civil, las mismas que aparecen reguladas en el artículo 1138 CC. En caso el bien se hubiere deteriorado por culpa del deudor, se permite la prestación parcial, mas la indemnización, como señala el inciso 2 del artículo 1138 CC. Estas reglas que deben observarse en las obligaciones de dar bienes ciertos, hasta su entrega –a pesar de no tener una referencia expresa a ellas en este procedimiento– deben observarse en este tipo de obligaciones. Por otro lado, apreciése además que la norma no prevé el delito de violencia y resistencia a la autoridad, en caso el ejecutado se negare a la entrega, sin embargo, se podría acudir a ella con prudencia pero con decisión, pues no está en juego solo el derecho del ejecutante, sino también el bien jurídico tutelado en la resistencia.

El ejecutante y el juez no pueden conformarse con dar por perdida una cosa simplemente porque así lo manifieste el ejecutado, debiendo utilizarse todos los medios normales de coacción de que dispone la autoridad judicial; en tal sentido, el artículo en comentario precisa la “autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia”, por ello, podría acudirse al registro del lugar donde se pudiera encontrar el bien, con el descerraje previo si fuere el caso.

Como ya hemos señalado la redacción de este artículo se ubica en un único supuesto la entrega del bien, sin embargo, pudiera darse el caso que cuando los

---

(1) Romero Zavala Luis, p. 13.

bienes a entregar son fungibles o sustituibles, como el entregar cien arrobas de papá *huairo*, es posible que el ejecutante con su conversión en dinero se vea satisfecho, pues con él puede encontrar la misma cosa en el mercado; sin embargo se señala que cuando el producto fuere escaso en el mercado (por no ser época de cosecha) y el ejecutante lo precisará por requerir para incorporarlo como insumos a otro producto por él fabricado, la conversión en dinero no satisface en absoluto su pretensión.

El caso que se propone es apreciado bajo tres supuestos diferentes: a) que el objeto se encuentre en posesión del ejecutado. En este caso, instada la ejecución, el juez debe conceder plazo al ejecutado para que entregue la cosa y si éste no lo hace así, el ejecutante podrá pedir que se le ponga en posesión de la misma, mediante la fuerza y con el apoyo de la fuerza pública; b) si el objeto no se encuentre en poder del ejecutado pero en el mercado existe en abundancia; c) que el objeto no se encuentre en poder del ejecutado ni tampoco exista en el mercado. En este supuesto el ejecutante podría optar entre se cumpla la obligación a expensas del deudor o que se convierta a dinero, continuando su ejecución bajo el procedimiento de las obligaciones dinerarias.

4. El mandato ejecutivo intimada al ejecutado para la entrega del bien, bajo la advertencia de proceder a su entrega forzada; así como, la autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia. Véase que en el caso de la ejecución forzada, no es el deudor quien satisface voluntariamente la obligación, sino que ante su negativa (expresa o tácita) de cumplir con la entrega del bien al que está obligado, el acreedor recurre a los órganos de la jurisdicción para que procedan coercitivamente acudiendo a la coacción, a través de la fuerza pública. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. En caso la obligación se oriente a la entrega de un bien mueble determinado, se procederá inmediatamente a poner al ejecutante en posesión del mismo, practicando asimismo todas las diligencias conducentes que solicite el interesado para tal fin. La actividad ejecutiva básica consiste en la aprehensión de la cosa, utilizando inclusive la fuerza pública. En caso se refiera a bienes inmuebles, el ejecutante podría solicitar el lanzamiento del ejecutado que ocupa el bien, también con el apoyo de la fuerza pública.

## Sub - Capítulo 4º

# EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN DE HACER

### PROCEDENCIA

#### ARTÍCULO 706

*Si el título ejecutivo contiene una obligación de hacer, el proceso se tramita conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma de dinero, con las modificaciones del presente Subcapítulo.*

*En la demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación; así como la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia	arts. 612-614
C.P.C.M. Iberoamerica	art. 331
C.P.C. Colombia	art. 500

---

### Comentario

1. La prestación que acoge el título ejecutivo consiste en realizar determinada actividad o quehacer, físico o jurídico. Para Palacio<sup>(1)</sup> el Derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas; si se condena a demoler el muro, se demuele; si se condena a entregar el inmueble se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se afectan y venden otros bienes para entregar su precio al acreedor.

---

(1) Palacio, op. cit. p. 442.

El sujeto activo de la prestación se considera satisfecho con el cumplimiento específico de la misma, esto es, con la realización concreta de la prestación en sus propios términos, para lo cual es vital la colaboración del obligado. A través de esta pretensión, se busca proporcionar al acreedor el mismo resultado que le hubiere proporcionado el cumplimiento del deudor, forzando o coaccionando su voluntad a dicho cumplimiento y no a ofrecerle un sustitutivo económico como paliativo del incumplimiento. La traducción monetaria no es equivalente al resultado que el actor espera del proceso. Sólo el cumplimiento específico de la obligación puede proporcionar adecuada satisfacción al actor.

Algunos autores consideran que no existe ejecución procesal en el ejercicio de una servidumbre de paso, que se puede realizar simplemente atravesando por un determinado lugar; tampoco en el acto de destruir edificaciones realizadas –a sabiendas- en terreno ajeno. Aquí no existe más que libertad jurídica para el ejercicio del derecho; en cambio sostienen que requiere ejecución procesal la destrucción de construcciones ajenas que impiden el goce de una servidumbre de vistas o las que vulneran una servidumbre. Si la obligación consiste en hacer y el deudor es remiso a satisfacer la obligación, entonces se realiza esa prestación por su cuenta y riesgo.

2. En el supuesto que el acreedor opte por la ejecución a través de la actividad de un tercero no sólo debe, con carácter previo, requerir autorización judicial sino también proceder a la determinación del costo de la obra, ya que éste corre por cuenta del deudor y no puede imponerse a éste el pago de erogaciones desproporcionadas a la naturaleza del hecho que se comprometió a realizar.

Cuando la norma regula la posibilidad que el cumplimiento de la obligación sea realizada por un tercero, esta se encuentra sujeta a que la naturaleza de la prestación, permita el cumplimiento. Esta exigencia nos lleva a considerar si estamos ante una prestación fungible o no fungible. Teóricamente la diferencia entre una y otra conducta en atención a la posibilidad de la sustitución. Fungible es la que es sustituible, en el sentido que consumiéndose por su uso puede utilizarse otra de la misma especie. Lo importante son las conductas y éstas son fungibles, cuando es indiferente que las realice una u otra persona, dado que el resultado es el mismo; naturalmente una conducta es infungible cuando ha de realizarse precisamente por una persona determinada, atendiendo a cualidades propias y específicas de ella que hacen que su resultado sea distinto al que puede producir la conducta de otra persona.



## JURISPRUDENCIA

---

*Una disposición testamentaria no es una obligación de hacer, dado que ninguno de los demandados ha asumido ninguna prestación cuya ejecución pueda exigírseles y menos*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

aún en la vía ejecutiva (**Exp. N° 225-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 362-363**)

*El pago de la indemnización por daños y perjuicios por no haber pagado en su oportunidad la deuda materia de autos, resulta de aplicación solo cuando la inejecución recae sobre obligaciones de dar bienes muebles e inmuebles, o tratándose de obligaciones de hacer o de no hacer, no estando comprendidas en éstas, las obligaciones de dar suma de dinero, en cuyo caso resulta aplicable el artículo 1334 del Código Civil referido a la mora y el artículo 1246 del acotado referido al pago de intereses (**Exp. N° 2066-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 137-138**)*

## MANDATO EJECUTIVO

### ARTÍCULO 707

*El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada.*

*En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma acoge las obligaciones de hacer y los mecanismos para su ejecución en caso de incumplimiento. El objeto en estas obligaciones consiste en una actividad del deudor que debe ajustar su conducta a los términos de la obligación. Estas obligaciones se caracterizan por el compromiso de una energía de trabajo del deudor a favor del acreedor. El artículo 1148 CC la regula como “la ejecución de un hecho” que debe cumplir el obligado de la prestación, en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

La prestación de hacer se diferencia con la obligación de dar –según Llambias<sup>(1)</sup>– por ser mas intensa la prerrogativa del acreedor de la obligación de dar para lograr el cumplimiento en natura del objeto debido: basta para ello que la cosa exista, que esté en el patrimonio del deudor y en su posesión; en cambio, tratándose de obligaciones de hacer, como lo debido es un hecho de conducta, no es posible lograr su forzada realización, si para ello es menester practicar violencia en la persona del deudor. En las obligaciones de dar es casi indiferente la persona del deudor, la que por el contrario suele tener especial importancia en las obligaciones de hacer.

2. La prestación que recoge el título ejecutivo puede consistir en realizar determinada actividad física o jurídica; por ejemplo, hacer una obra, prestar determinados servicios, rendir cuentas de una sociedad, suscribir una escritura pública, etc.

---

(1) Llambias, op. cit. p.276.

En estos casos la satisfacción idónea del sujeto activo de la obligación pasa por el cumplimiento específico de la misma, es decir, por la realización concreta de la prestación en sus propios términos; sin embargo, puede darse la posibilidad que el obligado se resista a cumplir la prestación pactada, situación que conlleva ante dicha negativa a recurrir a la ejecución forzada para proporcionar al acreedor el mismo resultado que le hubiere proporcionado el cumplimiento del deudor, sin embargo, hay que tener presente lo que señala el inciso 1 del artículo 1150 CC “se puede exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor”. Esto quiere decir que el acreedor puede exigir la ejecución forzada del hecho prometido; por excepción, el acreedor no tiene este derecho en los casos en que para obtener la ejecución sea necesario emplear violencia personal contra la persona del deudor.

La redacción del inciso 1 del artículo 1150 CC, lleva a distinguir cuando el objeto de la obligación puede ser separado de la persona del deudor, el uso de la fuerza pública en dicho caso es legítimo; en cambio –señala Llambias<sup>(2)</sup>–, ello no es posible cuando la persona del deudor está comprometido en la realización del hecho debido; por ejemplo, un pintor no puede ser forzado a pintar un cuadro, pero un fabricante de maquinaria que dirige a sus obreros, sí puede ser compelido a fabricar una determinada máquina que se ha comprometido a entregar, medianamente una intervención judicial que no hace violencia a la persona del deudor”.

Otra posibilidad con que cuenta el acreedor es exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste (véase inciso 2 del artículo 1150 CC). En ese sentido, se aprecia que el mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada.

3. El mandato ejecutivo comprende el requerimiento o intimación al ejecutado y el señalamiento de un plazo para la prestación, como actos preliminares para el inicio de la ejecución forzada. Dentro del plazo fijado por el juez, el ejecutado puede: a) realizar íntegramente la actividad ordenada. En ese caso, la ejecución finaliza allí, quedando pendiente el pago de las costas y costos, pues, los gastos procesales que exige la ejecución están siempre a cargo del ejecutado. En este caso se procederá a su liquidación y aprobación; y si el ejecutado no las paga la ejecución continuará por el trámite de las obligaciones dinerarias; b) realizar en parte la actividad. En este caso, la ejecución forzada debe continuar respecto de la parte no realizada; c) realizar defectuosamente o contraviniendo el tenor del título; esto se equipara como si no hubiere realizado lo ordenado y además el ejecutante puede pedir que se deshaga lo mal hecho, a costa del ejecutado; d) no realizar la actividad ordenada. Esto significa que la actividad ejecutiva en el proceso,

---

(2) Llambias, op. cit. p. 277.

dependerá de la conducta que adopte el ejecutado. Si éste cumple íntegramente la prestación, el proceso de ejecución habrá terminado; en cambio si cumple defectuosamente, parcial o tardíamente, contraviniendo el tenor de la obligación, el objetivo de la ejecución no se habrá logrado todavía, justificando la existencia del proceso para tal fin.

El artículo 1151 CC hace referencia al incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, con culpa del deudor, para permitir al acreedor exigir la ejecución forzada del hecho prometido o exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta del deudor y por cuenta de éste. Además de permitir al acreedor exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial, así como aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere. Vemos pues, a tenor de la regulación citada, que el incumplimiento defectuoso queda asimilado al incumplimiento de la prestación.

4. El desarrollo de la actividad ejecutiva dependerá de la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso. Esto nos lleva a dilucidar previamente si estamos ante una prestación fungible o no fungible (personalísima). Si la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, se puede recurrir a la realización de un tercero, pero, si la actividad depende únicamente del deudor, en atención a los conocimientos especiales, científicos o artísticos, dicho hacer será personalísimo. Véase por citar, el caso de la pintura de un cuadro por un reconocido pintor, de la composición de una canción o del actor de cine que debe intervenir en el rodaje de una película. El criterio de infungibilidad oscila entre la libertad del deudor y el interés del acreedor, fijando tanto los artículos 1150 y 1151 CC, las medidas a tomar en caso de inejecución, además del derecho a ser indemnizado como refiere el artículo 1152 CC. Como Montero Aroca<sup>(3)</sup> señala si la conducta impuesta por el título es infungible o personalísima y el ejecutado no la realiza en el plazo concedido, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios. La determinación de cuando una conducta es o no fungible, no puede quedar en la decisión del ejecutado, sino que a él mismo le corresponde probar tal circunstancia. Aún alegándose la infungibilidad por el ejecutado, el ejecutante puede conformarse con que la acción la realice otra persona, pidiendo al mismo tiempo indemnización por la diferencia de calidad en el producto.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si el título en cobranza reúne los requisitos para su validez, y no obstante ello, aparece consignado en el mismo texto "válido para su renovación" no le quita mérito ejecutivo, dado que es usual en la práctica bancaria insertar dicho texto legal para facilitar el pago*

(3) Montero Aroca, op. cit. P. 506.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*parcial del documento emitiéndose uno nuevo (Exp. N° 98-33759, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 393)*

*No resulta válido para ejecutar la obligación de hacer, consistente en la venta de un inmueble perteneciente a una sociedad conyugal, si en el título ejecutivo –prueba anticipada– con que se recauda la demanda, no ha sido objeto de emplazamiento, uno de los cónyuges.*

*La demanda deviene en improcedente, pues contiene un petitorio jurídicamente imposible (Exp. N° 35978-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 265).*

## EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN

### ARTÍCULO 708

*Designada la persona que va a realizar la obra y determinado su costo, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el Juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Como señala el artículo 707 CPC con el mandato ejecutivo se intima al ejecutado para que cumpla con la prestación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, para lo cual el ejecutante debe proponer la persona que podría realizar la obra y el costo de ella.

Apreciese que el ejecutante exige una ejecución específica, la prestación establecida en el título, realizada por persona distinta del obligado. Desde el punto de vista del ejecutado la ejecución será genérica y sustitutiva, pues él deberá pagar una cantidad de dinero. No debe confundirse este pago con los daños y perjuicios. En aquél existe un primer componente no discutible: el valor en dinero del hacer no hecho, respecto del cual puede cuestionarse su cuantía, pero no la relación de causalidad con el daño generado ante el incumplimiento; esto es, que los daños y perjuicios se añaden al valor de la conducta no realizada.

2. La persona designada para realizar la obra a costa del ejecutado, supone necesariamente la actuación de un tercero, quien debe tener los conocimientos y los medios precisos para realizar la actividad. Este tercero debe ser admitido por el juez pero la norma no precisa la condición que asumirá en el proceso.

La expresión monetaria asignada para la prestación del tercero no equivalente al resultado que el actor espera del proceso de ejecución, todo lo contrario, hay que tener en cuenta que sólo el cumplimiento específico de la obligación puede proporcionar adecuada satisfacción al actor. Este criterio monetario no asume el resarcimiento de daños y perjuicios que regula el artículo 1152 CC.

Para exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste, como señala el inciso 2 del artículo 1150 CC, se requiere la conjunción de dos elementos: la voluntad del acreedor –pues la opción es facultativa

para él— de aceptar la ejecución por otro, previa constitución en mora del deudor; y la autorización judicial para recibir ese modo de cumplimiento.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la intervención del tercero operará si la prestación es fungible, pues el acreedor sabrá cuándo el puede interesar sustituir la prestación; sin embargo, esa libertad del acreedor no ha de traducirse en una mayor onerosidad para el deudor, quien sólo está precisado a costear una ejecución similar —en esencia— a la omitida por él.

3. Puede darse la posibilidad que un tercero intervenga para asumir el integro del pago. Frente a la intervención de un tercero en el pago, no ya por iniciativa del acreedor como señala el presente artículo, sino por imposición del deudor, o bien por la espontánea decisión del tercero, el acreedor no puede rechazar ese pago, siempre que haya identidad entre el hecho ofrecido y el hecho debido. Si se trata de prestaciones fungibles, las cuales se refieren a hechos indiferenciados, que pueden realizarse por cualquiera sin alteración de su sustancia, por ejemplo, construcción de una pared, el deudor puede imponer al acreedor la recepción del pago, por intermedio de un tercero. En cambio tratándose de prestaciones no fungibles, las cuales comprenden hechos peculiares y cualidades del deudor, que no admiten sustitución personal, pues la obligación ha sido constituida *intuitu personae*, el acreedor puede negarse a recibir el pago ofrecido por el tercero, por existir diferencia entre el objeto de la deuda y el objeto a pagar.

4. El ejecutado puede oponerse a la propuesta del ejecutante basado en dos circunstancias importantes: la especificación de las cualidades del tercero y de los medios personales y materiales con que cuenta para realizar la conducta; y el presupuesto económico de la misma conducta. En estas circunstancias, con los elementos de referencia ofrecidos tanto por el ejecutante y el ejecutado, el juez decidirá si el tercero propuesto es o no persona adecuada y si el presupuesto es o no admisible recurriendo para tal fin a una pericia. Es importante precisar que este tercero no es nombrado o designado por el juez, sino que éste se limita a admitir la propuesta del ejecutante. Hay que precisar que no existe relación jurídica alguna entre el juez y el tercero designado para la ejecución, de lo contrario, ante la insolvencia del ejecutado, la actividad del tercero podría ser asumida por el juez, situación que no es el caso.

Otro aspecto importante es la oportunidad de la ejecución de la obra. Este operará si la persona del tercero ha sido autorizado y el presupuesto de la obra también. Allí, recién el ejecutante podrá contratar con aquél la realización del hacer, asumiendo el ejecutante el riesgo de la insolvencia del ejecutado. Para evitar los riesgos de esa insolvencia se debe previamente recurrir a la realización forzosa de los bienes antes que el ejecutante contrate con el tercero. Por ejemplo, si el ejecutante cuenta con la autorización del juez, antes de decidir si contrata o no con el tercero la realización de la conducta (construcción del edificio) puede esperar a tener todos los datos necesarios para tomar su decisión y el dato fundamental es

que el ejecutado tiene bienes y que éstos en el mercado (remate) llegarán a convertirse en dinero suficiente para pagar al tercero. Para el ejecutante puede ser mucho más grave que se realice la conducta por el tercero, pero a costa de él, ante la insolvencia del ejecutado o ante la imposibilidad de hecho que los bienes sean rematados y la condena de la sentencia quede sin ejecutar.

5. Apreciese que la actividad jurisdiccional es sustitutiva si el ejecutado no hubiera procedido a cumplir la prestación contenida en el título ejecutivo. Ello es posible porque se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas, de derecho, por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al juez. Por tanto, el juez está investido de potestad para hacer, lo que puede hacer el ejecutado, recurriendo a la intervención de un tercero para la ejecución del hacer, pero no puede extender más allá su actividad. Consiguientemente, si el ejecutado sólo puede realizar actos de disposición sobre su patrimonio, no sobre patrimonios ajenos, tampoco podrá hacerlo el juez, siendo en caso contrario, dichos actos nulos o anulables.

Una vez iniciada la ejecución forzada, con la intervención de un tercero en la realización de la prestación resistida, el ejecutado tiene el derecho de poner fin a la ejecución en cualquier momento, realizando él mismo la conducta que el juez esta realizando por terceros.

Otro aspecto a considerar es que la actividad ejecutiva se entienda cumplida, aunque no se haya podido dar efectividad completa al título, dependiendo ello de causas ajenas al juzgador, como sería la falta de bienes en el patrimonio del deudor. Como señala el artículo 703 CPC, se concluye el procedimiento ejecutivo y se remite copias certificadas a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi; sin embargo, en caso no hubiere el ejecutante invocado el apercibimiento del artículo 703 CPC, si a futuro, en el patrimonio del deudor ingresaran otros bienes, puede reiniciarse la actividad ejecutiva hasta llegar a la completa satisfacción.

## OBLIGACIÓN DE FORMALIZAR

### ARTÍCULO 709

*Cuando el título contenga obligación de formalizar un documento, el Juez mandará que el ejecutado cumpla su obligación dentro del plazo de cinco días.*

*Vencido el plazo sin que se formule contradicción o resuelta ésta declarándose infundada, el Juez ordenará al ejecutado cumplir con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Colombia art. 501*

---

### *Comentario*

---

1. El presente artículo regula la condena a escriturar. La sentencia que condena al otorgamiento de escritura pública contendrá el apercibimiento que si el obligado no cumpliera dentro del plazo fijado, cinco días, el juez la suscribirá por él. Para una mejor eficacia del derecho que se exige formalizar, se recomienda recurrir a la anotación de la demanda, para noticiar la pretensión en debate *erga omnes* y evitar la alegación de la buena fe por parte de un tercero adquirente.

Por otro lado, el apercibimiento que contiene el mandato ejecutivo de hacerlo el juez en su nombre del ejecutado, no debe haber sido explícitamente requerido en el escrito de la demanda, pues, ella constituye una alternativa implícitamente contenida en toda pretensión que persigue el cumplimiento de una obligación de hacer y que el juez tiene el deber de advertirlo en el mandato ejecutivo. Inclusive, la petición puede formularse con posterioridad a la demanda y el apercibimiento ha decretarse también puede operar en el período de ejecución de la sentencia, como expresión del poder de *executio* de la jurisdicción.

Otra de las consideraciones a tener en cuenta es que el juez no está facultado para suscribir un contrato de mutuo con garantía hipotecaria a fin de cubrir el saldo del precio, ya que éste debe ser celebrado por las partes.

En igual forma, en atención al principio de congruencia “no es admisible que, peticionándose al demandar que el apercibimiento consista en el otorgamiento de

la escritura pública por el Juzgado, el juez ordene la escrituración bajo apercibimiento de resolver la obligación de daños y perjuicios”.

2. Una de las más importantes obligaciones de hacer es la que asumen los contratantes de una compraventa de inmuebles, quienes al contratar se obligan a instrumentar el acto en la pertinente escritura pública. Para estos fines no es esencial que con anterioridad se haya hecho la tradición al comprador, pues nada se opone a que la escritura se otorgue y se inscriba primero y luego el adquirente gestione el correspondiente desalojo. El derecho de exigir el otorgamiento de escritura pública, señala el artículo 1412 CC, se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del procedimiento ejecutivo, invocando el artículo 709 CPC. En el título ejecutivo tiene que consignar de manera cierta, expresa y exigible dicha prestación. Si solo se hiciera referencia a un derecho cierto y expreso, pero no contuviere las condiciones de exigibilidad, dicho título carecería de eficacia ejecutiva. Véase el caso de aparecer en la minuta de compra-venta la obligación del vendedor de suscribir la escritura pública pero no precisa de manera expresa, cuando debe cumplir dicha prestación. No hay una fecha cierta de la prestación para poder exigir, a partir de ella, la satisfacción forzada de ésta.

Esta obligación de escriturar es accesoria de las obligaciones principales que el contrato de compra venta impone a las partes. El tiempo de ejecución debe estar convenido en el contrato. Si así no fuera tendría que designarlo el juez. El modo de ejecución se refiere al lugar, o sea la oficina del Notario designado, y a las condiciones de realización del hecho, con arreglo a los términos de la obligación.

Como señala el artículo en comentario, el Juez ordenará al ejecutado cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre. Esto implica que dicha obligación es susceptible de cumplimiento en especie, sin que para ello sea menester emplear la violencia personal, pues, el juez puede suscribir la escritura en nombre y por cuenta de la parte resistente, siempre que dicha escritura sea jurídicamente posible, *contrario sensu*, no debe otorgarse si ha sobrenvenido la expropiación por utilidad pública.

Otra inquietud que denota la norma se refiere al supuesto que el juez delegue en un tercero el otorgamiento de la escritura. Hay algunos criterios que niegan esa posibilidad porque se trata de un acto de imperio propio y exclusivo del magistrado, sin embargo, hay otra posición que alega el carácter no jurisdiccional y fungible de la diligencia, cuya realización puede ser encomendada al secretario del proceso.

Mora<sup>(1)</sup>, opina que para dictarse el mandamiento ejecutivo será necesario que el bien inmueble, o el derecho objeto de la escritura pública, se haya embargado

---

(1) Mora Nelson, Procesos de Ejecución, t.I, Temis, Bogotá, 1973, p. 174.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de antemano, y que, además, se haya presentado el certificado de Registros Públicos para acreditar quién es su propietario actual y si efectivamente lo es el obligado. Esto implica, que si a pesar que en el título el deudor se obligó a suscribir una escritura pública y no se demuestra que el bien no es propiedad del demandado, el juez no debe emitir el mandato ejecutivo ordenando la suscripción de la escritura pública, porque el bien no es de propiedad del deudor, y en estas circunstancias carece de efectos jurídicos el otorgamiento de escritura pública, a pesar que jurídicamente proceda la venta de la cosa ajena. El juez debe patrocinar actos tendientes, a la seguridad y a la estabilidad jurídica, que es el fin del derecho, y no a la creación de conflictos e incertidumbres; por ello, el juez no podrá librar mandamiento ejecutivo ordenándole al deudor que suscriba la escritura pública, si previamente no se demuestra que el bien es de propiedad del ejecutado y que ha sido materia de una previa afectación en el mismo proceso ejecutivo, aun en caso que el propio demandado se allane al otorgamiento de escritura.

**Sub - Capítulo 5º**  
**EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES  
DE NO HACER**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 710**

*Si el título ejecutivo contiene una obligación de no hacer, el proceso se tramitará conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma de dinero con las modificaciones del presente Subcapítulo.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.P.C. arts.

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

C.P.C. Colombia art. 502

---

 **Comentario**

Las obligaciones de no hacer se caracterizan por su contenido negativo. Consiste en la abstención de algo que, normalmente, el deudor habría podido efectuar si no se lo impidiera la constitución de la obligación, por ejemplo, la prohibición de sub-arrendar el bien.

Técnicamente las condenas a no hacer, son calificadas como prestaciones no fungibles, pues no cabe que otra persona no haga la prestación por el ejecutado, sino el mismo. Se dice que estas obligaciones no se diferencian sustancialmente de las obligaciones de hacer, pues su objeto es siempre un hecho de conducta del deudor, sólo que tiene signo negativo. Están exentas del requisito de la intimidación del acreedor porque el deudor incurre en mora, automáticamente, por la sola realización del hecho del cual debía abstenerse. En ese sentido, se aprecia la redacción del artículo 711 CPC que contiene una intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La prestación a no hacer puede consistir en una omisión de realizar una conducta, que puede atender a una indefinida duración en el tiempo, como sería el caso de la prohibición de elevar un piso en un edificio quitando las vistas a otro; también puede referirse a uno o unos actos determinados, como el caso de la prohibición a un escritor a no publicar durante determinado plazo un libro con otra editorial.

Como se aprecia las obligaciones de hacer son negadas por la obligación de no hacer. Si la obligación consiste en hacer y el deudor es remiso a satisfacer la obligación, ella se realiza por su cuenta y riesgo. Véase el caso de la prestación para levantar el muro medianero; sin embargo, una variante de esta forma consiste en la omisión de edificar el muro medianero, pero que en ejecución forzada se orienta a deshacer lo hecho en violación a lo pactado o establecido legalmente.



### JURISPRUDENCIA

---

*El pago de la indemnización por daños y perjuicios por no haber pagado en su oportunidad la deuda materia de autos, resulta de aplicación solo cuando la inejecución recae sobre obligaciones de dar bienes muebles e inmuebles, o tratándose de obligaciones de hacer o de no hacer, no estando comprendidas en éstas, las obligaciones de dar suma de dinero, en cuyo caso resulta aplicable el artículo 1334 del Código Civil referido a la mora y el artículo 1246 del acotado referido al pago de intereses (Exp. N° 2066-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 137-138)*

## MANDATO EJECUTIVO

### ARTÍCULO 711

*El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, bajo apercibimiento de des-hacerlo forzosamente a su costo.*

*Vencido el plazo, el Juez hará efectivo el apercibimiento.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 332

---

### Comentario

---

1. Apreciése que la actuación jurisdiccional, en estas circunstancias, no estará referida a declaración judicial alguna (se parte de la existencia de un derecho cierto, expreso y exigible) sino al logro de una conducta física, que produzca un cambio en el mundo exterior para acomodar la realidad al título ejecutivo. Si hay resistencia del deudor para ese cambio, será realizada coercitivamente por el juez, según la naturaleza de la prestación que debió ser realizada por el deudor. Si el objeto de la obligación es un hacer el juez debe emplear los medios necesarios al efecto que el deudor haga; si el objeto es entregar una cosa específica, el juez procederá a poner al ejecutante en posesión de la misma y si el objeto era una cantidad de dinero el juez procederá al embargo y realización forzosa de bienes del ejecutado para obtener esa cantidad de dinero y entregarla al ejecutante.

En el caso de las prestaciones de no hacer, se debe partir por reconocer que la verdadera ejecución no entra en juego, sino cuando el ejecutado ha quebrantado lo dispuesto en el título. El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho u omita la conducta prohibida en aquélla. Este requerimiento ya es acto de ejecución, pero lo cierto es, que los verdaderos actos ejecutivos comienzan cuando ya se ha producido la violación del mandato que contiene el título.

Montero Aroca<sup>(1)</sup> al referirse a este tipo de prestaciones señala, que cuando la obligación consiste en omitir una conducta de duración indefinida en el tiempo, la

---

(1) Montero op. cit. p. 506.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

violación del mandato del título puede consistir en realizar un acto único que suponga por sí mismo el incumplimiento total. Si la condena prohibía al dueño de un edificio elevar un piso más, quitando las vistas a otro edificio situado detrás, la violación puede consistir en construir ese piso. En este caso la ejecución consiste en deshacer lo hecho, a costa del ejecutado y ese hacer es siempre fungible, por lo que debe estarse a lo que antes hemos dicho para este tipo de obligaciones.

2. La violación del mandato puede no ser total, sino parcial. Cuando la obligación consiste en no fabricar un determinado artículo, puede que el condenado realice uno o varios actos de fabricación. La ejecución aquí difícilmente podrá consistir en deshacer lo hecho, porque los artículos estarán en el mercado y posiblemente vendidos, lo que supone que la ejecución habrá de limitarse al valor de lo vendido y al resarcimiento de perjuicios, pero además requiriendo al ejecutado para que se abstenga de hacer en el futuro, bajo apercibimiento de ser procesado por delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Se sostiene que cuando la obligación tiene un plazo determinado y se refiere, a uno o unos pocos actos posibles, la violación puede consistir en realizar ese acto. Si una compañía discográfica tiene la exclusiva de un cantante durante un plazo y por sentencia se condena a éste a respetar la exclusividad, no gravando con otra compañía, la violación puede consistir en realizar la grabación prohibida. En estos casos, la ejecución solo puede consistir en el resarcimiento económico. El requerimiento para que no vuelva a gravar puede ser oportuno, pero normalmente el plazo de exclusividad, al vencer no permitirá repetir la violación.

Véase que estamos ante la abstención forzada, que faculta al acreedor a exigir la destrucción de lo hecho por el deudor en infracción a la abstención debida o que “se le autorice para destruirlo a costa del deudor”.

Este principio de abstención forzada no es absoluto, sino que cede en dos supuestos: a) cuando para destruir o remover lo obrado, en contravención por el deudor, es menester emplear violencia contra la persona de éste, por ejemplo el pianista contratado a exclusividad por un empresario y que viola el pacto, a quien no se le puede hacer bajar del escenario *manu militari*; b) cuando la destrucción implica el sacrificio de un valor muy superior al interés positivo del acreedor, ligado al cumplimiento de la obligación. La pretensión de destruir implica el sacrificio de un valor muy superior al interés positivo ligado al cumplimiento de la obligación, entonces la pretensión de destruir configura un abuso de derecho (artículo 1071CC).

## GASTOS DE LA EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 712

*Los gastos que demande la ejecución son de cargo del ejecutado y se cobran conforme al Título XV de la Sección Tercera de este Código.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 494, 495

---

### Comentario

Los gastos a que hace referencia el artículo son catalogados como los costos y costas procesales. Las costas, al igual que los costos, son parte de los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la ejecución del derecho declarado en el título de ejecución, los mismos que deben ser reembolsados por el ejecutado. Los gastos procesales pertenecen al campo del Derecho Procesal puesto que la obligación de pagarlas nace de la intervención de las partes en el proceso. Son prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso, sin embargo debemos precisar, a diferencia de lo que sostiene Couture, que estas obligaciones no tiene una naturaleza indemnizatoria, todo lo contrario, se limita al reembolso del gasto realizado en el proceso para la satisfacción de un derecho reconocido. En cambio, para Couture<sup>(1)</sup> existe además una responsabilidad procesal, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena de costas.

La regla general que recoge el reembolso señala que la parte vencida debe asumir dicho pago; esto es, que necesariamente se debe partir del presupuesto objetivo de la derrota, de manera que la sentencia debe contener la decisión expresa en tal sentido; pero el cuestionamiento que se presenta en este tipo de procedimientos, es que el derecho cierto y expreso que contiene el título de ejecución no proviene de sentencia judicial alguna, donde se aprecie partes vencidas y vencedoras, sino de títulos ejecutivos que presupone la existencia antelada de derechos ciertos, expresos y exigibles, de ahí que como señala el artículo en comentario, “los gastos que demande la ejecución son de cargo del ejecutado”.

---

(1) Couture Eduardo, Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires, 1977, p.211.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Los gastos procesales reúnen los siguientes caracteres:

- a) Están constituidas por los gastos que derivan en forma directa del proceso;
- b) Comprenden solo los gastos ocasionados por el proceso y excluyen los daños y perjuicios que no se identifican con ellos;
- c) Representan una obligación accesoria derivada del proceso y su título constitutivo es la sentencia que ordena su pago.

La postura ordinaria asume la regla “del vencimiento” para distribuir los gastos, sin mayor fundamento en la decisión; sin embargo, concurre la posibilidad de la exoneración, como un supuesto extraordinario que debe motivarse. Diremos entonces que el principio objetivo del vencimiento, no es absoluto sino que permite la existencia de situaciones excepcionales, flexibles, para liberarse de la condena. Alzamora<sup>(2)</sup>, señala que procede la exoneración de gastos, al vencido por causas del allanamiento o reconocimiento; por razón fundada para litigar por la dificultad del problema; por la oscuridad del derecho; por la necesidad de una solución judicial por haberse agotado las vías de composición directa; y por razones de parentesco, a fin que la condena de los gastos no contribuya a ahondar las divergencias.

---

(2) Alzamora Mario, Derecho Procesal Civil, teoría del proceso ordinario, fondo editorial UNMSM, 1968, Lima, p. 289.

## Capítulo III

# PROCESO DE EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

### TÍTULOS DE EJECUCIÓN

#### ARTÍCULO 713

*Son títulos de ejecución:*

1. *Las resoluciones judiciales firmes;*
2. *Los laudos arbitrales firmes;*
3. *Las Actas de Conciliación Fiscal de acuerdo a ley; y*
4. *Los que la ley señale. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 305-391

C.P.C.N. Argentina arts. 517-519, 499-505

---

### *Comentario*

---

1. Los procesos de cognición como los de ejecución, son los pilares de la dinámica procesal; en el primer supuesto (procesos de cognición) nos encontramos con los conflictos que buscan definirse, que buscan se reparta, que se dilucide los derechos en conflicto; en cambio los procesos de ejecución no buscan ninguna definición, pues las prestaciones ya han sido definidas anteladamente, sea a través de la sentencia de condena o por acuerdo de partes, de ahí que se considere que el título es vital para la ejecución, pues, sin título no hay ejecución. Lo que se busca es la satisfacción del derecho ya declarado.

2. Una vieja discusión doctrinaria en relación al título de ejecución se orienta a dilucidar si el título configura un acto o un documento. Palacio<sup>(1)</sup> explica esta

---

(\*) Texto según el art. 3 de la Ley 28494 de 14-04-2005.

(1) Palacio, op. cit. t.VII, p. 224.

discusión así: Liebman defiende la primera postura y sostiene que el documento no es más que el aspecto formal del acto y éste, en tanto tiene una eficacia constitutiva que consiste en otorgar vigor a la regla jurídica sancionatoria y en posibilitar la actuación de la sanción en el caso concreto, crea una nueva situación de derecho procesal que no debe confundirse con la situación de derecho material existente entre las partes; en cambio Carnelutti, adhiriéndose a la segunda tesis, sostiene que el título ejecutivo es un documento que representa una declaración imperativa del juez o de las partes, y agrega que siendo esa declaración un acto, “con el intercambio acostumbrado entre el continente y el contenido y, por tanto, entre el documento y el acto que en él está representado, se explica la costumbre corriente de considerar como título al acto en vez del documento” Para Alsina dentro de la misma óptica de Carnelutti, señala “el título no es otra cosa que el documento que comprueba el hecho del reconocimiento: como en la ejecución de sentencia el título es el documento que constata el pronunciamiento del tribunal”.

Señala Palacio<sup>(2)</sup>, las concepciones aludidas son susceptibles de conciliarse si se considera que la eficacia del título ejecutivo constituye la resultante de un hecho complejo que se integra por un lado a través de un acto configurativo de una declaración de certeza judicial o presunta del derecho (aspecto substancial) y por otro lado, mediante un documento que constata dicha declaración (aspecto formal). Desde este último punto de vista el título ejecutivo, como documento que acredita la existencia de un acto jurídico determinado, es suficiente para que el acreedor, sin necesidad de invocar los fundamentos de su derecho, obtenga los efectos inmediatos que son propios a la interposición de la pretensión ejecutiva. Enfocado en cambio el problema desde el punto de vista substancial, el acto constatado en el documento brinda al deudor la oportunidad de demostrar la falta de fundamento del derecho del acreedor, debiendo distinguirse, al respecto, según se trate de títulos ejecutivos judiciales o extrajudiciales, pues mientras los primeros sólo pueden invalidarse mediante la demostración de los hechos posteriores a su creación, los segundos son susceptibles de perder eficacia tanto en esas hipótesis como en la consistente en acreditarse, aunque en un proceso posterior a la ejecución, que el derecho del acreedor nunca existió.

3. Como señala el artículo en comentario, las resoluciones judiciales firmes, son títulos de ejecución. Bajo dicha denominación se comprende a los acuerdos por conciliación o transacción homologados y las sentencias judiciales firmes.

Se debe precisar que tanto la transacción judicial y la conciliación judicial, una vez homologadas, son equiparables a la sentencia definitiva y tienen eficacia de cosa juzgada. Véase al respecto lo normado en los artículos 337 y 328 CPC. Ello justifica que cuando se conviene que una o ambas partes cumplan con

---

(2) *Ibidem.*

una determinada prestación, se apliquen frente al eventual incumplimiento, las normas que gobiernan el proceso de ejecución de sentencias. Además el efecto de la cosa juzgada, es tal, que solo se podría enervar dichos efectos por actividad fraudulenta en la forma que señala el artículo 178 CPC.

Cuando la norma hace referencia a las resoluciones judiciales firmes, se debe entender a aquellas decisiones que sean susceptibles de ejecución. En sentido estricto, podemos calificar como tal a las sentencias de condena, es decir aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Las sentencias declarativas no contienen dicha exigencia y si bien disponen la inscripción registral del mandato, solo tienen por objeto extender a los terceros la eficacia de lo declarado por tales sentencias, las que son ajenas al concepto de ejecución forzada.

En ese sentido debe apreciarse la sentencia que ampara la pretensión sobre prescripción adquisitiva de un bien o la que declara la filiación de un menor. La ejecución de dichos fallos es ajena al concepto de ejecución forzada porque se agota en la mera inscripción registral para que por su publicidad se pueda oponer a terceros lo declarado por la jurisdicción, situación distinta encierra las sentencias de condena, en la que se intimida o requiere al obligado a que cumpla la prestación ordenada. Este tipo de títulos, que encierran una condena, constituyen la puerta de ingreso para el proceso de ejecución.

Comentario especial merece la ejecución de sentencias que contienen la obligación de pago por el Estado. El Tribunal Constitucional mediante sentencia del 29 de enero del 2004, recaída en los procesos 015-2001/TC-, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, relacionadas con la efectividad de las sentencias judiciales que ordenan al Estado pagar a sus acreedores, planteadas por el Colegio de Abogados de Ica, y la Defensoría del Pueblo. El Tribunal declara que es inconstitucional el dispositivo que permite al Estado prorrogar indefinidamente el cumplimiento de las sentencias en varios e indeterminados presupuestos y aclara que aún cuando el Congreso no publique la lista de los bienes embargables del Estado, los jueces pueden calificar qué bienes son de uso o dominio privado y ordenar el embargo de éstos en ejecución de sentencias judiciales firmes.

4. Por otro lado, los laudos arbitrales firmes también constituyen títulos de ejecución porque los árbitros, sean de derecho o de equidad, no cuentan con *imperium* para ordenar la ejecución del laudo que emitan, pues ello solo es monopolio de la actividad jurisdiccional. Cuando se recurra a la jurisdicción para la ejecución del laudo arbitral concurren dos supuestos: a) que se haya otorgado facultades de ejecución a los árbitros, según el artículo 9 LGA; y b) no tenga facultades de ejecución. En este último caso, el procedimiento a seguir será el de ejecución de las resoluciones judiciales a que refiere este artículo 713 CPC en comentario. En el primer

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

supuesto serán los propios árbitros los que buscarán en la actividad jurisdiccional el apoyo para la “ejecución forzada” del laudo, no para iniciar un proceso de ejecución, sino para requerir de la jurisdicción la vis compulsiva, como parte de sus atributos exclusivos de ella, a fin de satisfacer de manera forzada el derecho declarado en el laudo. En ese sentido léase el artículo 83 LGA que dice. “si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzada (...) cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora, en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio”

Hay pues diferencias sustanciales entre la ejecución del laudo, con facultades y sin facultades de ejecución, a los árbitros. En el segundo caso, el proceso de ejecución lo promueve el beneficiado con la condena; en el primer caso, lo promueven los propios árbitros ante la jurisdicción, para solicitar no el inicio del proceso de ejecución sino la ejecución forzada de un determinado acto, contenido en la condena del laudo.

De ahí que debe tener en cuenta si se ha estipulado en el convenio arbitral facultades especiales otorgadas a los árbitros para la ejecución del laudo, en rebeldía de la parte obligada, conforme refiere el artículo 9 de la Ley General de Arbitraje, como sería el caso del otorgamiento de escritura, en la que el árbitro podría suscribir la escritura pública en representación del rebelde, por tener facultades para ello. En ese sentido véase el siguiente pronunciamiento de la Sala Civil de Lima<sup>(3)</sup> “si bien la ley de arbitraje precisa que el interesado, antes de solicitar la ejecución forzada del laudo ante el juez civil del lugar de la sede del arbitraje, debe acreditar que el mismo no ha podido ser ejecutado por los propios árbitros. No es menos cierto que dicho prerrequisito está condicionando a que los árbitros y la institución organizadora hayan estado facultados para ello en el convenio arbitral. El hecho que se señale que toda controversia relacionada con la ejecución del contrato será resuelta por medio del arbitraje no significa que los árbitros estén facultados para ejecutar el laudo”.

Conforme se aprecia del inciso 2 de la norma, el laudo arbitral tiene la calidad de título de ejecución, sin embargo, en el procedimiento arbitral pueden surgir resoluciones distintas al laudo, como las que provienen por conciliación o transacción. En el hipotético caso que se exigiera su ejecución, estos acuerdos aparentemente no podrían ser ejecutados judicialmente como los laudos, situación que conlleva a algunos críticos del tema a plantear la modificación de este inciso a fin que se entienda la redacción del inciso 2 como “resoluciones arbitrales firmes”. Esta posición pareciera ya resuelta con lo regulado en el artículo 41 LGA que dice:

---

(3) Ejecutoria publicada en Ledesma, op. cit., t. 5, p. 604.

si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada. Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este laudo no requiere ser motivado<sup>(4)</sup>.

En el III Congreso Internacional de Derecho Procesal en Lima, se presentó la siguiente ponencia en relación a la ejecución del laudo arbitral<sup>(5)</sup>.

La piedra angular en el procedimiento arbitral se sostiene en el convenio arbitral. En él se puede “estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo, en rebeldía de la parte obligada”. (ver artículo 9 LGA). Esto implicaría que no solo la cognición del conflicto puede ser de conocimiento de los árbitros, sino que dicha delegación también puede ser extensiva –si las partes lo permiten– al proceso de ejecución. Con ello, no se pretende sostener que ante la resistencia a cumplir el laudo, los árbitros expropien el *ius imperium* de la autoridad judicial. Es universalmente aceptado que los árbitros no gozan del *ius imperium* y que su intervención llega hasta donde alcanza la voluntad de las partes; mas allá de ella, escapa a la competencia de los árbitros y sólo es el juez, quien puede forzar se cumpla lo establecido en el laudo.

La base del arbitraje es el contrato, expresado en el convenio que las partes celebran cuando se someten a los árbitros. Así como acuerdan celebrar determinados negocios, pueden convenir en el modo de resolver los posibles diferendos y cómo ejecutarlos; todo ello, sustentado en un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual<sup>(6)</sup>.

Bajo ese contexto, es posible que las partes puedan otorgar a los árbitros la facultad para ingresar a operar, no solo en los procesos de cognición sino también en los de ejecución. El camino está trazado, bajo una normatividad especial recogida en los artículos 9 y 83 LGA, por el que se “otorga facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo, en rebeldía de la parte obligada”.

Esto implicaría que no solo la cognición del conflicto puede ser de conocimiento de los árbitros, sino que dicha delegación también puede ser extensiva –si las partes lo permiten– al proceso de ejecución. No se trata que los árbitros ejerzan el

---

(4) Ver art. 41 de la Ley 26572.

(5) El contenido de esta ponencia presentada por Marianella Ledesma Narváez, bajo el título: La dinámica de Jano en la ejecución arbitral, aparece publicada por la Universidad de Lima, Fondo Editorial, 2005, p. 391.

(6) En ese sentido léase lo regulado en el art. 62 de la Constitución del Estado que dice: “...los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley”.

*ius imperium*, sino que diluciden las prestaciones de la ejecución, hasta su mínima expresión, de tal manera que la jurisdicción ingrese como apoyo al proceso de ejecución dirigido por los árbitros.

Lo que se busca, no solo es atribuir facultades a los árbitros para que intervengan en un proceso de cognición, sino que también puedan incursionar en el proceso de ejecución sobre lo laudado, pero, dejando claro que las facultades del *ius imperium* siempre lo ejercerán los jueces ordinarios. Esta mecánica de intervención de la jurisdicción en la actividad arbitral, lo tenemos regulada para las medidas cautelares, acopio de pruebas e incluso designación de árbitros<sup>(7)</sup>, con mayor razón, operaría el apoyo para la ejecución de un laudo que contiene derechos ciertos, ya definidos. Lo cierto es que una cosa es el proceso de ejecución, mecanismo en el cual se busca ejecutar los títulos y otra la *executio*, como facultad exclusiva de la jurisdicción. Debemos señalar en este extremo que los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*; por ello, los jueces pueden ser requeridos aun desde la iniciación del arbitraje –para el logro de medidas cautelares– hasta su finalización –ejecución del laudo arbitral, como ya se ha señalado.

El artículo 83 LGA, se orienta a ampliar la cobertura de acción de los árbitros –con la aceptación de las partes– al proceso de ejecución, sin trastocar los poderes del *ius imperium* que gozan los jueces. Esto lo podríamos mostrar de la siguiente forma, si por ejemplo, se condena al pago de una prestación liquidable, perfectamente en el proceso de ejecución arbitral se podría definir la suma líquida, para luego, a pesar de haber sido requerido el pago (en sede arbitral) persistiera en la resistencia, recurrir a la jurisdicción, no a pedir que inicie la ejecución, sino a que ésta intervenga ejerciendo una de sus facultades: la *executio*, para vencer la resistencia del rebelde. Igual lógica opera en la ejecución de la medida cautelar o en el acopio de las pruebas. Como señala Griffith<sup>(8)</sup>, El Poder Judicial debe limitarse a asistir a los árbitros en reconocer y ejecutar un laudo. En esa misma línea de pensamiento, Lorca<sup>(9)</sup>, considera que “normalmente será posible que la ejecución del laudo suponga apremiar mediante un embargo, pero no cabe duda que las modalidades de la ejecución dependerán en gran medida de su contenido. Así, si la obligación contenida en el laudo no es exactamente la de entregar dinero metálico, sino una obligación determinada de hacer o de no hacer o de entregar determinada cosa, el apremio para su ejecución se dirigirá fundamentalmente hacia la

(7) Ver artículos 23, 40, 79 y 80 LGA.

(8) Griffith Dawson Frank, “El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?”. En: *Ius et Veritas*, N° 15, año VIII, N° 15, p. 206.

(9) Lorca Navarrete Antonio María y Joaquín Silguero Estagnan, *Derecho de arbitraje español*, Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española, Dykinson, Madrid, 1994, p. 446.

indemnización de daños y perjuicios. En consecuencia se puede ya concluir que la ejecución del laudo dependerá en gran medida del tipo de conducta que se contenga en el mismo”.

Según Lohmann<sup>(10)</sup>, cuando se permite que las partes o el reglamento a que éstas se hubieran sometido otorguen a los árbitros facultades ejecutivas especiales para hacer viable el cumplimiento del laudo en rebeldía de la parte obligada, la naturaleza de las facultades dependerá mucho, de la naturaleza del conflicto como de la confianza de las partes en los árbitros; pero, es una posibilidad que la ley ha querido permitir. No siempre será posible que ante una parte rebelde, el árbitro pueda conminar el cumplimiento y dirigir la ejecución forzosa del laudo. En tales casos, no queda más remedio que recurrir al Poder Judicial

Véase según el citado autor, algunos casos en los que la delegación de facultades a los árbitros podría operar en mejor forma, como la entrega de cartas fianzas para que en caso de incumplimiento, los árbitros o la institución, las ejecuten a favor de la parte vencedora para efecto de imputarlas a la deuda, o aquellos supuestos donde las partes de conformidad con el artículo 1069 CC hayan autorizado a los árbitros para que procedan a la venta de ciertos bienes prendados. También se podría otorgar poderes especiales para que suscriban documentos o instrumentos en rebeldía de alguna de las partes o para ejecutar privadamente una hipoteca.

Como señala Chocrón<sup>(11)</sup>, “las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje, son de carácter complementario, se produce en aquellas parcelas en las que se requiere *imperium* o potestas de la que carecen los árbitros a los cuales se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados en virtud de la autonomía de la voluntad; pero la coacción, la fuerza o imposición que implican determinadas actividades escapan a la *auctoritas* de los árbitros y es por ello que se produce la intervención de los Tribunales del Estado”.

5. Otro aspecto a resaltar sobre la ejecución de laudos, se refiere al control que pueden ejercer los jueces ordinarios. En el supuesto de no haberse formulado contra él, recurso de anulación. ¿el juez tendría que despachar automáticamente la ejecución del laudo?. ¿la ejecución operaría, aún cuando el laudo hubiera sido originado en un convenio arbitral nulo de pleno derecho.? En definitiva, no debe admitirse tal hipótesis, que una cuestión inarbitrable, decidida por la vía arbitral, pueda luego recurrir a la ejecución forzada en sede judicial. Caso contrario, se estaría afirmando que las causas de nulidad de un convenio arbitral pueden quedar sanadas con el paso del tiempo; concretamente, con el transcurso del plazo legalmente establecido para interponer el recurso de anulación contra el laudo.

---

(10) Citado por Cantuarias, op. cit. p. 398.

(11) Chocrón Giradlez Ana María, Los principios procesales en el arbitraje, Bosch, Barcelona, 2000, p. 210

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibiciones son nulos de pleno derecho (ver artículo 5 TP CC). Existe base jurídica suficiente para considerar que la nulidad del convenio ha de ser objeto de control judicial en la fase de ejecución del laudo. Y es que en virtud de dicho control no se atenta contra la esencia de la institución arbitral; antes lo contrario, se trata de constatar-sin entrar en el fondo de lo resuelto- que la misma se ha desarrollado con arreglo a las prescripciones legales. Véase en ese sentido lo que dispone el inciso 7 del artículo 73 LGA que señala: “el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1”.

Sobre el particular, resulta interesante compartir la opinión de Ormazabal<sup>(12)</sup> “tan solo los defectos que hacen que la sentencia pueda ser considerada como inexistente podrían justificar el rechazo del órgano jurisdiccional a despachar ejecución, porque al no poderse hablar en tal caso de acto jurisdiccional, de sentencia, al sobrevivir tales vicios a la firmeza e impedir la producción de cosa juzgada, el juez debería denegar el despacho de la ejecución ante la ausencia del hecho típico que legitima el inicio de la ejecución”.

Al juez no le está permitido realizar un control del fondo del laudo que está cubierto por efectos de cosa juzgada, sin embargo, como señala Chocron<sup>(13)</sup>, en este punto debe distinguirse entre aquellos que fueron objeto de recurso de anulación, frente a los que no fueron. El control de oficio por el juez respecto del fondo, se reduce al caso en que no se hubiera interpuesto recurso de anulación contra el laudo y lo resuelto sea sobre un objeto que no podía serlo y en los casos que el laudo fuera contrario al orden público.

6. El Código Procesal Civil como la Ley General de Arbitraje regulan el procedimiento a seguir en los procesos de ejecución de laudos arbitrales<sup>(14)</sup>. Nos ubicamos frente a la regulación de un hecho por dos normas diferentes de igual rango, pues, el Código Procesal Civil está regida por el Decreto Legislativo N° 768 y la Ley General de Arbitraje por la Ley N° 26572. Frente a ello, para establecer la norma aplicable recurrimos al principio de especificidad cuya regla dispone que un precepto de contenido especial, prima sobre el criterio general. Ello implica, como señala García Toma<sup>(15)</sup>, que “cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima ésta en su campo específico”. Esta disyuntiva legal, también ha sido de invocación para

(12) Ormazabal Sanchez Guillermo, La ejecución de laudos arbitrales, Bosch, Barcelona, 1996, p. 117.

(13) Op. Cit. p. 206.

(14) Ver artículos 713 CPC y siguientes y artículos 83 al 87 LGA.

(15) García Toma Víctor, La Ley en el Perú, Grijley, Lima, 1995, p. 22.

sustentar Casaciones como la que aparece ante la Sala Civil Transitoria, mediante la Casación N° 1100-03-Lima, de fecha 10 de octubre del 2003. Frente al contexto descrito, sostenemos que resulta de aplicación a la ejecución del laudo, la LGA, por el principio de especificidad. En ese sentido léase la Casación N° 574-99-Lima, de fecha 10 de agosto de 1999.

Tomando como referencia dichas normas, podemos señalar algunas diferencias entre éstas, para la ejecución del laudo, como: la determinación de la competencia. Señala el artículo 714 CPC<sup>(16)</sup> que se aplican a la ejecución del laudo, las reglas generales de la competencia, las mismas que están contenidas en el artículo 14 que dice “es competente el juez del domicilio del demandado”; otro supuesto es la competencia que fija la LGA. Señala el artículo 83 LGA “es competente el juez civil especializado en el lugar de la sede del arbitraje”. Vemos pues que concurren dos criterios para fijar la competencia, según la Ley que se aplique: el juez del domicilio del ejecutado o del lugar de la sede del arbitraje. Frente a ello consideramos aplicable este último, por la especificidad de la norma que la regula, pero para la ejecución forzada del laudo, esto es, cuando sean los propios árbitros –con facultades de ejecución– los que recurran a la jurisdicción para solicitar la ejecución forzada, no para el caso del inicio del proceso de ejecución, en el que se aplicará las reglas de la competencia a que refiere el artículo 714 CPC.

Otro cuestionamiento se presenta en los argumentos para la contradicción. Señala el artículo 718 CPC que se puede formular solo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación; en cambio el artículo 84 LGA recoge dos supuestos para la oposición, la pendencia de un recurso de apelación o anulación y razones basadas al cumplimiento del laudo; nótese que la extinción de la obligación, no está presente como argumento de oposición en la LGA.

El recurso de apelación se encuentra restringido en la LGA. Véase lo regulado en el artículo 86: “los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez executor, bajo responsabilidad admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva”.

La explicación a la regulación de los artículos 84 y 86 LGA citados, no están referidos propiamente al procedimiento de la ejecución en sede judicial, sino a las reglas a contemplarse en el proceso de ejecución iniciado por los propios árbitros, en atención a las facultades especiales otorgado a éstos.

---

(16) Señala el art. 718 CPC “los títulos de ejecución judicial se ejecutan ante el juez de la demanda. Los demás se rigen por las reglas generales de la competencia”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Bajo esa óptica, la jurisdicción intervendrá para asistir a ella, a través del juez ejecutor; de ahí que de manera expresa se le señala al ejecutor judicial, que no puede admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva. Aún mas, el propio artículo 84 LGA, señala “el juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno declarará improcedente de plano cualquier otra oposición, basada en razones distintas al cumplimiento”.

El propio artículo 85 LGA hace referencia a la ejecución judicial del laudo, no al proceso de ejecución. Si bien, los árbitros inician el proceso de ejecución, por contar con facultades expresas para ellas, lo que siempre van a carecer es del poder de ejecución para la satisfacción forzada de lo laudado. Poder de ejecución y proceso de ejecución responde a dos situaciones y conceptos diversos. Tanto los árbitros como los jueces ordinarios tienen la facultad de dirigir un proceso de ejecución, mas será siempre, el juez de la jurisdicción, quien cuente con los atributos del poder de ejecución. Aquí radica la diferencia y la explicación a toda esta regulación de la LGA para la ejecución del laudo. Esta forma de intervención de la jurisdicción para apoyar a la ejecución de los mandatos provenientes de los árbitros, no es propio de los laudos, sino que también opera para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, en la forma como lo regula el art. 81 LGA.

7. Otro aspecto que concurre a la reflexión es la intervención de los árbitros en prestaciones determinables. Señala Muñoz Sabaté<sup>(17)</sup> “los árbitros no extralimitan sus funciones por el hecho que una vez determinadas por ellos en el laudo las deudas y créditos de una sociedad que se disuelve y las cantidades que deben entregar o percibir cada socio, terminan resolviendo que procede que las partes, en el plazo de un mes a contar de la fecha del laudo nombre o designen la persona o personas que se encarguen de toda la documentación social y de la liquidación y división del haber social con arreglo a todo lo dispuesto en dicho laudo. El quid de la cuestión estaba en la evidentísima imposibilidad práctica de poder cuidar de una liquidación definitiva y material de la sociedad dentro del plazo de emisión del laudo. Tal vez hubiese sido mejor que los árbitros hubiesen ya procedido al nombramiento de dicho liquidador para impedir nuevas contiendas entre los socios, pero la cuestión no es ésta sino la de destacar una vez más la habitualidad de estas programaciones arbitrales, con designa incluso de nuevos operadores y que tal como la propia sentencia cuida de manifestar habrán de desarrollarse en período de ejecución de laudo”. Frente al criterio expuesto por Muñoz Sabaté, la ejecutoria emitida por la 4<sup>o</sup> Sala Civil de Lima, el 18 de noviembre del 2002, en el Expediente N<sup>o</sup> 2041-2002 seguido por la Municipalidad de San Isidro

---

(17) Muñoz Sabaté Luis, *Jurisprudencia arbitral comentada* (sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991) Bosch, Barcelona, 1992, p. 562.

con el Consejo Directivo de la Asociación Vecinal para el Serenazgo de San Isidro, acoge precisamente el cuestionamiento materia del comentario<sup>(18)</sup>.

El mensaje tradicional del arbitraje señala el futuro de la ejecución a la justicia estatal; sin embargo, existe un camino legal, no judicial, para atreverse a caminar en él en materia de ejecución (ver artículo 9 LGA); y solo cuando este camino se torne en inoperante para los fines que se busca, nos permitirá recién, voltear la mirada hacia la jurisdicción para invocar la *executio*, sobre el laudo arbitral, como se viene haciendo en la actividad cautelar y probatoria arbitral. Mientras ello no suceda, la actividad privada debe seguir discurriendo por las sendas del arbitraje.

8. El 28 de Febrero del 2006, el Tribunal Constitucional en el Habeas Corpus N° 6167-2005-PHC/TC-LIMA ha sentado algunos precedentes vinculantes en materia de arbitraje; sin embargo, en dicha Sentencia aparece el interesante voto singular de Gonzales Ojeda que deslinda, de manera acertada, los argumentos vertidos en el precedente, a pesar de estar de acuerdo con el fallo.

**Los principales argumentos que expone el Voto Singular, refieren:**

La función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho (...).

Los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la “ejecución forzada” de sus mandatos.

Los laudos arbitrales tienen la característica de incidir en el ámbito declarativo de los derechos, mas nunca en el ejecutivo. Ello explica porque si una parte decide no cumplir con un laudo o con lo pactado en un procedimiento conciliatorio, la única salida que tiene el sujeto afectado con dicho incumplimiento es la vía judicial (precisamente actuando el título ejecutivo –laudo o acta conciliatoria–).

Igualmente, señala el Voto Singular, las decisiones expedidas por parte de la jurisdicción estatal tienen la posibilidad de adquirir inmutabilidad absoluta o autoridad de la cosa juzgada. Situación que no se verifica en otras zonas compositivas

---

(18) Como refiere dicha ejecutoria, declara infundada la contradicción y dispone que el Consejo Directivo de la Asociación demandada proceda a la disolución y liquidación de la Asociación, conforme a lo establecido en sus Estatutos y en la Ley.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

donde las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias, mientras que la jurisdicción estatal protege de cualquier tipo de derecho, sin importar que esté o no previsto expresamente por ley.

9. Como ya se ha sostenido en el acápite 1, el elemento que imprime la certeza suficiente para iniciar un proceso de ejecución, es el título el cual puede ser una resolución judicial de condena o un acto negocial o administrativo que acrediten la existencia de un derecho cierto, expreso y exigible. Esto es, que los títulos de ejecución son aquellos que contienen actos constitutivos de prestaciones no solo declaradas por el órgano jurisdiccional sino que también pueden tener su origen en la voluntad de las partes involucradas en el conflicto, cuyo efecto será de “vinculación formal” entre los partícipes de la controversia.

El aspecto formal de este título se va a expresar en el acta conciliatoria que es el documento que contiene la manifestación de voluntad de las partes. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en el artículo 16 de la Ley N° 26872, bajo sanción de nulidad.

La Ley no le otorga a los acuerdos conciliatorios extraprocesales el efecto de la cosa juzgada, como si lo hace a la conciliación intraproceso en mérito al artículo 328 CPC. En este caso se produce la homologación de acuerdos conciliatorios a través de la procesalización. Homologación, que encierra el control de la jurisdicción sobre la autonomía privada de la voluntad de las partes. Recién, a partir de la satisfacción del control, podemos atribuir al acuerdo los efectos de la cosa juzgada, situación que no se da en los conciliatorios extraproceso.

Para que el acuerdo conciliatorio extrajudicial tenga tal condición, de título de ejecución, debe ser sometido a un previo control de legalidad, por el abogado del centro de conciliación, en el que verifique los supuestos de validez y eficacia.

Como supuestos de validez, se debe verificar en el control que el acuerdo no vulnere la ley, el orden público y las buenas costumbres; supuestos que impiden que las partes puedan transitar por los derechos indisponibles, como hace también referencia el artículo V del TP del Código Civil.

Para la eficacia del acuerdo, el abogado debe apreciar si éste contiene prestaciones, ciertas, expresas y exigibles. Se califica como prestaciones ciertas cuando están perfectamente descritas en el acta de conciliación; son expresas, cuando constan por escrito en dicha acta; y, son exigibles, cuando las partes señalan el momento a partir del cual cada una de ellas puede solicitarle a la otra el cumplimiento de lo acordado. (véase redacción del artículo 26 del Reglamento de la Ley de Conciliación) En tal sentido adolecerá de exigibilidad un acuerdo que no precise

la fecha exacta para el cumplimiento de la prestación; o precisándolo, se exige su ejecución antes de vencido el plazo.

Como ya se ha señalado, un acuerdo por conciliación extrajudicial para que pueda ser ejecutado como sentencia tiene que ser sometido al control de legalidad a través del abogado del Centro de conciliación.

Este control es un acto constitutivo para el efecto que se quiere lograr: generar ejecución; situación que no es extensiva a la transacción extrajudicial, donde no es necesario para su realización recurrir a organizaciones u instituciones para ello, ni tampoco al control previo de legalidad por autoridad alguna.

Bajo ese contexto diremos que los acuerdos conciliatorios extrajudiciales que provienen de los centros privados de conciliación se ejecutan como sentencia pero no son títulos homologados, esto es, no generan cosa juzgada.

Otro caso que por Ley se califica como título de ejecución cuya fuente es administrativa, son las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor del consumidor, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa (Indecopi), tal como señala el artículo 43 del D.Leg. N° 807.



## JURISPRUDENCIA

---

*Contra el laudo arbitral solamente procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial.*

*En caso que el laudo sea anulado, el Poder Judicial remite la causa a los árbitros para que estos reinicien el arbitraje en el estado en que se cometió la violación. También tienen las partes expedito el derecho a proceder a una nueva designación de los árbitros.*

*No procede acumular a la nulidad del laudo, la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por ser distintas las vías procedimentales (Exp. N° 878, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 385)*

*Si bien la Ley de arbitraje precisa que el interesado, antes de solicitar la ejecución forzada del laudo ante el juez civil del lugar de la sede del arbitraje, debe acreditar que el mismo no ha podido ser ejecutado por los propios árbitros, no es menos cierto que dicho requisito está condicionado a que los árbitros y la institución organizadora hayan estado facultados para ello en el convenio arbitral.*

*El hecho que se señale que toda controversia realcionada con la ejecución del contrato será resuelto por medio del arbitraje no significa que los árbitros estén facultados para ejecutar el laudo (Exp. N° 30774-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 384)*

*La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Su ejecución se rige por los mismos parámetros que la ejecución de sentencias, a fin de que se cumpla éste conforme a sus propios términos (Exp. N° 31995-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 240)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si en la transacción aprobada judicialmente se pactó que el incumplimiento de la prestación faculta al ejecutante proceder al remate de las hipotecas cuya ejecución se demandó, es válido proceder en ejecución forzada al remate de estos, toda vez, que la transacción tiene autoridad de cosa juzgada.*

*La suspensión del proceso no resulta amparable, tanto más si no se acredita que los pagarés que se vienen ejecutando en otros juzgados representan la obligación materia de la transacción, en todo caso, se puede hacer valer el doble pago que pudiera ocurrir (Exp. N° 364-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 93)*

*Si a la fecha de la aprobación de la transacción extrajudicial, el demandado no ha cumplido con el acuerdo, no puede considerarse resuelto, pudiendo el demandante continuar con el proceso judicial. Dicho incumplimiento no impide que el juez apruebe la transacción (Exp. N° 4617-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 94)*

*Los procesos ejecutivos sobre obligación de dar suma de dinero, derivados de un título ejecutivo, terminan por sentencia que puede declarar fundada la contradicción, en todo o en parte, en cuyo caso se manda adelantar ejecución por la suma que se determine. En cambio, en los protestos de ejecución, el título está constituido por una sentencia firme, a cuya calidad se asemejan los títulos que aparejan la ejecución de garantías, de tal manera que la contradicción se resuelve con un auto (Cas. N° 1903-97-Lambayeque, El Peruano, 10/12/98, p. 2204)*

*Si bien el proceso de ejecución de garantías presenta semejanzas con la ejecución de sentencia, se trata de un proceso autónomo en el que la parte ejecutada puede contradecir el mandato de ejecución, fijándose así la controversia a ser resuelta por el juzgador, a diferencia de la ejecución de sentencia en donde ya no existe controversia sino solo la ejecución de lo resuelto judicialmente. Por eso, al proceso de ejecución de garantías le son aplicables, en cuanto no alteren su naturaleza, las normas procesales de carácter general como es el caso de abandono (Cas. N° 1081-97-Huánuco, El Peruano, 09/12/98, p. 2188)*

*El proceso de ejecución de garantías reales se equipara al de ejecución de una resolución judicial, pues la forma como el acreedor hace efectivo su derecho de vender el bien, en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para lo cual se debe adjuntar además del documento que contiene la garantía, el estado de cuenta de saldo deudor, de tal manera que el título de ejecución está dado por ambos documentos copulativamente (Cas. N° 842-97-Lambayeque, El Peruano, 21/11/98, p. 2077)*

*El presupuesto básico que distingue al proceso de ejecución de garantías con el de ejecución de sentencia radica en las posibilidades que la ley prevé para contradecir la ejecución en el proceso de garantías, pues es posible admitirse la nulidad formal del título, lo cual es absolutamente impropio en la ejecución de sentencia (Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044)*

*No tiene sustento jurídico pretender equiparar el proceso de ejecución de garantías al de ejecución de sentencia ya que ambos se diferencian en cuanto a su estructura que los hacen autónomos y particulares, tal es así, que en la ejecución de sentencia, el juez competente es el mismo que expidió la sentencia y, en la ejecución de garantías, rigen las reglas generales de competencia (Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El laudo arbitral debe ejecutarse en sus propios términos por tener la calidad de cosa juzgada como dispone el artículo 59 de la Ley 26572 y se ejecuta como una sentencia (Exp. N° 6198-2082-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 635)*

*No procede admitir a trámite el recurso de anulación del laudo arbitral si se hubiere pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, que constituye requisito para la interposición del recurso, el comprobante de depósito o fianza bancaria, por la cantidad fijada a favor de la parte vencedora (Exp. N° 1228, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 636)*

*Mientras no se acredite que el laudo arbitral ha sido modificado, ni que sus efectos se encuentran en suspenso, corresponde ejecutarse en sus propios términos, a tenor de lo previsto en el artículo 84 de la Ley General de Arbitraje.*

*Si el laudo condena a la ejecutada al pago de una suma líquida, ésta solo podrá ejecutarse, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 717 del Código Procesal Civil. No obstante haberse incurrido en error el Juez, al conceder apelación con efecto suspen sivo, cuando no le correspondía dicho efecto, por economía y celeridad el Colegiado puede emitir pronunciamiento (Exp. N° 43848-1220-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 637-638)*

*INC. 2º:*

*No resulta jurídicamente posible que un mismo laudo arbitral, que se equipara a una sentencia, se ejecute simultáneamente en dos juzgados diferentes. Ello atenta contra la unidad de los actos procesales en materia de ejecución (Exp. N° 5482-2676-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 634-635)*

*Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derecho, constitutivas de derecho y de condena, y solo esta última precisa de un proceso de ejecución, porque las otras dos llenan la finalidad del proceso con el solo hecho de declarar fundada la demanda, ya que con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, lo que no ocurre con la sentencia de condena (Cas. N° 1516-97-Lambayeque, El Peruano, 14/10/98, p. 1908).*

*Si las partes acordaron, a través de la conciliación, someter la liquidación de intereses al informe que debería emitir la entidad bancaria, resulta equívoco designar perito para tal liquidación. El juez debe cumplir irrestrictamente los términos de la conciliación; sin embargo, las partes tienen derecho a observar la liquidación que emita la entidad bancaria y será el juez quien solicite a dicha entidad las aclaraciones convenientes para resolver las observaciones (Exp. N° 4705-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 239).*

*La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada, de modo que los acuerdos establecidos en ella deben ser cumplidos en sus propios términos. Si no se cumple el íntegro de la prestación, procede hacer efectivo lo pactado, esto es, la ejecución de todas las mensualidades, aún cuando no estuvieran vencidas (Exp. N° 15403-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 434-435).*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada.*

*Si la parte demandada asumió la obligación de cancelar la deuda en armadas mensuales, mediante consignación a través del Banco de la Nación a la orden del Juzgado, carece de virtualidad el recibo cuyo pago no se efectuó con la intervención del Juez, por no haber procedido de acuerdo a lo conciliado (Exp. N° 1732-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 389).*

*El divorcio fenece la sociedad de gananciales generada por el vínculo matrimonial. Si se declara fundada la demanda de divorcio, se da por concluido el régimen patrimonial y será en ejecución de sentencia que se formalizarán las etapas de liquidación que señala el artículo 320 del CC (Exp. N° 382-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 85-86)*

*Si el juez toma conocimiento de la conformación de un tribunal arbitral para dilucidar una controversia sobre obligaciones recíprocas, provenientes del mismo contrato que originaron los laudos anteriores, debe suspender la ejecución a las resultas del laudo definitivo, para analizar con vista a dicho fallo la liquidez y exigibilidad de lo que pretende el ejecutante; sin perjuicio de mantener vigentes las medidas cautelares que se hayan podido solicitar en garantía del pago definitivo (Exp. N° 97-37325-2868, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 237)*

## COMPETENCIA

### ARTÍCULO 714

*Los títulos de ejecución judicial se ejecutan ante el Juez de la demanda. Los demás se rigen por las reglas generales de la competencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma regula dos supuestos para determinar la competencia del juez en el proceso de ejecución. Uno de ellos se refiere a los títulos de ejecución judicial, como los acuerdos por conciliación o transacción homologados y las sentencias firmes. La norma comprende a todos ellos bajo la denominación de resoluciones judiciales firmes, atribuyendo competencia en dichos casos a los jueces de la demanda. La transacción y la conciliación que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada; por tanto, la aprobación de ellas genera un título de ejecución que en caso de incumplimiento se ejecuta ante el mismo juez que conoció la demanda originaria, tal como lo señala el presente artículo.

2. Existen otros títulos, ajenos a un origen judicial, que son calificados por ley como títulos de ejecución como los acuerdos conciliatorios extrajudiciales (véase artículo 18 Ley N° 26872) y los laudos arbitrales (véase 83 Ley N° 26572). A ellos hace referencia el artículo 713 CPC.

En estos casos la norma señala que su ejecución se rige por las reglas generales de la competencia, esto es, el lugar del domicilio del demandado, tal como lo señala el artículo 14 CPC CPC o por el artículo 17 CPC, si se trata de personas jurídicas, sin embargo, se debe tener en cuenta que además del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante los supuestos que regula el artículo 24 del Código Procesal.

En el caso de ejecución de los laudos arbitrales, encontramos una regulación diferente a la competencia ordinaria que fija la presente norma, pues, el artículo 83 LGA considera que la ejecución forzosa se realiza ante el juez especializado en lo civil del “lugar de la sede del arbitraje donde corresponda en la fecha de la solicitud”, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquellos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio. Véase que son dos referentes

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

legales que concurren para fijar la competencia territorial del juez de ejecución. Según la norma en comentario, se rigen por las reglas del domicilio del demandado y según la Ley de Arbitraje por el lugar de la sede del arbitraje. La explicación a estos referentes legales, está en función a la facultad de ejecución que se les hubieren delegado a los árbitros. En caso no tener dichas facultades la competencia para el proceso de ejecución aparece establecida en el artículo 714 CPC; caso contrario, si tuviere facultades de ejecución, se procederá a fijar la competencia para la ejecución forzada, a que refiere el artículo 83 LGA, al juez del lugar de la sede del arbitraje. Frente a ello, por el principio de especialidad, se aplican a la ejecución de laudos las normas de la Ley General de Arbitraje. En ese sentido, la Casación N° 574-99-Lima, del 10 de agosto de 1999 ha reafirmado la aplicación de la Ley especial arbitral en el proceso de ejecución judicial de laudos.

Tratándose de la ejecución de un laudo extranjero reconocido en sede nacional, su ejecución será conocida por el juez especializado en lo civil del domicilio del demandado competente en la fecha de presentación de la solicitud o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, el competente del lugar donde éste tenga sus bienes (ver artículo 131 de la LGA).



### JURISPRUDENCIA

---

*No tiene sustento jurídico pretender equiparar el proceso de ejecución de garantías al de ejecución de sentencia ya que ambos se diferencian en cuanto a su estructura que los hacen autónomos y particulares, tal es así, que en la ejecución de sentencia, el juez competente es el mismo que expidió la sentencia y, en la ejecución de garantías, rigen las reglas generales de competencia (Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044)*

*La acción que nace de una ejecutoria, no requiere ser ejercida en otro proceso distinto al que le dio origen, pues, se entiende que esta se puede también ejercitar con la ejecución de la referida actio iudicati.*

*Concluido el proceso judicial con resolución de condena, corre un nuevo plazo de prescripción, a partir del momento que el vencedor es notificado con la resolución que causó cosa juzgada y que será materia de ejecución (Exp. N° 656-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 296-297).*

## MANDATO DE EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 715

*El mandato de ejecución contiene la exigencia al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.*

*Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La naturaleza jurisdiccional de la ejecución requiere examinar la regularidad formal del título, despachar ejecución y ordenar los actos ejecutivos concretos.

Las formas de ejecución dependen del título con que se promueva aquélla. Cada especie de título tiene, normalmente, una forma propia de proceso. Véase el caso de la ejecución de garantías, de los títulos ejecutivos, de las resoluciones judiciales. La multiplicidad de títulos apareja, en consecuencia, la multiplicidad de procedimientos de ejecución; sin embargo, es de advertir que todos aquellos comienzan por requerimiento del acreedor formulado al juez competente. El juez califica el título y deniega el petitorio si considera que el título no es idóneo. Esto ocurre aún sin oposición del ejecutado.

2. El proceso de ejecución de resoluciones judiciales opera a pedido de parte, reafirmando el principio dispositivo, por tanto, le corresponde al acreedor solicitar se requiera por cédula al ejecutado para el cumplimiento de lo obligado (tal como lo señala la primera parte del artículo en comento) a fin que el ejecutante evite continuar con el ulterior trámite de la ejecución forzada.

Nótese que se trata de una exigencia, de un requerimiento, de una intimidación que se hace —en atención al título de ejecución— para que cumpla con su obligación; por citar, el requerimiento para que cumpla con pagar la acreencia o desocupar el inmueble o realizar la prestación pactada, entre otras situaciones de condena. Luego de intimidar al obligado, si dentro del tercer día de notificado, el deudor no satisface la exigencia, el ejecutante debe solicitar el inicio de la ejecución forzada. Apreciéese del mandato de ejecución, la advertencia o amenaza de invadir la esfera individual del deudor para su transformación material, a fin de

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

satisfacer los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. No se trata de obtener la satisfacción de lo declarado por el juez con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un obligado, como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un ejecutado, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia.

3. La ejecución forzada se diferencia de la voluntaria, como aquella en que no es el deudor quien satisface su obligación. Ante su negativa, expresa o tácita, de cumplir con aquello a que está obligado, el acreedor debe ocurrir a los órganos de la jurisdicción. Estos proceden coercitivamente acudiendo a la coacción (véase al respecto el artículo 725 CPC). Como señala Palacio<sup>(1)</sup>, “el Derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas; si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y se venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta el momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos”.

Es necesario precisar que en esta ejecución, el juez está investido de potestad para hacer lo que puede hacer el ejecutado, pero no puede extender más allá su actividad. Consiguientemente si el ejecutado sólo puede realizar actos de disposición sobre su patrimonio, no sobre patrimonios ajenos, tampoco podrá hacerlo el juez, siendo en caso contrario, dichos actos nulos o anulables.

4. Especial comentario merece el caso de la sentencia que condena a una misma parte al pago de una cantidad líquida y otra ilíquida. Aquí podría procederse a la ejecución de la primera sin esperar a que se liquide la segunda. La ejecución de los títulos es a pedido de parte y será el vencedor quien tendrá la facultad de pedir la ejecución inmediata de la condena de importe líquido, sin necesidad de aguardar la terminación de los trámites encaminados a la liquidación de las restantes condenas ilíquidas.

De la misma manera puede procederse frente a la hipótesis que la sentencia imponga el cumplimiento varias obligaciones de distinta naturaleza (de dar, de hacer o no hacer): el acreedor se haya facultado para elegir con cuál de ellas inicia la ejecución para luego solicitar con posterioridad la ejecución de las restantes. Por último, es deber del juez al intimar al obligado, adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto, si se refiere a una exigencia no patrimonial.

---

(1) Palacio, t. VII, op. cit. p. 442.

5. Existen algunas opiniones en la doctrina que plantean la incorporación de las *astreintes* a la ejecución de las sentencias. LLambias<sup>(2)</sup> la define como “la imposición judicial de una condena pecuniaria que afecta al deudor mientras no cumpla lo debido”.

Se justifica porque la sentencia judicial que manda a una de las partes, generalmente demandado, el cumplimiento de una determinada prestación, de cualquier naturaleza está expuesta a encontrar dificultades en su ejecución práctica. La sentencia no solo ha de ser válida por cumplir requisitos de forma y de fondo, sino que ha de ser eficaz para lograr en definitiva lo que ella dispone, en el tiempo mas breve que sea posible.

Esta figura se diferencia de la indemnización por lo siguiente: La *astreinte* no se relaciona con el perjuicio sufrido por el acreedor, la indemnización en cambio se orienta a la reparación de ese perjuicio; la *astreinte* atiende a la fortuna del sancionado y a la resistencia que éste oponga, en cambio la fortuna del obligado es irrelevante para fijar los daños y perjuicios; la determinación de la *astreinte* queda sometida al arbitrio del juez, este arbitrio del juez no se ejerce con relación a la indemnización que debe apreciarse objetivamente; por último, la indemnización una vez fijada se incorpora definitivamente al patrimonio del acreedor, la *astreinte* puede ser reajustada o aun dejada sin efecto, según las circunstancias del caso.

6. Otro aspecto que se debe tener en cuenta es si hubo acumulación en el procedimiento de cognición. Aquí puede concurrir la acumulación de procesos y el proceso único con pluralidad de partes. En el primer supuesto, debemos asumir que la sentencia lograda en él, es formalmente única, pero contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones-procesos se acumularon.

Partiendo de ello, nos ubicamos en el supuesto de la acumulación objetiva, cuando un demandante ha obtenido varias condenas frente a un demandado. En este supuesto, Montero Aroca<sup>(3)</sup> señala “se puede optar por un único procedimiento de ejecución o por varios, y ello dependerá de varias circunstancias; así si las varias condenas son a cantidad líquida lo lógico es decidirse por un único procedimiento y lo mismo puede decirse si una condena es líquida y otra ilíquida. Ahora bien, si una condena es pecuniaria y las otras de tipo distinto (como hacer y no hacer) puede ser conveniente acudir a procedimientos distintos para que el segundo no obstaculice la marcha del primero. Los dos procedimientos se derivan de un mismo título formal, pero ello no puede implicar que la acumulación en la declaración obligue a acumular en la ejecución, la misma que se iniciaría con la certificación de la sentencia”.

---

(2) LLambias Jorge Joaquín, Derecho de las obligaciones, 10º ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 43.

(3) Op. cit. p. 463.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El otro supuesto que concurre es la acumulación subjetiva. Aquí Montero Aroca<sup>(4)</sup> distingue las siguientes posibilidades:

“a) la concurrencia de varios demandantes y un solo demandado con varias condenas: cada uno de los legitimados activamente pueden iniciar la ejecución por su cuenta, pero nada obsta a que lo hagan acumuladamente; el optar por una u otra solución dependerá de la naturaleza de las obligaciones; en el caso que las condenas sean pecuniarias y los bienes del ejecutado no basten para satisfacer todas las obligaciones puede pedirse la declaración de quiebra o concurso de acreedores, o bien conformarse con cobrar con relación a la obligación; y b) un demandante y varios demandados: el ejecutante puede optar entre uno o varios procedimientos de ejecución, lo que hará atendiendo a la naturaleza de las obligaciones, aunque parece mas lógico acudir a varios”.

En el caso del litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo, Montero Aroca<sup>(5)</sup> señala: “si había un demandante y varios demandados sigue siendo necesario el litisconsorcio en la ejecución (véase el caso de la entrega de una casa) pero si la condena es el pago de una cantidad de dinero puede bastar iniciar la ejecución contra uno de los deudores, sin perjuicio de las relaciones internas entre éstos. Si hubo varios demandantes y un demandado sigue siendo necesario el litisconsorcio en la ejecución, aunque debe tenerse en cuenta que un comunero puede estar sólo a lo que favorece a la comunidad”.



### JURISPRUDENCIA

---

*En los procesos que se encuentren en ejecución de sentencia no procede la declaración de abandono, lo cual es lógico, en la medida en que contiene la sentencia la declaración de los derechos sustanciales, poniéndose fin al conflicto de intereses a ala la incertidumbre jurídica suscitada entre las partes del litigio, por consiguiente, desaparece en la ejecución de la sentencia el impulso procesal que al vigor del principio dispositivo las partes están normalmente obligadas (Cas. Nº 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044)*

*Al haberse dispuesto en la sentencia el cumplimiento en dólares del pago de una suma de dinero que en la demanda y en el mandato ejecutivo se encontraba referida en soles, el juzgador ha ido más allá del petitorio, violando el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Cas. Nº 465-99-Lima, El Peruano, 31/08/99, p. 3378)*

*Si el propio ejecutante ha expresado que la ejecutada ha cumplido con cancelarle la deuda, no procede ejecutar una obligación ya pagada, pues se ha producido la extinción de la obligación (Exp. Nº 191-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Mariane-lla, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 196)*

(4) Op. cit. p. 464.

(5) Ibidem.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si no existe ningún elemento de juicio que permita establecer el monto de los derechos de guardiana y varadero a cobrarse, dichos montos deben regularse por el juez en ejecución de sentencia con intervención de peritos teniendo en cuenta los usos del lugar o de varaderos vecinos, el valor y la ubicación de los bienes (Exp. N° 846-95-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 659-661)*

*El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia.*

*Notificado al ejecutado el mandato de ejecución, el Juez debe impulsar de oficio el proceso, ordenando el remate de la prenda minera o la suspensión del proceso (Exp. N° 162-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 271)*

*El juez no puede ir más allá del petitorio. No se puede ordenar en ejecución de sentencia se comprenda dentro de la independización y reglamento interno, las cocheras, que no obstante corresponder al inmueble de litis, provienen de otro título distinto al que ha sido materia de este proceso (Exp. N° 213-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 276)*

*Aunque la sentencia ejecutoriada no condenó el pago de intereses legales sobre el monto indemnizatorio, así como tampoco fueron estos demandados, procede ordenar dicho pago invocando el artículo 1985 y 1324 del CC.*

*No procede la capitalización de intereses u otros reajustes si no hay acuerdo de partes, conforme al artículo 1250 CC (Exp. N° 709-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 54-55)*

*Si la cooperativa demandada no ha acreditado haber concluido el proceso de liquidación en el plazo establecido, ni que se le haya concedido una prórroga del plazo de liquidación voluntaria, debe ampararse la conversión de la liquidación voluntaria a judicial y el consecuente nombramiento de nuevos miembros de la comisión liquidadora (Exp. N° 18408-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 647-650)*

*Cuando el incumplimiento de una ejecutoria se trata, forzoso es acudir, única y exclusivamente a los términos de la misma para la resolución de todas las cuestiones que surjan entre las partes litigantes respecto al modo y forma que deba llevarse a efecto la ejecución de lo en ella resuelto (Exp. N° 182-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.22)*

*En el caso que el juez ampare la demanda sobre indemnización por responsabilidad extracontractual debe fijar la suma indemnizatoria que juzgue conveniente y no diferir su señalamiento a la ejecución de la sentencia (Exp. N° 862-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 481-483).*

*La transacción tiene valor de cosa juzgada. Debe cumplirse en la forma prevenida para la ejecución de resoluciones, siendo necesario que se dicte el mandato para que el obligado cumpla con los términos de la transacción bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada (Exp. N° 1050-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 175-176).*

## EJECUCIÓN DE SUMA LÍQUIDA

### ARTÍCULO 716

*Si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se procederá con arreglo al Sub-Capítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V de este Título.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Uno de los requisitos para la ejecución de una obligación de dar suma de dinero, es que exista un título que condene al pago de cantidad líquida. Si el título contiene una cantidad líquida se procederá inmediatamente y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de sus bienes.

Si el título contuviera condena de pago a una cantidad líquida y a otra ilíquida, procederá el embargo por la primera, sin necesidad de esperar a que se liquide la segunda.

Puede darse el caso que la sentencia no contenga una expresa condena pero se puede inferir el monto de la liquidación, aún cuando aquél no estuviese expresado numéricamente. En este caso nos ubicamos ante una obligación liquidable mediante operación aritmética, conforme lo señala la última parte del artículo 689 del CPC. Véase el caso de la sentencia que condena a una cantidad líquida y a los intereses que las partes habían pactado en la relación jurídico material o los que por Ley se fije; estos intereses se consideran como cantidad líquida también, por cuanto en la sentencia se han de fijar el tanto por ciento y el tiempo por el que deben abonarse; ello es posible porque se trata de una simple operación matemática.

Si esta condena está expresada en moneda extranjera, debe procederse a su conversión en moneda nacional según la cotización oficial al día de practicarse la liquidación. En estos casos debe tenerse en cuenta que se trate de moneda convertible admitida a cotización oficial y que la operación en esa moneda este permitida legalmente o autorizada administrativamente.

2. Hay dos supuestos que considera la norma cuando el título de ejecución condene al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada: proceder con

arreglo al sub-capítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada; o proceder con arreglo al Capítulo V de este Título cuando ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente.

En el primer supuesto nos encontramos, ya no con la medida cautelar propiamente dicha, sino con la medida ejecutoria. Ambas se diferencian en los siguientes extremos: la medida cautelar se adopta –por lo general– en la fase inicial del proceso de cognición, mientras que la medida ejecutoria es el primer acto del proceso de ejecución. El primero de ellos se basa para su adopción en la existencia del *fumus boni iuris*, mientras que la segunda se apoya en la existencia de un título de ejecución, jurisdiccional o extrajurisdiccional.

La medida cautelar tiene un carácter instrumental y fungible, subordinado a la pendencia del proceso principal y de la cuestión en él discutida, mientras que la medida ejecutoria, es un acto autónomo del proceso de ejecución. La medida cautelar se funda en la apreciación del *periculum in mora* y es facultativa para el juez, según las circunstancias del caso; en cambio con la ejecutoria, se funda en la necesidad de incoar la ejecución forzosa de un título de ejecución y por lo mismo es acto obligado de selección y elección de bienes para afectarlos a la ejecución.

El siguiente supuesto que refiere la norma es la previa cautela judicial o extrajudicial para el inicio de la ejecución forzada. Aquí el llamado embargo ejecutorio no solo se decreta ya directamente en el proceso de ejecución sino que también puede surgir por conversión de alguna de las medidas cautelares anteriores, en la etapa de la ejecución forzada, que se da en la ejecución de sentencia. Ante esta contingencia se produce la conversión de aquella medida en ejecución forzada. Si la medida ejecutada no fuere suficiente, puede el acreedor pedir la correspondiente ampliación.



### JURISPRUDENCIA

---

*No procede el levantamiento de la medida cautelar, si ella, no ha sido ordenada para garantizar una pretensión sino para materializar una transacción, la misma que se ejecuta igual que la sentencia.*

*Solo podría favorecer el levantamiento de la medida, la caducidad quinquena (Exp. Nº 99-751, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 346)*

*Se ha establecido como cuestión fáctica en los tribunales que la obligación que ha sido contraída en moneda nacional, y que se admite que no puede pagarse en moneda descontinuada y se falla en el sentido de que debe pagarse a su valor actual, constituye una desnaturalización de la acción ejecutiva (Cas. Nº 871-97-Puno, El Peruano, 19/10/98, p. 1985)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*En ejecución de sentencia solo procede admitir como válido los pagos efectuados con posterioridad al vencimiento del pagaré. Otorgar valor probatorio a los recibos que consignaban abonos con fecha anterior, significa retrotraer el proceso a su etapa postulatória, abriendo la posibilidad de discutir la validez del título valor puesto a cobro, lo cual lesionaría la naturaleza de la cosa juzgada (Exp. N° 19380-2665-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 603-604)*

*Cuando una de las partes requiera que se realice prueba pericial sobre la liquidación de los intereses compensatorios y moratorios, por considerar que estos son excesivos, dicha prueba pericial debe ser actuada durante la etapa de conocimiento del proceso para poder señalar en la sentencia la suma a pagar, y no diferirla a la etapa de ejecución de sentencia (Cas. N° 388-99-Lima, El Peruano, 19/10/99, p. 3769).*

## EJECUCIÓN DE SUMA ILÍQUIDA

### ARTÍCULO 717

*Si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto los que la ley disponga.*

*La liquidación contenida en el mandato de ejecución puede ser observada dentro de tercer día, luego de lo cual el Juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 34, 714

---

### Comentario

---

Un título de ejecución, no siempre contiene una condena específica en sumas de dinero líquidas y exigibles, pero si bases sobre las que corresponde hacer la liquidación. Establecidas dichas bases en la sentencia, resulta necesario determinar a través de la liquidación, la suma que específicamente debe abonar el vencido al vencedor, a cuyo fin se requiere una estricta correspondencia entre dicha liquidación y el contenido del fallo, pues, el proceso liquidatorio no constituye vía apta para suplir las omisiones en que la sentencia hubiere incurrido, siendo nula la ejecución que no guarde aquella correspondencia

El título ejecutivo puede ser ilíquido atendiendo a razones muy distintas: 1) unas veces porque aun tratándose de sentencia, la ley admite que ésta sea ilíquida, dejando la liquidación para la fase de ejecución. 2) otras porque no ha existido realmente una actividad declarativa previa, sino simplemente el presupuesto para condenar genéricamente a los daños sufridos: 3) cuando la ley permite que la obligación de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica se transforme en obligación pecuniaria. El ejecutante, al mismo tiempo que insta la ejecución, presentará relación de los daños y perjuicios y de su importe. Esa relación puede venir condicionada porque en el título se hayan establecido o no las bases para la liquidación; en el primer caso la relación tendrá que sujetarse a las bases y en el segundo será libre. La liquidación, puede ser asistida por peritos y el ejecutado, tiene la posibilidad de observarla. Frente a dicha observación, el juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada.

Por otro lado, la norma en comentario faculta a que el vencedor acompañe la liquidación siguiendo los criterios establecidos en el título, sin embargo, no asume

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la posibilidad que sea el vencido, el que presente esa liquidación. Solo se permite que éste la observe dentro del tercer día.

Cabe puntualizar que la resolución aprobatoria de la liquidación no adquiere eficacia de cosa juzgada, razón por la cual es admisible su ulterior rectificación, aún de oficio, siempre que ello no importe, desde luego, modificar las bases establecidas en la sentencia para practicarla. En tal sentido léase “La liquidación contenida en el mandato de ejecución puede ser observada dentro de tercer día”.

Debemos apreciar que todo título ejecutivo tiene que transformar su título ilíquido en la ejecución de una suma líquida, sin perjuicio de diferenciar el título ilíquido del liquidable a que hace referencia el artículo 689 CPC.

La naturaleza cognoscitiva de esta etapa de liquidación no le quita su calidad ejecutiva. No existe incompatibilidad alguna en la inserción de una etapa cognoscitiva en el proceso de ejecución.

El procedimiento de liquidación de sentencia es sólo una etapa preliminar a la coacción sobre bienes. Su finalidad es convertir en líquida una suma que antes no lo era, para poder realizar una ejecución específica. Cuando el título es ilíquido no puede procederse ni siquiera al embargo ejecutorio de los bienes del deudor, tal como permite el artículo 716 CPC, por la elemental razón que no se conoce el importe por el que se ha de embargar; de ahí que el primer paso es proceder a liquidar el título, es decir, a determinar la cantidad por la que se ha de realización la ejecución.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si las partes acordaron, a través de la conciliación, someter la liquidación de intereses al informe que debería emitir la entidad bancaria, resulta equívoco designar perito para tal liquidación. El juez debe cumplir irrestrictamente los términos de la conciliación; sin embargo, las partes tienen derecho a observar la liquidación que emita la entidad bancaria y será el juez quien solicite a dicha entidad las aclaraciones convenientes para resolver las observaciones (Exp. Nº 4705-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 239)*

*Si se pretende la ejecución de una obligación liquidable y no se anexa a la demanda la liquidación de la obligación ilíquida, dicha omisión determina la inadmisibilidad de la demanda para ser subsanada en el plazo de ley, pues, debe despacharse ejecución por una suma determinada que resulte con toda precisión de los anexos de la demanda, según se desprende de la interpretación del artículo 717 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 443-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 459-460)*

*Si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar la liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título. La cantidad líquida es aquella que no está determinada en el propio título (Exp. Nº 422-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 522)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*“...El pronunciamiento del Colegiado ordenando que en ejecución de sentencia se practique un informe pericial para determinar el monto de la indemnización por lucro cesante, resulta incompatible con lo dispuesto en el citado artículo setecientos diecisiete de la Ley procesal, pues fluyen (sic) de su propio tenor, que no es posible ordenar un medio probatorio para la determinación del monto del daño, y que no será factible cuestionar tal informe pericial, en el supuesto caso que éste se ordenara en la instancia superior; por tanto de acuerdo a las normas que regulan el proceso de ejecución de resoluciones judiciales, tales situaciones irregulares contravienen las normas que garantizan el derecho a un debido proceso” (Nº 985-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinos-troza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 565-568)*

*Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base á criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (Exp. Nº N-719-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 278).*

## CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 718

*Puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, sólo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario ésta se declarará inadmisibile.*

*De la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 695

---

## Comentario

---

1. Cuando se concluye el proceso de cognición con una sentencia de condena, termina toda posibilidad de discusión en relación a la existencia del derecho subjetivo y de la obligación misma. Ya no podrá discutirse sobre lo ya resuelto y cubierto por la cosa juzgada, sin embargo, ello no impide que el ejecutado pueda seguir formulando otras alegaciones al desarrollo del proceso; en tal sentido, éste podrá exigir el riguroso cumplimiento de las normas procesales propias de la ejecución misma.

Por otro lado, en toda sentencia de condena debe advertirse, la existencia de un acto jurídico con un contenido determinado; y un documento que sirve para acreditar la existencia del acto. Después de emitida la sentencia, la relación jurídico material al que ella se refiere continúa viviendo en el tiempo; por ejemplo, si la sentencia condenaba a una prestación de hacer y el obligado, de manera voluntaria y extrajudicialmente, cumple con ejecutar y entregar la obra al acreedor, ello no impide que la sentencia siga existiendo como acto y como documento y que el acreedor inste la ejecución de la obra, estando el juez obligado a despacharla porque el título determina la procedencia de la actividad ejecutiva. Aquí el título funciona de modo autónomo al derecho material.

Sobre el particular Montero Aroca señala “la sentencia contiene un derecho y un deber. Un derecho del acreedor, a poner en marcha la ejecución; y el deber del juez a realizar los actos propios de la ejecución. Para el juez es determinante la existencia del título para despachar la ejecución y realizar los actos propios de ésta. Si el ejecutado no se opone, el juez, con el impulso del ejecutante, llevará la ejecución hasta el final. En manos del ejecutado está el oponerse a la ejecución, alegando la inexistencia de la obligación, es decir, un hecho extintivo que debe probar”.

2. Como se aprecia de la redacción del artículo, la contradicción se basa sólo en dos causales “el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación”, sin embargo, debemos tener en cuenta que en el caso del pago, la redacción del artículo se torna en redundante, pues el cumplimiento de éste, es una forma de extinguir la obligación. Concurren aquí ambos supuestos.

La extinción es el momento final de la vida de la obligación, después del cual cesa la relación jurídica que ella había establecido entre las partes, quedando éstas, desde ya desligadas. Es un momento necesario porque las obligaciones no perduran indefinidamente. Tienen una existencia relativamente efímera en comparación con la duración ilimitada que se atribuye a los derechos reales. Tomando como referencia el Código Civil, las obligaciones se extinguen por pago, novación, compensación, condonación, confusión, transacción y mutuo disenso.

Concurren otros supuestos de inejecución de obligaciones como el caso fortuito o fuerza mayor. La muerte funciona como plazo extintivo de las obligaciones inherentes a la persona. Así ocurre en la locación de servicios, donde el locador debe prestar personalmente el servicio (ver artículo 1766 Código Civil) o la renta vitalicia (ver artículo 1926 CC). La incapacidad sobreviviente influye en la cesación de obligaciones que requieren la subsistencia de la habilidad legal de las partes.

Nótese que la causal de “cumplimiento parcial de la obligación” –en el caso del pago– no puede ser materia de contradicción, pues, uno de los principios que lo regulan exige que el pago deba ser completo, esto es, abarcar toda la cuantía del objeto debido, pues, conforme señala el artículo 1220 CC “se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”. En atención a la integridad cuantitativa del objeto del pago, que hace referencia la norma, no puede el deudor obligar al acreedor que acepte en parte el cumplimiento de la obligación. Aun cuando la prestación sea fraccionable, el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni tampoco el deudor a hacerlos.

Cuando se adeude una suma de dinero con intereses, el pago no se considera completo si no se pagan “todos los intereses con el capital”. El principio de integridad se aplica también a los demás accesorios de la deuda, como los gastos judiciales.

Este principio de integridad no es absoluto. El deudor puede ser autorizado para efectuar pagos parciales por convenio de las partes, ya que se trata de una materia que sólo afecta al interés particular. También la Ley, excepcionalmente,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

puede autorizar el pago fraccionado de la deuda, esto ocurre con la concurrencia de acreedores, cuando los bienes del deudor son insuficientes para cubrir su pasivo.

Si el acreedor y deudor mantienen varias relaciones de crédito independientes, el principio de integridad funciona separadamente para cada una de ellas: no podría el acreedor negarse a recibir el pago de una de ellas porque no se le paguen las otras. Si la deuda es simplemente mancomunada, el principio de integridad no se afecta por la circunstancia que cada acreedor o deudor esté confinado a su cuota: es en relación a la cuota de cada acreedor o deudor que corresponde requerir la integridad.

Hay supuestos de ejecución que no se ajustan a ninguna de las dos causales que señala este artículo, pero sí a los supuestos de “inexigibilidad de la prestación”, esto implica que en el título no aparezca descrito el momento a partir del cual se puede exigir el cumplimiento de lo ordenado. Tampoco es exigible si no se señala con claridad, el lugar y el modo en que se cumplirá lo acordado, como sería el caso de exigir una prestación antes del vencimiento del plazo, o en el caso de prestaciones alternativas, exigir la devolución de los bienes materia de comodato a pesar que se ha pactado que sobre dichos bienes el inicio de la relación de arrendamiento, en caso de resistencia a devolverlos. La exigibilidad se entiende por aquella cualidad en virtud del cual la obligación es reclamable; supone la llegada del vencimiento si se trata de una obligación al término y la aparición de la condición, si se trata de una obligación condicional. Nótese que el supuesto de la inexigibilidad difiere de la extinción de la obligación, a que hace referencia la redacción de la norma. Puede una obligación tornarse temporalmente en inexigible, sin que ello importe la extinción de la obligación.

3. En cuanto a los medios de impugnación, la norma limita la apelación con efecto suspensivo sólo al caso que la contradicción se declare fundada; sin embargo frente al supuesto que se declare, fundada en parte la contradicción, surge la disyuntiva si procedería interponer recurso de apelación y en que efecto se concedería, por citar, la ejecución de un acuerdo conciliatorio que requiere el pago del saldo del precio y la suscripción de la escritura pública, sin embargo, este último supuesto no es materia del acuerdo en ejecución, motivando que se declare fundada en parte la contradicción. Ello nos lleva a cuestionar el efecto de la apelación y como incidiría ésta en la ejecución de las otras prestaciones exigidas, como es el saldo del precio.

Además, nótese la diferencia para ejercer este medio de impugnación con el procedimiento de ejecución de garantías. Señala el artículo 722 CPC “el auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo.” Al no hacer distinción dicha norma entre el efecto de la apelación y el sentido de la resolución que resuelve la contradicción se viene interpretando en los estamentos judiciales que debe concederse apelación con efecto suspensivo, aún en contravención con lo dispuesto en el artículo 371 CPC que sólo permite dicho efecto contra los autos

que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, situación que no es aplicable cuando la contradicción no se ampara.

Por último debe apreciarse con especial cautela el cumplimiento de las prestaciones del acto jurídico celebrado luego de la sentencia (ver artículo 339 CPC). Esto nos lleva a decir que *a posteriori* a la sentencia judicial, no se puede realizar ningún acto de disposición sobre el objeto del litigio porque esté ya quedó definido por obra de la jurisdicción a través de la sentencia judicial. se puede realizar actos de disposición en toma de la ejecución de la definida si partimos de la idea que la sentencia judicial genera cosa juzgada, no por efecto de la sentencia en sí, sino por una cualidad que la Ley le atribuye a fin de acrecentar su estabilidad; el celebrar acuerdos relacionados con el conflicto ya definido, no vulnera esa seguridad porque el acuerdo solo se remitirá a la manera como se va a ejecutar lo declarado en la sentencia. La norma si bien reconoce que dichos acuerdos son actos jurídicos, no le otorga la calidad de transacción. Como señala el artículo 339 CPC, “aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia”; sin embargo, en el supuesto que no se cumpla con la ejecución de las prestaciones del acuerdo, se ejecuta la sentencia, debiendo tomar en cuenta el acreedor lo ejecutado parcialmente en la liquidación final.

En conclusión, podemos hablar de un acuerdo *sui generis* porque opera sobre la ejecutabilidad de una sentencia que contiene derechos definidos. Es un acuerdo que sus prestaciones no devienen en exigibles, pues, solo busca conciliar el modo de ejecutar la sentencia, porque parte de dos supuestos: un conflicto ya resuelto y la seguridad jurídica que implica la inmutabilidad de la decisión.



### JURISPRUDENCIA

---

*Los pagos efectuados a cuenta de la deuda puesta a cobro, hechas con posterioridad al emplazamiento con la demanda, deben hacerse valer en la etapa correspondiente y en la forma legal señalada por el artículo 1257 del Código Civil (Exp. Nº 50563-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 628)*

*El pago a cuenta efectuado con posterioridad a la interposición de la demanda, debe hacerse valer por el ejecutado en ejecución de sentencia, en la forma establecida por el artículo 718 del CPC (Exp. Nº 996-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 565)*

## RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS

### ARTÍCULO 719

*Las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras reconocidas por tribunales nacionales se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en este Capítulo, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la Ley General de Arbitraje. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Cuando se trata de sentencias judiciales y arbitrales extranjeras, que resuelven asuntos contenciosos y que se pretendan ejecutar en el país, se exige que aquellas sean reconocidas previamente por la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretenda hacer valer, a fin que éstas otorguen una resolución judicial de reconocimiento. Esto es lo que se conoce como el ejecutor o reconocimiento judicial, cuya regulación se recoge en los artículos 837 al 840 de este Código Procesal.

Sobre el reconocimiento judicial, señala el artículo 127 LGA “un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito ante la Sala Civil de la Corte Superior competente a la fecha de presentación de la petición del domicilio del demandado, o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, la del lugar donde éste tenga sus bienes”.

La norma no parte del supuesto de la sentencia proveniente de un proceso no contencioso, sino de la que proviene de una contienda cuya cognición se ha agotado en un Tribunal extranjero. Ello porque conforme señala el artículo 2108 CC las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren de exequatur<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Texto según la 1ª disp. modificatoria de la Ley 26572 de 05-01-1996.

(1) Sobre el particular ver el “El reconocimiento de sentencias extranjeras y la adopción” en Diálogos con la Jurisprudencia, Vol.10, Nº 75, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 81-86.

El exequatur implica que ninguna sentencia extranjera podía ser ejecutada sin autorización de los jueces del lugar de la ejecución. La sentencia emanada de una soberanía diferente se presenta ante el órgano jurisdiccional nacional para que ordene o deniegue su reconocimiento y ejecución. La declaración de exequatur es imprescindible para que una sentencia extranjera produzca cualquier efecto en el Perú.

Como señala el artículo 2104 del Código Civil, la sentencia extranjera no debe atender contra el orden público y debe gozar de la autoridad de cosa juzgada. La sentencia debe provenir de un país donde se otorgue reciprocidad a las sentencias emitidas por tribunales peruanos. En ese sentido nuestro país reconoce dicha reciprocidad al regular en el artículo 2102 CC así: “las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos. Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene ésta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos”. En atención a ello, señala el art.838 CPC se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.

Por último debe precisarse que si el interés de la persona en presentar una sentencia extranjera ante una autoridad peruana no está dirigido a la ejecución en el Perú del mandato que ella contiene, sino a probar determinados hechos o circunstancias, no es necesario el exequatur. El artículo 2019 CC señala que las sentencias debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos no requiriendo el exequatur.



### JURISPRUDENCIA

---

*Se presume que existe reciprocidad respecto de la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú. Son materia de reconocimiento y ejecución las sentencias y fallos arbitrales extranjeros (Exp. N° 1528-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 305-308)*

*El proceso de exequátur no tiene por objeto el re-examen de lo ya juzgado, ni el análisis del proceso mismo, sino el cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley peruana establece para su concesión (Exp. N° 384-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 243)*

*En virtud del principio de reciprocidad, el exequátur tiene como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el Tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. No basta la legalización en el país de procedencia,*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*sino que es necesaria la homologación de la resolución judicial (Exp. N° 70-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 244-245)*

*No habiendo sido inscrito el matrimonio ante la autoridad nacional acreditada en el exterior, ni ante los Registros del Estado Civil del Perú, no es procedente reconocer la sentencia de divorcio en tanto no esté registrado o inscrito ante el Consulado respectivo (Exp. N° 1277-34, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 246-249)*

*El exequátur o proceso judicial de homologación y ejecución de sentencias extranjeras tiene lugar en el ordenamiento jurídico nacional en base al principio de la reciprocidad y cortesía internacional, a fin de evitar la duplicidad de juzgamiento frente a un mismo derecho, siempre que se dé cumplimiento eficaz a la normativa peruana de permisibilidad de esta institución (Exp. N° 596-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 250-251)*

## Capítulo IV

---

# PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

### PROCEDENCIA Y COMPETENCIA

#### ARTÍCULO 720

*Las normas del presente Capítulo se aplican a la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe.*

*El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor.*

*Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas. Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documento de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas.*

*No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma.*

*Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen.*

*La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo y sólo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada. Es competente el Juez Civil. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA 720°

C.P.C. Colombia arts. 554-557

---

(\*) Texto según el art. único de la Ley 26791 de 17-05-1997.

---

 *Comentario*

---

1. Los derechos reales y los de crédito forman las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales. El artículo en comentario regula uno de los procedimientos, basado en la existencia del crédito con garantía real, como es el caso de la prenda y la hipoteca. En ese sentido léase lo que expresamente señala el artículo "Las normas del presente Capítulo se aplican a la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe."

A pesar que los derechos reales como los de crédito representan las dos maneras básicas de poder dar satisfacción a un interés jurídicamente protegido, es importante precisar que en el derecho real, el titular puede satisfacer su interés sobre la cosa entregada en garantía; en cambio, en el derecho de crédito, el interés protegido consiste en una prestación definida, que incumbe a otro u otros sujetos de derecho. Puede cumplir o puede dejar de hacerlo; pero este acto que depende de su libre arbitrio tiene eficacia jurídica a pesar de ser incoercible, pues el acreedor podrá dirigirse contra el patrimonio del deudor.

El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa de manera que todos los demás han de respetar esta atribución; situación diferente a lo que sucede en el derecho personal. En éste el obligado está personalmente vinculado con el acreedor con independencia de la composición de su patrimonio. Mientras en el derecho personal o de crédito la obligación determina a una persona para que mediante un acto de cumplimiento entregue una cosa (determinada o indeterminada) al acreedor, en el derecho real limitado sucede lo contrario, pues, existe una cosa efectivamente determinada que señala como sujeto pasivo de la relación a quien sea su propietario. En tal sentido, en un proceso de ejecución de garantías, no puede alegarse distinción obligacional alguna, pues, lo que se persigue es la realización de la hipoteca, a fin de saldar lo adeudado, siendo irrelevante, si las obligaciones que resguarda a favor del acreedor son de naturaleza real o personal<sup>(1)</sup>

El acreedor obtiene una seguridad más firme, mediante la constitución de los derechos reales de garantía. Los bienes gravados no podrán quedar liberados de la responsabilidad a que se hallan sujetos aunque dejen de pertenecer a quien los gravó. El medio de normal constitución de estos derechos es el convencional, sin embargo, sus principales efectos están determinados por la Ley, sobre todo en la medida en que concede un privilegio para cobrar el crédito con cargo al objeto gravado.

---

(1) Véase pronunciamiento de la Sala Comercial de Lima, recaído en el expediente No: 58-2005, de fecha 23 de mayo del 2005, Banco Sudamericano con Bertha Percovich Cisneros sobre ejecución de garantía

Especial situación se presenta en caso se entregue un bien ajeno en garantía. La Sala Civil Suprema, en la Casación N° 2160-2001-Lima, de fecha 5 de mayo de 2004, publicada en El Peruano el 01 de diciembre del 2004, considera que el acto realizado es válido, pues no ha afectado la formación del contrato; sin embargo, este acto responde a la obtención de un resultado injusto o contrario al derecho, siendo un acto válido pero sin efectos, es decir, ineficaz. Precisa que un acto jurídico es nulo cuando no reúne los requisitos generales previstos en el artículo 140 C.C. y es ineficaz cuando, siendo válido o inválido, no puede producir efectos o parte de ellos. En el caso materia de análisis, no obstante que el contrato se había celebrado válidamente, no podía surtir efectos porque el bien dado en garantía era ajeno. En este sentido, la Sala Suprema considera aplicable el artículo 1370 CC, que dispone que la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración, es decir, permite que mediante resolución judicial se declare la ineficacia del acto jurídico. Asimismo, establece que la rescisión tiene efectos retroactivos, además de tener un fin restitutivo de las prestaciones y evasivo de resultados injustos o contrarios al derecho.

La hipoteca es un derecho real de garantía constituido sobre bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor. El Código Civil la define, en el art: 1097, como "la afectación de un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado." En efecto, como señala el Código Civil, la hipoteca confiere a su titular el derecho de venta o realización del bien gravado, ya sea que este se conserve bajo el dominio del constituyente de la garantía o sea enajenado a un tercero; ello implica, que lo que se grava con la hipoteca no es el bien mismo sino el derecho que recae sobre él, lo que le permite al acreedor hipotecario hacer vender el bien, en caso de incumplimiento del deudor.

No solo se grava con hipoteca el derecho de propiedad, también puede extenderse a otros derechos reales, como el usufructo sobre un inmueble (ver art: 1002 CC), salvo que se trate de usufructo legal. La hipoteca del usufructo debe respetar la duración de este último, sin embargo, no pueden hipotecarse los derechos de uso y habitación, tal como refiere el art: 1029 CC.

La prenda era regulada en el Código Civil en los artículos 1055 al 1090 y se definía como un derecho real de garantía sobre una cosa mueble que se constituía con la entrega física (en caso de bien no registrable) o jurídica de éste al acreedor o a un tercero y que faculta al primero para enajenarla en caso de incumplimiento de la obligación, para extinguir el crédito con el precio obtenido. Para la validez de la prenda, señalaba el artículo 1058 CC, era necesario que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente; y que el bien se entregue físicamente o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste, o a la persona que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

última parte del art. 1059 CC. La normatividad del Código Civil referida a la prenda ha sido derogada por la Ley N° 28677 publicada en el diario El Peruano el 1 de marzo del 2006 que regula la garantía mobiliaria para asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad. Dicha Ley define a la garantía mobiliaria como la afectación de un bien mueble, mediante un acto jurídico, destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación. La entrega física del bien no registrable afectado en garantía al acreedor o a un tercero dependerá exclusivamente de lo acordado por las partes, a diferencia de la regulación del Código Civil (ver art. 3.1 de LGM).

Un aspecto interesante de esta Ley es que unifica el tratamiento legal disperso de la prenda, además, remite a la ejecución extrajudicial y al arbitraje la garantía mobiliaria. Solo de manera excepcional, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6 del art: 47 LGM se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil. También la LGM involucra la intervención del juez especializado en lo civil para requerir judicialmente la incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, a pedido del acreedor garantizado o el adquirente del bien (ver art: 51 LGM). En caso de adjudicación del bien por el acreedor y el valor fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución; sin embargo, en caso el valor del bien mueble afecto en garantía fuere mayor al monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia dentro de un plazo legal que establece el art: 53.4 LGM, vencido dicho plazo sin pagar la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, mas intereses y gastos.

2. Como ya se ha referido, el proceso de ejecución de garantía es aquella acción que corresponde al titular del derecho real para hacer efectiva la venta de la cosa, por incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud de un título de ejecución que debe contener un derecho cierto, expreso y exigible (ver art: 689 CPC). La Sala Civil Suprema, ha establecido de manera reiterada<sup>(2)</sup> que el título de ejecución lo constituye el documento que contiene la garantía (la misma que puede ser hipotecaria, prendaria o anticrética) acompañada de la respectiva liquidación del saldo deudor, cuya finalidad es precisar el monto adeudado por la parte ejecutada. En ese sentido, el cuestionamiento que se haga a una entidad bancaria ejecutante sobre el origen de la deuda (letra de cambio girada a la vista sin haber sido notificada al titular para que pueda observarla en el plazo de 15 días hábiles) no resulta apropiada, pues, en un proceso de

---

(2) Véase por citar las Casaciones N° 3438-2002-Lima, N° 3001-2002 Arequipa, No 406-2001-Lambayeque de fechas 25 de abril y 19 de setiembre de 2003 y 15 de junio del 2004

ejecución de garantía el título para la ejecución está dado por la escritura de constitución de hipoteca y el saldo deudor y no por el título valor, que solo constituye un anexo y no el título de ejecución. Sobre el particular, la Casación N° 1806-2001-Ica, ha señalado que no debe confundirse, el requisito de la comunicación previa exigible en el proceso ejecutivo y que se sustenta en el mérito de una letra de cambio girada a la vista por el cierre de una cuenta corriente, con el proceso de ejecución de garantías, en el cual solo se requiere la presentación del título de ejecución hipotecaria, la tasación comercial actualizada y del estado de cuenta del saldo deudor, sin que sea necesario un requerimiento previo.

Tampoco resulta exigible presentar los títulos originales de los cuales se deriva la deuda reclamada.<sup>(3)</sup> De la simple lectura del art. 720 del CPC se aprecia que el ejecutante debe anexar entre otros, el documento que contiene la garantía, sin hacer diferencia si se trata del documento original o no, no siendo factible diferenciar donde la Ley no diferencia. Tampoco, resulta ajena a la litis la presentación de los pagarés u otros títulos valores insolutos para la ejecución de garantías, pues, no cabe exigir la presentación de documentación adicional a la establecida en el art. 720 CPC, lo que hace que este tipo de procesos contengan un presupuesto de certeza del derecho alegado, situación que, por el contrario no se presenta en los procesos ejecutivos cuando el título está constituido por una liquidación de saldo deudor, donde se requiere necesariamente la presentación de otros documentos que sustenten la obligación objeto de cobro.

Como sostiene la Sala Comercial de Lima de manera reiterada, no es exigible al ejecutante ofrecer otros documentos distintos a lo señalado en el art. 720 CPC, de tal manera que si la ejecutante ha cumplido con precisar en la respectiva liquidación del saldo deudor, las obligaciones respecto de las cuales se ha hecho valer la garantía hipotecaria, crédito comercial y cuenta corriente, así como la indicación del interés aplicado, es procedente su ejecución. Sostener un razonamiento contrario es invertir la carga de la prueba a favor del ejecutado, cuando lo que corresponde a dicha parte (en aplicación del art. 196 CPC) es acreditar los hechos que sustentan su contradicción en base a las causales de inexigibilidad de la obligación o nulidad formal del título, como refiere el art. 722 CPC. Proceder de otra manera, es desnaturalizar el fin del proceso de ejecución, destinado a despachar ejecución con el solo mérito del documento que contiene la garantía hipotecaria y la liquidación de saldo deudor. Similar criterio se aprecia en la Casación No 1266-2001-Arequipa, del 31 de octubre del 2001, que dice: "incorporar la exigencia de presentación de otros documentos aparte de los requeridos en el art. 720 CPC, conllevaría la desnaturalización del proceso de ejecución de garantías"

(3) Véase en ese sentido la resolución de fecha 28 de abril del 2005, Sala Comercial de Lima, expediente N° 120-2005, en el proceso seguido por Banco Wiese Sudameris con Adriana del Rosario Prat Vera sobre ejecución de garantía hipotecaria

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Por otro lado, la Sala Civil Suprema ha señalado en la Casación N° 3481-2002-Ucayali, publicada en El Peruano, el 02 de Noviembre del 2004, que no se puede exigir a los Bancos consignar en las garantías hipotecarias genéricas que suscriban, las características de los títulos valores que fueron aceptados con posterioridad al otorgamiento del crédito hipotecario, pues, se debe tener en cuenta que el título de ejecución es la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria y no los títulos valores.

Tratándose de una garantía sábana, si en la liquidación de saldo deudor, la actora ha cumplido con precisar cuales son las obligaciones reclamadas (crédito comercial y cuenta corriente) así como el monto de las mismas, con el detalle de los pagos efectuados y los intereses adeudados, se ha cumplido con precisar la obligación reclamada, a través del saldo deudor, correspondiendo a la emplazada, acreditar la inexistencia o inexigibilidad de la deuda o su correspondiente pago.

El estado de cuenta del saldo deudor, es un documento no sujeto a formalidad; sin embargo, hay criterios que cuestionan el estado de cuenta de saldo deudor por no haber sido suscrito por ningún representante del Banco demandante, impidiendo determinar la veracidad de la liquidación unilateral de la supuesta deuda. Señala la Sala Comercial de Lima<sup>(4)</sup> sobre el particular, que la elaboración de la liquidación de saldo deudor no está sujeto en principio a una forma preestablecida por Ley. En todo caso, habiendo sido suscrita la liquidación por el mismo abogado y apoderado de la entidad bancaria que autoriza la demanda, se cumple con la finalidad para la que estaba destinada dicha operación, como es, establecer la situación en la que se encuentra el deudor respecto de las obligaciones que hubiere contraído.

Tratándose de deudas que deben ser liquidadas en la moneda nacional y en moneda extranjera, dicha liquidación del saldo deudor debe realizarse en un solo documento, el mismo que sirve de base para la ejecución, manteniendo en la liquidación las mismas monedas pero bajo un solo consolidado, en el que se involucren todas las obligaciones, pero con sus referentes de las monedas originarias. Sobre el particular, aparece la Casación N° 3096-2000 si el accionante anexó a la demanda de ejecución de garantías el estado de cuenta del saldo deudor y esta no expresaba claramente el mecanismo para la conversión de intis millón a nuevos soles, esto determina que el saldo deudor anexado a la demanda no refleja el estado de la deuda, es decir, que dicho saldo deudor no tiene valor como anexo del proceso y ante ello el juez debió declarar su inadmisibilidad y no declarar su improcedencia

---

(4) Pronunciamiento recaído en el Exp: 005-2005, del 28 de abril del 2005, en los seguidos por Banco Nuevo Mundo en Liquidación con Inversiones Los Eucaliptos SA sobre ejecución de garantía hipotecaria.

Otro aspecto a considerar es que no se requiere que el saldo deudor este aprobado o aceptado por el ejecutado. Como señala la Casación 2806-2001-Ica, “el último párrafo del artículo 226 de la Ley General del Sistema Financiero N° 26702 establece en el caso de cuentas corrientes que, las entidades bancarias deben informar periódicamente a sus clientes sobre los estados de cuenta a fin que puedan ser observados, lo que no ocurre con el estado de cuenta del saldo deudor que se acompaña como anexo a la demanda, de ejecución de garantías, conforme al artículo 720 CPC”; por ello, cuando la resolución de vista ha exigido para la ejecución de garantías un requisito que no está establecido en el CPC, como es el de pretender que el estado de cuenta del saldo deudor anexo a la demanda, se notifique previamente a los ejecutados, ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo 171 CPC.

El Saldo Deudor, debe contener como mínimo la indicación del capital adeudado así como la tasa de interés aplicada, precisando los períodos correspondientes, ello porque el mandato de ejecución se entiende por el capital adeudado. Los intereses adeudados y otras obligaciones pactadas deben ser calculadas en la etapa de ejecución de resolución definitiva, conforme lo dispone el art. 746 CPC, por lo que previamente a la admisión de la demanda, se puede requerir a la parte actora, cumpla con presentar el documento de saldo deudor donde precise el monto total por capital adeudado, con la deducción de las respectivas amortizaciones, en rubro aparte los intereses legales y otras obligaciones que pudieran existir.

El problema se suscita por la interpretación que debe contener el saldo deudor (que conceptos están bajo ese rubro). Algunos jueces consideran que solo debe requerirse el pago de la deuda capital, dejando la liquidación de los intereses para el momento del pago en ejecución (ver artículo 746 CPC), sin embargo, otros criterios consideran que el artículo 689 CPC permite no solo requerir el pago de cantidades liquidadas sino liquidables por operación aritmética, en tal sentido, perfectamente el mandato de ejecución podría ordenar el pago por ambos conceptos (deuda capital mas intereses) y no esperar, luego de haber culminado el pago de la deuda, luego ingresar a la liquidación de los intereses.

En la Casación 3616-2000-Cono Norte del 4 de abril del 2001, la Sala Civil Suprema ha señalado que el estado de cuenta de saldo deudor constituye una operación en la que se establece la situación del deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificando el acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma total o parcial y si ésta ha generado los intereses respectivos, criterio que ha hecho suyo también la Sala Comercial de Lima (véase expediente N° 42-2005 del 19 de Mayo del 2005, en los seguidos por Nestle Perú SA con SPH Agroindustrial SRL y otro sobre ejecución de garantía hipotecaria) toda vez que en todo proceso de ejecución de garantías, la suma ordenada pagar es fijada por el demandante en el estado de cuenta de saldo deudor elaborado unilateralmente por

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

éste, en uso de la facultad que le confiere el art. 720 CPC, sin perjuicio que en la instancia correspondiente se proceda conforme al artículo 746 CPC.

En conclusión, las liquidaciones de saldo deudor constituye una operación en la que se establece la situación del deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificando el acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma total o parcial, y si esta ha generado los intereses respectivos, dependiendo de ello la relación de las partes, no requiriendo para su validez dos firmas como esgrime la demandada. En relación al saldo deudor, la Sala Comercial de Lima, en forma reiterada ha señalado que "la presentación de la liquidación detallada de un afirmado saldo deudor, dota al juzgador de la precisión necesaria respecto al crédito cuyo cobro se persigue, permitiéndole una relativa claridad para la determinación de si la obligación reclamada es expresa, cierta y exigible; que si bien el juez de mérito se encuentra en la facultad de requerir la presentación de un estado de cuenta más explicado que el que se adjunte a la demanda, nada obsta para que el ejecutante así lo haga en la etapa postulatoria, evitando dilaciones como las que ocurren en el caso concreto y que son –en verdad- atribuibles a la propia ejecutante y no al Poder Judicial; por ello –señala la Sala Comercial- exhortamos a todo aquel que busque tutela jurisdiccional efectiva, que en procesos de ejecución de garantías presenten el estado de cuenta de saldo deudor de manera pormenorizada, de modo tal que este sirva por sí mismo como elemento idóneo para evaluar y resolver los posibles cuestionamientos que los ejecutados efectúen sobre las sumas reclamadas en la demanda, evitándose dilaciones innecesarias"

En ocasiones se estila paralizar la ejecución forzada abonando el monto capital reclamado, pero como la liquidación de los intereses se posterga para su oportunidad, ello obligaba, luego de la liquidación de intereses, a requerir nuevamente ese nuevo monto e iniciar la ejecución forzada por la diferencia.

Cuando se tenga que actualizar los intereses, luego del mandato de ejecución, se deberá actualizar sobre el monto del capital mas no sobre el monto del total de la deuda demandada. En ello se debe ser claro, caso contrario se estaría permitiendo el anatocismo en los intereses. En este aspecto es importante la defensa del ejecutado, para estar alerta y apreciar que los intereses que se vienen ampliando o actualizando, no se liquiden sobre el total de la suma demandada sino sobre el monto capital. En igual forma, hay liquidaciones de saldo deudor donde la parte actora incrementa los intereses al capital, para luego reducir el supuesto pago a cuenta realizado por la ejecutada, considerando este nuevo monto como capital y sobre él aplica, nuevamente las tasas de interés, situación que permite concluir que al momento de liquidar el saldo deudor capitalizó los intereses.

Se advierte que hay juzgados que dictan el mandato de ejecución tomando como monto de la deuda solo el capital, a pesar que en la liquidación el saldo deudor contempla la liquidación de los intereses a la fecha de la interposición de la demanda, el mismo que es materia de la demanda. Se dicta el mandato de ejecución,

por el monto capital, mas se obvia colocar como parte de la pretensión el cobro de intereses que devenguen, prosiguiendo el proceso hasta el remate, para luego, el ejecutado con el solo depósito del monto capital demandado, no solo paraliza el remate sino concluye el proceso, pues, ha satisfecho literalmente el mandato de ejecución en el que se ordenaba que pague la deuda (precisado solo en el monto capital) no habiendo mandato expreso que le reclame el pago de los intereses en el proceso; de ahí que cuando el juez pretenda intervenir dicha liquidación del saldo y solo restringirla al monto capital, hay que tener en cuenta que los intereses se hubieren demandado; situación particular, es cuando no se ha demandado intereses porque ellos ya estaban liquidados dentro del saldo deudor y el ejecutante consideraba suficiente dicho monto y no requería reclamar mas intereses. A pesar de ello, se interviene el saldo y se consigna como monto de la deuda solo el capital y no se dice nada sobre los intereses que si contenía el saldo deudor, pero que no había sido demandado porque ya se entendía satisfecha con la suma liquidada en dicho saldo.

3. Como se aprecia de la redacción del artículo en comentario, debe presentarse además la tasación comercial actualizada realizada por dos peritos, con sus firmas legalizadas. Además, señala que tratándose de bien registrado se debe anexar el respectivo certificado de gravamen. Si bien la norma no hace referencia expresa a cumplir con los requisitos del Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú, ello no significa que no puedan ser tomados en cuenta por los profesionales peritos, al momento de su elaboración.

La tasación es un instrumento necesario en la fase de ejecución ante el probable remate del bien otorgado en garantía, no pudiendo constituirse en un requisito de procedibilidad dado su carácter subsanable o, en todo caso, mejorable de acuerdo a lo establecido por el artículo 729 CPC; esto implica que tampoco cabe discutir en la contradicción el valor de la tasación. Las discrepancias que pudieren existir en torno a dicha valorización pueden ser sometidas en la etapa de ejecución forzada, a una nueva tasación, de considerar el juez que el monto fijado inicialmente ha devenido en desactualizado, todo ello de conformidad con el art. 729 CPC. Nótese que si el ejecutado satisface el mandato de ejecución, en su oportunidad, no se ingresará a la ejecución forzada, no requiriendo por tanto de la existencia de una tasación comercial y actualizada. En ese sentido, no resulta oportuno discutir el valor de la tasación en esta etapa del procedimiento, lo que no implica que en el inicio de la ejecución forzada se deba realizar.

Para los efectos de la ejecución de garantías no sólo se exige la tasación del bien, sino que ésta sea comercial y actualizada, pues de no ser así, en caso de remate público, su patrimonio podría venderse por un precio inferior al que realmente le correspondería. Nótese que la norma hace referencia a la tasación comercial del bien, que es un referente diferente al valor de realización del bien, en el que se deduce gastos de publicidad, realización, mantenimiento, comisiones, entre otros.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En la tasación comercial, el valor del inmueble se establece tomando en cuenta factores concurrentes y la valuación directa. Dentro de los factores concurrentes aparece la ubicación del inmueble, características constructivas, antigüedad, estado de conservación, equipamiento urbano que posee la zona, servicios de infraestructura instalados y realidad inmobiliaria actual. En la valuación directa, ingresan referentes como el valor del terreno, valor de la construcción, valor de áreas comunes si fuere el caso.

Como se aprecia, el avalúo de un inmueble es la estimación en dinero del valor del bien. Constituye el monto referencial para una eventual ejecución y remate público, por lo que el concepto de tasación actual no depende de la cercanía o lejanía respecto de la fecha en que las partes convinieron la valoración del bien, sino que el bien tasado mantenga su valor de referencia económico que las partes acordaron ante la posible ejecución del bien. En efecto, a través de la Casación 336-98-Piura aparece el caso en que el Banco ejecutante cumplió con presentar la tasación actualizada de los dos inmuebles otorgados en hipoteca; sin embargo, ambos inmuebles al momento de la constitución de la hipoteca fueron valorizados por las partes contratantes de mutuo acuerdo en suma que supera el 50% de la tasación actual, es decir, que según la tasación comercial actualizada, los inmuebles en vez de incrementar su valor en 4 años, se han despreciado en más de un 50%. Esta situación completamente extraña y no explicada por el Banco ni por los tasadores, a decir de la Sala Suprema, no se debe permitir, a pesar que el hecho no sea causal de contradicción, pues, se podría estar ante un posible abuso del derecho por parte de la entidad ejecutante.

Otro aspecto a tener en cuenta es el referente monetario utilizado para expresar el valor de la tasación. Esto implica que si las partes, de común acuerdo y en uso de las facultades contenidas en el numeral 729 CPC, han acordado valorizar el inmueble en dólares americanos o en su equivalente al tipo de cambio actualizado en moneda nacional, no es necesario nueva tasación

Especial situación es el remate de un terreno dado en garantía hipotecaria, sobre el que además existe una fábrica edificada posteriormente a la hipoteca. El Tribunal Constitucional en la acción de amparo, expediente N° 428-97-AA/TC de fecha 21 de julio de 1999, seguido por Alejandro Elio Mora Villegas, ha establecido que se afecta el derecho constitucional a la propiedad y al debido proceso, si se garantizó una compra venta con garantía hipotecaria, pero solo con el terreno y no la edificación (porque en ese momento no existía); sin embargo, en ejecución de garantía, se ordena el remate público no sólo del área superficial, sino también la fábrica que no se comprendió en la garantía. Considera que se infringe lo previsto en el art. 1100 CC, cuando se ordena la ejecución de la hipoteca por la totalidad del inmueble, cuando del instrumento constitutivo del gravamen se desprende que éste solo recaía sobre una parte específica del bien, el terreno. Hay decisiones judiciales que se han venido trabajando bajo ese norte, a pesar que el citado

fallo expedido por el Tribunal Constitucional no tenía alcance legal general, en ese sentido léase la Casación 2842-2003-Arequipa y la Casación N° 984-2003-Lima de fecha 19 de noviembre del 2003, que dice: "no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros de conformidad con el art: 1106 CC; de tal modo que, al ser el subsuelo, suelo y sobresuelo, bienes inmuebles independientes cada uno de ellos, tienen que tener existencia real al momento de pretenderse gravarlos; en consecuencia, si al momento de hipotecarse el suelo o terreno no existe el sobresuelo o edificación, la edificación posterior no estará afecto a dicho gravamen a menos que se celebre un nuevo acto jurídico respecto de éste último; asimismo, bajo el mismo razonamiento, de existir en el referido momento tanto el terreno como la edificación, para gravar ambos, lógicamente, deben cumplirse con señalar las informaciones específicas de ambos para que la hipoteca tenga validez". Una interpretación más amplia y sistemática de las normas que integran los derechos reales en el Código Civil sobre el tema, llevan a sostener que es incorrecto que el juez, en un proceso de ejecución de garantías, ordene la exclusión de la fábrica edificada sobre el terreno bajo el argumento que es un bien futuro y/o indeterminado, pues ambos deben ser considerados como una sola unidad inmobiliaria comprendida por la hipoteca. Al respecto aparece publicado en Legal Report- Gaceta Jurídica<sup>(5)</sup>, un interesante análisis sobre el tema, el mismo que sirve de base para reproducirlo en el siguiente comentario. Se sostiene que las edificaciones levantadas sobre un terreno son parte integrante de éste, pues se fusionan de tal forma que no pueden separarse, sin ocasionar la destrucción, deterioro o alteración de la construcción, del suelo o de ambos bienes; esto implica, a la luz del art: 989 CC, la fábrica (parte integrante) debe seguir la suerte del bien principal (terreno), en consecuencia, si sobre un terreno hipotecado se edifica una construcción con posterioridad al surgimiento del gravamen, dicha construcción, en principio queda comprendida por la hipoteca, pues, se integra al suelo sobre el cual se levanta y forman una sola unidad inmobiliaria. Sostienen que no se falta al principio de especialidad objetiva si se comprometieran bajo la esfera del gravamen a las edificaciones levantadas con posterioridad a su constitución, pues, como se dice, este solo comprende la ubicación, área y linderos, esto es su delimitación a un espacio físico determinado, que a futuro puede extenderse hacia arriba (sobresuelo) y/o hacia abajo (subsuelo), hasta donde sea útil al propietario, independientemente que se inscriba en el Registro. Y así como una unidad inmobiliaria comprende a sus partes integrantes y accesorias, al margen del tiempo, en que se adhieran a esta, ya sea por efectos de la accesión o de las mejoras. La hipoteca que la grava también se extiende a aquellas que forman parte del inmueble sobre el cual recae. Si a ello se agrega que el art: 887 y 889 CC disponen que las

(5) Léase sobre el particular, el interesante informe que al respecto publica Abogados Legal Report, N° 00, año 1, diciembre, 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pp.5-9

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

partes integrantes de un bien (la fábrica) no pueden ser objeto de derechos singulares y deben seguir la suerte del bien principal (suelo), solo cabe concluir que la hipoteca debe extenderse a todo aquello que se integre a la unidad inmobiliaria a la cual afecta. En conclusión, para el estudio citado, las construcciones son partes integrantes de un terreno, la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado, por tanto, la hipoteca de un terreno se extiende a las construcciones. Esto, es factible sostener, siempre y cuando un mismo sujeto sea propietario del suelo y de la edificación, sin embargo, la situación se complica, cuando el dueño de la fábrica es una persona distinta al propietario del suelo. Aquí se produce un quiebre del principio que las partes integrantes y accesorias siguen la suerte del principal, porque tales supuestos son esferas de poder distintas y diferentes, que no se confunden ni se entremezclan.

Frente a la posición de la Corte Suprema, que las edificaciones que se levantan en un terreno después de hipotecado son bienes futuros y por tanto no cabe hipoteca respecto de ellas, Avendaño<sup>(6)</sup> considera que ello no es cierto, porque las edificaciones que se levantan sobre un terreno no se hipotecan antes que existan, sino que la hipoteca sobre el terreno –un bien existente y no futuro– se va extendiendo a todo lo que se incorpora a él. El bien (terreno) se modifica, como se modifica una casa, cuando se hace una pared adicional o se abre una ventana. Sostener lo contrario permitirá a los deudores frustrar los remates de los terrenos que han hipotecado, tan solo construyendo algunas edificaciones, así como liquidar la hipoteca sobre terrenos.

Por otro lado la norma exige que tratándose de un bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen. Dicho documento no es el idóneo para el remate, pues solo brinda información sobre las cargas o gravámenes pero no hace referencia sobre toda la historia del bien, para lo cual se debe solicitar la copia literal. La historia del bien es importante para los fines del art. 734 CPC, que exige se describa con exactitud éste, situación que no permite satisfacer la información del gravamen, pues, en él se aprecia las afectaciones, mas no información acerca de las independizaciones, numeración, cambio de jurisdicción, transferencias, entre otros datos necesarios a tener en cuenta para el remate del bien. En la Casación N° 322-2004-Callao, publicada en El Peruano el 30 de setiembre del 2005, sobre la implicancia del certificado de gravamen del bien para la admisión a trámite del proceso de ejecución señala: "el título de ejecución viene representado por la escritura pública de constitución del gravamen y el estado de cuenta del saldo deudor. Así la lógica del legislador al solicitar además de estos

---

(6) Avendaño Arana Francisco, "Hipoteca de terrenos: ¡que en paz descanse! en *Ius et veritas*, Desde la PUCP, año VI, N° 17, Lima, pp.10-13.

requisitos, el certificado de gravamen, en tanto se trate de bienes registrados, se orienta a constatar que el gravamen para dichos bienes se encuentra debidamente inscrito, pero este elemento probatorio no influye de manera directa y contundente en la determinación de la exigibilidad de la obligación, por lo que su omisión no incide en ella. "En conclusión, la falta de presentación del certificado de gravamen del inmueble, cuya ejecución se pretende, no importa negar o postergar el inicio del proceso de ejecución, por ser tal vicio pasible de subsanación.

Otro aspecto que es importante precisar esta referido al ejercicio simultáneo de las acciones personales y reales por el acreedor hipotecario. La Sala Civil Suprema, en la Casación N° 2564-2003-Lima, publicada en El Peruano, el 31 de enero del 2005, ha establecido que a efectos de satisfacer su crédito el acreedor hipotecario tiene la opción de ejercer la acción personal contra el deudor o la acción real sobre el bien hipotecado, o ambas a la vez, sin embargo, ello no lo faculta a percibir un doble pago. El artículo 1117 CC, tiene por finalidad brindar al acreedor los suficientes medios para cobrar su crédito, de esta manera se podrá emplear una de las acciones (real o personal) o ambas a la vez; lo cual de ninguna manera implicará que quede autorizado a percibir un doble pago, pues dicho artículo permite la duplicidad de acciones pero no la duplicidad del pago del crédito. En ese sentido, bastará que el deudor cumpla con el pago o que se produzca la venta judicial del bien para que la obligación se extinga. La Sala Suprema en la citada Casación N° 2564-2003, concluye que al no haberse probado en autos por ningún documento que el demandado haya sido requerido en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ni que se haya hecho efectivo el monto de la demanda de obligación de dar suma de dinero, no hay evidencia alguna de doble pago.

4. Es importante hacer referencia al certificado de gravamen, al margen de lo señalado líneas arriba, para precisar que la hipoteca constituye un gravamen y no una carga. Resulta coherente que la norma exija información en relación a los gravámenes. Ellos dependen de una obligación accesorio, la que de incumplirse puede conllevar la venta del bien afectado, como sería el caso de la hipoteca o el embargo; en cambio, en las cargas no hay obligación garantizada, por tanto, el objeto sobre el que recae no puede ser objeto de venta. Las servidumbres se citan como ejemplo de cargas, a pesar que el artículo 1035 CC los califique erradamente como gravámenes.

La norma también regula el efecto de la apelación, en caso se declare inadmisibles o improcedentes la demanda, limitando de manera expresa la notificación del ejecutado hasta que el resultado de la apelación quede consentida o ejecutoriada. Este efecto también aparece reproducido en el artículo 637 CPC, al referirse a la apelación por la denegatoria cautelar. La postergación de la notificación al ejecutado se asemeja a la reserva del procedimiento cautelar, que se sigue manteniendo hasta en segunda instancia. A diferencia del procedimiento cautelar, la norma

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

en este caso, si precisa el efecto suspensivo de la apelación, efecto válido de conformidad con el art: 371 CPC, por que con la improcedencia del mandato de ejecución, se estaría poniendo fin al procedimiento iniciado, efecto no extensivo a la inadmisibilidad de la demanda, bajo los supuestos del art. 426 CPC.

Otro aspecto de la norma se refiere a la competencia del juez. Como refiere, es competente para conocer las pretensiones de garantías, el juez civil. Este es uno de los pocos casos, donde la Ley de manera expresa fija la competencia por materia, pues, un referente común para establecer ello es la naturaleza de la pretensión; sin embargo, esta competencia se ha visto afinada en estos últimos tiempos en el distrito judicial de Lima, al establecer los órganos de gestión (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial) mediante Resolución Administrativa N° 185-2004-CE-PJ, la sub-especialidad comercial en el ámbito judicial de Lima, atribuyéndole a estos últimos el conocimiento de determinadas materias vinculadas a temas comerciales, que aparecen anteladamente establecidas en la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS publicada en El Peruano el 02 de octubre del 2004.<sup>(7)</sup>

Bajo ese contexto es importante precisar que las pretensiones de ejecución de garantía hipotecaria les corresponden su debate en la sede comercial, pero no cuando se refieren a la reducción de la hipoteca, pues, por tratarse de una pretensión de naturaleza estrictamente civil, su conocimiento se les asigna a los jueces civiles ordinarios.

5. En el ámbito de los juzgados comerciales en Lima vienen apareciendo decisiones que postergan el mandato de ejecución, so pretexto que "tratándose de inmueble inscrito se deberá notificar con la demanda y mandato que ordena la ejecución además de las partes a los terceros que tuvieren gravámenes inscritos a su favor; ello resulta necesario en la medida en que producida la adjudicación en subasta pública, el auto que transfiere la propiedad al adjudicatario contiene la orden de dejar sin efecto todo gravamen que pese sobre el bien"<sup>(8)</sup> Al respecto se debe tener en cuenta que el mandato de ejecución se orienta a notificar al ejecutado, solo a él, el pago de la deuda; los terceros no tienen incumbencia en el mandato de ejecución, a tal punto, que puede admitirse la posibilidad que el ejecutado cumpla con el pago, o que el ejecutado formule contradicción alegando y demostrando el cumplimiento de la obligación; evitando en ambos supuestos, ingresar al remate del bien. Parecería que lo que se pretende con este criterio, es

---

(7) En el anexo del trabajo aparece descrita la competencia de los juzgados civiles, con la sub-especializados en materia comercial.

(8) Decisión emitida en el expediente N° 2006-055590, por 1º Juzgado comercial el 27 de setiembre del 2006, en los seguidos por Banco Continental con Sanchez Huallanca Heddy sobre ejecución de garantías.

asumir el impulso de oficio en la tramitación de un proceso cuya actividad está signada con el impulso de parte.

La resolución citada considera que "advirtiéndose en el certificado de gravamen correspondiente a la partida electrónica No 43460943 (correspondiente al inmueble dado en garantía) existen otras cargas otorgadas en los asientos D005, D006 y D007, adjunte copias necesarias y precise la identidad y los domicilios de los titulares de las mismas". Como hemos señalado líneas arriba, lo que se busca en la ejecución es satisfacer el gravamen y no las cargas, por ello, resulta coherente pedir información sobre los gravámenes; en cambio, en las cargas no hay obligación garantizada, por tanto, el objeto sobre el que recae no puede ser objeto de venta y se mantendrán sobre el bien afectado, más aún, conforme se advierte del inciso 2º del art: 739 CPC, el auto que dispone la transferencia de la propiedad del inmueble rematado, ordena se deje sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, salvo la medida cautelar de anotación de la demanda, esto es, que las cargas no se levantan con el remate del bien, solo los gravámenes, por tanto, ¿que implicancia tiene para dictar el mandato de ejecución que se cite a los titulares de las cargas?

Otro aspecto que contiene la citada resolución es exigir la copia literal de dominio actualizada, dice: "debe señalarse que conforme al art. 739 CPC sólo podrá ejecutarse el mandato de devolución y entrega del bien ejecutado en la medida que se haya emplazado a los terceros con la demanda. De allí también la necesidad que este requisito sea observado en esta etapa procesal. Adicionalmente debe recalcar que el referido requisito no busca corroborar quien tiene el dominio físico de bien, como entiende la 1º Sala Civil con subespecialidad comercial en su resolución No 3, de fecha 26 de enero del 2006, dictada en el expediente No 1736-2005, sino dilucidar qué otras personas deben ser citadas con la demanda a efectos que el pronunciamiento judicial que se emita pueda ser ejecutado (art: 739 inciso 3 CPC)".

Sobre el particular consideramos que no puede confundirse el emplazamiento con la citación. Es falso que el inciso 3º del art: 739 CPC exija el emplazamiento a los terceros con la demanda. Se busca poner en conocimiento a los terceros del mandato de ejecución, advertir de él, más no emplazar a éstos. El emplazamiento solo es atribuible a quien tenga la condición de parte en el proceso; no cabe emplazar a los terceros sino citarlos o notificarlos con el mandato. La relación procesal que se entabla con el emplazamiento, se entiende con las partes y no con los terceros, a tal punto, que el emplazamiento se convierte en una carga para la parte mas no para el tercero.

La razón de esta citación es advertir al tercero de los efectos de la ejecución forzada (remate) respecto a la entrega del inmueble en ejecución. En tal sentido, lo que se busca es comunicar a quienes tienen el dominio físico del bien, de la actividad procesal que se ha iniciado y las consecuencias directas que a futuro le

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

serán extensivas a estos terceros, en cuanto a la posesión del bien. Situación que no es extensiva a los terceros poseedores que tengan derechos reales inscritos sobre el bien en ejecución, con anterioridad a la constitución de la hipoteca en ejecución. Dichos derechos son oponibles erga omnes por el solo hecho de su inscripción, siempre que su constitución se haya materializado con antelación a la hipoteca.



### JURISPRUDENCIA

---

*No desnaturalizan el proceso, los títulos ejecutivos constituidos por pagarés y escrituras públicas, al provenir los mismos de un mismo título, cual es el mutuo (Exp. Nº 98-25393-2697, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 396)*

*Constituye un requisito de admisibilidad, para la ejecución de garantías reales, presentar el documento que contenga la tasación comercial actualizada. Por responder el proceso de ejecución de garantías a un trámite breve, se debe exigir el cumplimiento riguroso de los requisitos de la acción (Exp. Nº 98-25738-1115, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 373)*

*Si en la letra de cambio no figura la tasa de interés pactado, no puede exigirse ello, aunque conste en un documento diferente que no esté adherido al título valor.*

*El requerimiento para la devolución del exceso, respecto a la suma líquida de la acreencia, no resulta procedente, por cuanto, está pendiente aún el pago de costos y costas del proceso, así como los gastos e incluso los honorarios de los peritos.*

*La omisión de correr traslado a la observación sobre liquidación de intereses, ha sido convalidada, al no cuestionar la actividad del juzgado en la sustanciación de aquella (Exp. Nº 42-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 365)*

*Es inadmisile la demanda que acompaña la liquidación de saldo deudor consignando un interés compensatorio no pactado por las partes. En igual forma, si se anexa una tasación comercial donde no aparece consignado los valores unitarios, antigüedad del bien, estado actual, valor del terreno y de edificación, a fin que tanto el justiciable y el juez tengan elementos de juicio claro para resolver posibles observaciones a la tasación (Exp. Nº 98-46701-1268, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 359)*

*Si el proceso de ejecución de garantías ha concluido por haberse acreditado el pago, no procede autorizar el levantamiento de hipoteca porque es una petición distinta a lo que es materia de ejecución. El juez no puede ir más allá del petitorio contenido en la demanda (Exp. Nº 2511-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 358)*

*El hecho de provenir las cambiales de un contrato de mutuo hipotecario, no enerva el derecho del tenedor para ejercitar su cobro por la acción personal o de ejecución de*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

garantías, siendo de su elección, la vía que más le convenga a sus intereses (**Exp. Nº 99-23089-2508, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 350**)

*En el proceso de ejecución de garantías, se permite presentar al accionante con su demanda el estado de cuenta del saldo deudor. Las ampliaciones de dicho saldo solo serán liquidadas después de la ejecución forzada. No caben ampliaciones por nuevos vencimientos (**Exp. Nº 98-18402-2594, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 269**)*

*Si la pretensión de ejecución de garantías, en otro proceso, ha concluido por abandono, es improcedente la demanda que se interpone sin transcurrir el plazo que señala el artículo 351 del CPC. En la ejecución de garantías, la pretensión que se demanda no es la venta del bien gravado, sino el pago de la obligación contraída, bajo apercibimiento de proceder al remate de dicho bien (**Exp. Nº 57528-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 246**)*

*El contrato de mutuo hipotecario que no consigna el interés a aplicarse, debe considerar el interés legal.*

*El argumento de que el estado de cuenta del saldo deudor es irrelevante por estar ejecutando el pagaré, resulta contrario a derecho, pues lo que se está ejecutando es la garantía real (**Exp. Nº 98-41024-2285, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 111**)*

*En caso que no se hubiere establecido el plazo convencional para el pago de la acreencia, éste puede ser exigido treinta días después de la entrega.*

*Es improcedente la demanda de ejecución de garantías, que en el saldo deudor, incorpore a la deuda principal, una suma por concepto de penalidad (**Exp. Nº 5718-1638-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 109**)*

*Si el ejecutante no ha anexado a su demanda los documentos que acrediten los desembolsos en las condiciones, características y plazos, el juez ha debido exigir la presentación de los documentos antes referidos, para efectos que el ejecutado pueda contradecir la obligación misma, sin que sea óbice el hecho de que no exista suma estimativa, si se trata de garantizar una suma determinable (**Exp. Nº 98-50082-2789, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 72**)*

*En el proceso de ejecución de garantías, no existe impedimento legal alguno para que la demanda interpuesta, además de emplazar a los propietarios del bien gravado, lo haga también al obligado principal, pues, de acuerdo al artículo 1097 del CC, por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero (**Exp. Nº 41539-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 73**)*

*Si un bien se otorga en hipoteca a favor de una empresa del sistema financiero, respaldará todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella tanto por quien afecte el bien como por el deudor hipotecario, salvo disposición en contrario (**Exp. Nº 21765-2863-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 74**)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El proceso de ejecución de garantías tiene por objeto el pago de la obligación principal, mas no el levantamiento o cancelación de la garantía, por constituir este hecho pretensión del ejecutante.*

*Solo en el caso de que el bien hipotecado sea objeto de remate judicial, por no haber pagado el ejecutado la suma puesta a cobro, el juez dispondrá la cancelación de todos los gravámenes, incluida la hipoteca que constituyó el título de ejecución (Exp. N° 151-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 75)*

*Si se advierte que el crédito otorgado al demandado ha sido garantizado con una hipoteca, independientemente del resultado del proceso de ejecución de garantías que se haya instaurado, debe integrarse a este proceso el garante hipotecario, a efectos de la cobertura correspondiente, pues es innegable que el crédito directo ha sido otorgado con el respaldo de la garantía hipotecaria que deberá ser ejecutada, eventualmente, prioritariamente a cualquier otro bien del deudor (Exp. N° 24896-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 70)*

*Si bien es cierto que no será necesaria la presentación de nueva tasación del inmueble si las partes han convenido el valor actualizado de la misma, esta actualización de la tasación se entenderá no solo referida al valor actual del mercado del bien en cuestión, sino también se referirá a la sección material añadida al bien con posterioridad a la primera tasación lo que ya implicaría la no aplicación de este supuesto de norma en tales casos sino que procederá una nueva tasación pericial antes de la procedencia de dicho supuesto (Cas. N° 1756-99-Junín, El Peruano, 14/06/2000, p. 5483)*

*Con el fin de resguardar también el derecho del ejecutado, la norma dice que si se trata de bien inmueble para el remate respectivo, debe presentarse documento que contenga tasación, y establece que no será necesaria dicha tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma. Coherentemente con esa protección del ejecutado, si el ejecutante presentara tasación significativamente depreciada sin explicación de aquél y los tasadores, dicha tasación no procede ya que se estaría amparando el abuso del derecho por parte del ejecutante (Cas. N° 336-98-Piura, El Peruano, 15/04/2000, p. 5137)*

*Debe tenerse en cuenta que tratándose el presente proceso de ejecución de garantías y no de un proceso ejecutivo, los títulos valores emitidos como consecuencia de los contratos que dieron lugar al presente proceso no es necesario que sea presentado para establecer el monto de la deuda (Cas. N° 1095-97-Lambayeque, El Peruano, 23/11/98, p. 2080)*

*No tiene sustento jurídico pretender equiparar el proceso de ejecución de garantías al de ejecución de sentencia ya que ambos se diferencian en cuanto a su estructura que los hacen autónomos y particulares, tal es así, que en la ejecución de sentencia, el juez competente es el mismo que expidió la sentencia y, en la ejecución de garantías, rigen las reglas generales de competencia (Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044)*

*La resolución que pone fin al proceso de ejecución de garantías es un auto, homologado al nivel de naturaleza procesal de una sentencia, en la medida en que pone fin al ó proceso de ejecución resolviendo la contradicción incoada por el ejecutado, sea amparándola o desestimándola (Cas. N° 1627-99-Huánuco, El Peruano, 28/12/99, p. 4411)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

La norma adjetiva establece como requisitos de procedibilidad de la demanda de ejecución de garantías, que se anexe a la demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor, no requiriéndose anexarse el pagaré insoluto pues no se trata de un proceso ejecutivo. El pagaré u otro título valor tiene la finalidad de acreditar la existencia e la obligación, resultando irrelevante que existan irregularidades en el protesto del pagaré (**Cas. Nº 529-97-La Libertad, El Peruano, 17/09/98, p. 1597**)

En el proceso de ejecución de garantías, tratándose de inmuebles, debe presentarse con la demanda los documentos que contengan el estado de cuenta del saldo deudor y la tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros colegiados, con sus respectivas firmas legalizadas. Dicha norma corresponde siempre a un trámite breve que precisamente por ello, exige el cumplimiento riguroso de los requisitos establecidos por la ley (**Cas. Nº 540-98-Lima, El Peruano, 02/10/98, p. 1725**)

No puede exigirse la presentación de títulos ejecutivos o de ejecución en un proceso de ejecución de garantías, en el cual el título que sirve de recaudo es más bien el de constitución de la garantía real que se desea ejecutar, al mismo que debe adjuntarse el saldo de cuenta del saldo deudor, conjuntamente con la tasación comercial actualizada del bien cuando se trata de inmuebles (**Cas. Nº 2701-97-Arequipa, El Peruano, 13/12/99, p. 4251**)

Si bien es cierto que, cuando existe una tasación donde las partes han convenido el valor del bien para el caso de ejecución forzada, la regla es que no es necesaria nueva tasación, el juez, tomando en cuenta la operación pericial que se practique, puede ordenar la realización de una nueva tasación si considera que el valor convenido por las partes está desactualizado (**Cas. Nº 286-99-Lima, El Peruano, 28/09/99, p. 3619**)

La tasación del vehículo cuyo remate se pretende en este proceso de ejecución de garantías fue realizada por una sola persona sin legalizar su firma, lo que contraviene el Código Procesal Civil, el mismo que dispone que cuando se trata de la ejecución de garantías de un bien mueble deberá presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada efectuada por dos peritos especializados con firmas legalizadas, por lo que se ha incurrido en causal de nulidad (**Cas. Nº 2290-98-Lima, El Peruano, 10/08/99, p. 3176**)

El requisito de tasación comercial actualizada del bien objeto de gravamen en el caso de la demanda de ejecución de garantía, puede ser obviado cuando ambas partes han convenido respecto al valor actualizado del bien, de lo que se deduce que no basta que los sujetos contratantes hayan acordado en el título que contiene la garantía el valor del bien objeto de la misma, sino que dicho monto convenido debe estar actualizado, para evitar tanto los problemas inflacionarios, depreciativos o de otra índole, que pudieran presentarse y que incidan directa y significativamente sobre el valor del bien, circunstancias que pudieran afectar los intereses económicos de una de las partes respecto a la otra (**Cas. Nº 2611-98-Lambayeque, El Peruano, 25/03/99, p. 2855**)

En el proceso de ejecución de garantías se exige entre otros requisitos se anexe a la demanda el estado de cuenta del saldo deudor, se debe tener en cuenta que éste constituye una operación en la que se establece la situación en la que se encuentra el deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificándose desde el punto de vista del acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma parcial o total, o que ésta haya generado los intereses respectivos, dependiendo de la relación sustantiva por la cual se encuentran vinculadas las partes; esta operación deriva básicamente de una liquidación de la situación o estado en que se encuentra el saldo deudor, que este requisito no está sujeto a una forma preestablecida en la ley procesal, lo que implica que puede cumplirse con él sin que necesariamente el documento que lo contiene se denomine estado de

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

cuenta del saldo deudor (**Cas. Nº 1545-98-Huánuco, El Peruano, 02/01/99, p. 2329**)

*Para que proceda una ejecución de garantía, en este caso de una prenda, se requiere que haya vencido el plazo sin que se haya cumplido con la obligación, pero si en el contrato de prenda, no existe plazo determinado, la obligación no resultaría exigible, faltando uno de los requisitos de la acción ejecutiva. La forma de poner fin a este contrato sería que al ser un contrato de ejecución continuada sin plazo, se envíe aviso previo remitido por la vía notarial, para que quede resuelto de pleno derecho y de esta manera proceder a la ejecución de la garantía (**Cas. Nº 1798-98-Huánuco, El Peruano, 04/01/99, p. 2351**)*

*El proceso de ejecución de garantías es una acción real que corresponde al titular de un derecho real de la garantía, para hacer efectiva la venta de la cosa, por incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud del título ejecutivo constituido por el documento perfecto que contiene la garantía, copulativamente con el estado de cuenta de saldo deudor y los demás documentos que señala la ley, por lo que se asimila en su naturaleza al de ejecución de resoluciones judiciales, y la contradicción que se formule se resuelve por auto; a diferencia del proceso de ejecución de obligación que concluye por sentencia, en el que la suma puesta a cobro puede ser reducida en su monto, lo que se resuelve en sentencia (**Cas. Nº 1693-98-La Libertad, El Peruano, 22/01/99, p. 2523**)*

*Es el principio de legalidad procesal el que gobierna el abandono, ya que el legislador al instituir la figura procesal en comentario, ha diseñado una regulación "numerus clausus" y no numerus apertus, es decir, prevé de forma cerrada los casos en que procede la declaración del abandono del proceso, no habiéndose previsto la figura citada en los casos de procesos de ejecución de garantías (**Cas. Nº 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044**)*

*En el proceso de ejecución de garantías, debe anexarse a la demanda el estado de cuenta del saldo deudor, oportunidad en la que debe haberse fijado el monto de los intereses legales, por lo que la actualización de los mismos deben ser a partir de la fecha de interposición de la demanda (**Exp. Nº 130-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 626-627**)*

*Si se pretende ejecutar la hipoteca, la acción debe dirigirse contra la deudora hipotecaria, pues ella es quien tiene la calidad de obligada en el título de ejecución.*

*No procede el remate si solo se ha demandado a la responsable de la obligación garantizada y no a la deudora hipotecaria. En igual forma, si la transacción aprobada, ha sido celebrada sin intervención de la deudora hipotecaria, el incumplimiento de lo pactado, no autoriza al vencedor a ejecutar una garantía hipotecaria otorgada por un tercero, sin que éste, sea debidamente emplazado (**Exp. Nº 9518-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 609-610**)*

*En el proceso de ejecución de garantías, el título de ejecución está constituido por el contrato de donde emana la garantía y el estado del saldo deudor. Es nula la sentencia que valora el pagaré anexado por el ejecutante, para fundar el fallo, pues, no constituye el título de ejecución (**Exp. Nº 5248-1382-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 600-601**)*

*Incurre en error el juez, al disponer en ejecución de la garantía prendaria se notifique a la ejecutada para que abone la suma consignada en el estado de cuenta de saldo deudor, sin motivar porque razón incluye en dicho monto el impuesto general a las ventas, gastos e*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

intereses, tanto más, si de la lectura del documento que contiene la garantía no se aprecia que se garantice dichos pagos (**Exp. N° 38612-3294-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 602-603**)

A pesar que a través de una articulación de nulidad se busca una nueva tasación comercial, por el tiempo transcurrido tres años, nada impide, para que aplicando el derecho al caso concreto, se admita el pedido implícito de una nueva valoración.

La liquidación de intereses que incluye penalidades, a pesar de no haber sido contradicha, no se puede admitir en un proceso de ejecución de garantías, por tanto, debe practicarse nueva liquidación (**Exp. N° 115-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 594-595**)

El emplazamiento al deudor principal con noticia de los deudores hipotecarios, es legal y procesalmente válido (**Exp. N° 46619-368-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 595-596**)

Si es materia la ejecución de la garantía prendaria, la misma que consta en escritura pública, no corresponde evaluar si los títulos valores que se adjuntan con la citada escritura reúnen los requisitos de Ley (**Exp. N° 27584-2260-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 596**)

Si el valor del inmueble se encuentra convenido no es necesaria una nueva tasación, en todo caso, el predio en garantía puede volver a valorarse en aplicación del at. 729 del Código Procesal Civil.

En un proceso de ejecución de garantías no se puede cuestionar vía nulidad los títulos valores, pues, estos no son materia de ejecución (**Exp. N° 12377-2954-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 598-599**)

Los bienes dados en prenda vehicular no pueden seguir en posesión de la demandada, pues, ante la mora en el pago que ha incurrido, la demora del proceso le va a permitir seguir explotando económicamente los vehículos en su provecho y en desmedro del crédito del ejecutante, pues, por la depreciación acelerada de los mismos, cuando se ordene el remate no va a contar físicamente y en forma oportuna con los mismos.

Debe ampararse la medida pues los bienes a secuestrarse deben estar a disposición del juzgado, para los efectos de la tasación comercial actualizada, requisito de admisibilidad en el proceso de ejecución de garantías (**Exp. N° 10731-1234-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 567-569**)

Encontrándose gravado el inmueble con hipoteca a favor de la actora, no se requiere que éste sea objeto de medida de embargo en forma de inscripción para asegurar el cumplimiento de la obligación puesta a cobro, porque la decisión definitiva se encuentra asegurado con dicho gravamen.

Es válido que el acreedor solicite la venta judicial del bien hipotecado, en proceso ejecutivo, siempre que se acredite que dicho gravamen esté garantizando el cumplimiento de la obligación (**Exp. N° 26441-2613-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 182-183**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si la cambial no representa el mutuo contenido en la escritura pública, ni su renovación, sino una obligación distinta, no procede ejecutar la hipoteca que no garantiza aquella acreencia (Exp. N° 40932-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 183-184)*

*Si del contrato de mutuo hipotecario se expresa que la hipoteca se hace extensiva a los otros frutos civiles que produzcan o puedan producirse en el bien hipotecado, debe entenderse por ello, que comprende también a los arrendamientos que genere el inmueble gravado.*

*El cobro de dichos arrendamientos tiene que estar comprendido necesariamente, dentro del proceso de ejecución de garantías (Exp. N° 3645-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 553-554)*

*Si la ejecutante solicita solamente la ejecución de las prendas legales constituida por la ejecutada y posteriormente señala que se reserva el derecho de ejecutar en su momento la garantía hipoteca otorgado por un tercero; mal puede ordenarse al garante hipotecario pague a la ejecutante la obligación impaga, por no haber sido demandado la ejecución de la garantía hipotecaria (Exp. N° 1134-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 555-556)*

*No corresponde en el proceso de ejecución de garantía prendaria, intentar una acción cambiaria respecto al título valor. Si de la garantía prendaria fluye que la codemandada no ha intervenido en la misma, resulta ajena a su ejecución. A1 no ser parte de la relación sustancial que origina la prenda, es un exceso su inclusión (Exp. N° 1245-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 557)*

*Si bien uno de los requisitos del proceso de ejecución de garantías es la tasación comercial actualizada del inmueble, ello debe entenderse como garantía de equidad entre las partes a efectos de equiparar la acreencia con el bien que la garantiza.*

*No obstante que se convino una tasación convencional hace más de cuatro años, por el tiempo es evidente la variación de los valores inmobiliarios, por ello el demandante debe acompañar la valoración actualizada del bien.*

*Dicha omisión limita el derecho de defensa de los ejecutados, que en caso de subasta pública su patrimonio podría venderse por un precio inferior al que realmente le correspondería (Exp. N° 624-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 558)*

*No procede la ejecución de la cláusula penal o la multa en un proceso de ejecución de garantías, porque ellos no constituyen cantidades líquidas y exigibles en este tipo de procesos. Ellas son susceptibles de reducción o en todo caso de determinación en procesos en que medie debate y probanza (Exp. N° 682-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 559-560)*

*Si se pretende cuestionar el contenido sustancial de la constitución de la garantía hipotecaria, debe hacerse en vía de acción. En tanto no exista declaración judicial firme que determine su nulidad, ésta conserva plenamente su valor.*

*Si la garantía hipotecaria ha sido otorgada únicamente por el codemandado a favor del Banco ejecutante, para garantizar la obligación contraída o por contraer por él, la ejecución de la garantía otorgada solo puede ser hecha valer contra el obligado contractual.*

*Tampoco puede exigírsele a su cónyuge el pago de la letra de cambio girada por un saldo deudor de la cuenta corriente del codemandado (Exp. N° 1216-97, Segunda Sala Civil,*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

**Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 561-562)**

*Tratándose de una ejecución de garantía prendaria, solo deben ser involucrados en la relación jurídico procesal, quienes hayan intervenido en el contrato de prenda mercantil que se pretende ejecutar.*

*No debe comprenderse a los codemandados, quienes han intervenido otorgando garantía personal en el pagaré que no es materia de ejecución.*

*El título de ejecución está constituido por el contrato de prenda mercantil. Cualquier alegación respecto a la nulidad formal del pagaré, aparejado como prueba a la demanda, no puede ser hecha valer en el proceso de ejecución de garantía (Exp. Nº 838-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 551-552)*

*Si los ejecutados han cumplido con cancelar la deuda que se les ha demandado y si éstos tienen una acreencia pendiente de cancelación, cuyo pago está respaldado también por el contrato de garantía hipotecaria, no resulta procedente se levante la hipoteca hasta que se determine la inexistencia de la deuda pendiente garantizada con la hipoteca.*

*La hipoteca no determina la desposesión del bien y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien. Aunque no se cumpla con la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del bien por el valor de la hipoteca, siendo nulo todo pacto en contrario. Por ello, si se ha pactado la dación en pago en caso de incumplimiento, ello no puede operar por ser un pacto en contra de la ley (Exp. Nº 1454-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 179)*

*La determinación de la obligación garantizada y la individualización de la cosa que sirve de garantía, constituyen elementos de la hipoteca (Exp. Nº 795-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 107-108)*

*Al obligarse una persona de manera preferente y garantizada mediante la formalización de una prenda, presupone la existencia de una o varias obligaciones a favor de la garantizada que justamente se compromete a cumplir y en caso contrario se somete a la ejecución de su garantía (Exp. Nº 98-24913, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 177)*

*Si las obligaciones cuyo pago pretende la demandante en el proceso de ejecución de garantías no están cubiertas por la hipoteca, deviene en improcedente la demanda.*

*La Ley 26702 expedida con posterioridad a la celebración del contrato de hipoteca sublitis, no resulta de aplicación (Exp. Nº 61724-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 539-540)*

*En todo proceso de ejecución de garantía debe exigirse que el ejecutante anexe siempre a su demanda la tasación comercial actualizada del inmueble en garantía, dados los numerosos y cambiantes elementos que intervienen en la economía y su repercusión en la fijación de precios y valores.*

*Si se admitieran como válidas las tasaciones de inmuebles efectuadas con mucha anticipación a la interposición de la demanda, o las tasaciones que las partes hayan convenido bajo la denominación de "valor actualizado", se estaría colocando a una de las partes en situación de desigualdad frente a la otra (Exp. Nº 479-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 523-524)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Por la hipoteca se afecta un inmueble, en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero (Exp. N° 252-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 184)*

*Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuere impugnada. Ello es aplicable por extensión a los procesos de ejecución de garantías, que de acuerdo a ley terminan con la expedición del auto respectivo.*

*Los bienes dados en prenda por su propia naturaleza y uso están expuestos a disminución o pérdida de su valor, lo cual puede diluir o dificultar el derecho del actor a cobrar la deuda; por ello, resulta evidente que la demora en resolver la litis representa un riesgo o peligro para el derecho del ejecutante (Exp. N° 1249-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 496)*

*No procede la medida cautelar anticipada si existe una hipoteca que compromete al peticionante frente a su ejecutor, con un derecho real de garantía respecto del inmueble que pretende cautela (Exp. N° 79-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 344-345)*

*Es requisito para la validez de la prenda, que el bien sea entregado física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes.*

*Para la constitución de la prenda se requiere necesariamente acuerdo de las partes. En la prenda con entrega jurídica, ésta surte efecto a partir de su inscripción en los antecedentes registrales de los bienes afectados (Exp. N° 335-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 182)*

*La fianza es una garantía meramente personal. Si el garante constituye hipoteca a favor del acreedor, no puede acogerse al beneficio de excusión, puesto que el derecho del acreedor es uno de naturaleza real que se hace efectivo sobre el bien dado en garantía (Exp. N° 44-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 183)*

*No es necesario presentar los pagarés insolutos para aparejar ejecución de garantía.*

*Basta para aparejar la ejecución de garantía, el testimonio de constitución de la hipoteca; no siendo necesario anexar los pagarés insolutos, puesto que la acción no es un proceso ejecutivo de pago de dólares sino un proceso de ejecución de garantías (Exp. N° 680-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 197-198)*

*Si al consignar la fecha de emisión del pagaré se incurre en error material, ello no puede generar la invalidez del título valor, pues el contrato privado de fianza, que tiene relación con el pagaré, se aprecia la fecha correcta (Exp. N° 227-95-Ucayali, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 634-635)*

*Los requisitos para la admisión a trámite de la ejecución de garantía se encuentran establecidos en el artículo 720 del CPC, no siendo necesaria la presentación del pagaré para acreditar la obligación impaga, pues este título no es materia de la ejecución y por lo tanto no se encuentra en discusión si el pagaré tiene o no mérito ejecutivo (Exp. N° 189-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 526)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Es inadmisibile la demanda de ejecución de garantías si no se adjunta a ésta, la tasación comercial actualizada de los bienes de la demanda (Exp. Nº 7-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 527)*

*En la ejecución de garantías no existe un proceso declarativo previo porque lo que se busca es hacer efectiva una obligación constituida como garantía real. El ejecutante está protegido por el principio de legitimación contenido en el artículo 2013 del Código Civil, no pudiendo oponérsele una rectificación posterior a la inscripción de su gravamen hipotecario (Exp. Nº 123-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 528-529)*

*La hipoteca está definida como la afectación de un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, sea propia o de un tercero, que para su validez deben concurrir solamente los requisitos establecidos en el artículo 1099 del Código Civil, no siendo necesaria la intervención del garantizado (Exp. Nº 8824-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 178)*

*El proceso de extinción de hipoteca no concluido, no enerva la validez de la hipoteca ni mucho menos la calidad de título de ejecución que le concede el artículo 720 del C.P.C. La garantía hipotecaria otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.*

*Nuestro ordenamiento procesal no exige para la validez de la tasación que ésta contenga una descripción del interior del inmueble hipotecado (Exp. Nº 2156-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 537-538)*

*Si las obligaciones cuyo pago pretende la demandante en el proceso de ejecución de garantías no están cubiertas por la hipoteca, deviene en improcedente la demanda.*

*La Ley 26702 expedida con posterioridad a la celebración del contrato de hipoteca subllitis, no resulta de aplicación (Exp. Nº 61724-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 539-540)*

*La garantía hipotecaria otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. Debe desestimarse la ejecución de la garantía hipotecaria sobre las obligaciones contenidas en las letras de cambio giradas a la vista por cierre de cuenta corriente y que se mencionan en la liquidación de saldo deudor por no encontrarse respaldadas por la garantía hipotecaria (Exp. Nº 8919-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 541-542)*

*“... Esta Sala (...) ha señalado que la exigencia contenida en el artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil no incluye la de recaudar pagaré o algún otro documento que acredite el saldo deudor que el ejecutado no haya pagado, bastando con la presentación del documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor” (Cas. Nº 563-96-Arequipa, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 571-573)*

*En los procesos de ejecución de garantías es requisito esencial, entre otros, que el ejecutante anexe a la demanda el estado de cuenta del saldo deudor.*

*Este requisito no está sujeto a una forma rígidamente preestablecida en la Ley Adjetiva, es decir que puede cumplirse con él sin que necesariamente el documento que lo congene se denomine estado de cuenta de saldo deudor, aunque por razones de claridad y precisión en el cumplimiento de dicho requisito debe denominarse de este modo.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*El ejecutante ha anexado a la demanda el documento denominado aquldación de la deuda de la demandada, cuyo examen probatorio ha correspondido hacer a las Instancias de tallo, el mismo que debe entenderse que se trata del estado de cuenta del saldo deudor, con lo cual se evidencia que el actor ha cumplido con el requisito exigido en la ley procesal (Cas. Nº 1122-96-La Libertad, Editora Normas Legales S.A., Tomo 266, Julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.3-A.5)*

*las deudas provenientes de hipotecas otorgadas en favor de entidades bancarias y de seguros que eran ejecutables de acuerdo al proceso establecido en el artículo ciento noventa del Decreto Legislativo número seiscientos treintisiete pueden ejecutarse en el proceso de ejecución de garantías regulado en el Código Procesal Civil.*

*Para la procedencia de la acción de ejecución de garantías solo se requiere la existencia de una deuda exigible garantizada por el documento que contiene la garantía (Cas. Nº 212-96-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 263, Abril 1998, Trujillo-Perú, pp. A.7-A.8)*

*La excesiva onerosidad no procede discutirse en proceso de ejecución de garantía real.*

*Habiendo las partes convenido el valor del fundo hipotecado, en moneda extranjera, para responder también en moneda extranjera una deuda, no es necesario la presentación de nueva tasación (Exp. Nº 914-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 367-368)*

*La acción ejecutiva cartular derivada del Pagaré que colateralmente sustenta el mutuo hipotecario -contraído mediante escritura pública- no es legalmente incompatible con la ejecución de garantía hipotecaria, a tenor del artículo 1117 del CC (Exp. Nº 1277-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 368-369)*

*Para la tramitación de la ejecución judicial de la hipoteca según el D. Leg. 495, se requiere la tasación comercial actualizada del inmueble. Ello no puede suplirse con la valoración convencional de las partes, aunque se haya efectuado en moneda extranjera, pues se requiere que la tasación se encuentra actualizada (Exp. Nº 723-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 315)*

*La solicitud pidiendo la venta de los bienes afectados en prenda o hipoteca, según el D. Leg. 637, deberá acompañar entre otros copia legalizada del contrato o en su defecto, del título representativo del crédito, debidamente protestado, cuando corresponda.*

*La presentación del título es para el caso de no haberse presentado el contrato, puesto que aquel está precedido de la disyuntiva "o" que denota alternativa entre dos cosas o ideas (Exp. Nº 181-94-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 665-666)*

*El Principio de Prioridad se aplica respecto de derechos de la misma naturaleza; mas cuan. o se confronta un derecho real, como es el de propiedad, con un derecho personal, como es el resultante de un crédito quirografario, ya no es aplicable, pues uno establece una relación directa de la persona con la cosa, y el otro es una relación entre personas, de las cuales la denominada acreedor puede exigir de la otra, el deudor, una prestación determinada, apreciable en dinero (Cas. Nº 1892-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.26-A.27)*

*El tercerista que adquiere un bien gravado con derecho real permite a la acreedora hipotecaria perseguir la cosa hasta hacerse pago de su crédito. El tercerista asume todos los derechos y acciones de la deuda a favor de la acreedora.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si en la ficha registral del inmueble consta la hipoteca inscrita a favor del acreedor, con nueve meses de anticipación a la transferencia del inmueble, no es admisible de desconocimiento de dicha inscripción real conforme al artículo 2012 del Código Civil (Exp. Nº 685-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 315-316)*

*La demanda interpuesta ante la Jurisdicción para que se declare el "verdadero saldo deudor" de dicha cuenta corriente, constituye un petitorio carente de interés para obrar, pues, si bien hay una observación al estado de cuenta corriente, ello, por sí mismo, es insuficiente para entender que exista un conflicto de intereses que merezca ser solucionado por la jurisdicción, pues no se ha acreditado que el Banco demandado se haya negado a definir dicho saldo y ante tal negativa sea el Poder Judicial el que deba hacerlo (Exp. Nº 1080-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 200-201).*

*Ambos cónyuges tienen la representación legal de la sociedad siendo titulares de las facultades de gravamen y disposición de los bienes sociales.*

*Nada les impide efectuar contratos, adquirir o vender bienes, emprender negocios, constituir hipotecas o prendas. Las deudas y obligaciones a raíz que de dichos actos contraiga la sociedad habrán de pagarse con los bienes sociales (Exp. Nº 2310-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 22-23).*

*Si bien es cierto que en el certificado de gravamen aparece que el ejecutado adquirió el terreno en calidad de soltero, también lo es que en el contrato de mutuo con constitución de hipoteca, manifiesta ser casado, por lo que la cónyuge del demandado debe también ser emplazada.*

*Tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges (Exp. Nº 1195-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 313-315).*

*En el proceso de ejecución de garantías no se prevé audiencia de pruebas, pues, por su especial connotación, se asimila a uno de ejecución de resolución judicial; ello no impide que en casos excepcionales, si el juez no cuenta con elementos científicos o técnicos acuda al auxilio de peritos, conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil (Exp. Nº 39839-2153-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 413-414)*

*Si los demandantes adquirieron la propiedad del terreno en virtud de la ejecución de una garantía hipotecaria, pero que en dicho terreno existía un edificio de departamentos, no pueden recurrir los demandados a la figura de la accesión, pues, quien adquiere la propiedad de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad horizontal, es, propietario en forma alícuota del área del terreno sobre el que se ha levantado la edificación.*

*No siendo posible superponer derechos de propiedad sobre los mismos bienes, debe someterse a controversia judicial la dilucidación del mejor derecho de propiedad sobre el terreno o sobre lo edificado con él, a efecto que pudiera existir un eventual derecho de accesión, solo en el caso que llegara a determinarse en forma previa, que quien edificó sobre el terreno carecía de derecho para hacerlo (Exp. Nº 2978-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 167-169).*

*El D. Leg. 495 ha sido dictado con la expresa finalidad de normar los derechos registrales, otorgando seguridad legal a la posesión urbana y establecer el sistema de garantía necesaria para la obtención de la hipoteca popular creada por D. Leg. 469.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Merece declarar la improcedencia de la demanda de ejecución de garantía hipotecaria si no se ha acreditado que el bien se encuentra comprendido dentro de los alcances del D. Leg. 495 (Exp. N° 741-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 50-51).*

*Si las obligaciones cuyo pago pretende la demandante en el proceso de ejecución de garantías no están cubiertas por la hipoteca, deviene en improcedente la demanda.*

*La Ley 26702 expedida con posterioridad a la celebración del contrato de hipoteca sublitis, no resulta de aplicación (Exp. N° 61724-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 539-540).*

## MANDATO DE EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 721

*Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 558, 559, 560

---

### Comentario

1. Una de las reglas que rige el proceso de ejecución es la existencia de un título que contenga derechos ciertos, expresos y exigibles (ver art: 689 CPC). Esta idea eje, no se apreciaba definida en los criterios judiciales de los últimos tiempos, a tal punto, que había un sector de la judicatura que consideraba título al documento que contenía la garantía; otros, atribuían al estado de cuenta del saldo deudor; sin embargo, frente a dichos criterios, se viene sosteniendo -de manera reiterada- en los estamentos judiciales del país como la Sala Comercial de Lima y las Salas Civiles de la Corte Suprema, que el título de ejecución esta conformado por el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor. Bajo ese contexto, el artículo en comentario presupone la existencia de un título de ejecución, con las características ya descritas. Solo así se justifica el mandato de ejecución.

2. Como parte del análisis del estado de cuenta del saldo deudor, es de precisar que el mandato de ejecución debe requerir el pago del monto capital, mas los intereses y gastos pactados, si fuere el caso; para lo cual, se requiere que los intereses adeudados y otras obligaciones pactadas deban ser calculadas en la etapa de ejecución de resolución definitiva, conforme lo dispone el art. 746 CPC, por lo que previamente a la admisión de la demanda, se puede requerir a la parte actora, cumpla con presentar el documento de saldo deudor donde se precise el monto total por capital adeudado, con la deducción de las respectivas amortizaciones, en rubro aparte de los intereses legales y otras obligaciones que pudieran existir.

Pudiera darse el caso, que por error material, la moneda consignada en el mandato de ejecución no sea la que establece la liquidación del saldo deudor. En

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

ese supuesto, resulta acertado el pronunciamiento de la Sala Comercial de Lima,<sup>(1)</sup> que dice: No cabe declarar la nulidad del mandato de ejecución, a pesar del error material en la anotación de una moneda diversa a la que contiene el saldo deudor. Si bien no pasa de ser un error material que, por su posibilidad de corrección y corroboración con la liquidación presentada por la ejecutante, no enerva los alcances sustanciales del precitado mandato, resultando inconsistente el agravio, sin perjuicio de la corrección que debe producirse en razón del propio error material citado

3. Por otro lado, la calificación de la demanda debe centrarse a verificar que ella cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 729 CPC y 689 CPC, tomando como base el título de ejecución que se acompaña; mas no debe llevar –en esta etapa- a un análisis de fondo de la pretensión.

También resulta crucial establecer el sujeto pasivo en la ejecución de garantías. Frente a esa interrogante concurren tres posiciones. Una sostiene que es el deudor, otra considera al tercero garante; y por último, ambos, tanto deudor como garante son considerados como ejecutados.

Es de advertir de la redacción de este artículo, que el objeto de mandato de ejecución es requerir al ejecutado para que pague la deuda, bajo apercibimiento de proceder al remate del bien dado en garantía. El requerimiento para el pago de ninguna manera podría hacerse al garante sino al deudor. Esto conlleva a que en el supuesto del no pago, se ingrese a la ejecución forzada, con el remate del bien otorgado en garantía, para lo cual se necesita la vinculación del garante hipotecario al proceso; caso contrario, si el obligado paga íntegramente la obligación será innecesario voltear la mirada hacia el bien entregado por el garante, para la ejecución. En esa línea de pensamiento, queda claro que el mandato de ejecución debe dirigirse contra el deudor, por tener el ejecutante reconocido a su favor un título.

El tercero garante también se vincula para la ejecución forzada que se realizará en caso el deudor no cumpla con el pago. Apreciéese que en esta relación del acreedor ejecutante con el garante no concurre una relación de crédito personal, como ocurre con el acreedor ejecutante y deudor requerido para el pago con el mandato de ejecución; sino que aquí aparece un derecho patrimonial garantizado. No se trata de un derecho de crédito personal, en el que sí sería deudor por haber otorgado una garantía personal, sea como fiador o aval; todo lo contrario, se trata de una garantía real que recae sobre un bien y que otorga preferencia para su cobro al acreedor.

---

(1) Pronunciamiento emitido en el Exp: 58-2005, el 23 de mayo del 2005, Banco Sudamericano con Bertha Percovich Cisneros sobre ejecución de garantía

Nótese que el rol procesal -como parte- lo asume el deudor, que ante la renuencia al pago de éste, forzará al acreedor ejecutante al remate del bien entregado en garantía, para lo cual es importante notificar de esta advertencia -desde el primer acto- al tercero garante para que pueda ejercer oportunamente el contradictorio en la ejecución forzada.

Hay criterios encontrados para determinar el rol procesal que asume el garante hipotecario. Un sector lo califica de tercero obligado o forzoso, pues, por Ley (ver art: 690 CPC) el ejecutante está obligado a notificar a éste con el mandato de ejecución porque el acreedor tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado". En este caso, la intervención del tercero garante se sujetará a lo dispuesto en el art: 101 CPC. Otro sector, como la Sala Comercial de Lima, califica la intervención del garante en el proceso de ejecución como litisconsorcio necesario.

Se argumenta la reunión procesal del deudor y el garante, porque la decisión a recaer en el proceso les afectará de manera uniforme; sin embargo, esta reunión de ejecutados, debe apreciarse bajo la concurrencia de dos pretensiones en tutela: la acción personal y la acción real.

En la acción personal, los sujetos acreedor/deudor, se vinculan por la prestación del crédito y la real, pretensión se vincula con el acreedor pero con el titular del bien entregado en garantía. Esta concurrencia de pretensiones no genera duda si el otorgante de la garantía es el propio deudor. Aquí, la parte ejecutada será el deudor, quien asume pasivamente la vinculación de ambas relaciones: la personal y la real; pero, si el que entregó la garantía hipotecaria es un tercero o se trata de un nuevo adquirente del bien ya hipotecado, también deberá ser comprendido en el proceso como co-ejecutado, pero con un título diferente al deudor; sin que ello impida considerar al garante, como tercero a la relación crediticia acreedor-deudor, la misma que sustenta el título de ejecución. La concurrencia de estas relaciones son referidas en el art: 1117 CC que dice: el acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que éste en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la Ley".

En conclusión, la intimación al pago que recoge el mandato de ejecución debe dirigirse al deudor y no contra el tercero garante hipotecario; sin embargo la comunicación al tercero será necesaria, porque en caso el deudor intimado no cumpla con el pago, el efecto que va a generar será la ejecución forzada sobre el bien entregado en garantía, tal como lo refiere el apercibimiento de este artículo. Esta situación lleva a señalar que el mandato de ejecución debe notificarse al tercero garante hipotecario, para que tome conocimiento de la intimación que se realiza al deudor y el efecto que va a generar sobre sus bienes, en caso no disuada a éste,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de su resistencia al pago; conllevando esta situación a que la demanda no solo se dirija contra el deudor sino también contra el tercero-garante del bien a rematar.

4. Por otro lado, el mandato de ejecución también debe ser puesto en conocimiento de los ocupantes del inmueble entregado en garantía, pues, en caso de llegar a la adjudicación de éste bien, luego del remate, se procederá al lanzamiento de los ocupantes del inmueble, siempre y cuando hayan sido notificados no con el auto de adjudicación sino con el mandato de ejecución. En ese sentido léase lo expresamente señalado en el art. 739 inc: 3 CPC. El auto de adjudicación dispone "la orden al ejecutado o al administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de 10 días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución"

Nótese que la notificación no requiere el emplazamiento, pues, basta que se haya puesto en conocimiento del mandato de ejecución a los ocupantes –aunque se desconozca su identidad- para que se pueda exigir el lanzamiento de éstos. Si estos ocupantes desearán intervenir en el proceso, podrían hacerlo bajo la figura de terceros colaboradores o coadyuvantes, siempre y cuando demuestren tener un interés jurídico con una de las partes que intervienen como ejecutadas en el proceso.

5. Otro acto que debe ser puesto en conocimiento de los deudores hipotecarios es la cesión de derechos. Conforme refiere la Casación N° 2768-2003-Arequipa, de fecha 5 de octubre de 2004, publicada en El Peruano, el 30 de marzo del 2005, para que la cesión de derechos surta efectos en los garantes hipotecarios, estos deben ser comunicados fehacientemente de tal acto. Señala la Sala Suprema, que si bien es correcto recurrir a la aplicación del 1215 CC, que establece el momento en que surte efectos la cesión de derechos para los deudores cedidos, sin embargo, no es correcto interpretar que como el citado artículo no establecía una formalidad específica para que el acto de cesión de derechos sea comunicado fehacientemente a los deudores cedidos, bien podría entenderse que una notificación judicial sea válida para que la cesión surta plenos efectos contra aquellos. Al respecto, señala que la cesión de derechos consiste en la transmisión de privilegios, garantías reales y personales así como los accesorios del derecho transmitido, lo cual llevaría a entender que los garantes son igualmente deudores cedidos en virtud de la garantía asumida frente al acreedor, y por tanto tienen derecho a ser comunicados fehacientemente del acto de cesión de derechos.



### JURISPRUDENCIA

*No procede la suspensión del proceso solicitada por los demandados, sobre la base de una pericia grafotécnica que demostraría que la ejecutante no entregó la suma mutuada, pues, la suspensión a que refiere el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*opera durante la tramitación del proceso, mas no cuando ya concluyó y está pendiente la regulación de los gastos procesales (Exp. N° 93-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 432-433)*

*En el proceso de ejecución de garantías no se prevé audiencia de pruebas, pues, por su especial connotación, se asimila a uno de ejecución de resolución judicial; ello no impide que en casos excepcionales, si el juez no cuenta con elementos científicos o técnicos acuda al auxilio de peritos, conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil (Exp. N° 39839-2153-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 413-414)*

*La naturaleza del proceso de ejecución de garantías está diseñada para la inmediata satisfacción de obligaciones pre-constituidas, siempre que ellas se traduzcan en prestaciones líquidas.*

*La multa por atraso y la cláusula penal no constituyen cantidades líquidas, tanto más si son susceptibles de reducción y determinación en otro tipo de procedimientos en que medie debate y probanza (Exp. N° 1660-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 198-199)*

*Debe anexarse a la demanda de ejecución de garantía, el pagaré que sustenta la liquidación de la deuda (Exp. N° 1664-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 199-201)*

## CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 722

*El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.*

*Para la contradicción sólo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Es principio rector en los procesos de ejecución la existencia de un título que contenga derechos ciertos expresos y exigibles (ver art: 689 CPC). Como ya hemos referido en el art: 720 CPC, diversas interpretaciones judiciales han establecido que la liquidación del saldo deudor y el documento que contiene la garantía constituyen títulos de ejecución. Reiteradas Casaciones califican, al estado de cuenta de saldo deudor, como la operación en la que se muestra la situación del deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificando el acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma total o parcial, y si ésta ha generado los intereses respectivos (Casación N° 3616-2000-Cono Norte del 4 de abril del 2001), calificación que hecho suya la Sala Comercial de Lima, en sus diversos pronunciamientos.

Como el mandato de ejecución se sustenta en el estado de cuenta de saldo deudor elaborado unilateralmente por el demandante, corresponde en esta etapa del proceso, luego que el juez ha calificado las cualidades que exige el art: 689 CPC, dar la posibilidad del contradictorio, alegando "la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita." Sobre estas causales debemos precisar que la idea general para sustentar la contradicción, debe ser la

extinción de la obligación, la misma que se puede lograr por diversas maneras (como el pago, la novación, la compensación, la transacción, el mutuo disenso, la prescripción, la consolidación, entre otros). El resultante de la extinción de la obligación es la inexigibilidad de ésta.

A la extinción se puede llegar por diversas maneras, por actividad (sea unilateral o bilateral) o por hechos jurídicos. En el primer caso, ubicamos al pago, la condonación, dación en pago, novación, compensación, transacción y mutuo disenso. Los hechos jurídicos también concurren a extinguir la obligación, como la consolidación, la prescripción extintiva, la pérdida sobreviniente del bien sin culpa del deudor; la muerte del deudor en casos de derechos personalísimos. Sea por uno u otro mecanismo, lo que se busca como objetivo final en la contradicción, es alegar y demostrar la extinción de la obligación que une al acreedor ejecutante con el ejecutado.

2. La causal de inexigibilidad está referida a una característica de la obligación misma. Esta causal no puede tener un carácter general para hacer devenir la obligación en inexigible, sino que debe ceñirse a la inexigibilidad surgida por la naturaleza misma de la obligación, es decir, que ella esté sujeta a alguna condición, plazo o modo; pero de ninguna manera a algún requisito de procedibilidad de la acción. Por exigibilidad se entiende a aquella cualidad por virtud de la cual la obligación es reclamable. Supone la llegada del vencimiento, si se trata de una obligación al término; y la aparición de la condición si se trata de una obligación condicional. Bajo ese contexto, el cuestionamiento a la liquidación del saldo deudor por presentar un error sobre la fecha de vencimiento del pagaré que contiene la garantía, resulta procedente conforme aparece de la Casación N° 3852-2001-Lambayeque-Lima del 17 de diciembre del 2003.

Se aprecia además que el pago parcial se invoca como argumento para la inexigibilidad de la obligación. Si asumimos que se entiende efectuado el pago, sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación (ver art: 1220 CC), resulta coherente que la cancelación parcial de las obligaciones no se haya regulado como causal de contradicción. Definitivamente, en caso la ejecutada haya realizado pagos parciales con respecto a la obligación que le es exigida, ello no puede ser calificada como una obligación inexigible sino que la misma ya ha sido satisfecha parcialmente; sin embargo, si se demuestra de manera fehaciente haber realizado dichos pagos, el juez haciendo uso de la actividad judicial de valoración de la prueba, puede ordenar la deducción de dichos pagos al momento de liquidarse el total de la deuda. Ello no implica que se cause indefensión, toda vez que, los pagos parciales posteriores se imputaran conforme al art. 1257 CC.

Hay otras opiniones que consideran abusivo y discutible, si se ha disminuido la obligación garantizada, porque el deudor principal hizo importantes amortizaciones, debe cobrarse el monto total con cargo de realizar una reliquidación final. En

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

un caso concreto, la Sala Comercial de Lima<sup>(1)</sup> señaló que si bien los procesos de ejecución lo constituye la garantía hipotecaria y el saldo deudor, y no el pagaré que sustenta dicho saldo, no obstante ello, debe precisarse que el tenedor podrá prorrogar por el mismo importe del original del título valor, mas reajustes, intereses y comisiones (art: 49.6 Ley 27287); siendo esto así, si los *vouchers* no han sido tomados en cuenta al momento de elaborar el estado de cuenta de saldo deudor, ya que el monto consignado en él, es el mismo que se consignó en la última prorroga, aquello no enerva el presente proceso, debiendo el juez ordenar la deducción de dichos pagos al momento de la liquidación contemplado en el art. 746 CPC, imputándose los pagos conforme al art. 1257 CC."

Sobre el particular, la Sala Comercial de Lima, se ha pronunciado en el caso Banco Continental con Miura Sakihara,<sup>(2)</sup> en el sentido que si el ejecutado ha realizado pagos parciales con respecto a la obligación que le es exigida, ello no determina que la obligación sea inexigible sino que la misma ha sido pagada parcialmente. Considera que al no estar regulado en el ordenamiento procesal civil el supuesto de cancelación parcial de obligaciones, como causal de contradicción, mal puede servir como sustento su invocación; empero, si se observa la realización de dichos pagos, el juez valorando la prueba bajo las reglas de la sana crítica, puede ordenar la deducción de dichos pagos al realizarse la liquidación total de la deuda. Este proceder no causa indefensión al ejecutado, toda vez que, si se acredita (en la etapa de ejecución) la existencia de pagos realizados antes del vencimiento del pagaré puesto cobro, serán deducidos eventualmente del capital, y los pagos parciales posteriores se imputaran conforme al art. 1257 CC.

La inexigibilidad del pago es un argumento para la contradicción atribuible al deudor; sin embargo, también puede ser argumento del garante hipotecario, cuando se pretende afectar indebidamente un bien entregado en garantía o por sobrepasar la pretensión dineraria, los límites y las condiciones fijadas en ella. Hay la tendencia de la Corte Suprema a considerar que la hipoteca no se extiende a las construcciones. Véase el caso seguido por Banco Wiese Sudameris con Braulio Chavez Tinoco sobre ejecución (Casación N° 984-2003-Lima, de fecha 19 de noviembre del 2003), en el que se declaró fundada la contradicción por nulidad formal del título, bajo el argumento que al momento de hipotecarse el suelo o terreno no existía edificación alguna en él; por tanto la edificación posterior –según la Sala Suprema– no estará afecto a dicho gravamen a menos que se celebre un nuevo acto jurídico respecto de éste último. Conforme refiere dicha Casación, no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros ni sobre bienes descritos en forma

---

(1) Véase pronunciamiento recaído en el expediente N° 157-2005 de fecha 10 de junio del 2005 en el proceso seguido por Administradora de Comercio con Patricia Alarcón Hidalgo sobre ejecución de garantías.

(2) Ejecutoria de fecha 13 de junio del 2005, recaída en el expediente N° 171-2005

genérica. Esta tendencia es el resultante de hacer suya los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la Acción de Amparo No 428-97-AA/TC de fecha 21 de julio de 1999 que considera que no debe comprenderse en el remate, las construcciones realizadas en el terreno, con posterioridad a la hipoteca de éste, pues, la hipoteca no puede recaer sobre inmuebles no determinados. Al respecto aparece publicado en Legal Report- Gaceta Jurídica<sup>(3)</sup>, un interesante análisis sobre el tema, el mismo que se reproduce en el siguiente comentario. Se sostiene que las edificaciones levantadas sobre un terreno son parte integrante de éste, pues se fusionan de tal forma que no pueden separarse, sin ocasionar la destrucción, deterioro o alteración de la construcción, del suelo o de ambos bienes; esto implica, a la luz del art: 989 CC, la fábrica (parte integrante) debe seguir la suerte del bien principal (terreno), en consecuencia, si sobre un terreno hipotecado se edifica una construcción con posterioridad al surgimiento del gravamen, dicha construcción, en principio queda comprendida por la hipoteca, pues, se integra al suelo, sobre el cual se levanta y forman una sola unidad inmobiliaria. Sostienen que no se falta al principio de especialidad objetiva si se comprometieran bajo la esfera del gravamen a las edificaciones levantadas con posterioridad a su constitución, pues, como se dijo, este solo comprende la ubicación, área y linderos, esto es su delimitación a un espacio físico determinado, que a futuro puede extenderse hacia arriba (sobresuelo) y/o hacia abajo (subsuelo), hasta donde sea útil al propietario, independientemente de que se inscriba en el Registro. Y así como una unidad inmobiliaria comprende a sus partes integrantes y accesorias independientemente del tiempo, en que se adhieran a esta, ya sea por efectos de la adquisición o de las mejoras, la hipoteca que la grava, también se extiende a aquellas que forman parte del inmueble sobre el cual recae. Si a ello se agrega que el art: 887 y 889 CC disponen que las partes integrantes de un bien (la fábrica) no pueden ser objeto de derechos singulares y deben seguir la suerte del bien principal (suelo), solo cabe concluir que la hipoteca debe extenderse a todo aquello que se integre a la unidad inmobiliaria a la cual afecta. Como refiere Avendaño Arana, las construcciones son partes integrantes de un terreno, la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado, por tanto, la hipoteca de un terreno se extiende a las construcciones. Esto, es factible sostener, siempre y cuando un mismo sujeto sea propietario del suelo y de la edificación, sin embargo, la situación se complica, cuando el dueño de la fábrica es una persona distinta al propietario del suelo. Aquí se produce un quiebre del principio que las partes integrantes y accesorias siguen la suerte del principal, porque tales supuestos son esferas de poder distintas y diferentes, que no se confunden ni se entremezclan.

(3) Léase sobre el particular, el interesante informe que al respecto publica Abogados Legal Report, No 00, año 1, diciembre, 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pp.5-9

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En otro caso, seguido por Banco Wiese Sudameris contra Empresa Consorcio Agropecuario A&R, (Casación No 50-2003-La Libertad de fecha 21 de julio del 2003), aparece la contradicción sustentada en que la constitución de hipoteca ha recaído sobre la fábrica mas no sobre el terreno, motivando que sea imposible sacar a remate todo el inmueble. En este caso, la contradicción se declara infundada bajo el argumento que la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados. En la escritura pública se aprecia que la verdadera intención de las partes, fue la de precisar la ubicación del inmueble y no la voluntad de gravar únicamente la fábrica, caso contrario, los contratantes hubieran establecido en forma precisa e inmutable que el terreno se mantuviese como un bien autónomo libre del gravamen.

3. La nulidad formal del título, constituye otra de las alternativas para la contradicción. Consiste en alegar y probar que el documento que contiene la garantía real carece de los requisitos formales exigidos por Ley, bajo sanción de nulidad. El título solo puede sustentarse en aspectos de la forma de celebración, pues, no debe olvidar el juzgador que el proceso de ejecución de garantías parte de un derecho real conocido, que otorga al ejecutante el derecho de hacer vender la cosa, de tal manera, que en este proceso no se puede discutir ese derecho (Véase la Casación No 1204-2000-Arequipa), ni ampararse la contradicción sustentada en requisitos de validez de la hipoteca por que este cuestionamiento importa el ejercicio de una acción independiente y autónoma. Tampoco se puede argumentar la nulidad de la liquidación del saldo deudor, por haber sido suscrito dicha liquidación por el apoderado de la ejecutante, cuyo documento legalizado que contiene el poder, no fue tachado. No se contraviene el art. 75 CPC, pues, no se requiere literalidad para que el representante emita el estado de saldo deudor.

4. Como se puede apreciar de lo señalado líneas arriba, en este proceso, concurren dos relaciones, una de crédito personal que requiere el pago al deudor, y otra, real que advierte al garante hipotecario la posibilidad de ingresar a la venta forzada del bien garantido. Ambos ejecutados, deudor y garante pueden ejercer el contradictorio en esta etapa del proceso, invocando cualquiera de las causales que refiere el artículo en comentario. No cabe ingresar otro supuesto de discusión que las que recoge el art: 722 CPC, pues, como señala el propio artículo en comentario, la contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez.

Apreciéese que el procedimiento de ejecución de garantía y no ejecutivo, en el cual, conforme lo han establecido las instancias de mérito, la nulidad formal debe estar referida sobre el documento que contiene la garantía hipotecaria y no sobre el título ejecutivo que sirve para acreditar la deuda impaga. (Casación No 2618-99/CHincha del 15 de noviembre de 1999). En ese sentido, no resulta acertado amparar la contradicción sustentada en que la deuda proviene de una letra de cambio, girada a la vista, sin notificársela al titular para que pueda observarla en el

plazo de 15 días hábiles, pues, en la ejecución de garantía el título está dado por la escritura de constitución de hipoteca y el saldo deudor y no por la letra de cambio, que solo constituye un anexo y no el título ejecutivo. No debe confundirse, el requisito de la comunicación previa exigible en el proceso ejecutivo y que se sustenta en el mérito de una letra de cambio girada a la vista por el cierre de una cuenta corriente, con el proceso de ejecución de garantías, en el cual solo se requiere la presentación del título de ejecución hipotecaria y el estado de cuenta del saldo deudor, sin que sea necesario un requerimiento previo.

5. Como se aprecia de la redacción del artículo, se otorga un plazo de tres días para absolver el traslado del mandato de ejecución. Este cómputo tiene un tratamiento especial cuando la notificación es realizada mediante exhorto. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la acción de amparo No 1034-2002-AA/TC<sup>(4)</sup> interpuesta por Flor de María Enciso Siviriche de la siguiente forma: "La tercera regla del Cuadro de Términos de la Distancia aprobado por Acuerdo de Sala Plena del día 30 de enero de 1986, establece que, cuando las provincias pertenecen a departamentos distintos, al efectuarse el cómputo del término de la distancia se sumarán los días de cada provincia a la capital de su respectivo departamento, y a esa suma, se añadirá el término entre las dos capitales departamentales. El mismo cuadro fija el término de un día entre la Provincia Constitucional del Callao y su capital, y un día entre la Provincia de Lima y la Capital del Departamento de Lima, que sumados al término de un día que media entre esta última y la Capital de la Provincia Constitucional del Callao, hacen un total de tres días; en tal virtud, habida cuenta de que el domicilio de la recurrente se encuentra ubicado en el distrito del Callao, el término de la distancia, en su caso, es de tres días, que sumado al término de tres días previsto en el artículo 722º del Código Procesal Civil, hacen un total de seis días para formular contradicción a la ejecución, la cual fue interpuesta al quinto día siguiente a la fecha de la notificación con la demanda, esto es, dentro del término de ley."

6. Otro aspecto a considerar es el caso de la hipoteca general o sábana que opera en el régimen bancario. Esta hipoteca está regulada en el art: 172 de la Ley No 26702, modificada por Ley 27851 (Ley de Bancos), que dice: "los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, estas

---

(4) Sentencia pronunciada el 4 de diciembre del 2002 contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia que declara improcedente la acción de amparo.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

solo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía"

Como se aprecia de la redacción del citado artículo, este tipo de hipotecas se constituye por una persona natural o jurídica a favor de un acreedor bancario para garantizar las operaciones de mutuo pasadas, presentes y futuras. Se justifica la hipoteca sábana porque permite reducir los costos de transacción entre agentes comerciales, permitiendo que los Bancos o entidades financieras, otorguen créditos de trabajo a empresas, con ahorro de tiempo, pues, se ha pactado que cualquier crédito adicional será aprobado y desembolsado de forma rápida y efectiva a la necesidad del solicitante. Bajo ese contexto, resulta apropiada la Casación No 3481-2002-Ucayali, del 6 de julio del 2004, que dice: no se puede exigir a los Bancos consignar en las garantías hipotecarias genéricas que suscriban, las características de los títulos valores que fueron aceptados con posterioridad al otorgamiento del crédito hipotecario. Debe tenerse en cuenta que el título de ejecución es la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria y no los títulos valores. La Sala Suprema considera las obligaciones garantizadas por dicha escritura pública, como obligaciones de carácter general, pues, no garantiza determinados títulos transmisibles por endoso.

Para Hundskopf Oswaldo<sup>(5)</sup> la hipoteca común se diferencia de la hipoteca sábana en que esta última se pacta siempre a favor de una entidad autorizada y supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros, siendo nula cuando el acreedor no pertenece al sistema financiero. Además, cubre todas las obligaciones que puedan surgir en el futuro entre las partes, las cuales estarán garantizadas por la misma hipoteca. Por otro lado, al constituirse la hipoteca deberá indicarse el monto máximo por el que responde el bien, no así el monto al que llegará el crédito, con lo cual a diferencia de la hipoteca civil, aun después de amortizado o extinguido el crédito que dio origen a la hipoteca sábana, esta subsistirá a su principal, no cumpliéndose en este caso con la accesoriedad que caracteriza a la figura clásica de hipoteca. Así, la hipoteca sábana es contraria al principio de accesoriedad, ya que se desliga del crédito primigenio para garantizar créditos futuros.

El 22 de octubre del 2004, mediante Casación No 1657-2003-La Libertad, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señaló, que cuando se transfiere un inmueble sobre el que pesa una hipoteca sábana, no es oponible al comprador está última, si al momento de la transferencia no existían deudas pendientes de

---

(5) Hundskopf Exebio Oswaldo, "Si al venderse un inmueble gravado con una hipoteca sábana no se adeudaba nada al Banco ¿procederá ejecutar el bien por deudas posteriores a la venta?", Diálogos con la Jurisprudencia, N° 80, Mayo, 2005, Gaceta Jurídica, Lima, pp.27

pago por parte del vendedor. Asumir un criterio contrario, dice la Sala Suprema, atentaría contra los atributos que emergen del derecho de propiedad, especialmente el poder de disposición que ostenta todo propietario. Con esta Casación, la Sala Suprema, crearía una nueva causal para extinguir una hipoteca sávana, como es, la transferencia del bien. La Casación sostiene que la hipoteca existirá mientras sea propietario quien afectó el bien, ello no es correcto en opinión de Hundskopf<sup>(6)</sup>: "Si bien al momento de la transferencia no se adeudaba suma alguna, ello no implica que se extinguió la hipoteca, pues al ser constituida mediante escritura pública, su extinción o resolución debe ser hecha necesariamente de la misma forma, más aún, cuando por ser una sociedad anónima la deudora, se recurrió a una hipoteca sávana que cubre cualquier operación futura, sin importar si el bien es propio o ajeno". Coincidimos con la opinión de Hundskopf<sup>(7)</sup>, en la crítica de la citada Casación, pues, en el fondo, "se premia la negligencia del comprador del bien grabado al no exigirle al vendedor que previamente levante la hipoteca, y se premia al acreedor inescrupuloso que obra de mala fe. Al estar inscrita la hipoteca en el registro, el adquirente tenía conocimiento que su inmueble podía ser ejecutado por cualquier deuda que el vendedor tuviese con la entidad financiera, según nuestro sistema normativo."

7. Un caso de especial reflexión constituye la posibilidad de recurrir a las excepciones en los procesos de ejecución. Las excepciones son las defensas que el ejecutado puede oponer al progreso de la ejecución. Para el Código de Procedimientos Civiles de Colombia, cuando el título ejecutivo consista en una sentencia de condena o en otra providencia que implique ejecución y siempre que las excepciones se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, se limitan a las siguientes: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción.

Dicha regulación no difiere sustancialmente de lo recogido en el art: 722 CPC, pues, si bien formalmente no se consagra las excepciones en este tipo de procedimientos, en esencia, si se permite al ejecutado la posibilidad de oponerse a continuar con la ejecución bajo el argumento de la "inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita".

La idea rectora en los procesos de ejecución se orienta a no admitir excepción alguna como previo y especial pronunciamiento. La Sala Civil de la Corte Suprema, a través de la Casación N° 2480-2003-Piura, de fecha 12 de octubre del 2004, niega la posibilidad de las excepciones en los procesos de ejecución de garan-

---

(6) Op. cit. p. 32

(7) Op. cit. p. 33

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

tías, bajo el simple argumento que el art: 722 no contempla las excepciones, como causales para contradecir el mandato de ejecución; sin embargo, existen posiciones adversas a ella, como la que enarbola la Sala Comercial de Lima<sup>(8)</sup> (la misma que además acoge a debate las defensas previas en un proceso de ejecución de garantías<sup>(9)</sup>) y el Pleno Jurisdiccional Superior del año 1999, que a pesar de no tener efecto vinculante, es invocado por algunos jueces. Señala la Sala Comercial, para declarar fundada la excepción de incompetencia: se ha verificado que la ejecutada es una persona jurídica domiciliada en el distrito de La Molina (el mismo que también pertenece al distrito judicial de Lima), el juzgado competente para conocer el proceso de ejecución de garantías, es el Juzgado Mixto de la Molina y no el juzgado civil de Lima.

Frente a ello, consideramos que para fijar la competencia territorial, no solo se debe apreciar por las reglas del domicilio del ejecutado (ver art: 18 CPC), sino que también concurre la posibilidad de la competencia facultativa, en los supuestos que regula el art: 24 CPC.

El juez competente, es elegido por el demandante, como literalmente señala el art: 24 CPC. Dice el inciso 1º del referido art: 24 CPC, que es competente a elección del demandante: "el juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales". El inciso 4 de citado art: 24 CPC dice, además: es competente "el juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación".

Por otro lado, se debe tener en cuenta, que la incompetencia territorial relativa puede ser invocada, excluyentemente como excepción o como contienda (ver art: 38 CPC); esto significa que la excepción no constituye la única alternativa para cuestionar la competencia territorial de un juez, sino que perfectamente se podría recurrir a la contienda de competencia, como otra de las alternativas para tal fin.

8. Para la contradicción sólo es admisible la prueba de documentos. Nótese que la carga probatoria está restringida a este tipo de prueba, lo que no implica que dicha limitación sea extensiva a la prueba de oficio. Esta facultad del juez no goza de restricciones, en cuanto a la naturaleza de la prueba, como si sucede cuando la prueba se pretende incorporar al proceso como parte de la carga del ejecutado. En ese sentido, resulta interesante citar la Casación No 4309-2001-Lima, de fecha 13 de diciembre del 2002 que dice: "si bien la segunda parte del art: 722 CPC establece que para la contradicción sólo es admisible la prueba

---

(8) Véase pronunciamiento recaído en el expediente No 46-2005 de fecha 17 de mayo del 2005, en el proceso seguido por Banco Wiese Sudameris con D'Lujo SAC.

(9) Véase pronunciamiento del 23 de mayo del 2005, recaído en el expediente No 68-2005, en los seguidos por Octavio Merino Bartet y otra con Juan Perez Olivos, sobre ejecución de hipoteca; en igual sentido, aparece el pronunciamiento emitido el 15 de julio del 2005, en el Exp: No 380-2005, en los seguidos por Banco Continental con Monica Perez Ruiz y otra sobre ejecución de hipoteca.

documental, no menos cierto es que el art: 194 CPC del mismo cuerpo procesal prevé que el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes si éstos son insuficientes para formar convicción, siendo que esta facultad no está reservada únicamente para los jueces de primera instancia"

9. La tasación no es un argumento para la contradicción, sino para la ejecución forzada. Frente a la intimación al pago del deudor, aparece esta etapa para ejercer el contradictorio y demostrar la inexigibilidad de la obligación, entre otras articulaciones; sin perjuicio que el garante hipotecario pueda también ingresar a colaborar en su debate y argumentación.

Nótese que hasta aquí, el proceso de ejecución privilegia el crédito personal; sin embargo, puede ingresar a discusión un argumento del garante hipotecario, en temas relacionados con la extinción de la hipoteca o los alcances de ésta a la ejecución, pero de ninguna manera la tasación del bien materia de ejecución.

Como señala la Casación No 3632-2001-Ica, debe ser rechazada liminarmente la contradicción sustentada en la disminución del valor de los predios subjudice, por no referirse a los supuestos de la contradicción que detalla el art. 722 CPC. Si el colegiado considera que la tasación actualizada es menor que la convenida, está facultado para ordenar el remate por la que considere pertinente, pero ello no da origen a que se declare fundada la contradicción. La existencia de una tasación diminuta del bien no es argumento que esté contemplado en el art. 722 CPC como causal de contradicción; de tal modo que ello en lo absoluto puede comportar la conclusión del proceso como ha discernido la sala revisora; sin embargo, en aras de una tutela efectiva, el órgano jurisdiccional debe vigilar que no exista abuso del derecho. Conforme señala la Casación No 3814-2001-Chincha, resulta constitucional y legal que los ejecutados aleguen la existencia de la tasación diminuta, mas no como contradicción sino, en vía de articulación de nulidad al mandato ejecutivo o como argumento más de defensa, a fin que sea apreciado por el juzgador y de existir ello, disponga la subsanación de la tasación, pero jamás podrá significar la improcedencia de la demanda de un acreedor que conforme a Ley pretende satisfacer su acreencia a través del órgano jurisdiccional

10. Como señala el art: 722 CPC, "el auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo" Apéciése que la norma no hace distinción sobre el contenido de la contradicción, para coordinar el efecto de la apelación, como si sucede en los casos de ejecución de resoluciones judiciales (ver art: 718 CPC). Esto viene conllevando a que sea práctica judicial conceder apelación con efecto suspensivo contra resoluciones que declaran infundada la contradicción y ordenan la continuación del proceso, según su estado. Refiere el art. 371 CPC que se concede apelación con efecto suspensivo, contra los autos que dan por concluído el proceso o impiden su continuación, efecto que no sería aplicable cuando la contradicción se desestima.



JURISPRUDENCIA

*Si la ejecutada ha cuestionado un requisito de fondo de la demanda, como es la oscuridad o ambigüedad en el modo de proponerla, el juez no puede rechazarla sin pronunciarse sobre ello, bajo el argumento que no se encuentra previsto como causal de contradicción al mandato de ejecución, pues se afecta, el derecho de defensa y al debido proceso.*

*El cuestionamiento no puede restringirse a la formalidad del título o al fondo de la obligación puesta a cobro, sino que es posible extenderlo al logro de una relación jurídica procesal válida, máxime que la naturaleza del proceso no prevé la posibilidad de una audiencia de saneamiento (Exp. Nº 99-14882-2442, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 363)*

*El proceso de ejecución de garantías no prevé la deducción de excepciones en la etapa de contradicción, por no existir estación procesal para sustanciarla (Exp. Nº 98-33523-2672, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 361)*

*La incompetencia, por razón del territorio, solo puede ser invocada por el demandado como excepción o como inhibitoria.*

*En los procesos de ejecución de garantías no se permite la deducción de excepciones o defensas previas como fundamento de la contradicción, como sí lo hace la ejecución de obligación de dar suma de dinero, más aún, tampoco se permite la apelación al mandato de ejecución, como sí lo es al mandato ejecutivo, razón por la cual, a través de la nulidad, debe valorarse la competencia del juzgado, teniendo en cuenta, lo pactado expresamente sobre la competencia de los jueces (Exp. Nº 523-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 157)*

*La contradicción a la ejecución de garantías no puede sustentarse en la validez de un pagaré pues éste no es el título en que se sustenta, debido a que en el proceso de ejecución de garantías el título de ejecución está constituido por el documento que contiene la garantía copulativamente con el estado de cuenta del saldo deudor y no por los títulos valores que se puedan anexar para acreditar el desembolso del dinero (Cas. Nº 1169-98-Piura, El Peruano, 21/12/98, p. 2269)*

*La articulación de nulidad que propone la apelante constituye en esencia una oposición a la ejecución de garantías, cuyos argumentos devienen en extemporáneos y no corresponden ser meritados en esta etapa del proceso, máxime, si en éste, los ejecutados y sus sucesores tuvieron expedito su derecho para hacerlo valer en su oportunidad (Exp. Nº 2459-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 597-598)*

*El título de ejecución aparejado en la demanda adolece de nulidad formal, si se acredita con la partida de defunción, que a la fecha de suscripción del contrato de préstamo con garantía prendaria, el demandado había fallecido; pues, es requisito de la hipoteca que quien afecte el bien sea su propietario (Exp. Nº 760-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 181)*

*Las excepciones denuncian invalidez de una relación procesal.*

*No obstante que el artículo 722 del C.P.C no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas por que no hay disposición que lo prohíba.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El no permitir oponer dichas medios de defensa, supone que en todos los casos los procesos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción (Exp. N° 1339-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 156-157)*

*La invalidez del título debe hacerse vía contradicción y no con una articulación de nulidad (Exp. N° 661-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 512)*

*No es amparable la contradicción del documento que contiene la obligación, si el ejecutado ha reconocido el adeudo.*

*En el proceso de ejecución de garantía, el título está constituido por aquel documento que contiene la obligación con garantía real previamente constituida, a diferencia del proceso ejecutivo en que la acción procede en virtud de cualquiera de los títulos a los que la ley reconoce como ejecutivos.*

*Quienes son parte en la relación material acreedor y deudor lo serán en la relación procesal ejecutante ejecutado (Exp. N° 578-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 525)*

*En un contrato con garantía hipotecaria existen dos obligaciones frente al acreedor, principal y la que garantiza dicha obligación con la hipoteca otorgada. Ante el incumplimiento de la primera obligación, el acreedor ejerce su derecho persecutorio sobre la segunda, puesto que al ser esta última una obligación accesorio, sigue la suerte de la principal incumplida por el deudor.*

*No pueden pretender la nulidad de los títulos que la contienen y su inexigibilidad basándose en hechos relativos a la obligación principal incumplida (Exp. N° 7332-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 179)*

*Si el ejecutado no alega ninguno de los presupuestos previstos en el artículo 722 del CPC para formular contradicción a la ejecución de garantías y no hace referencia a norma legal alguna, el juez debe rechazar liminarmente la contradicción (Exp. N° N-29-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 532-533)*

*“... Los medios probatorios (pericia grafotécnica y exhibición de documentos) ofrecidos por el ejecutado no resultan procedentes por cuanto en el proceso sobre ejecución de garantías solamente es admisible la prueba documental...” (Cas. N° 2863-99-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 574)*

*“... Conforme al segundo párrafo de dicha norma (artículo 722 del C.P.C.), para la contradicción solo es admisible la prueba de documentos, lo que tiene que entenderse como prueba de actuación inmediata, pues de otro modo quedaría desvirtuada la estructura de un proceso (de ejecución de garantías) que debe ser breve, que se inicia a partir de un derecho reconocido, y que termina por un auto” (Cas. N° 2402-99-Lambayeque, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 575-577)*

*“... La sustentación de la nulidad de un documento evidentemente debe deducirse en vía de acción; tratándose el presente proceso (de ejecución de garantías) de uno brevísimo, no sería posible sustentarlo (sic) en esta acción. Únicamente es posible en este tipo de*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

proceso referirse a la nulidad formal del título, mas no a la nulidad sustancial" (Cas. Nº 2550-99-La Libertad, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 578-579)

Las excepciones denuncian invalidez de una relación procesal.

No obstante que el artículo 722 del C.P.C no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas por que no hay disposición que lo prohíba.

El no permitir oponer dichas medios de defensa, supone que en todos los casos los procesos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción (Exp. Nº 1339-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 156-157)

Debe correrse traslado por el término de 3 días, si la contradicción se sustenta en que la obligación ya ha sido pagada y no resolverse de plano (Exp. Nº 1482-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 201-202)

La contradicción sustentada en que la hipoteca ha recaído sobre un bien futuro no importa la alegación de una nulidad formal del título de ejecución.

Constituye un requisito esencial de validez de la hipoteca que ésta recaiga sobre bienes presentes, y no futuros; por lo que el cuestionamiento de este requisito Importa el ejercicio de una acción independiente y autónoma, distinta al objeto que se persigue en el proceso de ejecución de garantías (Cas. Nº 660-96-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo 266, Julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.5-A.6)

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el Juez, éste puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales.

Sin embargo, el Juez no puede ordenar la actuación de un medio probatorio que no esté permitido en un determinado proceso; y como el caso de autos se trata de un proceso de ejecución, por mandato expreso del artículo 722 del CPC solo es admisible la prueba de documentos, en consecuencia, la Sala al ordenar que se actúe una pericia ha infringido dicho artículo (Cas. Nº 551-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 268, Setiembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.23-A.24)

La contradicción formulada por los ejecutados, fundada en la ineficacia de la liquidación, no puede prosperar por no estar prescrito este alegato en los que válidamente pueden hacerse según nuestro código procesal (Cas. Nº 186-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 267, Agosto 1998, Trujillo-Perú, pp. A.7-A.8)

Estando acreditado que existe una suma de dinero que aún no ha sido cancelada por el ejecutado no procede amparar la contradicción.

La existencia de dos títulos valores por importes casi similares, permite suponer que se trata de obligaciones sucesivas y diferentes (Exp. Nº 226-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 371-372)

Es un proceso de ejecución de garantías solo es viable la contradicción cuando la correspondiente obligación resulte inexigible.

No se puede sin el asentimiento de su acreedora, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses (Exp. Nº 1575-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 266-267)

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La incompetencia, por razón del territorio, solo puede ser invocada por el demandado como excepción o como inhibitoria.*

*En los procesos de ejecución de garantías no se permite la deducción de excepciones o defensas previas como fundamento de la contradicción, como sí lo hace la ejecución de obligación de dar suma de dinero, más aún, tampoco se permite la apelación al mandato de ejecución, como sí lo es al mandato ejecutivo, razón por la cual, a través de la nulidad, debe valorarse la competencia del juzgado, teniendo en cuenta, lo pactado expresamente sobre la competencia de los jueces (Exp. N° 523-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 157).*

*“... Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (Cas. N° 867-98/Cusco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostraza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 266-268).*

*Si en la escritura pública de préstamo hipotecario, aparece la certificación notarial de haberse entregado a la demandada dos cheques bancarios y que según la ejecutada nunca le fuera entregado por quedarse en poder del abogado de uno de los ejecutantes; es nulo el auto, que omite el informe de la entidad bancaria sobre quién cobró dichos cheques, no obstante haberlo ofrecido oportunamente la ejecutada (Exp. N° 5414-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 374).*

*Si del tenor de la contradicción se advierte que uno de los puntos en controversia es la validez o invalidez de los títulos en ejecución, no resulta irrelevante admitir la pericia grafotécnica ofrecida por el ejecutado (Exp. N° 531-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 230-232).*

## ORDEN DE REMATE

### ARTÍCULO 723

*Transcurrido el plazo sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción, el Juez, sin trámite previo, ordenará el remate de los bienes dados en garantía.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 551-558, 575, 576

---

### Comentario

---

1. El presente artículo nos ubica bajo el siguiente contexto: a pesar de haberse intimado al deudor para el pago a favor del ejecutante y no cumplir con ello, se procede a materializar la advertencia del mandato de ejecución, ordenando acto seguido el remate del bien inmueble dado en garantía. Esta renuencia puede ser de manera expresa o tácita, provocando en este último caso, que no se formule contradicción alguna y se ordene sacar a remate bien dado en garantía hipotecaria. El objetivo del remate es la venta forzada del bien entregado en garantía, ante la resistencia al pago por el deudor. Se busca enajenar el bien para satisfacer con su precio, el interés del acreedor ejecutante. Esta venta es realizada por obra de los órganos de la jurisdicción y es un fenómeno híbrido, en el cual interfieren los elementos del derecho civil, del derecho procesal y del derecho notarial; por ello se considera como un acto mixto donde concurre la actividad de la jurisdicción y la autonomía privada de voluntad.

2. Esta etapa, que no encierra mayor cuestionamiento a un resultado anteladamente advertido, se torna preocupante cuando se formula apelación contra el mandato que ordena sacar a remate el bien garantido. Véase que nos ubicamos en un escenario donde el ejecutado no ha hecho uso de la contradicción, en los términos que señala el art. 722 CPC, sin embargo, ingresa al proceso interponiendo apelación contra la resolución que ordena el remate del bien, la misma que es concedida por algunos estamentos judiciales, con efecto suspensivo, como se aprecia en los pronunciamientos de los juzgados comerciales.

Evidentemente que la impugnación no puede ser negada siempre y cuando se cumplan con los elementos básicos para ella, como la existencia de agravio, la oportunidad y legitimidad de quien la formula; sin embargo, esas condiciones no se puede encontrar en la apelación contra el auto que ordena sacar a remate el bien, sin haber formulado con antelación contradicción alguna.

Como se aprecia del pronunciamiento de la Sala Comercial de Lima<sup>(1)</sup>, absuelve la apelación contra la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía hipotecaria, sin precisar el error que genera agravio. Todo lo contrario, se atribuye como error el no haber sido notificado con el mandato de ejecución, impidiendo de esta manera ejercer su defensa. Si esto fuera así, el mecanismo de las nulidades procesales serían los medios adecuados para corregir los vicios de procedimiento que denuncia. Por otro lado, hay quienes pretenden aprovechar este momento para cuestionar la liquidación de saldo deudor, sin tener en cuenta que la contradicción es la etapa procesal fijada para dicho ejercicio.

El argumento que la tasación no se encuentra actualizada, tampoco es idóneo para el momento procesal. Evidentemente, si se contrasta los argumentos de la apelación con las consideraciones de la resolución apelada, se colige que será difícil encontrar agravios que corregir. Lo que se pretende es forzar indebidamente, una etapa del contradictorio, en este estadio del proceso. Como señala la resolución en comentario: los agravios constituyen fundamentos de contradicción que la impugnante debió haber formulado en la oportunidad que le confería el artículo 722° del Código Procesal Civil (dentro de los tres días de notificada con el mandato ejecutivo) por lo que al no haberlo hecho en la ocasión aludida ha precluido la posibilidad de cuestionamiento respecto de los hechos en los que se sustenta la apelación. Además, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos (ver art: 196 CPC); verificándose que el apelante no ha desvirtuado con documento alguno la veracidad del saldo deudor. La Sala Comercial, en el caso propuesto, advierte que auto definitivo aparece dictado sobre la no oportuna contradicción, en cuya virtud y por el sentido de la decisión tomada sobre aquella, se encuentra sujeta al mérito de los hechos expuestos, siendo ello así, la ejecutante está facultada para utilizar todos los medios legales necesarios que permitan el honramiento de su acreencia, hecho que dice el referido Colegiado ha sucedido

Hay algunos criterios judiciales, que para justificar la apelación de la resolución que ordena el remate del bien garantido, atribuyen a dicha resolución la calidad de sentencia, criterio errado porque el derecho cierto, expreso y exigible, propio de todo título (llámese sentencia) ya aparece en el título del mandato de ejecución. Lo que se hace es forzar una consulta bajo el ropaje de una apelación formal, consulta nada adecuada para un proceso de ejecución, donde los derechos en ejecución ya están definidos, con antelación, provocando dilaciones en la tutela.

---

(1) Véase pronunciamiento de fecha 21 de setiembre del 2005, recaído en el caso seguido por Banco de Crédito del Perú con Teófila Poma Marcelo sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria, expediente No 847-2005, Sala Comercial de Lima.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Habiendo sido declarada la insolvencia de la sociedad anónima, ésta solicita se suspenda los embargos y demás medidas trabadas sobre sus bienes, en el proceso de ejecución de garantía, el mismo que deviene en infundado, pues, el objeto del presente proceso es la ejecución de la garantía real ordenada sobre el bien, en su oportunidad, no del insolvente; tanto más, que Indecopi, ha suspendido los efectos de la resolución que reconoce el crédito invocado por los acreedores frente a la recurrente, y sobre el cual esta última pretende fundar su derecho (Exp. N° 58635-728-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 610-612)*

*Si el estado del proceso es la ejecución del remate del vehículo prendado, es necesario para los efectos de la ventajudicial, que dicho bien este a disposición del juzgado (Exp. N° 24910-1746-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 607-608)*

*La garantía hipotecaria es un acto jurídico que constituye título ejecutivo suficiente para que el ejecutante recurra al órgano jurisdiccional a efectos de lograr la ejecución de la misma.*

*Si el ejecutado cumple con consignar una cifra mayor a lo adeudado es procedente suspender el remate judicial. La suma por intereses, costas: y costos es susceptible de ser ejecutable vía remate judicial del bien hipotecado que garantice su liquidez (Exp. N° N-576-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 536-537)*

*El proceso de ejecución de garantías y consiguiente ejecución forzada culmina con la transferencia del inmueble al adjudicatario.*

*La transferencia del bien a favor del adjudicatario, se ha producido en el acto de remate, por lo que el precio depositado corresponde al acreedor ejecutante (Exp. N° 794-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 369-370)*

## SALDO DEUDOR

### ARTÍCULO 724

*Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Este artículo encierra un riesgo para el acreedor ejecutante, pues, tendrá éste que esperar que se ejecute la garantía para luego en liquidación ver lo que puede ser exigible en el proceso ejecutivo. Ello permitiría la posibilidad que el afectado o presunto deudor pueda sustraer u ocultar sus bienes para evitar que se pueda afectar el saldo con futuras medidas cautelares.

La posibilidad de embargar el patrimonio del deudor, luego de haber agotado el proceso de ejecución de garantías, significaría el riesgo que tendría que asumir el acreedor, pues, sencillamente el afectado, proyectando la existencia del saldo, se orientaría a ocultar o desaparecer sus bienes.

La respuesta estratégica y oportuna que se trabaja frente a esta limitante, lleva a que se formule paralelamente dos procesos a fin que, en uno se ejecute la garantía y en otro el saldo de esa garantía, a través de un proceso ejecutivo. Véase el caso de una obligación impaga pero garantizada con bienes, cuyo adeudo supera al valor de la garantía real. El ejecutante podría iniciar paralelamente el cobro de su crédito hasta el valor de la garantía real y el cobro ejecutivo, por el saldo. El título definitivamente ya no será la liquidación del saldo deudor luego del remate, a que refiere el artículo en comentario, sino que necesariamente se tendría que recurrir a los títulos ejecutivos (ver art. 693 CPC) como expresión de la relación patrimonial personal entre el acreedor y ejecutado, obligado al pago.

Esta propuesta es cuestionada señalando que no es posible que el juez pueda conocer dos procesos a la vez, porque se estaría ante un petitorio jurídicamente imposible.<sup>(1)</sup> En ese sentido léase la Casación No 2741-2000/Lima que dice: "si

---

(1) Véase en ese sentido la resolución recaída en el exp: 13840-99 p.1654, en la 2ª Sala Civil de Lima, en el proceso seguido por Banco Wiese con Algodonera Buenavista Sociedad Anónima sobre ejecución de garantías.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

bien el presente proceso se basa en la ejecución de una garantía real prendaria, no debe olvidarse que la prenda está subordinada a una obligación sin la cual no existiría, y esa obligación, viene a ser aquella misma que sirve de base para la ejecución del primer proceso, por consiguiente, se trata de un mismo petitorio, por ende, de un mismo interés para obrar, siendo así, cabe desestimar el recurso pues conforme al art. 438 inciso 3 del CPC no es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo con el mismo petitorio" Criterios como los que se expone, lleva a la desprotección del acreedor hipotecario en la ejecución del crédito, al proscribir la existencia de procesos paralelos, cuando perfectamente el art: 1117 CC así lo permite.

2. Consideramos que dicho criterio no contraviene las reglas del proceso civil, pues, el art. 692 CPC permite que el ejecutante pueda pedir alguna medida cautelar sobre otros bienes del deudor. Con una sana interpretación del art. 692 y 724 CPC podremos apreciar que se trata de dos vías que se pueden utilizar a la vez para ejecutar la acreencia. No se trata de la existencia de procesos idénticos y por tanto oponible la litispendencia, sino de procesos que tienen una deuda en común, pero que su ejecución se puede materializar simultáneamente, como el proceso ejecutivo de obligación de dar suma dinero y el proceso de ejecución de garantía hipotecaria. Las vías procedimentales son diferentes, pues en una opera la ejecución del crédito personal y en el otro, la ejecución de garantías. Las partes en ambos procesos son diferentes, pues, en el primero se integra por el ejecutado y posibles fiadores; en la ejecución de garantía, solo se dirige al deudor hipotecario; y por último, el monto también es diferente, pues, en el caso de ejecución de garantías solo responde hasta la suma otorgada en la hipoteca; en cambio el proceso ejecutivo puede cubrir todo el patrimonio del deudor no afectado con garantías reales. Esto también va a generar que se dilucide la prevalencia de derechos (el crédito personal y el crédito real).

3. El saldo deudor a que refiere el art. 724 CPC debe ser apreciado bajo la luz del art. 692 CPC. Existen al respecto ejecutorias en casación que señalan la existencia de procesos idénticos, cuando se ejecute paralelamente o en forma antelada el crédito no hipotecario, como es el caso de la casación 2367-98-Lima. Felizmente, en estos últimos tiempos, el análisis del tema propuesto viene tomando un rumbo diferente. Hay pronunciamientos como la Casación N° 2564-2003-Lima, del 11 de agosto de 2004, publicado en El Peruano el 31 de enero del 2005, que dice: a efectos de satisfacer su crédito, el acreedor hipotecario tiene la opción de ejercer la acción personal contra el deudor o la acción real sobre el bien hipotecado, o ambas a la vez, ello no lo faculta a percibir un doble pago. El art. 1117 CC tiene por finalidad brindar al acreedor los suficientes medios para cobrar su crédito, de esta manera, podrá emplear una de las acciones (real o personal) o ambas a la vez; lo cual de ninguna manera implicará que quede autorizado a percibir un doble pago, pues dicho artículo permite la duplicidad de acciones pero no la duplicidad del pago del crédito. En ese sentido, bastará que el deudor cumpla con el

pago o que se produzca la venta judicial del bien para que la obligación se extinga; por tanto, si no se prueba que el demandado haya sido requerido en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ni que haya hecho efectivo el monto de la demanda de obligación de dar suma de dinero, no hay evidencia alguna de doble pago.

Este criterio también se ve reproducido en varios pronunciamientos de la Sala Comercial de Lima.<sup>(2)</sup> En él se sostiene que no son excluyentes los procesos de ejecución de garantías y el proceso ejecutivo; por tanto, la empresa ejecutante se encuentra facultada para utilizar todos los medios legales necesarios para –alternativa o conjuntamente- buscar la satisfacción del crédito. "No significa que el órgano jurisdiccional permita la producción de un doble pago, todo lo contrario, en tanto la deuda no haya sido completamente cubierta, surgen tres facultades: a) del acreedor, quien podrá exigir el pago del eventual saldo por otra vía, conforme lo señala el artículo 724 CPC, en comentario; b) del deudor, quien deberá poner en conocimiento de la pertinente autoridad judicial, la amortización o cancelación total de la deuda; c) del Poder Judicial, quien debe velar que no se produzcan situaciones que pueden configurar un abuso del derecho, como lo puede ser la persecución de un doble cobro."



## JURISPRUDENCIA

---

*En situación de remate de bienes por proceso ejecutivo, el título que da mérito a la ejecución es el saldo deudor remanente existente luego de producido el remate del bien dado en garantía, ejecutado en el proceso y precisado en el documento de ejecución de garantías que se debe adjuntar (Cas. N° 1765-99-Lima, El Peruano, 20/01/2000, p. 4598)*

*Si después del remate del bien dado en garantía hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo. En consecuencia, para los efectos de esa exigencia es el saldo pendiente por pagar del proceso anterior el que goza del mérito ejecutivo para expedir el auto de solvendo y obtener en esta forma el pago total de la obligación (Cas. N° 754-98-Lima, El Peruano, 01/10/98, p. 1706)*

*Al establecer el Código Procesal Civil que si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste sería exigible mediante proceso ejecutivo, debe entenderse que la liquidación de saldo deudor luego del remate practicado por una entidad financiera, le concede a ésta acción ejecutiva (Cas. N° 1632-98-Lima, El Peruano, 04/01/99, p. 2358)*

---

(2) Véase el pronunciamiento de fecha 22 de julio del 2005, Exp. No 386-2005, en los seguidos por Latino Leasing Sociedad Anónima en liquidación con Físicos y Gráficos Publicitarios SA sobre ejecución de garantías.

## Capítulo V

---

# EJECUCIÓN FORZADA

### Sub - Capítulo 1º

---

## DISPOSICIONES GENERALES

### FORMAS

#### ARTÍCULO 725

*La ejecución forzada de los bienes afectados se realiza en las siguientes formas:*

1. *Remate; y,*
2. *Adjudicación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

---

### *Comentario*

---

1. Para iniciar la ejecución forzada debe tenerse en cuenta los siguientes presupuestos: la existencia de un título ejecución, en aplicación del precepto *nulla executio sine titulo*; el ejercicio de una acción ejecutiva en aplicación del principio dispositivo, esto significa que las sentencias de condena firmes no se ejecutan sin iniciativa del deudor; y por último, la existencia de un patrimonio ejecutable que permita transferir ciertos bienes, o su precio, del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor, dejando a salvo la posibilidad que al deudor se entregue el saldo que resulte a su favor, luego de pagadas sus deudas.

Primitivamente se concebía que las deudas se cancelaban con la vida del deudor, ello no sólo como expresión de venganza privada sino como afrenta del acreedor. En ese sentido, el ofendido podía solicitar la muerte de su deudor. Posteriormente, la muerte fue sustituida con la esclavitud. El deudor perdía su libertad y con su trabajo tenía que pagar sus deudas. A pesar que esta etapa se ha superado, subsiste la prisión por deudas en caso de alimentos, pero con una justificación diferente. Antes se penaba –de manera objetiva– las deudas insatisfechas;

hoy lo que se castiga es el dolo en la inejecución de ciertas obligaciones de carácter obligacional, como son los alimentos.

2. El ingreso a la ejecución forzada presupone la ejecución del apercibimiento decretado en el mandato de ejecución. Como señala el artículo en comentario, esta etapa comprende el remate y la adjudicación; sin embargo, debe precisarse que la realización forzosa no siempre es necesaria. Tiene sentido cuando los bienes embargados no son dinero y han de convertirse en él, para poder pasar a la fase de pago al acreedor ejecutante, pero la realización carece de sentido en el embargo en forma de retención dineraria. Aquí se pasa directamente del embargo al pago inmediato, lo que no ocurre en los demás casos, en los cuales existe realización forzosa, que se resuelve en la adjudicación para pago. Véase en este extremo lo regulado en el artículo 729 CPC

La actividad jurisdiccional es sustitutiva. Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el juez procederá a enajenar bienes de aquél y con su producto pagará al acreedor ejecutante.

Ello es posible porque se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al juez.

Por otro lado, el juez está investido de potestad para hacer lo que puede hacer el ejecutado, pero no puede extender más allá su actividad. Consiguientemente si el ejecutado sólo puede realizar actos de disposición sobre su patrimonio (no sobre patrimonios ajenos, tampoco podrá hacerlo el juez, siendo en caso contrario) dichos actos nulos o anulables

Además debe tenerse en cuenta que nuestro Código solo contempla la enajenación y la adjudicación como parte de la ejecución forzada. No comprende otras posibilidades de realización forzosa, como la entrega en administración del patrimonio afectado, situación que sí aparecen en otras legislaciones, donde la venta no siempre llega a efectuarse.

Mediante dicha administración, se entrega el bien al ejecutante para que con sus frutos o productos vaya satisfaciendo paulatinamente su crédito. Importa destacar que el administrador es precisamente el ejecutante y no un tercero nombrado por el juez. La administración forzosa y administración judicial son dos figuras distintas e incompatibles: la judicial es una forma de garantizar la afección de bienes al proceso, cuando lo embargado sean frutos y rentas, en los que las garantías del depósito o de la anotación preventiva no son suficientes ni adecuadas y en la que el administrador es un tercero designado por el ejecutante que debe entregar las cantidades obtenidas al juzgado, quedando afectadas a la ejecución; la forzosa, es una forma de realización, en la que el administrador es el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

propio ejecutante, que destina los productos a satisfacer su crédito. Una y otra son incompatibles, acordada la administración forzosa cesa la judicial.

Por otro lado, hay circunstancias que el bien embargado no puede jurídicamente ser enajenado, como es el caso del embargo sobre los derechos y acciones que pudiera corresponder al cónyuge deudor en la sociedad conyugal, aún no disuelta. Sólo, al final de la misma, se puede determinar la porción que corresponde a cada cónyuge, por tanto, mal podría disponerse la ejecución de un bien social cuando no se ha acreditado que la sociedad conyugal se hubiere disuelto o fenecido, a efectos de determinar el porcentaje que pertenece a cada cónyuge.

En otros la enajenación puede operar cuando se trata de bienes que tienen cotización en el mercado de valores o equivalente. En este último caso, el juez nombrará a un agente de bolsa o corredor de valores para que los venda. Nótese que aquí no opera la adjudicación sino la enajenación directa.

En el caso de la ejecución de garantías, hay que tener en cuenta que la constitución de hipoteca, otorga al acreedor hipotecario los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, en virtud de lo cual, aquél cuenta con la posibilidad de hacerse cobro de lo adeudado mediante el remate judicial del inmueble gravado, sea quien fuere el propietario del mismo, es decir, aún cuando el inmueble haya sido transferido, se puede recurrir al órgano jurisdiccional competente a efectos de solicitar se ordene el remate del bien, vencido el plazo para que el deudor cumpla con la obligación debida.

Lo desarrollado líneas arriba, nos permite concluir que la ejecución forzada se da con el remate o con la adjudicación de los bienes. Dicha ejecución se inicia con la convocatoria del acto de remate y concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o la adjudicación del bien, o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses puesto a cobro, si fuere el caso.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien es jurídicamente posible el embargo sobre los derechos y acciones que le corresponden al ejecutado en los bienes sociales, sin embargo, no lo es, llevar adelante la venta judicial de éstos, desde que no existe porcentaje establecido respecto de la cuota ideal que le correspondería, pues, ello solo podrá determinarse luego de la liquidación de la sociedad legal (Exp. N° 3068-2894-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 570-572)*

*La medida cautelar de embargo sobre los derechos y acciones que virtualmente tiene el ejecutado en el bien común, no afecta la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, en tanto no se asigne porcentaje de propiedad del bien a cada cónyuge, lo que solo será posible luego del fenecimiento de ésta y posterior liquidación.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Es válida la solicitud de medida cautelar, pero no resulta jurídicamente posible la venta judicial o extrajudicial del bien común o cuota ideal de él, sin la concurrencia de ambos cónyuges o en todo caso, sin que se haya establecido legalmente los porcentajes de propiedad de cada uno (Exp. N° 1787-529-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 572-573)*

*El hecho que no se haya liquidado la sociedad de bienes gananciales y por tanto que no se pueda determinar la parte que le corresponde a cada uno de los cónyuges no justifica la improcedencia de la medida cautelar, por cuanto, no solo es necesario evitar el peligro derivado de la imposibilidad de intervenir en la esfera jurídico patrimonial del ejecutado, sino, porque tratándose de bienes sociales la ley, procesal no ha establecido prohibición de embargar derechos y acciones de los cónyuges, salvo el caso del patrimonio familiar (Exp. N° 43031-311-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 573-574)*

*Ante el cumplimiento de los ejecutados en el pago de las cuotas acordadas en la transacción se requirió el pago, lo que implica el inicio de la ejecución forzada, etapa procesal necesaria, para dar cumplimiento a los acuerdos arribados por las partes en la transacción. La transacción por tener la calidad de cosa juzgada se ejecuta siguiendo lo establecido para la ejecución forzada (Exp. N° 146-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 220-221)*

*Resulta improcedente el pedido de remate de bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal, si la deuda solo fue contraída por el marido y no está probado en autos que ésta haya redundado en provecho de la sociedad conyugal ni que se utilizó para atender las cargas del hogar (Exp. N° 1377-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 112)*

*La ejecución forzada se da con el remate o con la adjudicación de los bienes. Dicha ejecución se inicia con la convocatoria del acto de remate y concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o la adjudicación, o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses (Exp. N° 416-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 534)*

*Los bienes integrantes del patrimonio social pueden embargarse mas no rematarse, pues dicho acto daría lugar a liquidar un bien social en forma no autorizada por ley.*

*La naturaleza provisoria de la misma, no puede afectar de manera definitiva la porción que en caso de indivisión corresponda al cónyuge no obligado (Exp. N° N-486-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 494-495).*

*La oposición es un remedio procesal solo para ser interpuesto en los casos previstos en el Código Procesal y dentro del tercer día de conocido el agravio. En ninguno de los artículos del CPC se regula la posibilidad de plantear oposición al remate.*

*Si lo que se dirige a cuestionar es la propiedad del inmueble hipotecado, ello debe ser ventilado a través de una tercería de propiedad, proceso en el cual debe dilucidarse, probarse y declararse el derecho que alega la recurrente (Exp. N° 1472-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 566).*

## INTERVENCIÓN DE OTRO ACREEDOR

### ARTÍCULO 726

*Un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien, puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Sus derechos dependen de la naturaleza y estado de su crédito. Si su intervención es posterior, sólo tiene derecho al remanente, si lo hubiere.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 559-562

---

### Comentario

---

1. La norma regula la afectación del derecho de crédito de un acreedor no ejecutante frente al ejecutado que tiene afectado el mismo bien. Cuando ese crédito goza de preferencia con relación a un bien determinado el principio de subsistencia de las cargas preferentes y anteriores significa que no se verá afectado, siempre y cuando el acreedor intervenga antes de la ejecución forzada.

La intervención de este acreedor debe ser considerado como una citación forzada a realizar por el ejecutante, de tal manera que éste debe señalar la dirección domiciliaria de todos los acreedores no ejecutantes. Esta carga imputable al ejecutante no puede ser dejada a la buena voluntad de los propios acreedores no ejecutantes, quienes podrían desconocer de la existencia del proceso de ejecución, y por tanto no intervenir oportunamente en el proceso para cautelar su derecho preferente.

Como se aprecia de la redacción de la norma, no importa si tales derechos son anteriores al del ejecutante como tampoco que sean preferentes al de la ejecución, no importa si tales derechos son anteriores al del ejecutante como tampoco que sean preferentes al de la ejecución, su eficacia está subordinada a la intervención del titular en el proceso, antes del remate o antes del pago. Mejorada<sup>(1)</sup> sostiene que la redacción del artículo 726 CPC debe ser inaplicable por ser inconstitucional. Vulnera el artículo 138 de la Constitución Política al desconocer

---

(1) Mejorada Chauca Martín, "ejecución forzada: ¿el fin de la preferencia hipotecaria? En *Advocatus*, No 12, Revista de la Facultad de la Universidad de Lima, 2005-I, Lima, pp. 257

derechos económicos protegidos por la propia Constitución. Se cuestiona, si el acreedor hipotecario goza de un derecho reconocido y alentado por la Constitución ¿por qué, entonces, este acreedor tiene que intervenir en el proceso para afirmar su derecho de garantía, con la consecuencia de perderlo si no lo hace? El artículo 726 CPC contradice la propia pretensión del actor, al colocarlo en una situación distinta de la que expresa su petitorio. El ejecutante demanda el pago en cierto rango y termina cobrando en otro.

La solución que propone, viene siendo aplicada por algunos estamentos judiciales, para quienes los derechos preferentes y oponibles no ceden, ni siquiera para premiar el esfuerzo del demandante diligente. "Si bien la venta del predio produce el levantamiento de todos los gravámenes, como un mecanismo para incentivar el interés de los compradores, ello no significa desconocer los derechos preferentes. El juez podría perfectamente separar del resultado de la venta, las sumas correspondientes (monto del gravamen) a favor de los acreedores preferentes. Si queda remanente, el demandante que siguió el proceso cobrará; sino no"<sup>(2)</sup>. Según Mejorada, la intervención del acreedor hipotecario se debe facilitar inclusive permitiendo que invoque su preferencia hasta el último momento posible: el momento del pago.

Contrario sensu, a lo descrito líneas arriba, la norma no hace referencia a la consecuencia que genera para el ejecutante, al no haber citado al acreedor no ejecutante. Para Liñan<sup>(3)</sup> existen dos posibilidades: "1) que el remate sea nulo y 2) que el remate mantenga su validez, pero al no haberse citado a algún acreedor su derecho no se vería afectado y su gravamen no sería levantado, con lo cual el tercero que adquiere un bien en remate, lo adquiriría gravado. Ante estas dos posibilidades y atendiendo a que es principio fundamental de la ejecución que quien compra un bien en remate lo adquiere libre de gravámenes, nos inclinamos por la primera opción, es decir que se declare la nulidad del remate; admitir lo contrario sería restar convicción a los postores quienes no podrían estar seguros que van a adquirir un bien libre de gravámenes, pues en cualquier momento podría presentarse un acreedor no citado".

2. Otro aspecto que se debe apreciar para la intervención de estos acreedores no ejecutantes es la naturaleza y estado de su crédito. Por citar, frente a una ejecución de garantías puede intervenir un acreedor de un crédito laboral. Por la naturaleza de su crédito hará que éste sea preferente al de la ejecución, estamos

(2) Op. cit. p. 258

(3) Liñan Arana Luis Alberto, "La intervención de acreedores en el proceso de ejecución" Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Fondo de desarrollo editorial Universidad de Lima, Lima, 2003, p.107

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

ante la prelación material. En caso de conflicto entre un derecho personal (crédito) y un derecho real (propiedad), prima éste último por tener carácter persecutorio, *erga omnes*. Otro criterio que opera frente al derecho personal es la prelación temporal, esto significa, que el crédito que se ubica en el primer rango tendrá preferencia frente al del segundo.

Como señala la norma, se debe tener en cuenta el estado de su crédito, esto implica que si bien pueden aparecer hipotecas registradas antes del que es materia de ejecución, su intervención está condicionada a que la acreencia no haya sido cancelada o que aún no sea exigible. En el primer supuesto, puede darse la posibilidad que ello hubiera ocurrido pero que no se ha levantado la hipoteca, situación que no justificaría su intervención como tercero acreedor.

Por otro lado, cuando de la información registral aparecen otros acreedores no ejecutantes, una de las dificultades que se encuentra es ubicar el domicilio de aquellos para comunicarles de la ejecución. Tanto las direcciones que señala la SUNAT y la RENIEC se puede tomar como referentes para notificar al acreedor no ejecutante. Cuando se trata de personas jurídicas se recurre a la dirección que aparece señalada en la SUNAT (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria). En caso que se hubiere dado de baja el Registro Unificado del Contribuyente RUC, algunos jueces recurren a ubicar al último representante legal de la empresa, para luego buscar su dirección domiciliaria en el que consigna la RENIEC (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil). En caso que la citación se torne imposible, algunos jueces optan por recurrir a designar a un curador procesal.

3. Además debe apreciarse que la norma le fija una condición para su intervención, como es, intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Si su intervención es posterior, sólo tiene derecho al remanente, si lo hubiere. La ejecución forzada se inicia con el mandato que hace efectivo el apercibimiento, luego del requerimiento para el cumplimiento de la obligación. El apercibimiento en la ejecución de garantía consiste en dar inicio al remate. Termina con el pago íntegro al ejecutante, sea con el producto del remate o con la adjudicación o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses exigidos y los gastos procesales. (Ver artículo 727 CPC).

Conforme se aprecia de la redacción del presente artículo, la oportunidad que tiene el afectado de intervenir en el proceso es antes de su ejecución forzada. En la Casación N° 709-2003-Ucayali de fecha 24 de Agosto del 2004 publicada el 01 de diciembre del 2004, se precisa que el momento en que se puede considerar efectuada la ejecución forzada, para los efectos del artículo 726 CPC es con el pago íntegro al ejecutante del producto del remate o con la adjudicación. Si ninguna de estas circunstancias se presenta al momento que los acreedores no ejecutantes presentaron su solicitud, procedía válidamente su incorporación al proceso. Esto significa que el acto de remate necesariamente exige la concurrencia de

postores y la adjudicación del bien, a uno de ellos. Como señala Ariano,<sup>(4)</sup> "todo procedimiento, está enderezado a un fin: obtener dinero para satisfacer al acreedor a través de la enajenación forzada de los bienes del deudor-ejecutado (o de tercero responsable) para lo cual, el órgano jurisdiccional se sirve de los postores. Nunca debe perderse de vista esta finalidad. En tal sentido, mientras no se logre esta finalidad el procedimiento no puede considerarse cumplido. De allí que si en el día y hora fijado por el juez para la realización del remate (subasta) no se presentaron postores simple y llanamente nada ocurrió, y no puede considerarse que se haya iniciado "el acto de remate", pues, este acto para ser tal requiere de sus protagonistas: los postores"

4. La tutela de los terceros en los procesos de cognición permite que no opere frente a él la cosa juzgada, ni la sentencia se convierta en título ejecutivo. Aquí opera una tutela negativa, sin embargo, cuando se trata de procesos de ejecución lo que se busca es una actitud positiva del tercero, para evitar los perjuicios consiguientes. En tal sentido, el artículo 690 CPC permite la posibilidad que cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se deba notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución, sujetando su intervención a lo dispuesto en el art. 101 CPC, sin embargo debe precisarse que el derecho que pueden invocar dichos terceros no es el crediticio, como exige el supuesto del artículo 726 CPC (al referirse a un tercero acreedor no ejecutante) sino a otros derechos como el de la posesión sobre un inmueble entregado en garantía, toda vez que uno de los efectos del remate es la entrega del inmueble al adjudicatario (véase inciso 3 art. 739 CPC). Nótese que la intervención de estos terceros se diferencia por el momento en el que se involucra en el proceso. En el caso del tercero legitimado, a que refiere el artículo 690 CPC, este se debe notificar con el mandato de ejecución; a diferencia del tercero acreedor no ejecutante, que regula el artículo 726 CPC que se involucra recién en la ejecución forzada.

Si bien la norma señala que cuando el acreedor no ejecutante interviene luego de la ejecución forzada, sólo tiene derecho al remanente, si lo hubiere; ello implica que este acreedor debió haber tomado conocimiento oportuno del inicio de la ejecución para atribuirle tal efecto. De ahí que es importante que el ejecutante señale las direcciones domiciliarias de todos los acreedores con derecho inscrito sobre el mismo bien materia de ejecución, para poder justificar las consecuencias de su no intervención en el proceso. Solo así, si se demuestra que se ha notificado debidamente a estos acreedores y a pesar de ello no han concurrido se puede proceda conforme lo señala la última parte de este artículo.

---

(4) Ariano Deho Eugenia, "Sobre el dies ad quem en las tercerías de propiedad" en Diálogos con la Jurisprudencia, No 35, agosto, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

5. La intervención de los terceros acreedores (no ejecutantes) en el proceso de ejecución es abordado en el Código Procesal, a través de los artículos 690 y 726 CPC. Las contradicciones que presentan frente a la intervención de los acreedores no ejecutantes, lleva a que se proponga una regulación integral del tema, para evitar afectación de los derechos de estos terceros acreedores. Liñan Arana<sup>(5)</sup> propone para ello un procedimiento especial y orgánico, de tal manera que la tercería de derecho preferente carecería de sentido, pues, será el juez que realice la ejecución, quien se encargará de determinar la existencia de los créditos y su prelación. El procedimiento que propone Liñan, presentan las siguientes ideas principales: la citación en forma obligatoria a todos los terceros acreedores con garantía real inscrita en Registros Públicos. En caso de existir terceros acreedores con embargo inscrito sobre el bien materia de ejecución, el proceso de ejecución se deberá acumular al proceso en que se ordenó el primer embargo, una vez que éste adquiera la calidad de medida de ejecución, para que sea un solo juez quien realice la tasación, subasta y pago. La citación de los terceros acreedores se debe realizar en el domicilio que éstos hayan señalado en el título constitutivo de su garantía real; si no fuera posible, se deberá designar un curador procesal. Si los terceros acreedores citados, no se apersonan al proceso, perderán su prioridad o sólo podrán cobrar su acreencia con el saldo que hubiere luego de haber pagado al ejecutante.

Los terceros acreedores deben acreditar su crédito y el derecho sobre el bien materia de ejecución. El juez resolverá sobre las obligaciones demandadas (del ejecutante y terceros) y ordenará la venta del bien, materia de la ejecución, si fuera el caso; estableciendo el orden de preferencia de cada crédito y la liquidación de cada uno de ellos.

Especial situación se aprecia en el reembolso de los gastos procesales, cuando intervienen terceros acreedores no ejecutantes, que por la naturaleza de su crédito desplazan al acreedor ejecutante, al momento del pago.

Aquí surgen dos posibilidades: la concurrencia de acreedores con derecho preferente, pero que aún no hubieren ejecutado su crédito; y la concurrencia de acreedores, también con derecho preferente, que estén ejecutando su crédito en otro proceso judicial o haya concluido éste con dicho reconocimiento al pago.

En el primer caso, se reservará judicialmente el monto de la garantía crediticia para su futura ejecución, si fuere el caso. Dicho monto no se entrega al acreedor no ejecutante, pues, no hay todavía ningún pago que satisfacer, se mantiene en garantía, con la diferencia que esta garantía se ha tornado líquida.

---

(5) Op. cit. pp. 109-110

Para obtener liquidez para el pago, el acreedor ejecutante ha tenido que asumir una serie de gastos procesales, los mismos que serán cargados posteriormente a la suma obtenida para su reembolso; sin embargo, dicha situación no le es extensiva para el acreedor no ejecutante, quien le bastará con concurrir al proceso e invocar su derecho preferente para lograr su consecuente pago, dejando el saldo, si hubiere para el acreedor ejecutante, del que se tendrá que liquidar el reembolso de los gastos procesales con detrimento al valor de su crédito por satisfacer, si es que el saldo no fuera lo suficiente para cubrir dichas condenas.

El caso se torna preocupante cuando no hay saldo a favor del acreedor ejecutante, pues, la concurrencia del acreedor preferente, desplaza el crédito del ejecutante para un posterior plano.

Al margen de no satisfacer el ejecutante su crédito, los gastos realizados para obtener la liquidez, serán de beneficio del acreedor no ejecutante. Ante esa posibilidad, se debe asegurar que ante la concurrencia de acreedores no ejecutantes, como acto previo, el reembolso de los gastos procesales al acreedor ejecutante, los que se obtendrán del monto líquido obtenido del remate, antes del pago. También debe ser extensivo al caso de la concurrencia de acreedores sin que ninguno de ellos tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcancen a cubrir todas las obligaciones. El artículo 748 CPC toma como solución el pago a porrata, pero, no dice nada en cuanto al reembolso de los gastos, para el acreedor que asumió las costas y costos de la ejecución materia de prorrata. En tales casos, la liquidación debe partir previamente por asumir el reembolso y luego, del saldo, proceder al reparto en la forma que lo señala el artículo 748 CPC.

Especial situación se aprecia en el reembolso de los gastos procesales, cuando intervienen terceros acreedores no ejecutantes, que por la naturaleza de su crédito desplazan al acreedor ejecutante, al momento del pago.

Aquí surgen dos posibilidades: la concurrencia de acreedores con derecho preferente, pero que aún no hubieren ejecutado su crédito; y la concurrencia de acreedores, también con derecho preferente, que estén ejecutando su crédito en otro proceso judicial o haya concluido éste con dicho reconocimiento al pago.

En el primer caso, se reservará judicialmente el monto de la garantía crediticia para su futura ejecución, si fuere el caso. Dicho monto no se entrega al acreedor no ejecutante, pues, no hay todavía ningún pago que satisfacer, se mantiene en garantía, con la diferencia que esta garantía se ha tornado líquida.

Para obtener liquidez para el pago, el acreedor ejecutante ha tenido que asumir una serie de gastos procesales, los mismos que serán cargados posteriormente a la suma obtenida para su reembolso; sin embargo, dicha situación no le es extensiva para el acreedor no ejecutante, quien le bastará con concurrir al proceso e invocar su derecho preferente para lograr su consecuente pago, dejando el saldo, si hubiere para el acreedor ejecutante, del que se tendrá que liquidar el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

reembolso de los gastos procesales con detrimento al valor de su crédito por satisfacer, si es que el saldo no fuera lo suficiente para cubrir dichas condenas.

El caso se torna preocupante cuando no hay saldo a favor del acreedor ejecutante, pues, la concurrencia del acreedor preferente, desplazo el crédito del ejecutante para un posterior plano.

Al margen de no satisfacer el ejecutante su crédito, los gastos realizados para obtener la liquidez, serán de beneficio del acreedor no ejecutante. Ante esa posibilidad, se debe asegurar que ante la concurrencia de acreedores no ejecutantes, como acto previo, el reembolso de los gastos procesales al acreedor ejecutante, los que se obtendrán del monto líquido obtenido del remate, antes del pago. También debe ser extensivo al caso de la concurrencia de acreedores sin que ninguno de ellos tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcancen a cubrir todas las obligaciones. El artículo 748 CPC toma como solución el pago a porrata, pero, no dice nada en cuanto al reembolso de los gastos, para el acreedor que asumió las costas y costos de la ejecución materia de prorrata. En tales casos, la liquidación debe partir previamente por asumir el reembolso y luego, del saldo, proceder al reparto en la forma que lo señala el artículo 748 CPC.



## JURISPRUDENCIA

---

*El hecho de que los bienes objeto de la medida cautelar estén afectos a otro crédito, no es óbice para que se lleve adelante dicha medida ni tiene mérito para que se suspenda la misma. Esta controversia se resuelve de conformidad con el artículo 726 CPC (Exp. N° 567-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 173-174)*

## CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZADA

### ARTÍCULO 727

*La ejecución forzada concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o con la adjudicación, o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses exigidos y las costas y costos del proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

La norma se ubica bajo varios supuestos de la ejecución forzada. Uno de ellos hace referencia al ejecutado, a quien se le atribuye el derecho de poner fin a la ejecución en cualquier momento, realizando él mismo la conducta que el juez está realizando, esto es, pagando íntegramente la obligación para finalizar la ejecución.

Nótese que la norma hace hincapié en el pago íntegro, e incluye los intereses y gastos procesales. Sobre el particular puede ocurrir que se remate un inmueble con el precio base de US\$ 50,000 pero el crédito asciende a US \$20,000, sin embargo, no se ha liquidado los intereses ni los gastos procesales, a pesar que forma parte de la condena. Aquí sólo se podría amparar la entrega del valor capital, quedando subsistente la liquidación de los intereses y gastos, mientras sucede ello, podría la ejecutante oponerse a la entrega del remanente al ejecutado hasta que satisfaga íntegramente la obligación.

Puede concurrir la situación que sin concluir la ejecución forzada se suspende el remate. Véase el caso del mandato de ejecución que ordena el pago de US \$10,000 como capital, sin embargo, el precio base del inmueble a rematar se fija en US \$50,000. Bajo ese contexto, con sólo depositar US \$10,000, que es el monto capital, se suspende el remate. La ejecución de los intereses y gastos procesales se liquidarán en el mismo proceso, pudiendo continuar con el remate en caso de no pago de estos últimos

Hay otras estrategias que se orientan a hacer coincidir el capital y los intereses con el valor del bien a rematar para consolidar la obligación. En tal sentido, los intereses no se liquidan inmediatamente sino que se espera que vayan corriendo hasta que se pueda dar la consolidación; en otros casos, también se deja transcurrir

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

la liquidación de los intereses para que estos vayan creciendo y evitar que el acreedor consigne algún saldo a favor del ejecutado, en caso de adjudicación en pago

Otro supuesto que debe advertirse es cuando la ejecución forzada se entiende cumplida, aunque no se haya podido dar efectividad completa al título, dependiendo ello de causas ajenas al juzgador, como sería la falta de bienes en el patrimonio del deudor. En este caso, señala el art. 724 CPC, será exigible mediante el proceso ejecutivo. En ese sentido podemos colegir que en los procesos de ejecución de garantías, si luego del remate en el patrimonio del deudor ingresan otros bienes, no podrá reiniciarse la ejecución forzada porque la garantía ya se ha liquidado. Se tendría que recurrir al proceso ejecutivo hasta llegar a la completa satisfacción; situación que no sería extensiva para la ejecución forzada en los procesos ejecutivos y en los títulos de ejecución.

Si bien, una forma de concluir la ejecución forzosa es cuando el ejecutado paga íntegramente la obligación, intereses y costas, se debe tener en cuenta que sólo en el caso que el bien hipotecado sea objeto de remate judicial, por no haber pagado el ejecutado la suma puesta a cobro y como consecuencia de ello el bien se adjudique a determinada persona, el juez dispondrá la cancelación de todos los gravámenes, incluida la hipoteca que constituyó el título de ejecución. Situación distinta es cuando los propios ejecutados han pagado íntegramente la obligación puesta a cobro, en consecuencia la ejecución forzada ha concluido, no resultando válido, en el proceso de ejecución de garantías, amparar el pedido de levantamiento de gravamen, el que corresponde hacerse valer en un proceso judicial que tenga como pretensión ese pedido.<sup>(1)</sup>



### JURISPRUDENCIA

---

*Si la recurrente adquirió la propiedad del bien hipotecado, cuando el proceso se encuentra en ejecución, no resulta válido pretender suspenderlo con el argumento que previamente se liquide la suma que adeudan los ejecutados.*

*La nueva dueña es ajena al origen del vínculo obligacional garantizado, por tanto, su derecho real se encuentra vinculado al presente proceso en razón del gravamen existente sobre el bien de su propiedad.*

*Si la recurrente pretende liberar el predio del gravamen que pesa sobre él o impedir la subasta, puede cubrir la cantidad por la cual se ha constituido dicho gravamen, hasta antes de la subasta pública, sin afectar la marcha del proceso (Exp. Nº 1170-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 71)*

---

(1) Véase caso publicado en Ledesma, Jurisprudencia Actual, op. cit. t. 5, p. 186

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*El proceso de ejecución no concluye con el levantamiento de la hipoteca, por no ser el objeto de éste. Corresponde al garante hipotecario hacerlo valer en la vía correspondiente.*

*Siendo la hipoteca, una garantía real constituida a favor de una entidad bancaria, es de aplicación el artículo 172 de la Ley 26702 (Exp. Nº 529-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 184-185)*

*No puede el juez disponer que cumplido los pagos se levante la hipoteca recaída en el inmueble materia de litis, en razón, que la ejecución concluye con el pago íntegro al ejecutante, el que comprende también los intereses y gastos procesales. No constituye objeto del proceso, el levantamiento de la hipoteca constituida por los ejecutados (Exp. Nº 46970-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 185-186)*

*Si aún no se ha establecido la cuantía relativa a los intereses, costas y costos del proceso que el insolvente estaría adeudando al ejecutante, resulta prematura la suspensión de la ejecución, solo, para determinar las cuantías, mas no, para los actos procesales de eminente ejecución (Exp. Nº 218-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 441)*

## Sub-Capítulo 2º

---

### REMATE

#### TASACIÓN

##### ARTÍCULO 728

*Una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el Juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados.*

*El auto que ordena la tasación contiene:*

- 1. El nombramiento de dos peritos; y*
- 2. El plazo dentro del cual, luego de su aceptación, deben presentar su dictamen, bajo apercibimiento de subrogación y multa, la que no será mayor de cuatro Unidades de Referencia Procesal.*

---

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 325

C.F.P.C. México arts. 470, 471

---

#### Comentario

---

1. Luego de haber ubicado e individualizado los bienes que servirán para la futura ejecución forzada, se procederá a tasar los bienes a ser rematados. Ella es una actividad preparatoria imprescindible para la enajenación puesto que el valor de los bienes es desconocido, situación que no operaría en caso hubiere embargo en forma de retención de suma de dinero. La asignación del justiprecio a los bienes materia del remate es realizado por peritos, quienes son personas especializadas en asignar el valor según la naturaleza del bien a ejecutar. No requiere tasación si las partes han pactado el valor de éstos. En este supuesto, se debe proceder en la forma que señala el artículo 729 CPC.

2. Para establecer el valor comercial y el valor de realización de un bien inmueble se requiere de la intervención pericial, para lo cual el juez está obligado a

nombrar dos peritos. A diferencia del proceso de cognición, en el que los peritos son designados por el juez en el número que considere necesario (véase artículo 263 CPC), en la ejecución, si se fija un número de peritos.

Los peritos deben realizar la tasación de los bienes inmuebles, de manera individual, con vista interna sobre ellos. No es suficiente hacer un estimado del valor del bien, en atención a vistas externas o fotografías del inmueble, así como, del acopio de información documental de los Registros Públicos de Propiedad y de la Municipalidad del sector donde se ubica el predio. Se debe ingresar al bien para corroborar la existencia de la fábrica declarada, las dimensiones de ésta, el estado de conservación, antigüedad, ampliaciones, acabados, entre otros indicadores, para tener mayores elementos para fijar el valor del bien. En caso, hubiere resistencia por parte de los ocupantes del inmueble para permitir el acceso a los peritos, el juzgado debe materializar el ingreso de los peritos al interior del inmueble, con el auxilio de la fuerza pública.

Como ya se ha hecho referencia, se debe tasar por separado los bienes materia de remate; por citar, en el caso de un departamento que además tiene cochera y depósito, el peritaje debe asignar un valor independiente, a cada uno de ellos, de tal manera que se pueda ofertar en la convocatoria del remate por separado. Ello no impide que se aplique la regla del inciso 2 del artículo 736 CPC que dice: “cuando el remate comprenda más de un bien, se debe preferir a quien ofrezca adquirirlos conjuntamente, siempre que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales”.

Nótese que en las tasaciones de bienes inmuebles se presentan dos valores, el valor comercial y el valor de realización. En el primero se tiene en cuenta los valores de mercado de la zona donde se ubica el predio, su acceso a vías principales, zonificación, consolidación del entorno, infraestructura de servicios y equipamiento urbano. En el valor de realización se descuenta los gastos de publicidad, valuación para la realización, comisión de ventas, mantenimiento, ajuste para la venta en un plazo determinado, todo ello lleva a presentar un monto diverso al comercial. En ese sentido, procede amparar la nulidad del remate, si el juzgado tomó como referencia “el valor de realización inmediata” y no el comercial. Se considera que se perjudica al ejecutado fijar el precio base con el menor valor del bien a ejecutar, por ello, se exige que la base de la postura se fije en atención al valor comercial que señale la tasación, por ser de mayor valor y por tanto no ser perjudicial para el ejecutado. En este sentido, el artículo 720 CPC referido a la ejecución de garantías expresamente señala “si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada...”

Véase en el siguiente caso como opera los valores señalados. Si un departamento se consigna como valor de terreno en US\$ 6,798.60 y valor de la construcción en US\$ 30,314.50, tenemos como valor total de US\$ 37,113.10; pero como parte de la tasación aparece también el estacionamiento, el mismo que también

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

sale a remate, se procede además a tasar el valor del terreno en US\$741.60 y valor de construcción en US\$ 1,567.02, tenemos como valor total del estacionamiento US\$ 2,308.62. Haciendo una valoración comercial total de ambos bienes llegan a US\$ 39,421.72 .

En el valor de realización inmediata, se llega luego de las deducciones aplicadas por publicidad, comisión de ventas, mantenimiento y ajuste para la venta en un plazo de 60 días al valor de US\$ 29,507.16. Frente a estos valores, se toma el mayor, el comercial, para establecer el precio base.

3. Otra diferencia que encontramos es la ausencia del debate pericial, que ocurría en la audiencia de pruebas, sin embargo, ello no implica que en el proceso de ejecución se haya renunciado al contradictorio, pues, se permite observar el resultado de la pericia pero sin debate oral (ver artículo 730 CPC)

El perito procesalmente es considerado como tal, no desde su designación, sino desde el momento que acepta el cargo. En ese sentido el perito puede rehusar de manera expresa o tácita la designación; en este último caso, opera cuando deja transcurrir el plazo legal sin manifestar de manera expresa su aceptación. Es necesario tener en cuenta que el artículo 269 fija el plazo de tres días para la aceptación. No cabe presumir la aceptación tácita.

Cuando el perito acepta el cargo, está obligado a presentar su dictamen bajo apercibimiento de ser subrogado y sancionado con una multa, que según el inciso segundo del artículo en comentario, lo fija en no mayor de cuatro unidades de referencia procesal.

La multa es una sanción pecuniaria que se impone a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

Los peritos designados emiten dictamen único si hay acuerdo y por separado si hay discordia. En este último caso, el juez procederá a nombrar un tercer perito, el perito dirimente es quien resolverá la discordia



### JURISPRUDENCIA

*No resulta procedente tasar un bien conyugal que no puede rematarse, en tanto no se determine el porcentaje de cada cónyuge, o en su caso, si al liquidar dichos bienes, le corresponda al ejecutado el inmueble materia de tasación.*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

No se puede disponer el remate de un bien social, en tanto no haya fenecido la sociedad legal, pues, ello significaría liquidar un bien conyugal por causa no contemplada en la Ley (Exp. N° 98-22910-33337, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 372)

Existiendo un saldo deudor a favor del demandante, procede sacar a remate el bien materia de embargo, por no haberse cancelado lo adeudado, conforme lo señala el artículo 728 del Código Procesal Civil (Exp. N° 168-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 606-607)

Tratándose de sociedad de gananciales, los cónyuges no son partícipes de cuotas ideales, pues, no existe la figurajurídica de copropiedad. A pesar que no existe cuotas ideales predefinidas, debe considerarse que el embargo es la forma de proteger al acreedor, por lo que cabe su concesión, no obstante no resultar posible rematar los derechos y acciones.

Nada impide afectar el bien, porque desafectar el mismo implicaría admitir que se trata de un bien inembargable, situación que no se encuentra dentro de los alcances del artículo 648 del Código Procesal Civil (Exp. N° 4653-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 487-488)

No procede amparar la tercería de propiedad que pretende levantar la medida cautelar en forma de inscripción, por cuanto afecta las acciones y derechos del obligado, correspondiendo su determinación en la liquidación de la sociedad de gananciales; sin embargo, no puede ser objeto de ejecución forzada, mientras no se liquide dicha sociedad (Exp. N° 693-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 490-491)

No es posible aplicar las formas sustanciales solemnes a un acto de ejecución típicamente procesal como es el remate judicial de un bien.

Los actos jurídicos procesales se gobiernan por disposiciones y principios propios, como son los de subsanación, convalidación y trascendencia de la nulidad (Exp. N° 122-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 372-373)

Infringen el principio de legalidad si la convocatoria a remate se basa en una tasación de la ejecutante, obviando la valorización acordada expresamente por las partes (Exp. N° 1864-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 366-368)

Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tienen sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se les adjudican.

Si los copropietarios no se encuentran de acuerdo respecto a la división material del inmueble, corresponde para el efecto la ejecución forzada, nombrándose peritos tasadores para tal fin (Exp. N° 543-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 176)

Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base a criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (Exp. N° N-719-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 278)

## TASACIÓN CONVENCIONAL

### ARTÍCULO 729

*No es necesaria la tasación si las partes han convenido el valor del bien o su valor especial para el caso de ejecución forzada. Sin embargo, el Juez puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la tasación si considera que el valor convenido está desactualizado. Su decisión es inimpugnable.*

*Tampoco es necesaria la tasación cuando el bien afectado es dinero o tiene cotización en el mercado de valores o equivalente. En este último caso, el Juez nombrará a un agente de bolsa o corredor de valores para que los venda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

1. Para la ejecución forzada es importante no solo determinar los bienes que serán materia de remate sino que es vital asignarles un valor. Ese valor puede ser pactado con antelación, caso en el que nos encontramos en la valoración convencional extrajudicial. En este supuesto, señala la norma que no requiere tasación, sin embargo, ello no es categórico porque deja a la discrecionalidad del juez, para que de oficio o a petición de parte, se practique la tasación siempre y cuando el valor convenido este desactualizado. El problema se plantea en establecer parámetros para determinar cuando el valor de un bien está desactualizado.

En ese sentido existen diversos criterios judiciales que justifican ello, como el transcurso del tiempo, la moneda en que se ha fijado, el aumento del valor, entre otros; por citar, la casación N° 665-99/Cono Norte-Lima, de fecha 14 de Mayo de 1999, señala: "no obstante que esta Corte ha resuelto que la tasación no debe superar una antigüedad de dos años, cabe considerar que dicha exigencia no es rigurosa, puesto que la tasación convencional materia de autos no ha sido celebrada en moneda extranjera, la misma que sirva de resguardo frente a cualquier manifestación de carácter inflacionario que deprecie el valor pactado por las partes respecto a la tasación del bien sub-litis, por lo que el cargo adolece de base real"

La Sala en lo Comercial de Lima<sup>(1)</sup>, ha establecido siguiendo la misma referencia de la Casación citada, lo siguiente: "si ha transcurrido cuatro años y cinco

---

(1) Véase pronunciamiento recaído en el expediente No 160-2005, A & P internacional SAC con JHT Transportes SA sobre ejecución de prenda vehicular.

meses desde la fecha del pacto de la tasación convencional; no obstante ello, cabe considerar que la exigencia de nueva tasación cuando la convencional supere los dos años no es rigurosa, si las partes lo han realizado en moneda extranjera, la cual ha mantenido su valor constante desde la fecha de la tasación convencional (...) la tasación practicada en dicha moneda redundará en beneficio del ejecutado impugnante, atendiendo a que una moneda extranjera sólida, sirve de resguardo frente a cualquier manifestación de carácter inflacionario que deprecie el valor pactado por las partes respecto de la tasación del bien sub-litis, perfeccionado por el consentimiento de las partes en el título de ejecución"

En materia de tasaciones, lo que se busca no es la actualización del valor del bien sino que dicho valor no sea menor al que se asignó convencionalmente. Si esto es así, podremos colegir que el valor convencional será mayor a las nuevas tasaciones porque estas tendrán que aplicar la depreciación, año por año, y el comportamiento del mercado inmobiliario que pudiere llevar a la baja en los precios de los inmuebles, de tal manera, que la nueva tasación será mucho menor que la convencional, así el ejecutado no verá depreciado su patrimonio y dará por concluida su deuda. Sobre este extremo resulta interesante la Casación No 286-99-Lima que señala: "el avalúo de un inmueble hace referencia a la cualidad que tiene de poder cambiarse por una cantidad estimada de dinero y constituye el monto referencial para una eventual ejecución y remate público, por lo que el concepto de tasación actual o no actual no dependen de la cercanía o lejanía respecto de la fecha en que las partes convinieron la valoración del bien, sino de si el bien tasado mantiene su valor de referencia económico que las partes acordaron ante la posible ejecución del bien."

2. Puede haber situaciones, que luego de la tasación convencional se produzcan mejoras, que lleven a sobrepasar el valor de dicha tasación; por citar, las ampliaciones a la fábrica del bien. En tales circunstancias una nueva tasación sí sería una buena alternativa porque su valor ha aumentado.

Cuando se alegue que el valor del inmueble hubiere aumentado justificaría se haga una nueva tasación convencional, con vistas internas para apreciar esas mejoras, sin embargo, puede darse situaciones en que las nuevas tasaciones otorguen valores menores a la convencional. En tales casos, sería contraproducente aceptar tal pericia, tanto para el ejecutante, que reduciría su garantía como para el ejecutado que impediría el pago íntegro de la acreencia.

Para evitar realizar nuevas tasaciones y cuyo resultado sea menor al asignado en la convencional, debería el ejecutado acompañar una pericia de parte en la que se demuestre que **el valor del bien ha aumentado**, ello permitiría que el juez ordene con elementos objetivos una nueva pericia por haber indicios de la mejora del valor del bien tasado y no como sucede, que bajo el argumento del transcurso del tiempo, se practique una nueva pericia, que fija muchas veces un valor menor

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

al convencional, generando al proceso dilación y gasto para el ejecutante, pues, se preferirá la tasación que fije el mayor valor, como es la convencional.

El mandato de una nueva tasación por considerar que el valor convenido está desactualizado, no es suficiente alegarlo sino presentar referentes, como una nueva pericia, que demuestren que la tasación convencional es diminuta al actual, mas aún si se tiene en cuenta que su decisión es inimpugnable. En ese sentido véase la Casación No 3328-99/Lima, del 18 de enero del dos mil, así como léase la casación No 3296-99/Arequipa del 14 de enero del dos mil, que dice "presentar una nueva tasación actualizada, ya sea de mayor o menor valor que la convencional, realizada después de más de dos años y medio de efectuada la convencional, no constituye contravención al debido proceso y, además, no existe disposición que establezca como causal de nulidad, la presentación de una nueva tasación actualizada"

3.La norma tampoco considera que es necesaria la tasación cuando el bien afectado es dinero o tiene cotización en el mercado de valores o equivalente.

Frente al primer caso, consideramos que cuando el dinero retenido se encuentre en moneda distinta al de la condena y el ejecutante pida su conversión para ser pagado precisamente en la moneda a que se refiere el título, dicha conversión puede ser realizado por el secretario del proceso, pues, no requiere conocimientos especiales para dicha conversión. Además se debe tener en cuenta que la moneda retenida tenga cotización oficial y la operación este permitida legalmente o autorizada administrativamente.

En cuanto a la afectación de un bien que tiene cotización en el mercado de valores, como sería el caso de las acciones en Bolsa, no requiere de tasación previa. El Juez nombrará a un agente de bolsa o corredor de valores para que los venda, según valor de mercado. Esta calificación debe adecuarse a la que recoge la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo No 861) pues ya no cabe referirse al agente de bolsa sino a la Sociedad Agente de Bolsa, la que es considerada como una sociedad anónima dedicada fundamentalmente a realizar la intermediación de valores en uno o más mecanismos centralizados que operen en las Bolsas. Si bien toda Sociedad Agente, para formular propuestas de compra o de venta de valores requiere el respaldo de orden expresa de su titular, está orden es suplida por el mandato judicial. Aquí, el juez en sustitución del titular de los valores ordenará la propuesta venta; sin embargo, a pesar que la redacción del artículo en comentario no lo contemple, se debe señalar que es obligación de la Sociedad Agente asumir el pago de los valores que se les ordene vender, por tanto, el mandato judicial debe contener además de la designación de la Sociedad Agente, la orden de venta y la obligación de depositar el dinero obtenido por dicha operación, en las cuentas del Banco de la Nación a nombre del juzgado.

Los agentes de intermediación no solo están constituidos por las Sociedades Agentes citadas sino que también concurren Sociedades Intermediarias de Valores, dedicadas a realizar intermediación de valores no inscritos en Bolsa. El art. 6 del Decreto Legislativo No 861 considera intermediación en el mercado de Valores mobiliarios "la realización habitual, por cuenta ajena, de operaciones de compra, venta, colocación, distribución, corretaje, comisión o negociación de Valores. Asimismo, se considera intermediación las adquisiciones de Valores que se efectúen por cuenta propia de manera habitual con el fin de colocarlos ulteriormente en el público y percibir un diferencial en el precio."



## JURISPRUDENCIA

---

*Existiendo una tasación convencional es facultad del juez disponer de oficio o a petición de parte, una nueva tasación si considera que el valor convenido está desactualizado, pero en la etapa de la ejecución forzada (Exp. Nº 6690-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 618)*

*Si ha transcurrido mas de dos años de la valorización convencional acordada por las partes, nada obsta para que el juez proceda previamente al remate a la tasación del bien. En el proceso de ejecución de garantías no corresponde calificar las cualidades del pagaré, sino los requisitos y exigencias de la garantía otorgada (Exp. Nº 30290-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 599)*

*Si los ejecutados piden una nueva tasación del bien hipotecado por no tener las características del que primitivamente hipotecaron, el juez tiene la facultad de proceder conforme lo señala el artículo 729 del CPC (Exp. Nº 512-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 530)*

*El juez se encuentra facultado para ordenar nueva tasación, no obstante el valor convenido, si considera que existe desactualización de dicho valor (Exp. Nº 402-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 531)*

*El juez de oficio si considera evidente la diferencia entre el monto de la tasación convencional y la comercial presentada con la demanda, antes de sacar a remate el bien afectado deberá proceder conforme al artículo 729 CPC (Exp. Nº 739-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 267-269)*

*Infringen el principio de legalidad si la convocatoria a remate se basa en una tasación de la ejecutante, obviando la valorización acordada expresamente por las partes (Exp. Nº 1864-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 366-368)*

## OBSERVACIÓN Y APROBACIÓN

### ARTÍCULO 730

*La tasación será puesta en conocimiento de los interesados por tres días, plazo en el que pueden formular observaciones. Vencido el plazo, el Juez aprueba o desaprueba la tasación. Si la desaprueba, ordenará se realice nuevamente, optando entre los mismos peritos u otros.*

*El auto que desaprueba la tasación es inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El resultado de la tasación judicial será puesto en conocimiento de los interesados a fin que puedan formular sus observaciones. Nótese que no son las partes las únicas que podrían tener acceso a cuestionar la tasación sino como señala el artículo, los interesados, como sería el caso de los acreedores no ejecutantes que hubieren ingresado al proceso. Ello se explica por el interés que se tiene en el remanente que se pudiera obtener luego del remate o que su acreencia no pudiera ser satisfecha a cabalidad por el reducido valor del bien que influiría sobre el precio base del remate.

2. La norma asigna un plazo para formular las observaciones, vencido éste precluye la posibilidad del cuestionamiento, dando paso a la aceptación tácita de los interesados y por ende la expresa aprobación del juez.

Si las observaciones son valederas, el juez procederá a desaprobar la tasación, ordenando se realice una nueva. Nótese la diferencia que se produce en caso que los propios peritos se encuentren en desacuerdo entre ellos. Aquí procede la intervención del perito dirimente para que unifique el criterio pericial. El auto que desaprueba la tasación es inimpugnable, situación que resulta coherente, en atención al principio de economía procesal, pues lo que se busca es realizar nuevamente la valoración del bien corrigiendo las anomalías de la tasación primigenia; por citar, si se desaprueba la tasación practicada sobre un bien inmueble por haberle atribuido una antigüedad de 66 años, sin tener en cuenta que el inmueble fue remodelado en su integridad hace cinco años. Es evidente que los peritos especializados no han considerado ello como un hecho trascendental aplicando un porcentaje de depreciación equivocado, motivando por tanto, un valor diminuto sobre el bien materia de la tasación.

Otro supuesto de cuestionamiento podría darse en las pericias que no se realizan con vista al interior del predio, todo lo contrario, las apreciaciones son construidas tomando en cuenta los exteriores del bien o la sola documentación del registro inmobiliario. Por otro lado, la pericia de valoración dista de la realidad cuando registralmente se describe un inmueble de dos pisos, sin embargo, aparece una ampliación posterior que lleva a la existencia de un tercer nivel no declarado registralmente. El perito tiene que valorar el bien que aprecia directamente y no el que describe el Registro. Proceder en sentido contrario conllevaría a que el informe pericial concluya en una valorización que no corresponde a la realidad del inmueble tasado. Hay justificaciones que esgrimen algunos peritos para no haber realizado la pericia con visita interna al inmueble a tasar, como la actitud renuente de los ocupantes del bien a permitir el ingreso de estos órganos de auxilio. En esos casos, los peritos deben comunicar de esta limitación al juzgado para que se disponga el auxilio de la fuerza pública para realizar la diligencia de tasación.

## CONVOCATORIA

### ARTÍCULO 731

*Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el Juez convocará a remate nombrando al Martillero que lo designará en orden y número correlativo del Registro de Martilleros Judiciales de cada Corte, facultándolo para que señale lugar, día y hora.*

*La subasta de inmuebles y muebles la efectuará un Martillero Público hábil; la de inmueble en el local del Juzgado; y la de mueble en el lugar en que se encuentre el bien.*

*Excepcionalmente y a falta de Martillero Público hábil en la localidad donde se convoque la subasta, el Juez puede efectuar la subasta de inmueble o mueble fijando el lugar de su realización. Si el mueble se encontrara fuera de su competencia territorial, puede comisionar al del lugar para tal efecto. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C.M. Iberoamerica art. 326*

*C.P.C. Colombia art. 523*

*C.F.P.C. México art. 469*

---

## Comentario

---

1. Luego de haberse aprobado la tasación, el juez convocará a remate nombrando al martillero para tal fin, facultándolo para que señale lugar, día y hora. Esta redacción es el resultado de la modificación por Ley 28371 pues su redacción primigenia encargaba el remate de los bienes inmuebles al juez y los muebles al martillero. Hoy el martillero se encarga del remate tanto de bienes muebles o inmuebles. Actualmente la designación de los martilleros se efectúa en forma aleatoria y rotativa, a través del aplicativo informático SIPEJ 3.21 en virtud de lo dispuesto en la Resolución Administrativa No111-2002-P-CSJL de fecha 15 de Marzo del 2002.

Como señala la norma, tratándose de bienes muebles, el remate se realizará en el lugar en que se encuentre el bien. En tal sentido, si los bienes afectados se

---

(\*) Texto según el art. 1 de la Ley 28371 de 30-10-2004.

encuentran depositados en determinado almacén, el remate se efectuará en la sede de dicho almacén, sin embargo, de manera excepcional y en atención a las circunstancias del caso, el juez podrá fijar otro lugar de su realización, en cuyo caso, si dicho lugar se encontrare fuera de su alcance territorial, corresponderá comisionar al juez del lugar, mediante exhorto, para tal fin.

2. Por otro lado adviértase que la convocatoria a remate faculta al martillero para que éste señale el lugar, día y hora. Ello se justifica porque con el anuncio del remate se pretende dar la mayor difusión posible a la realización de éste, de ahí que se regule minuciosamente la forma de anunciar su convocatoria. Ello posibilita además un orden en el desarrollo del remate, para concentrar en dicho acto la totalidad de postores que estuvieren interesados en participar o en todo caso, tener la certeza de la ausencia de postores para declarar desierto el remate. Se recurre a la identificación del funcionario para preservar que su intervención este ajena a las causales de impedimento que detalla el artículo 305 CPC, pues, como órgano de auxilio judicial también esta sujeto a las causales de recusación que detalla el artículo 307 CPC.

3. Una de las diferencias del remate del bien mueble con el inmueble radica en que el postor que se adjudica el bien entregue el íntegro de su postura en el acto, al martillero. No cabe diferir este para ser abonada al tercer día, como es con los inmuebles.

El monto del precio una vez en poder del martillero, debe ser consignado en el día en el Banco de la Nación.

En algunas oportunidades se aprecia adjudicaciones, de manera irregular, a postores que en el acto no cuentan con el íntegro de la postura, solo con el oblate, pero que con sus ofertas mayores, postergan posturas de menor monto, que si cuentan con el valor en efectivo al momento del remate.<sup>(1)</sup>

En cuanto a la entrega del bien ella opera de manera inmediata.

Por seguridad los postores evitan el dinero en efectivo recurriendo al pago a través del cheque de gerencia por el precio base y la diferencia en efectivo sobre la postura final.

Otro aspecto que se aprecia es la exigencia del arancel judicial que contenga el numero de juzgado y expediente, sin embargo el sistema informático del Banco de la Nación no permita tamaña precisión, menos debe ser de exigencia que aparezca el DNI del postor, a pesar de las normas administrativas que así lo exijan.

---

(1) Véase el caso del remate en tercera convocatoria realizado por el martillero público Ricardo Miranda Perez, el 24 de setiembre del 2004, en los seguidos ante el 39 Juzgado Civil de Lima, exp: 1222-99 por Banco Continental sobre ejecución de garantías.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. La convocatoria al remate es calificada –en aplicación del art: 1389 CC– como un invitación a ofrecer, asumiendo las posturas el rol de las ofertas y la buena pro la aceptación; sin embargo, esta regulación es cuestionada por quienes sostienen que la convocatoria a remate público es una oferta al público, donde las posturas son aceptaciones y la buena pro es confirmación o aprobación de la celebración del contrato. La pregunta que surge frente a estas posiciones es ¿cuando el convocante declara la convocatoria, declara una oferta o declara una invitación a ofrecer? Torres<sup>(2)</sup> al referirse a este tema señala que la convocatoria no sirve para ofertar sino para invitar a ofrecer, pues, “mediante el acto de convocar solo se difunde o publicita la intención del convocante consistente en conseguir la celebración de un contrato, obteniendo para sí los mejores términos o condiciones. De tal manera que mediante la convocatoria, el convocante no tiene la necesidad de declarar una oferta frente a la cual el contrato se celebre ya con la postura que corresponda. Pretender que la subasta funcione así es pretender que ella se reduzca al escueto esquema de oferta y aceptación, lo cual es contrario a su concepto”.



### JURISPRUDENCIA

---

*Si los terceros han otorgado hipotecas, para garantizar obligaciones de los ahora ejecutados, a aquellos les asiste el derecho a ser debidamente emplazados, acorde a las reglas procesales para ejecutar las garantías reales en referencia y no ser sometidos a un proceso, donde no son partes, ni han sido notificados con el mandato ejecutivo.*

*Es nula la resolución que ordena el remate de bienes de personas que no son parte del proceso (Exp. N° 293-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 377)*

*Si el estado del proceso es la ejecución del remate del vehículo prendado, es necesario para los efectos de la ventajudicial, que dicho bien este a disposición del juzgado (Exp. N° 24910-1746-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 607-608)*

*Si el inmueble, ha sido transferido por el ejecutado y su cónyuge, con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar, los nuevos propietarios han adquirido el bien con afectación jurídica emanada del embargo anteriormente señalado, en consecuencia, responden solo con el bien afectado, hasta por el monto del gravamen existente con anterioridad a la fecha de adquisición.*

*Los nuevos propietarios deben ser notificados con la convocatoria (Exp. N° 1113-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 608-609)*

---

(2) Torres Méndez Miguel, "Comentarios al artículo 1389 del Código Civil" en Código Civil Comentado, t. VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.307

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La oposición es un remedio procesal solo para ser interpuesto en los casos previstos en el Código Procesal y dentro del tercer día de conocido el agravio. En ninguno de los artículos del CPC se regula la posibilidad de plantear oposición al remate.*

*Si lo que se dirige a cuestionar es la propiedad del inmueble hipotecado, ello debe ser ventilado a través de una tercería de propiedad, proceso en el cual debe dilucidarse, probarse y declararse el derecho que alega la recurrente (**Exp. N° 1472-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 566**)*

## RETRIBUCIÓN DEL MARTILLERO

### ARTÍCULO 732

*El Juez fijará los honorarios del Martillero Público de acuerdo al arancel establecido en el reglamento de la Ley del Martillero Público. En el caso de subastarse el bien, serán de cargo del comprador del bien. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El martillero público es la persona natural, órgano de auxilio judicial, encargado de vender los bienes del ejecutado en remate o en pública subasta, de ahí que algunas legislaciones conozcan a este auxilio como el rematador.

El nombre de martillero está ligado al martillo que debe tener en la mano mientras licita los bienes y con el cual da un golpe en la mesa para declarar terminada la puja y adjudicada la cosa al mejor postor. Esta conducta descrita es recogida en el art. 737 CPC pero con la salvedad, que no se exige el golpe del martillo sino un doble anuncio del precio alcanzado en la puja, antes de dar por concluido el remate del bien.

Tradicionalmente el martillero solo intervenía para rematar bienes muebles, dejando al juez su intervención para los inmuebles. A partir de la modificación del art. 731 CPC, corresponde a este órgano de auxilio encargarse de vender tanto los bienes muebles e inmuebles. El art. 3 de la Ley que regula actividad del Martillero Público, señala que "todo remate público de bienes muebles o inmuebles, derechos, acciones, valores y semovientes de origen lícito en el sector privado, requiere para su validez de la intervención del martillero público. La subasta de bienes del Estado se rige por las normas del Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal; y el remate judicial por las disposiciones del Código Procesal."

Conforme señala el art. 281 LOPJ, los martilleros públicos se rigen por las leyes y reglamentos pertinentes. El 13 de la Ley 27728 reconoce que todo Martillero

---

(\*) Texto según el art. 1 de la Ley 28371 de 30-10-2004.

tiene derecho a percibir honorarios conforme a lo convenido con el comitente o lo que corresponda de acuerdo al arancel fijado por el Reglamento de la presente ley; a percibir en calidad de reintegro el monto de los gastos realizados con motivo de su gestión, aun cuando ésta haya fracasado por culpa ajena o cuando el producto del remate sea insuficiente; entre otros.

2. La redacción originaria del artículo en comentario señalaba que “el Juez fijará la retribución del martillero público atendiendo a la naturaleza y complejidad de la labor que haya desplegado”. La redacción actual considera que los honorarios del Martillero Público se fijen de acuerdo al arancel establecido en el reglamento de la Ley del Martillero Público. En el caso de subastarse el bien, serán de cargo del comprador del bien”.

Para la determinación de los honorarios del martillero, el art: 18 del Reglamento la regula así:

“El 5% más IGV, sobre el primer precio por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 25 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. El 3% más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 25 UIT por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 50 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. El 2% más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 50 UIT por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 100 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. El 0.5% más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 100 UIT por el que se adjudicó el bien; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso”.

Bajo estos parámetros, la Sala Comercial de Lima, ha señalado en el expediente No 899-2005<sup>(1)</sup> lo siguiente: “si el valor del bien adjudicado ascendió a la suma de 25, 196 dólares y habiéndose practicado con éxito el acto de remate encomendado al martillero público, considera el Colegiado que la suma prudente por sus honorarios profesionales debe fijarse en ocho unidades de referencia procesal (URP)”.

En relación a los gastos, diversos a sus honorarios, en que incurre el Martillero con motivo de su actuación, señala el art. 25 de la citada Ley, que ellos serán reintegrados en su totalidad por quien hubiere solicitado sus servicios o por el condenado en costas en sede judicial. Los gastos serán actualizados desde que

---

(1) Véase pronunciamiento de fecha 3 de octubre del 2005, recaído en el proceso seguido por Luis Herrera Barrios con Jorge Luis Vargas Solís y otra sobre obligación de dar suma de dinero (ejecutivo)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

se hubieran efectuado hasta su pago efectivo. Si para el cumplimiento de la actividad encomendada, el martillero deba trasladarse fuera de su domicilio legal, tendrá derecho a un reintegro en concepto de viáticos, toda vez que su competencia territorial es a nivel nacional, según artículo 5 Ley 27728.

3. En el caso de subastarse el bien, los honorarios serán de cargo del comprador del bien". Para la determinación de los honorarios del martillero, señala el Reglamento citado que se debe establecer de acuerdo al precio por el que se adjudicó el bien, previéndose el pago del 5% más el impuesto general a las ventas (IGV) sobre el primer precio por el que se adjudicó el bien, teniendo como tope máximo hasta 25 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y así, sucesivamente, hasta el cero cinco por ciento más IGV sobre el precio marginal (exceso) que supere las 100 UIT por el que se adjudicó el bien, estableciéndose que dicho pago será de cargo del comprador.

Bajo estos parámetros, la Sala Comercial de Lima, ha señalado en el expediente N° 899-2005<sup>(2)</sup> lo siguiente: "si el valor del bien adjudicado ascendió a la suma de 25, 196 dólares y habiéndose practicado con éxito el acto de remate encomendado al martillero público, considera el Colegiado que la suma prudente por sus honorarios profesionales debe fijarse en ocho unidades de referencia procesal (URP)".

4. Sobre la determinación de los honorarios del martillero aparece en el Congreso, el Proyecto de Ley N° 295-2006<sup>(3)</sup> que busca modificar este artículo en comentario para proponer un texto así: En los casos en que iniciada la tramitación del remate, éste se declara suspendido por causas que no fueran imputables al Martillero Público, o si realizado el acto de remate éste se declarase desierto por falta de postores, o se anulare posteriormente a su realización, por motivos no imputables al Martillero Público, siempre y cuando no se hayan cancelado sus honorarios, éste percibirá el monto equivalente a una URP por concepto de honorarios, sin perjuicio de la devolución de los gastos sufragados por el Martillero Público.

A fin que el ejecutante solicite el juzgado una nueva convocatoria de remate, debe adjuntar a dicho pedido el comprobante de pago que acredite la cancelación de los honorarios del Martillero Público, así como los gastos sufragados por éste.

En caso que el remate se frustre, suspenda o anule por causa imputable al Martillero Público, el juez de la causa informará a la SUNARP para la aplicación de la sanción que corresponda"

---

(2) Véase pronunciamiento de fecha 3 de octubre del 2005, recaído en el proceso seguido por Luis Herrera Barrios con Jorge Luis Vargas Solís y otra sobre obligación de dar suma de dinero (ejecutivo)

(3) Proyecto presentado por la célula parlamentaria arpista y suscrito por el Congresista Wilder Calderón Castro, que aparece remitido a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos para su estudio y dictamen en el año 2006.

Basta una simple lectura de esta propuesta, para colegir que si el remate se declare desierto o nulo por motivos no imputables al Martillero, éste no sólo percibe sus honorarios sino la devolución de los gastos, propuesta que no resulta coherente si el remate se frustró o anuló "por causa imputable al Martillero Público". En este caso, el juez se limita a informar a la SUNARP de la irregularidad para la aplicación de la sanción que corresponda, sin considerar que el martillero también tiene el deber de reembolsar los gastos que indebidamente le ha generado con su actuar negligente al ejecutante.

La exposición de motivos de ese Proyecto, sin mayor explicación o sustento técnico, para afirmar lo que sostiene, dice: la aplicación de esta modificación legislativa ha obtenido resultados satisfactorios, desde el punto de vista de la recuperación de las acreencias, habida cuenta que los bienes muebles o inmuebles rematados en actos dirigidos por los Martilleros Públicos se han vendido en menor tiempo y menor cantidad de diligencias de remate judicial, obteniendo un promedio superior al 36% por ciento del precio base, lo que ha permitido una mayor recuperación de la acreencia pendiente, satisfaciendo el crédito de los acreedores y en algunos casos inclusive ha generado un remanente a favor del demandado; situación que redunda directamente en beneficio de la estabilidad jurídica y del desarrollo de las actividades económicas.



## JURISPRUDENCIA

---

*El Juez es quien fija la retribución del martillero en moneda de curso legal, atendiendo a la naturaleza y la complejidad de la labor que ha realizado (Exp. N° 14-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 280)*

## PUBLICIDAD

### ARTÍCULO 733

*La convocatoria se anuncia en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar del remate por tres días tratándose de muebles y seis si son inmuebles.*

*Si los bienes se encuentran fuera de la competencia territorial del Juez de la ejecución, la publicación se hará, además, en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la localidad donde estos se encuentren. A falta de diario, la convocatoria se publicará a través de cualquier otro medio de notificación edictal, por igual tiempo.*

*Además de la publicación del anuncio, deben colocarse avisos del remate:*

*1. Tratándose de inmueble, en parte visible del mismo, así como en el local del Juzgado, bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.*

*2. Tratándose de mueble, en el local donde deba realizarse.*

*La publicidad del remate no puede omitirse, aunque medie renuncia del ejecutado, bajo sanción de nulidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 326.2  
C.P.C. Colombia arts. 525, 527  
C.P.C.N. Argentina arts. 563-577  
C.F.P.C. México art. 474

---

## Comentario

1.El principio eje sobre el que gira el remate de los bienes sea muebles o inmuebles es la publicidad, de ahí que el siguiente artículo se dedique a regular dicha actividad y precise que no cabe renuncia del ejecutado a ella, bajo sanción de nulidad. Esta publicidad se justifica en la necesidad de buscar no solo postores sino mejores postores que puedan ofertar el mejor precio para la compra del bien. En la medida que la convocatoria se anuncie con mayor publicidad, la posibilidad que puedan concurrir postores interesados en la compra del bien, se incrementará. La participación de postores permitiría que el acreedor pueda satisfacer la liquidez de su crédito. Lo que se busca con la publicidad es levantar el precio del inmueble pero no es un acto de notificación

2. La publicidad del acto de remate se realiza no solo a través de publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales del lugar sino colocando carteles en el inmueble que será materia de remate.

En cuanto al primer mecanismo, la publicidad a través de diarios, se debe tener en cuenta los siguientes supuestos:

2.1) La naturaleza de los bienes a rematar para determinar el número de veces que se anunciará en el periódico el aviso del remate. En ese sentido, señala la norma que será tres días tratándose de muebles y de seis días si son inmuebles.

2.2) El lugar de la ubicación de los bienes. Si estos se encuentran fuera de la competencia territorial del juzgado de ejecución, la publicación se hará además, en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la localidad donde estos se encuentren. En ese sentido, no solo será suficiente anunciar el aviso del remate en el diario en el que se desarrolla el proceso de ejecución sino que además será en el diario de la localidad donde se ubican los bienes. Esto significa que si ante el juzgado de Lima se viene desarrollado el proceso de ejecución y el bien materia del remate se encuentra en Trujillo, se anunciará el remate en Lima y además en el diario de Trujillo

2.3) El número de convocatorias. Esto implica que a partir de la segunda convocatoria se anunciará por tres días si se trata de inmueble y por uno si es mueble (ver art. 742 CPC)

2.4) La modalidad del anuncio, conlleva a recurrir a la figura de los edictos para publicitar el remate. Ahora bien, los edictos no solo se pueden realizar a través de publicaciones periodísticas. Puede darse el caso que en el lugar no existiere algún diario encargado de los avisos judiciales, situación que permite se publicite la convocatoria al remate a través de cualquier otro medio de notificación edictal, por igual tiempo.

3. En relación a la publicidad, señala el art. 24 de la Ley de Martilleros Públicos lo siguiente: "Cuando se trate de remates en la provincia de Lima, el Martillero Público mandará publicar en el diario oficial El Peruano y otro de mayor circulación, con anticipación no menor de dos días tratándose de bienes muebles y tres días si son inmuebles, las condiciones del remate y las especies que estén en venta, así como el monto de la base, la tasación y los gravámenes si los tuviere. Asimismo se deberá señalar el día y la hora en que aquél debe efectuarse y la forma en que se llevará a cabo el remate según lo dispuesto por la entidad convocante. Las publicaciones deberán hacerse en dos oportunidades con intervalo máximo de cinco días. La publicidad del acto de remate no podrá omitirse aunque medie renuncia de las partes.

Cuando se trate de remates fuera de la ciudad de Lima, las publicaciones se harán en las mismas condiciones, en el diario que publica los avisos judiciales del

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

distrito judicial y por carencia de éste, mediante carteles colocados en el local del juzgado y de las Municipalidades Provincial y distrital donde se halla el bien si se trataría de inmuebles" Nótese que dicho procedimiento vulnera el art. 147 CPC, sobre el plazo que debe mediar para la actuación judicial y sobre la frecuencia y modo en que deben hacerse las publicaciones.

4. Como ya se ha señalado líneas arriba, la publicidad de la convocatoria a remate no solo permite recurrir a la publicación periódica sino a colocar anuncios o carteles en el bien sujeto a remate y en el local donde se realizará éste. Estos anuncios que deben estar debidamente firmados por el secretario del proceso, deben contener determinada información que lleve a identificar a las partes o terceros legitimados, el bien a rematar, las afectaciones si lo hubiere, el valor de la tasación y del precio base, el lugar, día y hora del remate, el nombre del funcionario que lo realizará, la condición dineraria para la intervención de los postores, el nombre del juez y del secretario. (véase art. 734 CPC)

Como señala la norma tratándose de inmueble, el cartel se coloca en parte visible del mismo. Tratándose de un edificio en que no se permita el ingreso para pegar el aviso, éste se pegará en el ingreso general al edificio, dando fe el secretario de haber realizado dicho pegado de cartel. El problema se suscita para dicho pegado cuando se trata de un terreno no cercado. Por otro lado, existe la obligación de acompañar antes del inicio del remate el acta de pegado de cartel, siempre y cuando entre dicho acto y el remate señalado, transcurra tres días, en aplicación del art. 147 CPC



## JURISPRUDENCIA

---

*La Ley no exige que la publicidad para la subasta pública de inmuebles sea en días hábiles. Tampoco establece el plazo que debe mediar entre la última publicación y la diligencia de remate.*

*La invitación al público ofertando la venta del bien en ejecución, durante seis días, no puede constreñirse a un plum previsto en beneficio y garantía de los sujetos de una relación jurídico procesal, como es, la mediación de tres días, entre la notificación para una actuación procesal y su realización, pero, respecto a las partes del proceso (Exp. Nº 18757-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 374)*

*La publicidad es el elemento esencial del remate, por tanto, debe señalarse con exactitud los datos del bien ofertado para que ella sea conocida en toda su extensión y dimensión, con la finalidad de no iniciar el remate, con datos falsos que induzcan a error a los postores ni al adjudicatario.*

*El remate por propia naturaleza es eminentemente formal y por tanto requiere estar imbuido de todas las garantías procesales para satisfacer con equidad al mandato materia de la decisión final (Exp. Nº 54069-3609-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 618-620)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Es procedente declarar la nulidad de remate cuando el aviso publicado no guarda relación con el certificado de gravamen, consignando datos diferentes al título expedido por los Registros Públicos (Exp. N° N-179-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 539)*

*Es nulo el remate si los avisos del rematé no expresan el lugar, día y hora de éste (Exp. N° 1646-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 369-370)*

*Es nulo el acto de remate celebrado con avisos imprecisos y que no cumple su rol principal cual es dar publicidad al acto. Resulta imprescindible expresar de manera indubitable el bien que se ofrece en remate (Exp. N° 135-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 371-374)*

## CONTENIDO DEL AVISO

### ARTÍCULO 734

*En los avisos de remate se expresa:*

- 1. Los nombres de las partes y terceros legitimados;*
- 2. El bien a rematar y, de ser posible, su descripción y características;*
- 3. Las afectaciones del bien;*
- 4. El valor de tasación y el precio base;*
- 5. El lugar, día y hora del remate;*
- 6. El nombre del funcionario que efectuará el remate;*
- 7. El porcentaje que debe depositarse para participar en el remate; y,*
- 8. El nombre del Juez y del Secretario de Juzgado, y la firma de éste.*

---

**CONCORDANCIA:**

C.P.C.

---

## Comentario

---

El primer contacto que tiene la persona interesada en ser postor es el aviso de convocatoria a remate, sobre el bien que se oferta. De ahí que debe reunir cierta información para que sea de expreso conocimiento de cualquier interesado postor.

El presente artículo regula los requisitos que debe contener dicho aviso. Uno de ellos hace referencia a las partes en el proceso, esto es, al ejecutado y ejecutante así como a los terceros legitimados que hubieren sido admitidos su intervención. No cabe referirse a la totalidad de los sujetos bajo la denominación de "otros" sino que hay que designar uno por uno

El otro requisito a tener en cuenta es la descripción del bien a rematar. Aquí se debe señalar, si fuere bien registrado, toda la información necesaria que detalle su identificación en el registro correspondiente. Las afectaciones del bien también se anuncian, para que el posible postor las tenga en cuenta al momento de adjudicarse así como el privilegio de estas afectaciones frente a la medida que motiva su ejecución.

Como el inciso 3 hace referencia a las afectaciones del bien, se estila en la práctica solicitar el "certificado de gravamen", sin embargo, ello no es el documento idóneo para tal fin, pues solo se refiere a los gravámenes pero no a las

cargas, ni tampoco indica la historia del bien, para lo cual se debe recurrir a la "copia literal". Las afectaciones comprenden las cargas y los gravámenes. La diferencia entre ellas radica en que los gravámenes depende de una obligación accesoria, la que de incumplirse puede conllevar a la venta del bien afectado, como sería el caso del embargo o la hipoteca; en cambio, con las cargas, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta del bien, como sería el caso de las servidumbres, que se constituye como limitación a la propiedad predial.

La norma exige que se describa con exactitud el bien, situación que no permite la información del gravamen porque solo refiere a las afectaciones, mas no indica la posible independización del bien, la numeración, cambio de jurisdicción, transferencias, cargas, entre otros. Véase el caso<sup>(1)</sup> que se convoca al remate del inmueble constituido por el Lote 2, de la Manzana 96 de la Urbanización Santa Cruz, Distrito de Miraflores, hoy Avenida Lar Mar N° 1019, 1023 y 1027, provincia y departamento de Lima; sin embargo refiere la tasación que en dicho lote aparece construido un edificio comercial de 5 pisos, con tiendas y oficinas. Se aprecia aquí, una indebida descripción del bien a rematar, pues, no se señala en el aviso que sobre él, aparece construido un edificio con las características que describe la tasación convencional.

Otro aspecto a considerar es el valor de la tasación y el precio base. Nótese que se trata de dos valoraciones diferentes pero concatenadas entre sí. Con respecto al valor de tasación, éste debe ser el resultado de la tasación aprobada conforme lo señala el art.730 CPC pero el precio base es el que se contruye sobre las dos terceras partes del valor comercial de la tasación. De ahí que cuando se convoque a remate se deba señalar en forma expresa los dos valores: la tasación y la base. Este último precio se constituirá en un indicador al momento del remate para el juego de las pujas y en caso del remate desierto, para que se adjudique el ejecutante, sobre el precio base.

Otro requisito importante es señalar el lugar, día y hora del remate. Ello con el fin de concentrar en ese acto, a todos los postores para el remate y en lugar preestablecido, de ahí que se estila no solo precisar el nombre del juzgado sino la dirección exacta en la que se ubica la sede donde operará el remate.

El aviso contendrá el nombre del funcionario que efectuará el remate. Ello es importante para esclarecer si éste se encuentra afecto a las causales de recusación e impedimento conforme señala el art. 315 CPC.

Para participar como postor, uno de los requisitos que debe asumir es acompañar el porcentaje respectivo sobre el valor de tasación del bien, tal como señala

---

(1) El citado caso corresponde al expediente No 34450-98 seguido ante el 51 Juzgado Civil de Lima.

## REQUISITO PARA SER POSTOR

### ARTÍCULO 735

*Sólo se admitirá como postor a quien antes del remate haya depositado, en efectivo o cheque de gerencia girado a su nombre, una cantidad no menor al diez por ciento del valor de tasación del bien o los bienes, según sea su interés. No está obligado a este depósito el ejecutante o el tercero legitimado. A los postores no beneficiados se les devolverá el íntegro de la suma depositada al terminar el remate.*

*El ejecutado no puede ser postor en el remate.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 526

C.P.C.N. Argentina art. 570

C.F.P.C. México art. 492

---

## Comentario

---

Uno de los requisitos para ser postor es el depósito previo. Todos aquellos que estén interesados en participar deberán consignar previamente una cantidad igual al 10 % del valor de tasación comercial.

Como señala la norma, sólo el ejecutante está exceptuado de este depósito, si quiere actuar como postor. El que nunca podrá intervenir como tal, será el ejecutado.

El depósito debe hacerse en efectivo o mediante cheques de gerencia girado a su nombre, en cualquier momento anterior a la iniciación del remate, de modo que el secretario pueda, en el inicio del acto, comprobar la corrección de los depósitos y determinar quienes son los postores.

Las consignaciones se devolverán a sus respectivos dueños a continuación del remate, salvo la que corresponda al mejor postor, la cual se reserva como garantía del cumplimiento de su obligación de entregar el saldo del precio, en el plazo que señala el art. 744 CPC. Si el postor beneficiario con la adjudicación, no cumple con depositar el saldo, la adjudicación queda sin efecto. El juez declarará la nulidad del remate y convocará a uno nuevo. El adjudicatario pierde la suma depositada, la que servirá para cubrir los gastos del remate frustrado y la diferencia, si lo hubiere, será ingreso del Poder Judicial por concepto de multa.

Como señala la norma, el postor puede participar del remate, presentando su oblaje, en efectivo o cheque de gerencia girado a su nombre, sin embargo, en caso de adjudicarse el bien, el depósito de este oblaje debe consignarse en el acto en el Banco de la Nación por el martillero, sin embargo, debe advertirse que al momento del empoce, el cheque de gerencia tiene que ser modificado para ser girado a nombre del Banco de la Nación, motivando que sea otro cheque diferente al consignado en el acta de remate el que aparezca como tal. Este incongruencia, que solo opera en cuanto al oblaje en cheque de gerencia, no puede ser sostenida para justificar la nulidad del acto de remate.



## JURISPRUDENCIA

---

*No puede ampararse la nulidad de remate por la representación deficiente que ostenta el postor, porque ésta puede ser confirmada por los propios intervinientes, y porque además se ha logrado la finalidad para la que estaba destinado el acto de remate.*

*La deficiencia en el pago de aranceles tampoco es causal de nulidad dado que el juez haciendo uso de los apremios que la ley le franquea puede conminar a los justiciables a que sufraguen los aranceles (**Exp. N° 1366-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 535**)*

## REGLAS COMUNES AL REMATE

### ARTÍCULO 736

*En el acto de remate se observarán las siguientes reglas:*

- 1. La base de la postura será el equivalente a las dos terceras partes del valor de tasación, no admitiéndose oferta inferior;*
- 2. Cuando el remate comprenda más de un bien, se debe preferir a quien ofrezca adquirirlos conjuntamente, siempre que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales; y*
- 3. Cuando se remate más de un bien, el acto se dará por concluido, bajo responsabilidad, cuando el producto de lo ya rematado, es suficiente para pagar todas las obligaciones exigibles en la ejecución y las costas y costos del proceso.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina art. 578  
C.F.P.C. México arts. 476-491

---

## Comentario

Luego de realizada la convocatoria para participar en el remate de los bienes del ejecutado, ingresamos al acto del remate en sí descrito en el art. 737 CPC, para lo cual se debe tener en cuenta las siguientes reglas comunes:

1) Una de ellas hace referencia a la base de la postura. Esta se construye sobre el valor de tasación del bien aprobado, tomando las 2/3 de ese valor. Esto significa que si la tasación de un bien ha sido aprobada en 90,000 dólares, el precio base para el remate será de 60,000 dólares, en primera convocatoria.

Puede darse el caso que el bien no se remate por ausencia de postores, situación que llevará a declarar desierto el remate. Aquí el precio base para la siguiente convocatoria se reducirá en la forma que regula el art. 742 CPC, esto es, un 15% menos, esto significa, que declarado desierto el primer remate y formulada la segunda convocatoria, el bien a rematar tendrá como base de la postura el siguiente valor: 60,000 dólares menos el 15% que equivaldría a 51,000 dólares y si se recurre a una tercera convocatoria la base de la postura será menos el 15% del precio base de la segunda, esto significa que sería el 43,350 dólares.

Establecer la base de la postura es importante para el remate porque no se podrá admitir oferta inferior a dicha base ni tampoco la adjudicación al ejecutante podrá ser inferior a ella. Además, debe precisarse que dicha base tiene que estar expresamente señalada en el mandato que ordena el remate, no es suficiente colocar la formula que se utilizará para la liquidación, sino que debe colocarse expresamente el resultado de dicha aplicación al caso concreto.

2) La otra regla nos ubica en el supuesto del remate de varios bienes. Aquí opera la preferencia para la adquisición conjunta de los bienes, pero con la condición que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales. Para ser viable esta regla es necesario que la pluralidad de bienes a rematar hayan sido valorizados de manera individual, caso contrario, bastaría que un postor sólo quisiera adquirir un bien de todo el conjunto que salen a remate, para que éste se declare inejecutable, desencadenando la nulidad de todo lo actuado hasta la convocatoria a éste, por no haber individualizado el valor de cada bien. Este tratamiento varía en el remate de bienes muebles, en el que se permite el remate por lotes.

En las tasaciones convencionales se aprecia que se valora los bienes de manera conjunta, por citar, un edificio con 20 departamentos, se otorga el valor en conjunto sin detallar el que le puede corresponder a cada departamento. En ese sentido, véase en el caso de un departamento más el depósito y la cochera; todos ellos ubicados en un mismo edificio. Cada uno debe tener un valor individual para que puedan ser sometidos a remate y permitir la posibilidad de ser adquiridos de manera individual, sin embargo, este artículo en la práctica se afecta por no realizar el remate en el mismo día y a la misma hora. Se estila programar en horas diversas el remate de los bienes, así, el remate de la cochera asignada a un departamento se hará el mismo día fijado para el departamento, pero en horas diferentes. Con ello se permite que los bienes se adquieran por separado, generando el pago de tantas tasas judiciales como bienes que se adquiere, evitando su adquisición de manera conjunta. Así, podría adquirir solo la cochera el postor A y cuando se tenga que rematar el departamento, los otros postores tendrán que meditar su postura para adquirir dicho bien sin cochera porque ya fue rematado a otro postor. Fraccionar estos bienes en diferentes postores, conllevaría a que muchos de estos bienes, por sí solos, dejen de tener el valor que generarían si se da la posibilidad de adquirirlos en conjunto. Esta situación se observa cuando se adquiere el departamento en una hora determinada y luego cuando se convoca para el remate del tendal de ropa, éste como tal, podría ya no ser de interés para los postores. La programación del remate a horas distintas, evita que los bienes se puedan adquirir de manera conjunta, afectando la posibilidad que brinda el inciso 2 de este artículo.

3) La tercera regla hace referencia al equilibrio y ponderación que debe existir en el remate. Si bien se saca a remate varios bienes, la regla señala que si el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

producto de lo ya rematado, es suficiente para pagar todas las obligaciones exigibles, el acto se dará por concluído, bajo responsabilidad. No se debe agotar el remate de la totalidad de los bienes, si la cantidad ya recaudada satisface la obligación exigida, para lo cual, debe tenerse ya liquidada y aprobada el quantum de dicha obligación. Por citar, si se otorga en garantía varios bienes, como tres inmuebles y éstos salen a remate, ello no implica que realmente se deba rematar todos, si basta con el remate de uno de ellos para satisfacer el crédito. No se continúa con los otros dos bienes pues automáticamente se concluye.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si bien se ha declarado improcedente el pedido de remate de los derechos y acciones del demandado, en razón de no estar liquidada la sociedad de gananciales, ello en modo alguno impide que subsiste la medida de embargo trabada, pues, lo contrario importaría desproteger los derechos del acreedor (Exp. N° 2950-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 367)*

*No resulta válido pretender la venta judicial de una parte (cuota ideal) de un bien social por deuda de uno de los cónyuges, sin que fenezca y se liquide la sociedad de gananciales, pues, no existe aún, determinado legalmente, que parte de ese bien le pertenece al ejecutado. Tampoco procede mantener subsistente la orden de remate del bien social, pues, se contraviene el artículo 4 de la Constitución del Estado (Exp. N° 287-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 368)*

*Tratándose de un bien de la sociedad conyugal no es válido ejecutar el embargo, en razón que se liquidará el bien sin haber acaecido el fenecimiento de la sociedad (Exp. N° 26-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 369)*

*Las reglas aplicables a los bienes sociales no pueden confundirse con las correspondientes a la copropiedad. En los bienes sociales cada uno de los cónyuges no es titular de derechos y acciones que puedan ser dispuestos o gravados por cada uno de los partícipes de la sociedad conyugal.*

*Solo cuando hayan quedado establecidas las gananciales es posible asignar porcentaje alguno de propiedad respecto de bienes sociales a cada cónyuge, por lo tanto el remate debe solicitarse una vez fenecida la sociedad (Exp. N° 2344-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 612-613)*

*No resulta jurídicamente posible afectar los derechos que le corresponde a la cónyuge del ejecutado sobre un bien de la sociedad conyugal, mandando rematar éste, sin que antes se haya establecido la parte que le corresponde al ejecutado a título de gananciales, lo cual, solo será posible luego de fenecida y liquidada la sociedad de gananciales (Exp. N° 295-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 614-615)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*Si el inmueble, ha sido transferido por el ejecutado y su cónyuge, con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar, los nuevos propietarios han adquirido el bien con afectación jurídica emanada del embargo anteriormente señalado, en consecuencia, responden solo con el bien afectado, hasta por el monto del gravamen existente con anterioridad a la fecha de adquisición.*

*Los nuevos propietarios deben ser notificados con la convocatoria (**Exp. N° 1113-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 608-609**)*

## ACTO DE REMATE

### ARTÍCULO 737

*El acto se inicia a la hora señalada con la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, prosiguiéndose con el anuncio del funcionario de las posturas a medida que se efectúen. El funcionario adjudicará el bien al que haya hecho la postura más alta, después de un doble anuncio del precio alcanzado sin que sea hecha una mejor, con lo que el remate del bien queda concluido.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

### Comentario

---

1. El acto de remate se inicia, a la hora señalada, con los pregones de Ley, que consiste en llamar en voz alta a quienes se encuentren interesados en ser postores de los bienes a rematar, para lo cual, se dará lectura a la relación de bienes y condiciones del remate. No se requiere la presencia de alguna de las partes para el desarrollo del remate, porque puede operar aun sin éstas. Inmediatamente se procederá a determinar quiénes reúnen la condición para ser postores, teniendo en cuenta las exigencias para el oblaje a que refiere el art. 735 CPC y si ha abonado además el pago de la tasa judicial, según el monto que establece la tabla de aranceles judiciales. El ejecutante o tercero legitimado pueden participar como postores, abonando el arancel para ello, pero no está obligado al depósito del oblaje.

Establecido quienes son los postores, se prosigue con el anuncio por parte del martillero de las pujas o posturas, a medida que se efectúen. Este acto es de oferta limitada, al alza y pública.

El remate es de oferta limitada porque no se admitirán posturas que no cubran el precio base; también es un acto al alza porque sólo se pueden admitir posturas que superen la anterior, de modo que los postores tendrán que ir ofreciendo cantidades superiores cada vez que intervengan. Es un acto público porque el martillero debe vocear las posturas y las mejoras que se vayan haciendo, de modo que los postores vayan teniendo conocimiento de toda postura o puja que se haga y se admita. La regla es que cada postor puede hacer todas las que estime oportunas, siempre que supere a la anterior

Sin límite de tiempo se van sucediendo las posturas hasta que, por estimar que no hay quien mejore la última de ellas, el martillero adjudicará el bien al que haya hecho la postura más alta, después de un doble anuncio del precio alcanzado sin que sea hecha una mejor, con lo que el remate del bien queda concluido, todo lo cual debe registrarse en el acta. Puede darse el caso que un postor, sin retirarse del remate, en plena puja decida abstenerse de participar en una primera ronda de posturas pero continuar en las que se susciten luego en el mismo acto.

2.El acto del remate puede acabar de dos maneras: con la adjudicación o con la declaración de desierto por falta de postores. En este segundo caso al ejecutante se le ofrecen dos opciones: que se le adjudiquen los bienes por el precio base, en la última convocatoria o que se fije otra fecha para un nuevo remate. Nuestra legislación no contempla la posibilidad de pedir que se le entreguen los bienes en administración para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital, evitando con ello la enajenación forzosa

Importa destacar que el administrador en este supuesto, es el ejecutante y no un tercero nombrado por el juez, de ahí que la administración forzosa y administración como medida cautelar sean dos figuras distintas e incompatibles. La judicial es una forma de garantizar la afectación de bienes al proceso, la forzosa, es una forma de realización, en la que el administrador es el propio ejecutante, que destina los productos a satisfacer su crédito. Una y otra son incompatibles, acordada la administración forzosa cesa la judicial. Cuando el ejecutante se haya hecho pago de su crédito, intereses y gastos procesales, con los productos de la finca, volverá a poder del ejecutado. Aquí la administración ha cumplido su finalidad; sin embargo, esta administración forzada puede cesar cuando el propio ejecutado pague lo que resta de la deuda según el último estado de cuentas, en cuyo caso cesará la administración sin perjuicio de la rendición general de cuentas. Otro supuesto es que, a petición del ejecutante, la administración cese y se acuda de nuevo a la ejecución forzosa

3. Como señala la norma en comentario, en el acto de remate el funcionario anuncia las posturas a medida que se efectúen. Esta exigencia debe apreciarse a tenor del segundo párrafo del art: 1389 Código Civil, que recoge la extinción de las posturas automáticamente. Este mecanismo consiste en la mejora o superación de las mismas. Como señala Torres<sup>(1)</sup> "cuando una postura posterior a otra anterior ha mejorado o superado los términos o condiciones contenidos en esta última, eso hace que se extinga la anterior sucesivamente hasta que haya una postura que no sea superada o mejorada; la cual será la mejor postura válida a la que

---

(1) Torres Méndez Miguel, "Comentarios al artículo 1389 del Código Civil" en Código Civil Comentado, t. VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.308

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

deberá adjudicársele la buena pro, alcanzándose así la finalidad de la subasta, la cual es la celebración de un contrato obteniendo los mejores términos o condiciones"

Otro aspecto de apreciar es que "el funcionario adjudicará el bien al que haya hecho la postura más alta, sin que sea hecha una mejor". Ello se explica porque en el remate, el consentimiento no solo está conformado por dos declaraciones de voluntad, la oferta y la aceptación; sino que en este tipo de contrataciones, se requiere la intervención de una tercera declaración de voluntad, la que otorga la adjudicación. Como señala la última parte del art: 1389 CC "el contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida". Esto implica que en este tipo de contrataciones, concurren en orden sucesivo los siguientes actos: convocatoria, posturas y adjudicación.



### JURISPRUDENCIA

---

*La diligencia de remate, por su naturaleza formal, debe elctuarse en un solo acto, no pudiendo suspenderse por ningún motivo a menos que las partes lo soliciten, resolviéndose en decisión motivada. Cualquier acto que lo perturbe debe constar en la misma acta, si la suspensión se deba a causa de fuerza mayor insuperable (Exp. Nº 98-20798-2466, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 375)*

*La omisión de adjuntar la tasa judicial para participar en remate de bienes muebles u inmuebles no invalida el acto de remate. Pues, no se encuentra previsto con lo tal.*

*Dichas tasas no deben ser devueltos a los interesados y deben permanecer en el expediente (Exp. Nº 98-40283-3311, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 376)*

*El remate constituye un acto formal por lo que el objeto del mismo debe ser expresamente indicado, caso contrario, deviene en nulo e insubsistente el acta y el acto de remate (Exp. Nº 2290-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 366)*

## ACTA DE REMATE

### ARTÍCULO 738

*Terminado el acto del remate, el Secretario de Juzgado o el martillero, según corresponda, extenderá acta del mismo, la que contendrá:*

- 1. Lugar, fecha y hora del acto;*
- 2. Nombre del ejecutante, del tercero legitimado y del ejecutado;*
- 3. Nombre del postor y las posturas efectuadas;*
- 4. Nombre del adjudicatario; y,*
- 5. La cantidad obtenida.*

*El acta será firmada por el Juez, o, en su caso, por el martillero, por el Secretario de Juzgado, por el adjudicatario y por las partes, si están presentes.*

*El acta de remate se agregará al expediente.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

---

## Comentario

---

1. El acto de remate debe ser recogido en un documento en el que el martillero deje constancia del lugar, fecha y hora del acto; del nombre del ejecutante, del tercero legitimado y del ejecutado; del nombre de los postores y de las posturas efectuadas; del nombre del adjudicatario; y de la cantidad obtenida. Nótese que la redacción del inciso 3º señala al "nombre del postor y las posturas efectuadas" situación que debe comprenderse bajo la pluralidad de postores para justificar la redacción continua de las posturas efectuadas.

El acta será firmada por el martillero, por el adjudicatario y por las partes, si están presentes. Cuando el juez realizaba el remate de bienes inmuebles, dichas actas no sólo eran suscritas por éste sino por el secretario del juzgado.

La información que contiene el acta es importante para verificar si efectivamente se ha realizado en el lugar, fecha y hora anunciada y quienes han intervenido en él. Además ayuda a demostrar que el ejecutado no haya sido postor en el remate, situación si lo ejerce el ejecutante o el tercero legitimado. La descripción de las posturas efectuadas también es importante para la congruencia que debe existir entre el desarrollo de éstas y el adjudicatario. También nos permite apreciar la cantidad obtenida en el acto del remate para futuras acciones como la devolución del saldo si hubiera o el ingreso al proceso ejecutivo si no fuere suficiente para satisfacer la obligación que se ejecuta.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Un aspecto importante que debe contener el acta es la orden, tratándose de bienes inmuebles, para que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día.

El acta también es importante porque se requiere para materializar la transferencia de bien inscrito en Registros Públicos, tal como señala el inciso 4 del art. 739 CPC

A pesar que la norma no lo precise, es importante que se consigne en el acta de remate el bien rematado, el mismo que debe guardar congruencia con la convocatoria y con los avisos y publicaciones. Si se ha errado en colocar la identificación del bien y las partes firmaron el acta sin mayor reparo, ello no es convalidable generando la nulidad de la adjudicación pues se trata de un acto solemne.

2.El remate es un acto público en el que participan los postores pero nada impide que estén terceros en dicho acto. Ello es atendible porque a través de esta publicidad, se permite el control popular sobre los actos procesales de la jurisdicción.

La redacción del acta puede ser a manuscrito o mediante tipeo. Clásicamente para la redacción de las actuaciones judiciales se recurría a los manuscritos, los mismos que debían ser redactados con letra legible en un libro de actas; luego con la incorporación de la máquina de escribir mecánica, estas se desglosaron para insertarse al expediente; práctica que se mantiene hasta la fecha, habiéndose reemplazado en algunos despachos la máquina de escribir por el ordenador, sin embargo, nada impide que ante la ausencia de estos medios como la maquina de escribir o la computadora se pueda recurrir a la redacción del acta a manuscrito, sin que ello la invalide.

Una tradición en la judicatura reserva el lado izquierdo de la página que contiene el acta para la firma del juez y la derecha para las partes. No genera mayor incidencia la negación de alguno de los intervinientes a firmar el acta, para lo cual, es indispensable que se deje a continuación constancia del hecho. Señala la norma, que el acta de remate se agregará al expediente.

Como ya se ha señalado, el inciso 3º refiere que hay que consignar el nombre del postor y las posturas efectuadas; esta última exigencia no se requiere cuando concurre postor único. Contradictoriamente, aparecen razonamientos judiciales orientados hacia la nulidad del acto de remate por no haber cumplido literalmente con la exigencia del inciso 3º citado, a pesar que el martillero público señala que no se consigna posturas porque la única postura efectuada era la de la adjudicataria. Dice el juzgado<sup>(1)</sup> de manera incoherente, para justificar la nulidad de la

---

(1) Véase pronunciamiento del 40 Juzgado Civil de Lima, de fecha 6 de octubre del 2005, expediente No 60521-2003 seguido por Banco Financiero con Hernan Parra Atacusi sobre ejecución de garantías. Felizmente dicha resolución fue declarada nula posteriormente, por la Sala Superior.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

adjudicación realizada, que " el inciso 3 del art: 738 CPC establece que terminado el acto de remate, el martillero o secretario de juzgado, extenderá acta del mismo, la que contendrá: nombre del postor y las posturas efectuadas, siendo por tanto, éste un requisito formal exigible dentro del contenido del acta de remate, no observando que nuestro ordenamiento legal haga distingo alguno sobre la cantidad de postores o posturas efectuadas..." Felizmente dicho pronunciamiento fue corregido por el Superior en grado, quien señaló que la exigencia del inciso 3º del art: 738 CPC solo tiene sentido en el supuesto de presentarse mas de un postor, a efectos que el ejecutado pueda tener la seguridad que se ha elegido, de entre las posturas efectuadas, a la de mayor valor.<sup>(2)</sup>

---

(2) Véase pronunciamiento de la Sala Comercial de Lima, Expediente N° 47-2006 de fecha 20 de enero del 2006.

## TRANSFERENCIA DE INMUEBLE Y DESTINO DEL DINERO OBTENIDO

### ARTÍCULO 739

*En el remate de inmueble el Juez ordenará, antes de cerrar el acta, que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro de tercer día.*

*Depositado el precio, el Juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto que contendrá:*

- 1. La descripción del bien;*
- 2. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, salvo la medida cautelar de anotación de demanda;*
- 3. La orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución; y,*
- 4. Que se expidan partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C.M. Iberoamerica art. 327.4*

*C.P.C. Colombia art. 530*

*C.P.C.N. Argentina arts. 586-589*

---

## Comentario

1. A pesar que el remate se realizará por intervención del martillero, la transferencia sigue siendo un acto judicial. Levantada el acta luego de terminado el remate, dicha acta debe remitirse al juez para que éste declare la transferencia del inmueble, una vez consignado el saldo. Este es un momento preclusivo e importante porque la venta se convierte en irrevocable y el ejecutado ya no puede liberar el bien cancelando la obligación principal y los gastos procesales.

La venta del inmueble está condicionada a que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día. El auto que ordena la transferencia contendrá la descripción del bien, que debe ser el mismo que se anunciaba para el remate.

La observancia del presente artículo, respecto a que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día, como requisito para que el juez pueda transferir la propiedad del inmueble, resulta aplicable solamente en el supuesto que hayan intervenido terceros como postores, en cuyo caso aquellos deben depositar el saldo existente entre la cantidad oblada con el monto de la adjudicación. Si, el saldo del precio del remate del inmueble no es depositado dentro del plazo legal, esto es de tres días, el juez puede declarar la nulidad el remate y convocar a uno nuevo, conforme lo dispone el artículo 741 CPC; esto implica, que si el ejecutante ha participado como postor en el acto de remate, no resulta aplicable el artículo 739 CPC como tampoco la parte final del artículo 744 CPC.

2. Otro aspecto que desencadena la transferencia de la propiedad es la liquidación de los gravámenes. Nótese que la norma, no hace referencia a las cargas sino a los gravámenes y ello resulta coherente con el ordenamiento jurídico nacional. Las afectaciones comprenden las cargas y los gravámenes. La diferencia entre ellas radica en que los gravámenes dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse puede conllevar a la venta del bien afectado, como sería el caso del embargo o la hipoteca; en cambio, con las cargas, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta del bien, como sería el caso de las servidumbres, que se constituye como limitación a la propiedad predial; por tanto, resulta coherente que la norma en comentario, haga referencia a levantar los gravámenes y no las cargas, luego que el adjudicatario deposite el saldo del precio del bien materia de remate.

Señala el inciso 2 que se deja sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, salvo la anotación de la demanda. Esto implica que se levantan todos los gravámenes anteriores y posteriores a la ejecución, siempre y cuando se haya depositado el precio, con que se cerró el remate. Apreciase que la norma hace especial referencia a los gravámenes y no a las cargas. En igual forma, cuando inicia la ejecución de garantías, la norma exige presentar información sobre los gravámenes del bien a rematar (ver artículo 720 CPC). Al respecto hay que precisar que la hipoteca y la prenda, constituyen gravámenes y no cargas porque ellos dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse puede conllevar la venta del bien afectado, como sería el caso de la hipoteca o el embargo; en cambio, en las cargas no hay obligación garantizada, por tanto, el objeto sobre el que recae no puede ser objeto de venta. Las servidumbres, son un ejemplo de cargas, a pesar que el artículo 1035 CC los califique erradamente como gravámenes. En tales casos, no cabe levantar sin efecto dicha carga, por la adjudicación, en igual forma que la anotación de la demanda, porque su razón de ser no se orienta a la venta del bien, como si opera en el caso del embargo y la hipoteca.

En el caso de los contratos de arrendamiento inscritos sobre el predio materia de remate y adjudicación, tampoco serán materia de levantamiento porque no se tratan de gravámenes sino de derechos de crédito que se publicitan en el Registro,

cuya prestación tiene por objeto la entrega temporal del bien en arrendamiento, a cambio de una renta dentro de un plazo y condiciones pactadas. No estamos ante un derecho real, que atribuye un poder directo del nuevo adjudicatario sobre la cosa, que se puede hacer valer *erga omnes*, sino de un derecho de crédito, que sólo se puede hacer valer frente al deudor. Si bien el inciso 1º del artículo 1708 CC dice: “si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador”; queda a discusión en cada caso, los efectos que dicho contrato de arrendamiento inscrito generará frente al nuevo adjudicatario, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha de la inscripción registral del contrato de arrendamiento, esto es, si ella fue realizada antes de la afectación cautelar o del gravamen que ha sido materia de ejecución. Ello en atención al principio de prioridad preferente que dice que los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanen, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación (ver numeral IX del TP Reglamento General de los Registros Públicos). Vemos pues, de manera excepcional, que los derechos de crédito facultan a veces, a obtener su satisfacción incluso frente a quien no contrajo la obligación que se trate, siempre que tal derecho estuviere inscrito con antelación al acto que dio origen a la ejecución. En ese sentido, léase la octava disposición final de la Ley 26702, que dice: “en caso de enajenación de inmuebles hipotecados a favor de las empresas, vía remate judicial o por adjudicación directa, no será de aplicación lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil, salvo que el respectivo contrato de arrendamiento se hubiera encontrado inscrito con anterioridad a la fecha de la constitución de la garantía hipotecaria”.

3. Otro efecto que genera la transferencia es la orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato de ejecución, para lo cual, en este último caso, debe apreciarse el artículo 690 CPC. Aquí concurre el supuesto del contrato de arrendamiento inscrito en Registros Públicos antes de la constitución de la garantía. En este supuesto, se respetaría la vigencia del contrato por ser un acto inscrito celebrado antes de la constitución en garantía. Tanto el acta de remate como el auto de adjudicación a que refiere este artículo forman parte de los actuados judiciales que se remitirán al Registrador Público para su inscripción, a través de los llamados partes judiciales. El auto de transferencia tiene que estar consentido para que se expidan los partes; caso contrario los Registradores solicitan se agregue a los partes el consentimiento.

Por otro lado, a pesar que no señale el Código se exige que para recabar los partes se acompañe la tasa equivalente al 1% del valor de la adjudicación para ser acreedores de los partes de adjudicación. Nótese que la norma exige la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación. No hace referencia a las copias del acta fedateada, sin embargo, en aplicación del artículo 235 CPC

resulta procedente ello, porque la copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo.

No opera el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble materia de remate judicial, en caso de haberse otorgado la adjudicación en pago al acreedor ejecutante de un porcentaje definido de acciones y derechos sobre dicho bien. El inciso 3 del artículo 739 CPC señala “el auto de transferencia del inmueble debe contener la orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario, dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento”. En este caso, la adjudicación y transferencia que se le otorgó al ejecutante-adjudicatario son cuotas ideales (alícuotas) sobre todo el inmueble, apareciendo en una relación de copropiedad con las demás personas que detentan las acciones y derechos sobre el inmueble, no siendo el cien por ciento de toda la propiedad materia de adjudicación. Además se debe tener en cuenta que las acciones y derechos de los remates y las transferencias corresponden a cuotas ideales y no a un espacio específico del inmueble, por ello, de acceder a lo solicitado se estaría afectando el derecho que sobre ese espacio no independizado tienen los demás condóminos.

4. Otro efecto que contempla la norma es la expedición de partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la “trascrición del acta de remate y del auto de adjudicación”. Ello se justifica porque la seguridad que proporciona el Registro, lleva a que no se admita indiscriminadamente cualquier documento, por que sus anotaciones no reflejarían fielmente la realidad jurídica extraregistraral a la cual debe acomodar sus asientos.



### JURISPRUDENCIA

---

*No obstante que con el remate, el acreedor adjudicatario ha adquirido la propiedad del bien, ello no lo exime de cancelar el crédito sobre el cual se constituyó la garantía real preferente.*

*Si no aparece que el acreedor ejecutante, quien adquirió el bien hubiere hecho depósito de dinero alguno con el cual se pueda pagar previamente al acreedor preferente, mal podría cancelarse un gravamen preferente que no ha sido pagado. Ante un conflicto entre el derecho personal y real, el primero cede ante el real (**Exp. N° 605 99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 380**)*

*Mediante el embargo ejecutivo el acreedor afecta formalmente un bien a la ejecución instada por él, de tal manera que, cuando concurre con una garantía anterior, por ostentar un derecho independiente, no subordinado a los acreedores preferentes, puede pedir la realización del elemento patrimonial sin esperar la solicitud de ejecutantes anteriores.*

(1) Sobre el particular, véase el expediente N° 9454-2003, ante el 41 Juzgado Civil de Lima

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Las cargas y gravámenes, anteriores o preferentes al del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el adjudicatario las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas.*

*La acción de un particular no puede precluir la acción para el cobro del crédito de cualquier otro acreedor sobre el mismo bien, máxime cuando éste tiene carácter preferente, satisfaciendo su crédito en perjuicio de otro acreedor privilegiado (Exp. Nº 599-99, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 340)*

*El proceso de ejecución de garantías tiene por objeto el pago de la obligación principal, mas no el levantamiento o cancelación de la garantía, por constituir este hecho pretensión del ejecutante.*

*Solo en el caso de que el bien hipotecado sea objeto de remate judicial, por no haber pagado el ejecutado la suma puesta a cobro, el juez dispondrá la cancelación de todos los gravámenes, incluida la hipoteca que constituyó el título de ejecución (Exp. Nº 151-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 75)*

*Si a la fecha materia de adjudicación del inmueble no figura ninguna carga relativa al arrendamiento del mismo a favor de tercero, se colige que el recurrente adquirió el bien bajo la fe del registro*

*El adjudicatario de un bien materia de embargo y remate, tiene derecho a la entrega del mismo y al lanzamiento del tercero que lo ocupe. La celebración de un contrato de arrendamiento sobre un inmueble gravado, conlleva implícito para el arrendatario la posibilidad de su lanzamiento (Exp. Nº 809-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 624-625)*

*No puede prevalecer la compra-venta celebrada con posterioridad a la adjudicación del inmueble (Exp. Nº 405-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 520-521)*

*Habiéndose ordenado la transferencia del inmueble, con el apercibimiento de lanzamiento, la misma que quedó consentido, y no habiendo cumplido la ejecutada con la entrega del bien materia del remate, el Juzgado debe materializar la medida porque de lo contrario queda desairado el cumplimiento, al haberse adquirido el bien en subasta pública y de buena fe por el subastado.*

*En caso de existencia de terceros en el bien, estos deben hacer valer su derecho que crean conveniente (Exp. Nº 669-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 375-376)*

*La ley de reestructuración empresarial tiene por objeto preservar el patrimonio de la empresa para que el liquidador pague los créditos de acuerdo a la prelación establecida por Ley.*

*Habiéndose el inmueble materia de litis transferido mediante pública subasta, no forma parte del patrimonio de la empresa en disolución y liquidación, por lo que debe ampararse la medida de entrega del bien al adjudicatario (Exp. Nº 226-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 423-425).*

## TRANSFERENCIA DE MUEBLE Y DESTINO DEL DINERO OBTENIDO

### ARTÍCULO 740

*En el remate de mueble el pago se efectúa en dicho acto, debiendo entregarse de inmediato el bien al adjudicatario.*

*El importe del remate se depositará en el Banco de la Nación, a la orden del Juzgado, a más tardar el día siguiente de realizado, bajo responsabilidad.*

*Tratándose de bien mueble registrado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 739º en lo que fuera pertinente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 327.3

C.P.C. Colombia art. 531

C.P.C.N. Argentina art. 573, 574

---

### Comentario

---

1. Una de las diferencias con el remate de los bienes inmuebles, es el pago diferido del saldo del precio, situación que no se aplica a los bienes muebles, cuyo pago se efectúa en dicho acto; debiendo entregarse de inmediato el bien al adjudicatario. Esto nos lleva a sostener que el precio de la postura beneficiada con la adjudicación, debe ser pagada en el acto del remate, para que pueda operar la entrega inmediata del bien adjudicado.

Una vez recibido el monto de la adjudicación, el martillero, tiene el deber de depositar dicho importe en el Banco de la Nación, a la orden del juzgado, a más tardar al día siguiente de realizado el remate.

Si el que se adjudica es el ejecutante lo que debe consignar, si fuere el caso, es la diferencia entre el crédito ejecutado, intereses y costas y el valor de la postura materia de adjudicación, para que recién opere la entrega inmediata del bien. Situación distinta es, si la adjudicación hubiere operado por el precio base y éste no superare a la suma materia de ejecución.

2. Consignado el precio es preciso proceder, si se trata de bienes muebles registrados, a la expedición de los partes a Registros Públicos con la copia del acta de remate y el auto de adjudicación. En el acta de remate debe consignarse

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

los postores y las posturas de éste para justificar que se le haya dado el bien en adjudicación. También procedería si el comprador solicita se comunique su situación de propietario a las personas que él mismo designe o se le ponga en posesión de los bienes.

Un aspecto a considerar es que el acta de remate no se notifica, pues, conforme lo señala el artículo 743 CPC la nulidad “se interpone dentro del tercer día de realizado el acto”



### JURISPRUDENCIA

---

*Si bien las cambiales se emitieron en razón de la compra venta del vehículo, el mismo que ha sido objeto de remate y adjudicación, el saldo impago existente, carece de sustento dado que el bien objeto de la venta ya no pertenece al comprador, pues, no existe dentro de su esfera patrimonial (Exp. N° 01-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 423)*

## INCUMPLIMIENTO DEL ADJUDICATARIO

### ARTÍCULO 741

*Si el saldo de precio del remate del inmueble no es depositado dentro del plazo legal, el Juez declarará la nulidad del remate y convocará a uno nuevo.*

*En este caso, el adjudicatario pierde la suma depositada, la que servirá para cubrir los gastos del remate frustrado y la diferencia, si la hubiere, será ingreso del Poder Judicial por concepto de multa.*

*Queda a salvo el derecho del acreedor para reclamarle el pago de los daños y perjuicios que se le hayan causado.*

*El adjudicatario queda impedido de participar en el nuevo remate que se convoque.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 327

C.P.C. Colombia art. 524, 529, 530

---

### Comentario

---

1. El postor cuando participa del remate solo hace entrega del 10% del valor de tasación del bien que se pretende adjudicar, en calidad de oblaje. El saldo del precio del remate deberá ser depositado por el adjudicatario, dentro del plazo legal que asigna el artículo 739 CPC, esto es, dentro del tercer día de celebrado el acto; caso contrario se declarará la nulidad del remate y convocará a uno nuevo.

La falta de pago del saldo de precio no solo afecta la celeridad en la ejecución sino que implica gastos procesales que deben ser asumidos por el furtivo adjudicatario, de ahí que la norma establezca que parte del oblaje sirva para cubrir dichos gastos y la diferencia, si la hubiere, será ingreso del Poder Judicial por concepto de multa. Debemos comprender bajo el concepto de gastos procesales, el valor de las publicaciones realizadas en la forma que exige el artículo 733, las cédulas de notificación, los honorarios del martillero, gastos de movilidad para el pegado del cartel del secretario al local del inmueble materia de remate, las tasas por los exhortos materializados, si fuere el caso. Los gastos de tasación no se incluyen bajo este rubro porque ella es propio de las costas que debe asumir la

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

parte vencida; sin perjuicio de ello, la norma deja a salvo el derecho del acreedor para reclamarle el pago de los daños y perjuicios que se le hayan causado.

2. La norma establece como sanción que el adjudicatario quede impedido de participar en el nuevo remate que se convoque. Frente a esta limitación algunos litigantes estilan recurrir a la cesión de derechos para forzar la sucesión procesal (ver inciso 3 art. 108 CPC) cuando el adjudicatario furtivo ha sido un tercero legitimado que se ha adjudicado en pago un bien de mayor valor a su crédito y no ha cumplido con depositar el saldo por el predio adjudicado. Con el fin de materializar el fraude a la Ley y volver a participar en el acto de remate, bajo otra personería se recurre a esta cesión. En igual forma, si el tercero legitimado se adjudica en pago el bien y luego deduce la nulidad, la misma que es amparada bajo el argumento que se ha tomado como precio base el valor de realización del bien y no el comercial, este tercero legitimado cede sus derechos para que el adquirente pueda volver a participar en el remate. No podría dicha participación prosperar porque la cesión no solo permite derechos sino acoge también las cargas que su posición del cedente haya generado.

3. Se debe tener en cuenta que aquí el adjudicatario ejecutante o tercero legitimado interviene sin el pago del oblate, esto implica que en el supuesto que no cumpla con depositar el saldo y se declare la nulidad no habrá ningún oblate a que acudir para lograr el desembolso de los gastos realizados para el remate por el propio ejecutante. Apreciamos aquí una desprotección del ejecutante ante este tipo de intervenciones, en cuanto al tercero legitimado se refiere.

Cuando la norma hace referencia "que el saldo se deposite dentro del plazo legal, caso contrario se declara la nulidad del remate", debe preverse que el martillero comunique al juez en el día, el remate, a fin que el juzgado tenga en cuenta el depósito del dinero dentro del plazo legal. Debe precisarse de la simple lectura de la norma, que el deber que se exige al adjudicatario es el depósito del saldo dentro del plazo legal, sin embargo, la comunicación de dicho pago al juzgado no está sujeta a los mismos plazos del depósito ni tampoco a los efectos de la nulidad que expresamente está sancionada para la omisión del saldo. Véase el caso del adjudicatario que deposita el saldo del precio, mediante consignación al Banco de la Nación, dentro del tercer día de la adjudicación (ver art: 739 CPC) sin embargo comunica al juzgado dicho pago al quinto día de realizado el pago. El plazo que rige para el depósito del saldo del precio no puede ser extensivo a la comunicación que haga al juzgado de haber cumplido con dicha exigencia, tampoco es extensiva la nulidad del remate, pues, ella aparece expresamente establecida cuando el saldo del predio del remate no es depositado dentro del plazo legal. La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la Ley, no comprendiendo bajo ella la comunicación oportuna al juzgado de dicho pago.



## JURISPRUDENCIA

---

*No obstante que con el remate, el acreedor adjudicatario ha adquirido la propiedad del bien, ello no lo exime de cancelar el crédito sobre el cual se constituyó la garantía real preferente.*

*Si no aparece que el acreedor ejecutante, quien adquirió el bien hubiere hecho depósito de dinero alguno con el cual se pueda pagar previamente al acreedor preferente, mal podría cancelarse un gravamen preferente que no ha sido pagado. Ante un conflicto entre el derecho personal y real, el primero cede ante el real (**Exp. N° 605 99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 380**)*

## SEGUNDA CONVOCATORIA

### ARTÍCULO 742

*Si en la primera convocatoria no se presentan postores, se convoca a una segunda en la que la base de la postura se reduce en un quince por ciento.*

*Si en la segunda convocatoria tampoco se presentan postores, se convoca a una tercera, reduciendo la base en un quince por ciento adicional.*

*Si en la tercera convocatoria no hay postores, a solicitud del ejecutante podrá adjudicársele directamente el bien, por el precio base de la postura que sirvió para la última convocatoria, pagando el exceso sobre el valor de su crédito, si hubiere.*

*Si el ejecutante no solicita su adjudicación en el plazo de diez días, el juez sin levantar el embargo, dispondrá nueva tasación y remate bajo las mismas normas.*

*La segunda y tercera convocatoria se anunciará únicamente por tres días, si se trata de bien inmueble y por un día si el bien es mueble. (\*)*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA 742°

C.P.C.M. Iberoamerica	arts. 326.3-326.6, 328.3
C.P.C. Colombia	arts. 532, 533
C.P.C.N. Argentina	arts. 584, 585
C.F.P.C. México	art. 475

---

## Comentario

Para que el remate no se agote en una sola convocatoria es vital que no hayan concurrido postores. En esas circunstancias, se justifica se vuelva a insistir en otra convocatoria a remate, pero, con algunas particularidades.

Un elemento fundamental para el remate es fijar la base de la postura. Esta se construye sobre el valor de tasación del bien aprobado, tomando las 2/3 de ese valor. Esto significa que si un bien cuya tasación ha sido aprobada en 90,000

---

(\*) Texto según el art. único de la Ley 27740 de 29-05-2002.

dólares, el precio base para el remate será de 60,000 dólares, en primera convocatoria.

Puede darse el caso que el bien no se remate por ausencia de postores, situación que llevará a declarar desierto el remate. Aquí el precio base para la siguiente convocatoria se reducirá en la forma que regula el artículo 742 CPC, esto es, que en cada convocatoria el precio base se reducirá en un 15%, esto significa, que declarado desierto el primer remate y formulada la segunda convocatoria, el bien a rematar tendrá como base de la postura el siguiente valor: 60,000 dólares menos el 15% que equivaldría a 51,000 dólares y si se recurre a una tercera convocatoria la base de la postura será menos el 15% del precio base de la segunda, esto significa que sería el 43,350 dólares.

Establecer la base de la postura es importante para el remate porque no se podrá admitir oferta inferior a dicha base ni tampoco la adjudicación al ejecutante podrá ser inferior a ella. Además, debe precisarse que dicha base tiene que estar expresamente señalada en el mandato que ordena el remate, no es suficiente colocar la fórmula que se utilizará para la liquidación, sino que debe colocarse expresamente el resultado de dicha aplicación al caso concreto.

Otro aspecto importante a tener en cuenta está referido a la publicidad. Señala la norma, que a partir de la segunda convocatoria se anunciará por tres días si se trata de inmueble y por uno si es mueble, en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar del remate, a diferencia de la primera convocatoria cuya regla fija en seis si son inmuebles y tres tratándose de muebles. (ver artículo 733 CPC)

En relación a la oportunidad en que puede entablarse la tercería de propiedad, existen el pronunciamiento en Casación que señalan que ésta se puede presentar incluso después de la segunda convocatoria a remate. Véase en la Casación N° 1985-2001-Ica, del 06 de abril del 2004, que señala: "según el art. 742CPC, la segunda convocatoria se da cuando en la primera no se presentaron postores, y que, según el artículo 736 CPC, el remate se inicia a la hora señalada con la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, y concluye con la adjudicación del bien a favor de la postura mas alta. En ese sentido, la Sala Suprema concluye que al no haberse realizado aún el remate, no podía impedirse el ejercicio de la acción de tercería a efectos de oponerse a la medida cautelar ejecutada sobre un bien de propiedad del tercerista".

Antes de la vigencia de la Ley 27740 el remate podría resistir más de tres convocatorias. La primera convocatoria no es atractiva para los postores pues hay la tendencia a esperar las siguientes a fin de lograr que el precio base vaya reduciéndose y por tanto, la adquisición del bien sea más rentable. Con la vigencia de la Ley 27740, se ha limitado las convocatorias de los remates a tres, luego de ella se volverá a reiniciar una primera convocatoria y así sucesivamente.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Frente a los procesos que se venían tramitando, antes de la modificatoria de este artículo, surge el problema de aplicación de la ley en el tiempo. Las teorías más conocidas para la aplicación de la norma procesal a los procesos en trámite son dos: la de aplicación inmediata de la norma nueva y la de la ultraactividad de la norma derogada. Estas alternativas implican aplicar al proceso en trámite la nueva norma o mantener en su desarrollo el uso de la derogada. Si se opta por la nueva norma se debe aplicar obligatoriamente apenas entre en vigencia, inclusive a los procesos en trámite. Monroy<sup>(1)</sup> considera que “incorporar una nueva norma procesal a un proceso en trámite, implica producir una mezcla heterogénea de principios e instituciones que puede afectar la decisión final, dado que podría importar modificaciones trascendentes en las facultades y deberes de los partícipes en el proceso, incluido el juez”.

Quienes sostienen se mantenga la norma derogada, a través de la ultraactividad de ésta, argumentan que el proceso es un acto único, en tal sentido, no se puede alterar el cauce previsto y ya aplicado al proceso.

Para Monroy<sup>(2)</sup> la opción que debe ser escogida para solucionar el problema de los procesos en trámite depende de la intensidad de la reforma contenida en la nueva Ley. Si el contenido de la nueva norma suponen una reforma sustancial, en la estructura procedimental, al punto que su aplicación inmediata significa una transformación de las facultades y deberes de los elementos activos de la relación procesal, entonces es indispensable evitar que el caos ingrese al proceso en trámite y lo perjudique, lo que ocurriría si se dispusiera su aplicación inmediata. Para tal situación se propugna la ultraactividad de la norma procesal derogada, la que, en consecuencia debe mantenerse para todos los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva norma

Luego de estas ideas descritas resulta interesante apreciar el pronunciamiento judicial recaído en el caso Banco Latino con Isidro Neyra Gaitán, expediente 965-2003 ante la 2º Sala Civil de Lima que no asume posición por la aplicación inmediata de la Ley 27740, sino por la ultraactividad de ésta, para lo cual recurren a la 2º disposición final y complementaria del Código Procesal que dice “las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: (...) los actos procesales con principio de ejecución” además señala “habiéndose convocado al primer remate en base al texto primigenio del artículo 742CPC, no es de aplicación, a los presentes actuados, el texto modificado del citado artículo contenido en la Ley 27740, al no permitir cuarta convocatoria a remate; por lo que la ejecución debe proseguir conforme a las reglas con que se inició la ejecución” en tal sentido y bajo dicha argumentación un sector de la judicatura se orienta por la aplicación ultraactiva del artículo derogado, permitiendo que las convocatorias a los remates superen la tercera convocatoria.

---

(1) Monroy Juan, Introducción al proceso civil, t.I, Temis, Bogotá, 1996, p.160

(2) Op. cit. p. 161

## NULIDAD DEL REMATE

### ARTÍCULO 743

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 741º, la nulidad del remate sólo procede por los aspectos formales de éste y se interpone dentro del tercer día de realizado el acto. No se puede sustentar la nulidad del remate en las disposiciones del Código Civil relativas a la invalidez e ineficacia del acto jurídico.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C. art.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica arts. 329.2, 329.3

C.P.C.N. Argentina arts. 592, 593

---

## Comentario

---

1. La nulidad es un remedio procesal orientado a corregir las desviaciones o errores que surjan en el camino procesal, siempre y cuando esos errores causen agravio para quien lo alega, esto significa que si no hay agravio no hay nulidad.

El principio de legalidad rige la nulidad, de tal manera que ésta se sanciona sólo por causa establecida en la Ley, sin embargo, puede declararse la nulidad cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, señala el artículo 171 CPC.

También concurre a la nulidad el principio de convalidación a que refiere el artículo 172 CPC. Este opera cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado. En igual forma, concurre la convalidación tácita, cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.

2. Bajo las premisas desarrolladas líneas arriba, se permite invocar la nulidad del remate por los aspectos formales de éste y se interpone dentro del tercer día de realizado el acto. Nótese que aquí no opera notificar el acta de remate, para que recién se pueda invocar la nulidad porque este se puede ejercer luego de realizado el acto. La norma exige que el plazo para cuestionar la nulidad del remate se computa a partir de realizado el acto y no de la fecha en que es notificada la resolución de realización del remate.

La nulidad se puede basar en aspectos formales, en ese sentido podemos mostrar el caso de la nulidad del remate por haber tomando como referente para

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

fijar el precio base el valor de realización inmediata del bien y no el comercial. Un valor difiere del otro, pues, el valor comercial siempre será de mayor monto.

Nótese que en las tasaciones de bienes inmuebles se presentan dos valores, el valor comercial y el valor de realización. En el primero se tiene en cuenta los valores de mercado de la zona donde se ubica el predio, su acceso a vías principales, zonificación, consolidación del entorno, infraestructura de servicios y equipamiento urbano. En el valor de realización se toma en cuenta los gastos de publicidad, valuación para la realización, comisión de ventas, mantenimiento, ajuste para la venta en un plazo determinado, todo ello lleva a presentar un monto diverso al comercial. En ese sentido, procede amparar la nulidad del remate, si el juzgado tomó como referencia “el valor de realización inmediata” y no el comercial. Se entiende que se ha perjudicado al ejecutado al establecer el precio base con el menor valor del bien a ejecutar, por ello, se exige que la base de la postura se fije en atención al valor comercial que señale la tasación, por ser de mayor valor y no ser perjudicial para el ejecutado. En este sentido, el artículo 720 CPC referido a la ejecución de garantías expresamente señala “si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada...”

3. Otro caso que concurre para la nulidad es admitir como postor y adjudicar el bien a quien presenta como oblate el 10% del valor del precio base, cuando debió ser el valor del precio de tasación. También podría generar nulidad del remate la convocatoria que se limita a indicar como precio base el equivalente a las 2/3 partes de la tasación sin precisar el monto a que asciende dicha base, situación que en el acto de remate se pretendió subsanar pero con errores en la operación aritmética, en contra del ejecutado. Otro caso podría ser, en caso de concurrencia de varios postores, no haber señalado las posturas hechas por cada postor interviniente, limitándose solo a expresar la postura por la que se otorgó al adjudicatario.

Como ya se ha señalado líneas arriba, la nulidad se orienta a corregir los vicios que se generen en el desarrollo del proceso, no atacando con ello el aspecto sustancial del acto procesal, en tal sentido, no resulta de aplicación las disposiciones del Código Civil relativas a la invalidez e ineficacia del acto jurídico.

Otro asunto que se discute es si el postor, que ha participado en el acto de remate, puede posteriormente pedir la nulidad del acto por sentirse perjudicado con la actuación del martillero en la dirección del acto. Algunos autores no le permiten al postor articulaciones en el proceso, por estar reservada a las partes o terceros legitimados, sin embargo, dicha posición no es unánime porque se considera que si podría cuestionar por tener un interés directo en el acto de remate y por generarle agravio la forma como se llevó a cabo.



JURISPRUDENCIA

*La omisión de adjuntar la tasa judicial para participar en remate de bienes muebles u inmuebles no invalida el acto de remate. Pues, no se encuentra previsto con lo tal.*

*Dichas tasas no deben ser devueltas a los interesados y deben permanecer en el expediente (Exp. Nº 98-40283-3311, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 376)*

*Es nula la resolución, que bajo la invocación de la convalidación tácita, no expresa decisión alguna en torno a las formas del acto de remate incumplidas.*

*El argumento de la convalidación tácita, por que el ejecutado no dedujo la nulidad en el acto mismo de remate, no es válido. Ella puede ser invocada, dentro del tercer día de realizado el acto de remate (Exp. Nº 13246-71-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 383-384)*

*No habiéndose efectuado la compensación de deudas con el saldo deudor, la declaración de nulidad del remate expedida sin el pronunciamiento del expreso pedido de compensación, adolece de nulidad (Exp. Nº N-386-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 538)*

*La nulidad del remate solo procede por los aspectos formales de éste.*

*No se puede sustentar en las disposiciones del Código Civil relativas a la invalidez o ineficacia del acto jurídico (Exp. Nº 2114-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 543)*

*El pedido de nulidad y oposición al remate que se fundamentan en la propiedad del bien a rematar, debió hacerse en vía de tercería, por ser ésta la figura procesal que corresponde al caso. Son extemporáneas las articulaciones, pues, han tenido expedito su derecho a partir del año 1983, para que se reconozca la propiedad que alega y no esperar una semana antes del remate para pretender en la etapa ejecutora se le reconozca ese derecho a través de peticiones que no corresponden al trámite del proceso (Exp. Nº 1743-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 544-545)*

*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante, por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.*

*La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (Exp. Nº 926-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 84-88)*

*Es nulo el remate si los avisos del remate no expresan el lugar, día y hora de éste (Exp. Nº 1646-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 369-370)*

*Es nulo el acto de remate celebrado con avisos imprecisos y que no cumple su rol principal cual es dar publicidad al acto. Resulta imprescindible expresar de manera indubitable el bien que se ofrece en remate (Exp. Nº 135-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 271-374)*

*La nulidad del remate solo procede por los aspectos formales de éste, el mismo que se interpone dentro del tercer día de realizado (Exp. Nº 1436-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 374-375)*

## Sub - Capítulo 3º

# ADJUDICACIÓN

## ADJUDICACIÓN EN PAGO

### ARTÍCULO 744

*Si el adjudicatario no deposita el exceso dentro del tercer día de notificado con la liquidación prevista en el artículo 746º, la adjudicación queda sin efecto.*

*Depositado el exceso, se entregará el bien mueble al adjudicatario y si se trata de inmueble, expedirá el auto de adjudicación conforme a lo dispuesto en el artículo 739º. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA 744º

*C.P.C.N. Argentina arts. 580, 581, 582*

*C.F.P.C. México arts. 493, 494*

## Comentario

1. En relación a la adjudicación forzosa debe distinguirse entre la adjudicación para pago y la adjudicación en pago. La primera opera cuando lo que se embargó fueron sueldos, pensiones y créditos realizables en el acto. En tales casos no puede hacerse pago inmediatamente al ejecutante, pues se está ante una adjudicación para pago. Cuando se trata de créditos realizables en el acto, el juez requerirá al deudor del ejecutado, en resolución expresa, entregue la cantidad adeudada en el juzgado, el cual procederá a pagar al ejecutante. Cuando se trata de sueldos y pensiones, la adjudicación precisará, a partir de la cual el sueldo o pensión queda vinculado a un concreto ejecutante. A partir de la adjudicación, el pagador del sueldo o pensión deberá periódicamente hacer el ingreso en el juzgado y éste pagará al ejecutante. Lo que no impide que, en ocasiones se haga el

(\*) Texto según el art. único de la Ley 27740 de 29-05-2002.

pago directamente entre pagador y ejecutante. El juez debe precisar la cantidad exacta y durante qué tiempo se recurrirá a este para el pago.

2.El otro mecanismo es la adjudicación en pago, al que sólo se refiere este artículo. Esta adjudicación aparece de modo subsidiario, y es consecuencia del fracaso de la enajenación forzosa, ante la ausencia de postores.

Se trata de un derecho del ejecutante o del tercero legitimado que puede ejercerlo luego que el primer remate se hubiere declarado desierto. La norma no pone límite al número de convocatorias desiertas que le hubieren precedido para pedir la adjudicación. Por otro lado, véase la redacción de la norma que al respecto señala "frustrado el remate por falta de postor se puede solicitar la adjudicación en pago."

Un remate se frustra no por falta de postores sino por que no se cumple con notificar debidamente a las partes del auto de remate, por no realizar oportunamente las publicaciones o el pegado de cartel, entre otros supuestos. La ausencia de postores lleva a ubicarnos en el remate desierto, de ahí que la redacción de este artículo debería consignar "declarado desierto el remate por falta de postores el ejecutante o tercero legitimado pueden solicitar la adjudicación en pago..."

Las personas legitimadas activas para solicitar la adjudicación en pago son el ejecutante o el tercero legitimado. En cuanto a este último, debemos entender que el tercero legitimado es el acreedor no ejecutante, en atención a lo que dispone el art. 726 CPC que permite que pueda intervenir en el proceso, antes de su ejecución forzada, al acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien. Sus derechos de este tercero dependen de la naturaleza y estado de su crédito. Véase el caso de un bien valorizado en US\$ 100,000, que registra una hipoteca a favor del Banco A por US\$ 90,000 y luego un embargo por US \$10,000 a favor del Banco B por una obligación de dar suma de dinero. En este último proceso, el acreedor no ejecutante Banco A, interviene en aplicación del art. 726 CPC demostrando la preferencia y la vigencia de su crédito, el mismo que a la fecha es materia de ejecución en otro juzgado civil. El Banco A, luego de haberse declarado desierto el primer remate, perfectamente podría pedir se le adjudique en pago el bien, oblando el exceso sobre el valor de su crédito. Véase que el ejecutante no se adjudicó el bien sino el tercero legitimado quien contaba con una hipoteca de primer rango, la misma que era materia de ejecución en otro juzgado, lo que no impide que el ejecutante vea realizado su pago bajo las reglas que señala el art. 747 CPC. En ese mismo supuesto, la defensa del Banco B que ejecuta la obligación de dar suma de dinero y que ha promovido el remate planteó la oposición a la adjudicación en pago al Banco A hasta que se resuelva la ejecución de la hipoteca que viene ventilando en otro juzgado, pues, una cosa es la garantía de la hipoteca y otra la adjudicación en pago, esta última operaría siempre y cuando el título de ejecución quede firme y a favor del acreedor no ejecutante en el otro proceso que viene ejecutando.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El pedido de adjudicación debe ser por la base de la postura que sirvió para la última convocatoria, la misma que puede operar a partir del primer hasta el tercer remate. En la adjudicación forzosa se atiende a su valor en sí y puede definirse como el acto procesal por el que el órgano jurisdiccional trasmite al ejecutante o al tercero legitimado un bien previamente embargado al deudor ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para lograr la satisfacción de aquél.

La diferencia fundamental con la enajenación forzosa reside en que en la adjudicación se entrega el bien al ejecutante, mientras que en la enajenación la transmisión se produce a favor del rematante, sea éste quien fuere, normalmente un tercero, pero también puede serlo el ejecutante y el tercero legitimado, aunque no en cuanto tal, sino en cuanto haber hecho los mayores posturas, pues ambos pueden intervenir en el acto de remate como postores pero sin oblaje.

Conviene precisar que la adjudicación en pago supone la transmisión de la propiedad, bastando para inscribirla en el registro de la propiedad la resolución firme que ordena la adjudicación en pago. El auto de adjudicación debe pronunciarse sobre los requisitos que señala el artículo 739 CPC.

Por último, apreciése que la norma fija como precio base para la adjudicación, la base de la postura que sirvió para la última convocatoria; ello podría generar que el valor del bien adjudicado supere al valor del crédito, situación que generará en el acreedor, la obligación de devolver el exceso sobre el valor de su crédito, al ejecutado, en tanto ello no se materialice no operará la entrega, si se refiere a bienes muebles ni se expedirá el auto de adjudicación si fuere bienes inmuebles.



## JURISPRUDENCIA

---

*El acreedor tiene derecho a pedir después de frustrado cualquier remate, la adjudicación de los bienes en pago de su crédito (Exp. Nº 98-14224-2122, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 378)*

*Nada prohíbe al adjudicatario de un bien subastado ceder sus derechos a un tercero, pues, nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe (Exp. Nº 98-40283-3591, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 379)*

*No existe mandato normativo alguno que obligue a la adjudicación del bien, luego de varias frustraciones de remate al demandado.*

*Es válido la adjudicación a favor del accionante, el bien objeto de la garantía hipotecaria, sobre la base de la postura que sirvió para la última convocatoria (Exp. Nº 2421-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 370)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

La pretensión de formalizar el acto jurídico que celebraron las partes, carece de sustento jurídico pues el contrato de compra venta dejó de tener eficacia desde el momento en que el inmueble fue adjudicado a una tercera, vía remate judicial en el proceso penal, donde la adjudicataria ha depositado el precio del bien, correspondiendo a éste el derecho de propiedad (Exp. Nº 143-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 316)

La adjudicación se produce cuando frustrado el remate por falta de postor, el ejecutante o el tercero legitimado lo solicitan en pago del bien por la base de la postura que sirvió para la última convocatoria, oblando el exceso sobre el valor de su crédito, si hubiere.

La Ley no distingue si la adjudicación debe producirse luego del primer o segundo remate. No cabe distinción donde la ley no distingue (Exp. Nº 2877-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 622-623)

Nada impide que se solicite la adjudicación del bien después del primer remate frustrado, proceder en contrario, significaría obligar al justiciable a solicitar nueva convocatoria con el descuento de la base de la subasta, lo que eventualmente redundaría en perjuicio de la propia ejecutada (Exp. Nº 4657-972-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 623)

Si bien el acto de remate ha sido anulado por la Sala Superior, también lo es, que la adjudicataria ha transferido a terceros el inmueble antes de la anulación del acto, conforme se advierte de las fichas registrales; por tanto, incurre en error el juez al declarar la nulidad de los asientos registrales, pues, deben solicitarse vía acción, máxime, que el juez considera que las transferencias efectuadas posteriores a la adjudicación del bien materia de litis, han sido simulada, lo que no puede deducirse en el actual proceso (Exp. Nº 37-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 615-617)

No resulta ajustado a derecho señalar, que por lo menos deben existir dos convocatorias a remate para que opere la adjudicación en pago, desde que no se puede compeler al acreedor a solicitar otras convocatorias, si su crédito se encuentra satisfecho con el monto de la base de la postura, tanto más que incluso puede obrar el exceso sobre el valor de su crédito, si lo hubiere (Exp. Nº 687-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 569)

Si el demandante acreedor se ha adjudicado en remate el bien, y pretende compensar con su crédito que emana del propio proceso parte del precio subastado, es obvio que dicha compensación dependa de la liquidación que se efectúe sobre los intereses, costas y costos del proceso por lo que no puede ser de aplicación el artículo 741 del CPC.

Estando pendiente de determinar cuánto se compensa y cuánto debe consignar el adjudicatario acreedor, el Juzgado luego de verificar cuál es el remanente de lo que debe consignar el acreedor, deberá requerirlo para que cumpla con dicho pago en un plazo de 3 días (Exp. Nº 1248-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 570)

La ley de reestructuración empresarial tiene por objeto preservar el patrimonio de la empresa para que el liquidador pague los créditos de acuerdo a la prelación establecida por Ley.

Habiéndose el inmueble materia de litis transferido mediante pública subasta, no forma parte del patrimonio de la empresa en disolución y liquidación, por lo que debe ampararse la medida de entrega del bien al adjudicatario (Exp. Nº 226-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 423-425)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Si bien el artículo 339 del CPC faculta a las partes a celebrar cualquier acto jurídico destinado a modificar o regular el cumplimiento de la sentencia, no puede la misma excederse al extremo de contrariar una norma de cumplimiento imperativo. La adjudicación directa del inmueble sin convocatoria a remate colisiona con el artículo 744 del CPC. Lo mismo ocurre respecto a la renuncia a la interposición de medios impugnatorios (Exp. N° N-514-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 377)*

*Para la adjudicación se busca a través de la publicidad lograr vía las convocatorias a remate público, y mediante la oferta y la demanda fijar el precio real del inmueble, situación que se ha determinado en razón a las rebajas establecidas por ley, y a la falta de postores que oferten suma mayor.*

*Es válida la adjudicación a favor del accionante, el bien objeto de la garantía hipotecaria (Exp. N° 2421-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 546)*

*Debe ampararse la solicitud cautelar orientada a que el Juzgado disponga la suspensión de los embargos, remates y adjudicaciones sustentadas en la Ley 26289 que prescribe, en casos de liquidación de bienes de cooperativas de ahorro y crédito, las medidas cautelares existentes, deben ser levantadas por el solo mérito de la Ley, sin requerir resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros (Exp. N° 1331-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 516)*

*Si los demandantes adquirieron la propiedad del terreno en virtud de la ejecución de una garantía hipotecaria, pero que en dicho terreno existía un edificio de departamentos, no pueden recurrir los demandados a la figura de la accesión, pues, quien adquiere la propiedad de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad horizontal, es, propietario en forma alícuota del área del terreno sobre el que se ha levantado la edificación.*

*No siendo posible superponer derechos de propiedad sobre los mismos bienes, debe someterse a controversia judicial la dilucidación del mejor derecho de propiedad sobre el terreno o sobre lo edificado con él, a efecto que pudiera existir un eventual derecho de accesión, solo en el caso que llegara a determinarse en forma previa, que quien edificó sobre el terreno carecía de derecho para hacerlo (Exp. N° 2978-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 167-169).*

## CONCURRENCIA DE ADJUDICATARIOS

### ARTÍCULO 745

*Si son varios los interesados en ser adjudicatarios, la adjudicación procederá sólo si hay acuerdo entre ellos.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

---

### *Comentario*

---

El art. 744 CPC permite que el ejecutante y el tercero legitimado puedan solicitar la adjudicación en pago del bien. Ambos están facultados para ejercer ese pedido y lo realizan, sin embargo, es importante precisar que la norma en comentario, condiciona la procedencia de la adjudicación en tales circunstancias, si sólo hay acuerdo entre ellos.

Véase el caso de la concurrencia de bienes al remate, como un edificio con varios departamentos, los interesados podrían distribuir la adjudicación en atención al monto de sus créditos y entregar dicha formula al juzgado.

Otro supuesto, tomando como referencia al mismo edificio, cuyo valor total asciende a US \$500,000. El tercero legitimado, con derecho preferente por haber constituido una hipoteca en primer rango sobre dicho edificio, tiene un crédito reconocido por US \$100,000 pero no busca adjudicarse el bien sino la liquidez de éste, sin embargo el ejecutante que tiene un crédito de US\$200,000 si prefiere el bien. En este caso, el ejecutante obrará el exceso sobre el valor de su crédito, esto es los US \$300,000 que se distribuirá entre el tercero legitimado por el rango de su crédito y el remanente le será entregado al ejecutado.

## Sub - Capítulo 4º

### PAGO

#### LIQUIDACIÓN

##### ARTÍCULO 746

*Al disponer el pago al ejecutante, el Juez ordenará al Secretario de Juzgado liquidar los intereses, costas y costos del proceso, dentro del plazo que fije, bajo responsabilidad por la demora. La liquidación es observable dentro de tercer día, debiendo proponerse en forma detallada. Absuelto el traslado de la observación o en rebeldía, se resolverá aprobándola o modificándola y requiriendo su pago.*

##### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts.

##### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.M. Iberoamerica art. 327.2  
C.P.C. Colombia art. 521

#### Comentario

1. Toda la ejecución, tiende a lograr la satisfacción del crédito dinerario del acreedor ejecutante. Dicha satisfacción se logra mediante la entrega de una cantidad de dinero, que debe ser el resultado de la liquidación del crédito, los intereses y gastos procesales. Esa liquidación se practica por el secretario del juzgado, dentro del plazo que le señale, bajo responsabilidad por la demora. La norma no precisa el orden que se aplicará el pago, pero tomando como referencia al Código Civil, los intereses deben aplicar en primer orden y luego sigue el capital.

Como señala la norma, el juez ha dispuesto el pago al ejecutante, mediante el mandato de ejecución, sin embargo, todavía no se ha liquidado los intereses y gastos, pero ya se ha llevado a cabo el remate por el monto del capital. El valor del bien rematado, por el momento solo cubrirá el pago del capital, reservándose la entrega del remanente al ejecutado, luego de liquidado los intereses y gastos, para lo cual, el juez debe otorgar un prudencial plazo para dicha liquidación. Esto

lleva a señalar que frente al pedido del ejecutado para que se satisfaga de manera inmediata el capital y se entregue el remanente, perfectamente podría ser amparada la oposición del ejecutante a la entrega del remanente hasta que se cumpla con lo señalado en el art. 727 CPC, esto es, con el pago íntegro al ejecutante de la obligación, intereses exigidos y gastos del proceso.

2. Otro aspecto a tener en cuenta es, que al haber obtenido una cantidad de dinero, luego del remate, no solo estará interesado el ejecutante sino también otras personas como los titulares de cargas crediticias no preferentes y el propio ejecutado. La liquidación es observable dentro de tercer día, debiendo proponerse en forma detallada.

La liquidación que se presenta será sometida al conocimiento de las partes para su observación, pudiendo el juez aprobarla o modificarla según sea el caso, para luego proceder a requerir su pago.



## JURISPRUDENCIA

---

*Si de autos no aparece que la representada haya comparecido por sí misma, la representación judicial subsiste al no darse el supuesto descrito en el artículo 79 del CPC, situación que revela la validez de los actos procesales practicados en nombre de aquélla.*

*Si no existe pacto alguno respecto a los intereses, debe reputarse que corresponde aplicarse la tasa de interés legal que precisa el artículo 1244 del CC (Exp. Nº 67958-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 163)*

*Encontrándose vigentes las Circulares Nº 02496-EF/90 y Nº 04194-EF/90 en las que se fija la tasa de interés para las operaciones entre personas ajenas al sistema financiero, el colegiado, no puede cohonestar la conducta de las partes involucradas para convalidar el cobro de intereses superiores a la tasa que disponen las normas glosadas, sin incurrir en responsabilidad funcional al coadyuvar a la perpetración del delito de usura (Exp. Nº 2238-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 88)*

*La tasa de interés que contempla la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, solo es aplicable para el sistema financiero. La disposición del primer párrafo del artículo 1243 del CC no alcanza a la actividad de intermediación financiera. Se considera, como tasa máxima permitida por Ley en moneda extranjera, a la tasa activa del mercado promedio ponderado efectiva-TAMEX (Exp. Nº 97-53234-2083, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 89)*

*El conflicto de intereses respecto al reembolso fue resuelto en la vía administrativa, cuyos efectos conllevan a que la demandada cumpla con el citado pago. No se puede incidir sobre lo resuelto por la autoridad administrativa, cuyo efecto solo puede ser enervado en sede judicial.*

*Vencido el plazo que fija la Resolución Administrativa para el pago y agotado el requerimiento de éste, mediante carta notarial; a partir de aquella fecha, debe pagarse el interés legal.*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

No existiendo interés pactado como señala la sentencia recurrida, éste debe sujetarse a la norma legal invocada (**Exp. Nº 4335-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 90**)

Si la ejecutada acredita haber realizado pagos parciales a la actora, respecto de las sumas contenidas en las letras de cambio, por haber sido efectuados dichos pagos con posterioridad al protesto de los títulos valores, éstos deben deducirse en su oportunidad, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1257 del CC (**Exp. Nº 99-10908-2213, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 85**)

Si bien los recibos de pago no se encuentran firmados por el ejecutante, el haber encontrado en dichos recibos efectos gráficos de éste, lleva a la conclusión que fueron emitidos por aquél.

Procede exonerársele del pago de costos y costas a la ejecutada, si el ejecutante no ha querido reconocer los pagos emitidos a cuenta, dilatando la causa, en detrimento del pago que debe satisfacer la ejecutada, bajo la imputación que prevé el artículo 1259 del CC.

La ley no prohíbe al juez de la causa reproducir en su decisión, aquellos argumentos periciales que crea conveniente (**Exp. Nº 1144-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 86**)

Es válida la decisión del juez que desaprueba la liquidación de intereses que no precisa la forma ni el método empleado para llegar al resultado final, así como no precisa el período de aplicación de la tasa convenida. Debe designar el juez un perito judicial para que realice la pericia.

El manto de los costos debe ser coherente con las instancias que ha transitado el proceso, las incidencias promovidas por el ejecutado y el monto establecido como pretensión (**Exp. Nº 8658-2052-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 449**)

El remate es una forma de venta forzada de un bien y el pago a que se refieren los arts. 746 y 747 del CPC constituye la cancelación de su precio. El pago puede ser hecho por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación. Debe ampararse el reclamo de los fiadores del deudor para que se le entregue lo que constituyó precio base del inmueble, al margen de lo que se pagó por él (**Exp. Nº 1072-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 567-568**)

Tratándose de una responsabilidad contractual; no puede obligarse a la deudora a pagar intereses legales desde el evento dañoso, sino desde la fecha de la notificación con la demanda o desde la exigencia extrajudicial si lo hubiere. Aun cuando pueda haberse materializado una sentencia que obliga a lo contrario, no puede sacrificarse el principio superior de Justicia y la equidad por el ritualismo procesal (**Exp. Nº 1570-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 189-190**)

No obstante que la demandada no impugnó debidamente la liquidación de intereses practicada por la vencedora y aprobada por el Juzgado, ello no puede convalidar dicha liquidación por ser contraria a ley. Resultaría un abuso de derecho amparar la liquidación con la tasa del 4% mensual en moneda extranjera.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

No es legal la liquidación practicada desde la fecha del vencimiento de la obligación puesto que ello no ha sido demandado ni menos ordenado en la sentencia, razón por la cual solo debe computarse desde la fecha de la interposición de la demanda (**Exp. N° 367-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 191**)

El interés compensatorio es el que se paga como contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Interés moratorio es el que tiene como finalidad indemnizar la mora en el pago. Tasa de interés es el por ciento de rédito a pagarse en cualquiera de los dos casos anteriores.

La tasa de interés puede ser convencional o legal según fijen las partes o la ley, respectivamente, no pudiendo exceder del límite máximo autorizado por el Banco Central de Reserva del Perú (**Exp. N° 3127-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 193**)

Constituye un derecho de quien paga una letra de cambio exigir su devolución como prueba de extinción de la obligación.

El Juzgado no tiene la condición de tenedor a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Títulos Valores en razón que las cambiales llegan al órgano jurisdiccional en ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional (**Exp. N° 614-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 550**)

“... La liquidación de los intereses compensatorios y moratorios que la demandada los estima excesivos, requería de una prueba pericial para establecer su monto; sin embargo, no obstante la naturaleza del problema, el juez no solo no admitió la prueba pericial ofrecida con tal objeto por la demandada sino que tampoco dispuso su actuación de oficio y prefirió dejar la liquidación para que se verifique en ejecución de sentencia, cuando (...) debió tener lugar durante la etapa de conocimiento para poder señalar en su fallo la suma a pagar, como además así lo había pedido la accionante en su demanda; de modo que bajo este aspecto es evidente que se han infringido las garantías de un debido proceso limitando el derecho que la demandada tiene para probar la razón de sus afirmaciones” (**Cas. N° 388-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 556-558**)

Cuando por mandato de la Ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga al día del pago (**Exp. N° 718-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 118-119**)

Si la ejecutada en su apelación precisa que la obligación ha sido cancelada, para lo cual acompaña un documento expedido por la ejecutante que da por cancelada la integridad de la deuda que es materia del proceso, el Juez en ejecución de sentencia debe merituar dichos documentos y establecer su eficacia como un instrumento de pago, a efectos de verificar si la ejecutada, finalmente ha cumplido o no con su obligación (**Exp. N° 261-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 540**)

No habiéndose pactado intereses que tengan la condición de compensatorio o moratorios, el acreedor tiene derecho al interés legal el mismo que debe fijarse en ejecución de sentencia (**Exp. N° 1875-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 95-96**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*La liquidación de intereses a que se refiere el artículo 746 del C.P.C. al haberse suspendido el remate debe ser hecha por el secretario, en el plazo que señalará el juez.*

*No resulta ajustada a Derecho la liquidación de intereses practicada por el ejecutante (Exp. N° 2291-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 381-382)*

*La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio y el interés legal es fijado por el Banco Central de Reserva para operaciones ajenas al sistema financiero. No puede el órgano jurisdiccional cohonestar el cobro de intereses superior a la tasa que disponen las normas glosadas, sin incurrir en responsabilidad funcional al coadyuvar a la perpetración del delito de usura (Exp. N° 2288-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 194)*

## PAGO AL EJECUTANTE

### ARTÍCULO 747

*Si el bien que asegura la ejecución es dinero, será entregado al ejecutante luego de aprobada la liquidación.*

*Si son varios los ejecutantes con derechos distintos, el producto del remate se distribuirá en atención a su respectivo derecho. Este será establecido por el Juez en un auto que podrá ser observado dentro de tercer día. Si luego de la distribución hay un remanente, le será entregado al ejecutado.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.P.C.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 52

---

### Comentario

---

1. Si luego de haber rematado el bien se ha obtenido una cantidad de dinero se procede al reparto de éste, según el derecho que invoquen los ejecutantes. Luego de ese reparto, si hay un remanente le será entregado al ejecutado. Puede darse el caso que la suma obtenida no cubra principal, intereses y costas, esto implica que frente a la pretensión no satisfecha, el ejecutado sigue siendo deudor y puede procederse al embargo y remate de otros bienes presentes o esperar al futuro.

También puede darse la posibilidad que la suma obtenida exceda del crédito del ejecutante, más intereses y gastos. Aquí se le pagará inmediatamente al ejecutante y con el resto del dinero se debe poner a disposición de los otros juzgados en los que se sigan procesos de ejecución contra el mismo ejecutado y hayan embargado el mismo bien y estén interviniendo como terceros legitimados en el proceso; caso contrario, si no concurre la circunstancia anterior, procede a entregar al ejecutado el remanente.

2. Como señala la norma, cuando concurren varios ejecutantes “con derechos distintos, el producto del remate se distribuirá en atención a su respectivo derecho”; por citar, los créditos laborales tienen prioridad sobre cualquier obligación del empleador, situándose a ese tipo de acreedores en una posición privilegiada frente a los otros acreedores que tuviera el empleador. Esto llevaría a que en el reparto los créditos laborales, si estos fueran acreedores no ejecutantes, tengan prioridad sobre el crédito del ejecutante y se pague por tanto en primer orden a aquellos. Otra posibilidad surgiría que el tercero legitimado no hubiere podido

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

intervenir en el momento que le asigna el artículo 726 CPC, pueda invocar la tercería preferente para suspender el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia (ver artículo 537 CPC)

Otro aspecto a ver para repartir el producto del remate, no solo es la naturaleza sino el estado del crédito. Cuando se adjudica el bien se levanta todos los gravámenes, ese derecho que contenía los gravámenes se tendrá en cuenta al momento del pago para reservar el valor que le correspondiera a estos no ejecutantes, para lo cual se debe demostrar la vigencia de dichos créditos porque podría darse el caso que no existiera ningún crédito que satisfacer y mal podría reservarse la entrega de un dinero sobre un crédito inexistente o que pudiera ser todavía inexigible, como es el caso de títulos valores por vencer. Además téngase en cuenta que dicho valor es el que se le asignó a una garantía inmobiliaria, la misma que debería seguir manteniéndose así mientras no se tenga una decisión firme en un proceso de ejecución garantía, por tanto, no podría confundirse “la reserva de ese dinero como pago” sino como el resultado líquido de la continuación de la garantía; esto implica que el monto de esa garantía seguirá preservándose como tal, hasta el momento que se reclame su ejecución. Antes de ello, dicho dinero no será entregado al acreedor no ejecutante, por mas que tenga un derecho preferente al que se ha ejecutado, porque su crédito está garantizado precisamente con dicho dinero. La garantía se mantendrá mediante un certificado de depósito a nombre del Juzgado en el Banco de la Nación.

## CONCURRENCIA DE ACREEDORES

### ARTÍCULO 748

*Si concurren varios acreedores sin que ninguno tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcanzan a cubrir todas las obligaciones, el pago se hará a prorrata. Igualmente se realizará el pago a prorrata, una vez pagado el acreedor con derecho preferente.*

---

#### CONCORDANCIA:

C.T. art.

---

### Comentario

---

1. La naturaleza y estado de su crédito califican la preferencia en la concurrencia de acreedores, sin embargo, la norma en comentario asume el supuesto de la concurrencia de acreedores sin que ninguno tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcance para cubrir todas las obligaciones, el pago se hará a prorrata.

La norma nos ubica además en la posibilidad de recurrir a la prorrata una vez pagado al acreedor con derecho preferente, como sería en el caso de los créditos laborales reclamados a través de una tercería preferente de pago, en la que se declara en definitiva su prevalencia sobre el acreedor ejecutante. En tales casos, luego de haber satisfecho en preferencia el crédito laboral, la prorrata se aplicará al resto de acreedores no preferentes, entre ellos al propio ejecutante.

Por otro lado la Sala Suprema, en la Casación N° 2117-03-La Libertad, ha señalado que si un tercero de buena fe, adquiere bienes de un deudor laboral, no puede dejarse sin efecto dicha transferencia, aun cuando el deudor pudiere haber efectuado la transferencia con el propósito de eludir sus obligaciones con sus trabajadores. Al amparo del artículo 2014 CC la Sala Suprema considera al tercero de buena fe, que a título oneroso adquiere algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos, precisándose además que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Este criterio se opone al que recoge la Casación N° 1303-2003 (Publicado en El Peruano 04/11/2003). Según la Sala Suprema, los créditos laborales que surgen cuando el transferente (deudor laboral) todavía es dueño del bien, persiguen a este último sin importar quien sea el nuevo propietario y si

inscribió su derecho. La preferencia de los créditos laborales vencía incluso a quién adquirió un bien de buena fe, amparado en la publicidad registral. "La acción de persecutoriedad de los beneficios sociales reposa en el hecho que la relación laboral genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el empleador y el trabajador, teniendo por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales; no se trata de identificar quién o quienes ejercen actualmente la propiedad de los bienes de la empresa deudora, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador; de lo que se trata es de identificar los bienes, tener certeza que pertenecieron al empleador-deudor laboral. Señala dicha Casación que el art. 24 de la Constitución del Estado, determina que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, norma que por su rango constitucional tiene supremacía respecto al art. 2014 CC, norma legal referida a la buena fe del tercero adquirente.

2. Un referente para la preferencia, en créditos de similar naturaleza, se establece por el principio de prioridad. Como señala el art: 2016 CC: "la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro". En similar sentido se extiende la preferencia para el caso de los créditos asegurados con hipotecas, pues, conforme refiere el art: 1112 CC: "las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango".

En ese sentido, si la inscripción registral del usufructo fue posterior a la constitución de la garantía hipotecaria, conforme al art. 2016 CC, hace que la hipoteca tenga prioridad frente a otro derecho real.

En caso de concurrencia de varios acreedores sobre un bien inmueble, a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, señala el art: 1135 CC, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior, pero que conste en documento de fecha cierta.

Otro referente para la preferencia aparece en la concurrencia de un derecho real y personal. El derecho real se contrapone al derecho de crédito, por la satisfacción inmediata sobre una cosa determinada. El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa de manera que todos los demás han de respetar esta atribución. Si bien, en la obligación personal, la prestación consiste en entregar una cosa determinada, el acreedor no tiene poder directo sobre la misma, hasta el punto que, no podrá oponerse a que el deudor disponga del mismo objeto a favor de un tercero. Mientras que en el derecho personal o de crédito la obligación determina a una persona para que mediante un acto de cumplimiento entregue (en las obligaciones de dar) una cosa (determinada o indeterminada) al acreedor; en el derecho real sucede lo contrario, pues,

existe una cosa efectivamente determinada que señala como sujeto pasivo de la relación a quien sea su propietario.

La preferencia del derecho real frente al personal, se altera si este último fue registrado con anterioridad, señala la Casación N° 527-2003-Lima, del 15 de octubre de 2004 (Publicada en El Peruano, 03/01/2005). En la citada Casación, la Sala Suprema, ha establecido lo siguiente: las reglas del Derecho común para la oponibilidad de derechos contienen implícitamente el principio de prioridad del rango de un derecho real sobre un derecho personal, en razón de la oponibilidad erga omnes de la que goza solo el primero; sin embargo, al confrontar el mencionado principio con los principios de prioridad y publicidad, estos últimos deben prevalecer por ser pilares del Derecho Registral, así en caso que un derecho personal hubiera sido inscrito en registros antes que un derecho real, aquel prevalecerá sobre este independientemente de su naturaleza.

En materia concursal, la preferencia en el pago de los créditos se regula en el art: 42 de la Ley 27809, en el siguiente orden: remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes provisionales administrados por la Oficina de Normalización Provisional (ONP); créditos alimentarios; créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, derecho de retención o medida cautelar, créditos de origen tributario del Estado y los créditos no comprendidos en los precedentes citados.

3. Especial situación se aprecia en el reembolso de los gastos procesales, cuando intervienen terceros acreedores no ejecutantes, que por la naturaleza de su crédito desplazan al acreedor ejecutante, al momento del pago.

Aquí surgen dos posibilidades: la concurrencia de acreedores con derecho preferente, pero que aún no hubieren ejecutado su crédito; y la concurrencia de acreedores, también con derecho preferente, que estén ejecutando su crédito en otro proceso judicial o haya concluido éste con dicho reconocimiento al pago.

En el primer caso, se reservará judicialmente el monto de la garantía crediticia para su futura ejecución, si fuere el caso. Dicho monto no se entrega al acreedor no ejecutante, pues, no hay todavía ningún pago que satisfacer, se mantiene en garantía, con la diferencia que esta garantía se ha tornado líquida.

Para obtener liquidez para el pago, el acreedor ejecutante ha tenido que asumir una serie de gastos procesales, los mismos que serán cargados posteriormente a la suma obtenida para su reembolso; sin embargo, dicha situación no le es extensiva para el acreedor no ejecutante, quien le bastará con concurrir al proceso e invocar su derecho preferente para lograr su consecuente pago, dejando el saldo, si hubiere para el acreedor ejecutante, del que se tendrá que liquidar el reembolso de los gastos procesales con detrimento al valor de su crédito por satisfacer, si es que el saldo no fuera lo suficiente para cubrir dichas condenas.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El caso se torna preocupante cuando no hay saldo a favor del acreedor ejecutante, pues, la concurrencia del acreedor preferente, desplazo el crédito del ejecutante para un posterior plano.

Al margen de no satisfacer el ejecutante su crédito, los gastos realizados para obtener la liquidez, serán de beneficio del acreedor no ejecutante. Ante esa posibilidad, se debe asegurar que ante la concurrencia de acreedores no ejecutantes, como acto previo, el reembolso de los gastos procesales al acreedor ejecutante, los que se obtendrán del monto líquido obtenido del remate, antes del pago. También debe ser extensivo al caso de la concurrencia de acreedores sin que ninguno de ellos tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcancen a cubrir todas las obligaciones. El artículo 748 CPC toma como solución el pago a prorrata, pero, no dice nada en cuanto al reembolso de los gastos, para el acreedor que asumió las costas y costos de la ejecución materia de prorrata. En tales casos, la liquidación debe partir previamente por asumir el reembolso y luego, del saldo, proceder al reparto en la forma que lo señala el artículo 748 CPC.

# TÍTULO I

## DISPOSICIONES GENERALES

### PROCEDIMIENTO

#### ARTÍCULO 749

*Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:*

- 1. Inventario;*
- 2. Administración judicial de bienes;*
- 3. Adopción;*
- 4. Autorización para disponer derechos de incapaces;*
- 5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta;*
- 6. Patrimonio familiar;*
- 7. Ofrecimiento de pago y consignación;*
- 8. Comprobación de testamento;*
- 9. Inscripción y rectificación de partida;*
- 10. Sucesión intestada;*
- 11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.*
- 12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención; y,*
- 13. Los que la ley señale.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts.*

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

*C.P.C. Colombia art. 649*

---

### **Comentario**

1. El proceso asume diferentes clasificaciones. En atención a la función repressiva o preventiva de este podemos ubicar al proceso contencioso y al proceso no contencioso. Ambos se diferencian en que el primero encierra un conflicto actual y el segundo un conflicto potencial de intereses.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Nuestro Código mantiene en su estructura esta clasificación, dedicando la sección quinta a los procesos contenciosos y la sección sexta al proceso no-contencioso, en atención a la presencia o ausencia de conflicto de intereses, sin embargo debemos precisar que esto ha sido muy discutido, ya que, si tomamos en cuenta que el conflicto de intereses es un elemento consustancial al proceso, no es posible concebir a los llamados procesos no contenciosos. Por ello, se sostiene que hubiera sido mejor llamarlos procedimientos no contenciosos, o mejor dicho, mantener la nomenclatura usada en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en el que se denominó a los procesos que empezamos a comentar, como "Procedimientos no Contenciosos". Ariano<sup>1</sup> cuestiona la utilización del término "procesos no contenciosos". Si bien el artículo III del TP del CPC, prescribe que el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, ello es aplicable a cualquier proceso, pero fundamentalmente al denominado contencioso, y no al no contencioso que solo por cuestiones de oportunidad, de tradición, de garantía, de imparcialidad que ofrece el juez es reservado (hoy parcialmente) a su conocimiento.

El Código no utiliza la denominación de jurisdicción voluntaria, para los procedimientos no contenciosos, aunque esta sea una expresión común en la doctrina, sin embargo, se debe precisar que en opinión de Monroy, la jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción, porque no resuelve conflictos intersubjetivos y tampoco es voluntaria, ya que no depende del interesado, utilizarla o no.<sup>2</sup> Califica como jurisdicción voluntaria "a la actividad judicial realizada con el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. En estricto, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolización de un nuevo estado jurídico. Un rasgo típico de esta actividad judicial es que está desprovista de la autoridad de la cosa juzgada, aunque más que una característica, nos parece que es consecuencia del hecho de no ser útil para resolver conflictos de intereses".<sup>3</sup>

Esto no es un tema pacífico en la doctrina, Carnelutti lo califica como un caso de jurisdicción especial, pues, la jurisdicción no solo sirve para resolver conflictos, sino también para evitarlos o prevenirlos. Para Monroy, "...la llamada jurisdicción voluntaria supone, desde la óptica histórica, la asunción de actividades que no son jurisdiccionales, entendido este concepto en su acepción estricta. Sin embargo reconocemos la existencia de una actividad jurisdiccional que sin

- 
- (1) Ariano Deho, Eugenia: "Apuntes sobre el Título Preliminar del Código Civil" en: Cátedra. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año II N° 3, Lima Septiembre 1998, p.10.  
(2) Monroy Gálvez, Juan: Introducción al proceso civil. Tomo I. Temis - De Belaunde & Monroy Editores. Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996, pp.231 y ss.  
(3) Monroy, Juan: Ob. cit., p. 232.

ser notoriamente contenciosa cumple una función preventiva y, en ese contexto, los antecedentes de una distorsión histórica –que no es otra cosa el concepto de jurisdicción voluntaria– bien podrían utilizarse como cauce para esta otra finalidad(preventiva) de la jurisdicción, cuya importancia contemporánea es considerable”<sup>4</sup>

2. Carnelutti<sup>5</sup> indica que existen dos principios en antítesis, determinantes de la estructura del proceso contencioso y del proceso voluntario: el principio del contradictorio o principio de bilateralidad, propio del proceso contencioso; y el principio de la unilateralidad, característico del proceso no contencioso, sirviendo este último solo para la prevención y no para la composición de la litis. Señala que “el carácter estructural más saliente, que deriva de este principio (principio de unilateralidad), es la falta de la discusión el juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sea a titulares de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien...”.

3. El proceso no contencioso no tiene partes en sentido estricto, pues, ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, por tanto solo es aplicable a los procesos contenciosos. En este tipo de procesos corresponde reemplazar el concepto parte por el de peticionario, a quien se califica como la persona que en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada. El peticionante o pretensor no pide nada contra nadie, pues, no hay adversarios, por tanto, no es parte porque no es contraparte de nadie, por tanto, uno de los efectos de estas declaraciones es que no generan cosa juzgada, ni aún por haber sido objeto de recurso de apelación y hayan sido confirmadas por los jueces superiores. Para Couture, en estos procesos los jueces no juzgan ni prejuzgan. “se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es en primer orden cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal. A diferencia de la sentencia jurisdiccional cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración, ni condenan ni constituyen nuevos derechos. En la jurisdicción voluntaria, por el contrario no es el peligro en la demora lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho, o en otros casos, una garantía requerida por la Ley”.

(4) Monroy, Juan: Ob. Cit., p.244.

(5) Carnelutti, Francesco: Instituciones del Proceso Civil. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires 1960, pp. 263-264.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. Se dice que el proceso no contencioso (llamado por algunos autores como jurisdicción voluntaria) cumple una función administrativa y no jurisdiccional. Couture define el acto administrativo como aquel que a petición de parte o de oficio expide un órgano del poder público para reglamentar una ley, para promover a su mejor cumplimiento, para aplicarla a un caso particular o para dirimir una controversia entre las partes. Por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios públicos, a la aplicación de la ley a un caso concreto; por su eficacia, es siempre susceptible de revisión en vía jurisdiccional; por su función es productivo de derecho, contribuye al desenvolvimiento gradual y jerárquico del orden jurídico.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa. No se dictan normalmente de oficio sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional.

5. La jurisdicción ordinaria y la voluntaria es diferenciada por Devis Echeandía<sup>6</sup> así: en la voluntaria los interesados que inician el proceso persiguen determinados efectos jurídicos materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan también producir efectos sustanciales obligatorios y vinculantes para determinados demandados; en la contenciosa el juez decide entre los litigantes, en la voluntaria se pronuncia solo respecto del peticionario; en el proceso de jurisdicción voluntaria no existe demandado, sino simple interesado peticionario, al paso que en el contencioso existe siempre un demandado; en la voluntaria se persigue dar certeza o precisión a un derecho o legalidad a un acto, o ciertos efectos jurídicos materiales, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, ni siquiera pedirle una declaración contra otra persona, en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, o al menos una declaración que vincule y obligue a este; en la contenciosa es normal que la sentencia tenga el valor de cosa juzgada, si decide en el fondo, en cambio en la voluntaria jamás constituye cosa juzgada.

6. El artículo 749, constituye un numeral sin antecedentes legislativos nacionales válidos, ya que en el ordenamiento procesal de 1912 no existía un título asignado a las Disposiciones Generales, ni tampoco, un artículo donde se detallaran los asuntos que iban a motivar procesos no contenciosos. Así, se incluyen como asuntos a tratar, los inventarios; administración judicial de bienes; adopción,

---

(6) Devis Echeandía, Hernando: Teoría general del proceso. Editorial Universidad. Buenos Aires, t.1, 1984, p.86.

autorización para disponer derechos de incapaces; declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta; patrimonio familiar; ofrecimiento de pago y consignación; comprobación de testamento; inscripción y rectificación de partida; sucesión intestada; reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero; y las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención. El inciso 13 del artículo en comentario, remite a otras fuentes legales regulan su no contención, como las que describen la Sexta Disposición Final del Código Procesal Civil, en solicitudes o autorizaciones del Código Civil a que se refieren los artículos 63 (Declaración de muerte presunta), 74 (Rectificación de partidas del Registro Civil), 241 inciso 1 (Dispensa de la edad para casarse), 242 inciso 2 (Dispensa del parentesco para casarse), 244 (Consentimiento para casarse), 249 (Dispensa de documentos para casarse), 426 (Garantías para la administración legal de los bienes de los hijos), 427 (Rendición de cuentas sobre la administración legal de los bienes de los hijos), 428 (Pedido del Consejo de Familia para modificar o suspender sobre garantías y cuentas sobre administración legal sobre bienes de los hijos), 429 (Dispensa judicial de la cuenta final), 433 (Administración de los bienes de los hijos en caso de nuevo matrimonio de los padres), 491 (Arrendamiento de bienes del patrimonio familiar), 507 (Tutela legal del hijo extramatrimonial), 663 (sucesión intestada), 732 (Sustitución del derecho de habitación por usufructo), 793 (Remuneración del albacea), Rendición de cuentas del albacea (794), 796 inciso 3 (Renuncia del albacea), 874 (Pago de deuda alimenticia), 1006 (Inventario y tasación de bienes muebles), 1144 (Plazos para la elección de obligaciones), 1576 (Plazo para el pago del exceso o la devolución), 1736 (Devolución anticipada por urgencias imprevista o riesgo), 1861 (Enajenación del bien secuestrado), 1862 (Incapacidad o muerte del depositario) y 1876 (Sustitución de la fianza por otra garantía).

En el caso de la Ley General de Sociedades N° 26887, la Convocatoria a la Junta General de Accionistas (ver artículo 117 y 119) se sujeta a las reglas del no contencioso.

Posteriormente a la vigencia del Código Procesal, se regula la posibilidad que asuntos no contenciosos sean trabajados indistintamente ante el Notario Público o el Poder Judicial. Mediante Ley N° 26662 Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, se otorgó competencia a los Notarios Públicos para conocer los siguientes procesos: rectificación de partida, adopción de personas capaces, constitución de patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamento cerrado, sucesión intestada. Posteriormente, por Ley N° 27333 (30 de julio de 2000) se complementa la citada Ley N° 26662, para la regularización de edificaciones, se amplió la competencia de los Notarios Públicos para conocer los siguientes procesos: prescripción adquisitiva de dominio, título supletorio y rectificación de áreas y linderos



**JURISPRUDENCIA**

---

*La Ley N° 26662 confiere competencia para tramitar indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario, la comprobación de testamentos cerrados (Exp. N° N-667-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 541)*

*La vocación hereditaria es espectativa en la medida que se pruebe el entroncamiento familiar y se cumpla con las exigencias procesales debidas.*

*El proceso sucesorio puede ser solicitado por cualquier interesado y mejor aún por quienes se atribuyen la condición de pretendientes (Exp. N° 1280-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 60-62)*

*Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa.*

*Es insuficiente su alegación sin probar de modo alguno tal afirmación (Exp. N° 986-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 547-549)*

## COMPETENCIA

### ARTÍCULO 750

*Son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en los casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales o a Notarios.*

*En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.*

*La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva para los procesos de inscripción de partidas y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal. Los procesos de rectificación de partidas podrán ventilarse ante los Juzgados de Paz Letrados o ante Notario. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. La jurisdicción es única e idéntica, pero no todo órgano revestido de esta función puede ejercerla indistintamente con respecto a cualquier materia y lugar. Razones de interés público y privado, motivos de economía funcional, presunciones de mayor o menor capacidad técnica, aptitud psíquica, necesidades de orden, comodidades de prueba, criterios de garantía y una equitativa facilidad que se otorgue para la defensa, han inducido al Estado a poner linderos al ejercicio de la potestad, delimitándola por medio de la regulación normativa, como es el caso del presente artículo.

La competencia responde a la aplicación del principio de la división del trabajo porque permite asegurar el mayor acierto en la administración de justicia.

Un sector de la doctrina delimita la competencia bajo la siguiente clasificación: la objetiva, la funcional y la territorial. La objetiva se sustenta en el valor y la naturaleza de la causa. La funcional en las funciones que la Ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía en el proceso y la territorial opera ante la existencia de jueces de la misma clase y la asignación de procesos a cada uno de ellos en atención al orden geográfico. Tanto la competencia objetiva y funcional no son objeto de disposición de las partes. Es absoluta, porque la organización de los estamentos judiciales no se halla sujeta al arbitrio de las partes.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La presente norma acoge la competencia por materia y por cuantía, pues, remite todas las solicitudes sin contienda a los jueces de paz letrado y jueces civiles, delimitando la competencia de los juzgados de paz letrados –en atención a la cuantía– a solicitudes que contengan una estimación patrimonial no mayor de cincuenta unidades de referencia procesal, esto es, las estimaciones que superen dicho referente le corresponderá conocer a los juzgados civiles. En relación a la competencia territorial, señala el artículo 23 CPC “es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario”.

2. Hasta antes de la dación de la Ley N° 26662, para el conocimiento de los procesos no contenciosos era competente únicamente el Poder Judicial, vale decir, los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, en razón de lo prescrito por el artículo 750 en comento, pero, con la entrada en vigencia de la ley mencionada (septiembre de 1996), se trastoca lo anteriormente establecido y se atribuye competencia sobre los procesos no contenciosos también a los Notarios.

Así, en el artículo 1 de la Ley N° 26662, se señala lo siguiente: Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: 1. Rectificación de partidas; 2. Adopción de personas capaces; 3. Patrimonio familiar; 4. Inventarios; 5. Comprobación de testamentos; 6. Sucesión intestada.

Se aprecia que para determinados asuntos concurre la posibilidad de recurrir al judicial o al notarial. De esta manera, las solicitudes para rectificar partidas podrán tramitarse ante los juzgados de paz letrados o ante el notario, sin embargo, debemos precisar que la inscripción de partidas es competencia exclusiva de los juzgados de paz letrados. Apreciéese que en ninguno de los casos –judicial y notarial– se podrá recurrir para el cambio de nombre, solo es aplicable esta competencia a las solicitudes de rectificación de nombre, pues no implican contención, como si sucede en el caso del cambio de nombre. En ese sentido, el artículo 15 de la Ley N° 26662 señala “en ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o de sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”.



### JURISPRUDENCIA

---

Es procedente declarar la validez del ofrecimiento de patio realizada ante un juez especializado en lo civil, de las aportaciones previsionales de los trabajadores afiliados a la AFP. *Contrario sensu*, para la ejecución de los adeudos contenidos en la liquidación para cobranza es competente el juez de paz letrado del domicilio del demandado, siempre y cuando la parte solicitante sea la AFP (**Exp. N° 20373-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 383**)

## REQUISITOS Y ANEXOS DE LA SOLICITUD

### ARTÍCULO 751

*La solicitud debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424° y 425°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia arts. 650, 651, 652

---

### Comentario

---

1. A pesar que este artículo señale que "la solicitud debe cumplir los requisitos y anexos exigidos para la demanda en los artículos 424 y 425 CPC", consideramos que dicha exigencia es aplicable, en lo que fuera pertinente, pues, en este tipo de solicitudes no hay contención y si no lo hay, el *principio del contradictorio* o *principio de bilateralidad*, es el gran ausente; a diferencia del principio de unilateralidad que rige el proceso no contencioso, que permite la prevención y no la composición de la litis. Señala Carnelutti<sup>1</sup>, que el carácter estructural más saliente, que deriva de este principio (*principio de unilateralidad*), es la falta de la discusión, esto no excluye que, en casos particulares, el juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sea a titulares de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien.

Esto implica, que esta actividad no tenga partes en sentido estricto, pues, ella es una noción que supone enfrentamiento entre dos sujetos, aplicable a los procesos contenciosos. En este tipo de procesos corresponde reemplazar el concepto parte por el de peticionario, a quien se califica como la persona que en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada. Señala Carnelutti "el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie, pues, no hay adversarios, por tanto, no es parte porque no es contraparte de nadie. Uno de los efectos de estas declaraciones es que no generan cosa juzga-

---

(1) Carnelutti, Francesco: Instituciones del Proceso Civil. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires 1960, pp. 263-264.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

da, ni aún por haber sido objeto de recurso de apelación y hayan sido confirmadas por los jueces superiores”.

Además entre el actividad ordinaria contenciosa con la no contenciosa existen notables diferencias que Devis Echeandia<sup>2</sup> las enumera así: en la jurisdicción voluntaria los interesados que inician el proceso persiguen determinados efectos jurídicos materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan también producir efectos sustanciales obligatorios y vinculantes para determinados demandados; en la contenciosa el juez decide entre los litigantes, en la voluntaria se pronuncia solo respecto del peticionario; no existe demandado, sino simple interesado peticionario, a diferencia del contencioso que siempre existe un demandado; en la voluntaria se persigue darle certeza o precisión a un derecho o legalidad a un acto, o ciertos efectos jurídicos materiales, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, ni siquiera pedirle una declaración contra otra persona, por el contrario, en la contenciosa, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, o al menos una declaración que vincule y obligue a éste; los efectos de la sentencia, en lo contencioso, es que tenga el valor de cosa juzgada, si decide en el fondo, al paso que la voluntaria jamás constituye cosa juzgada.

2. Como se aprecia de la redacción del artículo en comentario, se hace referencia, a la solicitud y no a la demanda; ello en atención a la nomenclatura que se utiliza si hay o no contención. Para Monroy<sup>3</sup> “el derecho de acción ha sido caracterizado como abstracto, siendo así, requiere de una materialización para ser expresado dentro de un proceso. Esta expresión concreta es la demanda, que no es otra cosa, entonces, que el acto jurídico procesal mediante el cual una persona, en ejercicio de su derecho de acción, manifiesta su voluntad de solicitar tutela jurídica al Estado”.

Con lo anteriormente dicho y teniendo en cuenta lo advertido por Carnelutti que “en el proceso voluntario opera el contradictorio en el sentido de que el juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sea a titulares de intereses convergentes ya lo sean de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien...”<sup>4</sup> podemos señalar que la solicitud es el acto jurídico procesal mediante el cual una persona, hace patente su interés por darle legalidad a una actuación o certeza a

---

(2) Devis Echeandía, Hernando: Teoría general del proceso. Editorial Universidad. Buenos Aires, t.1, 1984, p.86.

(3) Monroy Gálvez, Juan: "Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano" en: Themis. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época/ 1994/Nº 27-28, p. 120.

(4) Carnelutti, Francesco: Instituciones del Proceso Civil. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires 1960, pp. 264.

un derecho. No da origen directamente a un contraste de intereses, como ocurre en un proceso contencioso, sino a la previsión de dicho conflicto. Dicha solicitud, como establece en el artículo 751 en comento, debe cumplir con aquellos requisitos y anexos previstos en relación de su homóloga, la demanda, pero en lo que fuere aplicable, por citar: para ingresar a la jurisdicción se requiere haber intentado previamente la conciliación extrajudicial, para lo cual señala el inciso 7 del artículo 425 CPC, se debe acompañar "copia del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo". El artículo 6 de la Ley 26872 que regula la conciliación extrajudicial hace expresa referencia a los casos en que no procede la conciliación, no encontrándose contemplado los supuestos de las materias que se tramiten como no contencioso, sin embargo, debemos volver a insistir que tampoco podría solicitarse la conciliación previa, porque no se trata de un conflicto sino de una mera incertidumbre, unilateral, sobre la cual la jurisdicción se pronunciará.

## INADMISIBILIDAD O IMPROCEDENCIA

### ARTÍCULO 752

*Es de aplicación a este proceso lo dispuesto en el artículo 551º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Los hechos humanos dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales. Así la presentación de la demanda, la notificación al demandado, la declaración de un testigo, la suscripción de la sentencia por el juez, son actos jurídicos procesales. Ellos requieren de cierta forma y contenido para desenvolverse en el proceso.

Hay diversas clasificaciones de las formas procesales. Según Carnelutti<sup>1</sup>, combinando la situación que se hallen prefijadas o no y los efectos de su violación u omisión, las clasifica en:

1) formas vinculadas: las prescritas por la ley bajo pena de nulidad; 2) formas autorizadas, las prescritas por la ley, pero de cuya ausencia no se deriva la nulidad; 3) formas libres, las que no se hallan preestablecidas.

Lascano<sup>2</sup> las divide atendiendo al grado de importancia de las formas en: a) formas sustanciales, las indispensables para que exista litis válida; y b) formas accesorias, son garantías accesorias que no hacen a la esencia del acto procesal

Los actos procesales requieren de cierta forma y contenido para desenvolverse en el proceso. Cuando concurren con defectos u omisiones, el juez está autorizado a declarar la inadmisibilidad o la improcedencia del acto procesal, según el vicio afecte la forma o el fondo del acto.

Cuando se refiera a estos defectos de fondo, debe declararse la improcedencia del acto, pues, sin su concurrencia, está no puede darse y tal resolución, se queda en poner de manifiesto que no se puede resolver el litigio por un defecto procesal; por ejemplo, si se dicta una sentencia en un proceso con partes incapaces,

---

(1) Carnelutti Francesco, op. cit. p. 190

(2) Lascano David, Nulidades de procedimiento, Buenos Aires, Lajouane, 1920, p.58

esta sentencia no podría ser eficaz, ni, por lo tanto, útil. Esta ligada a exigencias de orden público (capacidad de la parte, competencia objetiva del juez, comparecencia del litisconsorte necesario, etc.) cuya trascendencia supera la mera condición de elemento del acto. Por otro lado, en los actos procesales concurren simples irregularidades y defectos calificados, que merecen una respuesta diferente de la jurisdicción. Barrios de Angelis<sup>3</sup>, al referirse a ellas señala “la irregularidad simple no es ni provoca inadmisibilidad; supongamos que no se notifica de una providencia a una parte en la forma debida, pero es posible demostrar que tomó efectivo conocimiento de aquella en tiempo; o que una demanda se ha redactado sin cumplir con los términos prescritos por la ley, por ejemplo, numeración de los anexos, pero resultan perfectamente definidos el fundamento y la petición, junto con los demás requisitos esenciales”. Hablamos de un defecto calificado, dice Barrios De Angelis, cuando es posible que la ley sea suficientemente clara, en el sentido que la inadmisibilidad determina la no consideración del acto a ningún efecto, o su desglose del documento que lo materializa, o la suspensión del procedimiento, o la imposibilidad de examinar el contenido del acto.

2. Para el artículo 128 CPC, la inadmisibilidad de la demanda, es declarada en mérito a que carecen de un requisito de forma o también porque este último se cumple defectuosamente. De allí que se haga referencia para declarar inadmisiblemente a una demanda la carencia de los requisitos legales, como el no acompañamiento de los anexos exigidos por ley, el petitorio sea incompleto o impreciso, o que –finalmente– la vía procedimental no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de este.

En cuanto a la improcedencia, esta es declarada por el juez en mérito a la omisión o defecto en la demanda, de un requisito de fondo. Así, en lo concerniente a la demanda –y en lo posible aplicable a la solicitud–, cuando el demandante carezca evidentemente de legitimidad e interés para obrar, haya caducado el derecho, el juez carezca de competencia, no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio, dicho petitorio fuese jurídica o físicamente imposible o –finalmente– contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Cabe agregar que al ser declarada por el juez, como inadmisiblemente una demanda o solicitud, trae como consecuencia que el demandante o solicitante pueda subsanar aquellos requisitos de forma omitidos o defectuosamente cumplidos, para lo cual se concede al solicitante un plazo de tres días a fin que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente, tal como aparece regulado en el artículo 551 CPC. Dicha decisión es inimpugnable. En cambio, cuando el juez declara como improcedente la demanda o solicitud, devuelve los anexos al demandante o solicitante. Dicha resolución si puede ser apelada.

---

(3) Barrios De Angelis Dante, Teoría del proceso, IBdeF, Buenos Aires, 2002, p.148

## CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 753

*El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisoría, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el artículo 754°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. A pesar que el principio de unilateralidad rige el proceso no contencioso, para permitir la prevención y no la composición de la litis, señala Carnelutti<sup>1</sup>, que la falta de discusión no excluye que, en casos particulares, el juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sea a titulares de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien. El artículo en comentario es una expresión de esa necesidad de escuchar a las personas involucradas en la tutela que se busca alcanzar.

Los emplazados con la solicitud, no tienen la condición de partes en sentido estricto, pues, ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, aplicable a los procesos contenciosos. En este tipo de procesos corresponde reemplazar el concepto parte por el de peticionario, a quien se califica como la persona que en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada. Señala Carnelutti que “el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie, pues, no hay adversarios, por tanto, no es parte porque no es contraparte de nadie. Uno de los efectos de estas declaraciones es que no generan cosa juzgada, ni aún por haber sido objeto de recurso de apelación y hayan sido confirmadas por los jueces superiores”.

2. El artículo manifiesta, que la contradicción puede ser formulada por el emplazado con la solicitud, dentro de cinco días de efectuada la notificación con la resolución admisoría.

---

(1) Carnelutti, Francesco: Instituciones del Proceso Civil. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires 1960, pp. 263-264.

Cuando se habla de contradicción, se alude al derecho de contradicción, que es una de las dos maneras de manifestar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo la otra manifestación el derecho de acción trasuntado en la demanda o solicitud. El derecho de contradicción es el derecho de la persona demandada o requerida en un proceso, a solicitar también tutela jurídica. Como manifiesta Monroy: "Ese derecho de participar en un proceso, de ser demandado ante el juez que corresponde al caso, de tener oportunidad de probar en contra de lo que expresa el demandante, de alegar e incluso de impugnar las decisiones que considere agraviantes y erróneas a su posición jurídica y material, se llama derecho de contradicción"<sup>2</sup>.

Asimismo, el otro aspecto a esclarecer es lo referente a los medios probatorios. Estos son todos aquellos elementos que siendo autorizados o admitidos por la ley, ayudan en la demostración ya sea de la veracidad o de la falsedad de los hechos que son materia de controversia en un proceso.

Ahora bien, la actitud del Juez y el trámite mismo de la audiencia de actuación y declaración judicial va a ser distinta, si se presentara contradicción o no se presentara contradicción.

De existir contradicción –continúa señalando el artículo 754–, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Asimismo, si se solicita concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente. Luego de dichas circunstancias, procederá a resolverla. Se señala además que de manera plenamente excepcional, puede el Juez reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados a partir de la conclusión de la audiencia. En cambio, si no existe contradicción, el trámite se simplifica, debiendo el Juez ordenar actuar los medios probatorios anexados a la solicitud, medios probatorios que sustenten el petitorio y que sean de actuación inmediata.

---

(2) Monroy Gálvez, Juan: "Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano" en: Themis. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época/ 1994/ N° 27-28, p. 120.

## TRÁMITE

### ARTÍCULO 754

*Admitida la solicitud, el Juez fija fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes, bajo responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 758°.*

*De haber contradicción, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.*

*Si no hubiera contradicción, el Juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud.*

*Concluido el trámite, ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo ésta inimpugnable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. El primer pronunciamiento de la jurisdicción cuando admite la solicitud, es fijar fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial. El objetivo de esta audiencia es resolver el pedido planteado previa actuación de los medios probatorios que hubieren ofrecido tanto el solicitante y el emplazado, en caso haya formulado contradicción.

En el proceso no contencioso pueden aflorar disentimientos entre los interesados, que los van a expresar en el contradictorio, los que debe tener en cuenta el juez al momento de resolver. Se debe precisar que estos disentimientos expresados en el contradictorio, no se califican propiamente como el contradictorio del contencioso, pues no hay contraste inmediato de intereses que satisfacer, pero ello no exime de un mayor desarrollo y un cuidadoso ejercicio de la potestad discrecional del juez.

2. Apreciase que en esta audiencia no se va a realizar el saneamiento procesal, ni la conciliación, ni fijar puntos controvertidos, pues, no estamos ante una contienda que requiera una válida vinculación procesal, a tal punto, que no cabe interponer excepciones, defensas previas, reconvención y demás actuaciones que precisa el artículo 761 CPC.

Es una actividad procesal orientada a la actuación de medios de prueba, pero con la limitación que no cabe tachas u oposiciones, cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata, tal como señala el inciso 3 del artículo 761 CPC. La norma en comentario, al referirse a la ausencia de contradicción, señala que el Juez ordenará actuar los medios probatorios que sustenten el petitorio y que sean de actuación inmediata.

Esta audiencia de actuación y declaración judicial, se efectúa dentro de los quince días siguientes a la admisión de la solicitud y con dicha admisión, salvo lo previsto en el artículo 758, el cual señala que para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, es decir, cuando se trate de un emplazado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados –emplazamiento que deberá hacerse por edicto–, los plazos del emplazamiento son de quince y treinta días, cuando el emplazado reside en el país o cuando se trate de persona que estuviera fuera o sea indeterminada o incierta, respectivamente.

3. Luego de la actuación probatoria en caso de contradicción, se contempla la posibilidad –solo al oponente o apoderado– conceder cinco minutos para que sustenten oralmente la contradicción. El informe in voce es un acto procesal de índole constitucional, esencial en el trámite, porque consagra la efectividad del debido proceso. Tiene una especial preponderancia en los sistemas donde prima la escritura, porque se busca que con el uso de la palabra se entienda mejor el caso litigioso y por tanto se resuelva con un mayor sentido de justicia.

A pesar que no lo precise, la norma no hace referencia a la posibilidad que el abogado emita el informe, sino que lo realice el propio oponente o apoderado. Si bien el informe oral es una exposición oral que hacen los abogados, en una etapa del proceso para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan, por su parte, los litigantes también pueden formular oralmente alegatos sobre hechos, en los casos que la Ley le faculte. Esa intervención permite distinguir entre el informe de hechos y el informe de derecho, restringiendo a las partes solo a la exposición de los hechos de su pretensión.

4. Se señala finalmente, que concluido el trámite, el Juez ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado o solicitante, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado o también puede el Juez expedir la resolución que corresponda, según el caso, siendo dicha resolución de carácter inimpugnabile. En caso de las pruebas anticipadas que se tramitan como procedimiento no contencioso (ver artículo 297 CPC), en sentido contrario, se entrega el original al

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

solicitante de la prueba y las copias certificadas de éste permanecen en el juzgado, tal como refiere el artículo 299 CPC.

Debe precisarse que en caso se declare fundada la contradicción, el proceso quedará suspendido, no concluido, por lo tanto, no cabe la entrega de copias certificadas a que refiere el artículo 754 CPC, como tampoco cabe, en caso se hubiera concedido apelación con efecto suspensivo sobre la resolución final (ver artículo 755 CPC)

Cabe aclarar, que las copias certificadas de todo lo actuado, cuya veracidad va a ser sustentada en la certificación que haga el juez, mediante la puesta del sello y firma correspondiente, constituyen documentos públicos conforme lo regula el artículo 235 CPC, última parte.



### JURISPRUDENCIA

---

*El artículo 754º del C.P.C. es claro y tajante al señalar que si no existe contradicción la resolución que pone fin al proceso es impugnabile. el hecho que el juzgado confiera apelación en mérito al recurso presentado por el recurrente, deviene en nulidad insubsanable, que debe ser declarada de oficio por la corte (Cas. Nº 193-96-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo 260, Enero 1998, Trujillo-Perú, pp. A.8-A.10)*

## PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN

### ARTÍCULO 755

*La resolución que resuelve la contradicción es apelable sólo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada.*

*La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Una de las características de los procesos no contenciosos es la ausencia de contienda, pero, ello no exime que en el camino pueda aparecer cuestionamientos a la solicitud del peticionante, lo que podría transformarlo en contencioso; sin embargo, se da la posibilidad que esos cuestionamientos puedan ingresar al proceso través del contradictorio.

El resultado del contradictorio es susceptible de apelación, al margen que este hubiere sido resuelto al interior de la audiencia o fuera de ella; lo cierto es que la impugnación es un mecanismo que se puede ejercer contra el resultado del contradictorio.

Algunas opiniones consideran que como la sentencia proferida en este tipo de procesos se dicta bajo la responsabilidad del peticionante, el problema consiste en saber si puede causar agravio y en consecuencia, si es apelable una decisión que no juzga ni prejuzga y que siempre puede ser reconsiderada en otro procedimiento, ante el mismo u otro juez. Frente a esa inquietud se sostiene que la respuesta no debe buscarse en el campo de la apelación sino en el principio de economía procesal. Lo que puede obtenerse en otro procedimiento y ante otro juez, también puede obtenerse por vía de apelación, con menor desgaste de energía y costo. Debe, pues, admitirse la apelación del peticionante cuando su pretensión ha sido desechada.

2. Como se aprecia, la norma regula la oportunidad y los efectos de la apelación, según se trate de una contradicción fundada o infundada.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La regla general es: “si la contradicción es amparada, el proceso quedará suspendido” (ver artículo 756 CPC) por los efectos con que es concedida la apelación.

Como dice el artículo en comentario, la contradicción que declara fundada es apelable con efecto suspensivo y la que declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

En este último caso, no suspende los efectos de la resolución cuestionada, todo lo contrario, genera efecto inmediato lo que se ha ordenado en la resolución materia de apelación, debido a que su eficacia no queda suspendida, sino que es exigible de inmediato su cumplimiento. La apelación diferida debe apreciarse bajo las reglas que contiene el artículo 369 CPC.

El efecto que se ha asignado a la contradicción fundada es coherente con la regla general que recoge el artículo 371 CPC que dice: la resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo.

La oportunidad que señala la Ley para dicha impugnación está sujeta al momento en que se emite. Si ella se realiza durante la audiencia, solo es apelable en dicho acto; pero, si la contradicción hubiere sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro del tercero día de notificada.

Esto implica que celebrada la audiencia de Ley, con la sola presencia del que ha interpuesto la contradicción, y declarándose en ella fundada la contradicción, la posibilidad de impugnación del solicitante quedará precluírá, pues, solo puede realizarse durante la audiencia, situación diversa si la contradicción que declara fundada la contradicción hubiere sido resuelta fuera de audiencia.

## TRÁMITE DE LA APELACIÓN CON EFECTO SUSPENSIVO

### ARTÍCULO 756

*Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. En lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376°. Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma regula el efecto de la contradicción fundada, cual es suspender el proceso, no dice concluir el proceso. La impugnación que se propone a la contradicción fundada se concede con efecto suspensivo, como lo señala el artículo 755 CPC. Ello implica que por su concesión se suspende la ejecución del acto impugnado, no siendo posible cumplir de inmediato lo que se ha ordenado con la resolución materia de apelación, debido a que su eficacia (léase sus efectos), queda suspendida hasta la decisión del juez revisor.

Nótese que una cosa es la suspensión del proceso y otra la suspensión de los efectos de la resolución impugnada. En este último caso, la impugnación de una resolución, no suspende el proceso, por el contrario continúa este, en la instancia siguiente donde se dilucidará la apelación interpuesta. En cambio, la suspensión del proceso implica inactividad total, paralización de toda la actividad procesal, situación que no ocurre en el caso de la apelación, que el proceso continúa en la instancia que conoce de la impugnación. El artículo 318 CPC, considera la suspensión como la inutilización de un período de tiempo del proceso o una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal. La suspensión puede ser judicial, convencional y legal, siendo el artículo en comento, un ejemplo de suspensión legal.

Cuando la norma regula que la contradicción fundada suspende el proceso, debe entenderse que esta incidencia al encerrar una controversia, el acto judicial no contencioso se transformará en contencioso, en algún momento.

2. El artículo en comentario señala “en lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376”.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El citado artículo hace referencia a la apelación de autos con efecto suspensivo, precisando los plazos para ello. Tres días si el auto es pronunciado fuera de audiencia y en la misma audiencia, si el auto fuera expedido en ella, pero su fundamentación y demás requisitos serán cumplidos en el mismo plazo de tres días. Este artículo se complementa con la redacción del artículo 755 CPC que regula el momento y los efectos de la apelación según se declare fundada o infundada la contradicción. Señala el artículo 755 CPC “la resolución que resuelve la contradicción es apelable solo durante la audiencia”, ello no impide que formulada la apelación, se tenga pronunciar los fundamentos de ella en el acto, sino que procede aplicar los efectos del artículo 376 CPC, esto es, que la fundamentación y demás requisitos para la apelación se cumplan dentro del plazo de tres días siguientes a la audiencia.

## TRÁMITE DE LA APELACIÓN SIN EFECTO SUSPENSIVO

### ARTÍCULO 757

*El trámite de esta apelación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 369º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma remite el trámite de apelación, a las reglas de la apelación diferida, que regula el artículo 369 CPC. El recurso de apelación se concede en efecto diferido cuando la resolución de aquél se posterga hasta el momento en que el expediente se remita ante el órgano superior para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva. Constituye una especie de reserva del recurso. Es una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva.

El fundamento de la apelación en efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que en desmedro de la celeridad procesal sufre el procedimiento de primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas.

2. Como señala el artículo 368 el recurso de apelación se concede con o sin efecto suspensivo. El carácter diferido solo se apreciará en los casos de apelación sin efecto suspensivo. En ese supuesto, señala la norma “el juez ordena se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo”.

Ello es entendible pues, tanto en el efecto diferido como en el devolutivo, la interposición y concesión del recurso no permite al juez desprenderse del conocimiento de la causa.

3. La apelación en efecto diferido solo procede cuando aquella deba concederse sin efecto suspensivo y cuando además el Código prevea específicamente ese efecto con referencia a la resolución que se trate. Por citar, en los casos que regula los artículos 755, 691, 556, 494. Cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, en aplicación del artículo 372 CPC debe entenderse que es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En el supuesto que el juez hubiere otorgado un efecto distinto a la apelación, esto es, difiriéndolo cuando debió hacerlo en efecto inmediato, o viceversa, es posible admitir el recurso de queja para corregir tal efecto.

4. Por otro lado, la apelación diferida está condicionada su eficacia a la posterior apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el Juez; caso contrario, es ineficaz la diferida. Sobre el particular, resulta importante apreciar la Casación N° 2028-2001-HUAURA, publicada en El Peruano, 1 de marzo de 2004. En ella el Colegiado Supremo establece que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue y, en tal sentido, el artículo 369 del CPC no distingue quién debe interponer la apelación de resolución o sentencia señalada por el juez que permitirá resolver, a su vez, las apelaciones diferidas.

En este orden de ideas, al haber sido apelada la sentencia de primera instancia por uno de los codemandados, debieron resolverse las apelaciones concedidas en calidad de diferidas, por más que fueran interpuestas por persona diferente. Es más, no puede exigirse que sea el recurrente quien apele la sentencia para que se resuelvan sus apelaciones pendientes, pues en el presente caso la sentencia de primera instancia le fue favorable.

## PLAZOS ESPECIALES DEL EMPLAZAMIENTO

### ARTÍCULO 758

*Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435°, los plazos son de quince y treinta días, respectivamente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Este artículo como se podrá apreciar trata de los plazos especiales del emplazamiento. Los plazos, considerados genéricamente, constituyen el transcurrir del tiempo, al cual la norma atribuye una consecuencia jurídica. Así pueden existir plazos generales o comunes y plazos especiales, como es el caso del presente artículo.

Los plazos generales son referidos a circunstancias que normalmente se presentan dentro de un proceso, como es el emplazamiento. Pero puede ocurrir que dicho emplazamiento esté referido a personas cuyo paradero es indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados. En estos últimos casos no estamos frente a un emplazamiento normal, común o general, sino frente a un emplazamiento especial que va a ameritar un plazo especial a fin de realizar un emplazamiento válido.

Así, se señala que para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435 CPC, los plazos son de quince y treinta días, respectivamente. Estos plazos varían según la contención del proceso y la vía procedimental, así vemos que tanto los artículos 479, 492 y 550 CPC, regulan los plazos especiales en las vías procedimentales de conocimiento, abreviados y sumarísimos.

Es decir, la remisión al tercer párrafo del artículo 435 tiene que ver con aquella circunstancia de si se trata de un emplazado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, el emplazamiento que deberá hacerse por edicto. Los plazos del emplazamiento son de quince y treinta días, sea que el emplazado resida en el país o cuando se trate de persona que estuviera fuera o sea indeterminada o incierta, respectivamente.

La notificación por edictos solo tiene por finalidad emplazar o citar al demandado para que comparezca a estar a derecho, en consecuencia una vez publicado los edictos y vencido el plazo fijado por el juez (que en ningún caso será mayor de

## **PROCESOS CONTENCIOSOS**

---

sesenta días si el demandado se halla en el país) para obtener el apersonamiento del demandado, corresponde al juez tomar una decisión en atención a la comparecencia o no de este.

## INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 759

*Cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos regulados en el siguiente Título, éste será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del artículo 250º, inciso 2. de la Constitución. No emite dictamen.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El Ministerio Público es un organismo autónomo perteneciente al Estado, que no ejerce función jurisdiccional pero que asume las funciones de defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y de los llamados intereses públicos, así como de representar a la sociedad en algún proceso, ya sea en cuanto a la familia, como a los menores y a los incapaces. Igualmente asume la función de ser diligente perseguidor de la delincuencia y asumirá un rol preventivo del delito; asimismo es vigilante de la moral pública.

Este artículo contempla notificar al Ministerio Público, cuando se haga referencia en cualquiera de los procesos regulados a lo largo del Título II de la presente sección, para los efectos de velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de Justicia, tal como aparece en el artículo 250 inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1979, reproducido en el inciso 2 del artículo 159 de la actual Constitución

2. El Ministerio Público ejerce atribuciones en el proceso civil, como parte, como tercero con interés (cuando la ley dispone que se le cite) y como dictaminador (ver artículo 113 CPC); sin embargo, el artículo en comentario, hace expresa referencia a que el Ministerio Público debe ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, pero no emite dictamen.

Emitir dictamen significa pronunciarse, dar opinión, informar técnicamente sobre un asunto en específico, lo cual no es admisible en un proceso no contencioso. Esto implica que el Ministerio Público queda configurado como una entidad que vigila, al que se le informa la marcha de los procesos, pero que al no emitir dictamen no se pronuncia sobre lo que se sustancia en cada proceso, pues, lo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

que le interesa es que el proceso marche con normalidad, esto es, dentro sus cauces legales. Véase el caso de la partición convencional en la copropiedad, cuando alguno de los co propietarios es incapaz o ha sido declarado ausente. En estos casos, la partición convencional se somete a aprobación judicial, con citación al Ministerio Público, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Pueden prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios. (artículo 987 CC)

## REGULACIÓN SUPLETORIA

### ARTÍCULO 760

*La audiencia de actuación y declaración judicial se regula, supletoriamente, por lo dispuesto en este Código para las audiencias conciliatoria y de prueba.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

El artículo en comentario señala que lo dispuesto en el Código Procesal Civil para las audiencias de conciliación y de prueba, rige supletoriamente para la audiencia de actuación y declaración judicial del procedimiento no contencioso.

Como vemos, la norma acoge la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el art. IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1º disposición final CPC)

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las reglas de la declaración de parte (art. 213 al 221 CPC) para suplir el vacío en la regulación de la declaración de testigos.

En la audiencia de pruebas, será aplicable lo que se establece el artículo 202 CPC, esto es, que sea dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad. Igualmente, es aplicable supletoriamente el artículo 203º cuando establece que la fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realiza en el local del juzgado. La aplicación de estas reglas, deben ser tomadas con mucho cuidado,

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

por que el proceso no contencioso, no está referido a ninguna pretensión contenida en la demanda, no hay relación jurídica procesal entablada y tampoco actividad jurisdiccional por el juez, sino una simple actividad judicial; por tanto, la regla del art: 203 CPC que remite a la conclusión del proceso por reiterada inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas, hay que tomarlo con mucha reserva y bajo una justificación distinta, porque dicha audiencia no se da en atención a la carga probatoria, como ocurre en los procesos contenciosos. Bajo esa advertencia, serán aplicable –en lo que fuere- las formalidades del acta de la audiencia de pruebas (artículo 204°), la unidad de la audiencia (artículo 206°), el orden como se actúan los medios probatorios (artículo 208°), la confrontación (artículo 209°), informe oral de los abogados en la audiencia (artículo 210°), entre otros.

## IMPROCEDENCIAS

### ARTÍCULO 761

*Son improcedentes:*

1. *La recusación del Juez y del Secretario de Juzgado;*
2. *Las excepciones y las defensas previas;*
3. *Las cuestiones probatorias cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata;*
4. *La reconvencción;*
5. *El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y*
6. *Las disposiciones contenidas en los artículos 428° y 429°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Para justificar la improcedencia de todos los actos procesales que aparecen descritos en el presente artículo se debe partir por reconocer que no estamos ante un proceso contencioso, sino ante un proceso sin ausencia de conflicto de intereses, calificado como declaración voluntaria. Para Monroy, la jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción, porque no resuelve conflictos intersubjetivos y tampoco es voluntaria, ya que no depende del interesado, utilizarla o no<sup>(1)</sup>. Califica como jurisdicción voluntaria “a la actividad judicial realizada con el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. En estricto, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolización de un nuevo estado jurídico. Un rasgo típico de esta actividad judicial es que está desprovista de la autoridad de la cosa juzgada, aunque más que una característica, nos parece que es consecuencia del hecho de no ser útil para resolver conflictos de intereses”<sup>(2)</sup>.

Se trata de un proceso regido por el principio de la unilateralidad, característico del proceso no contencioso, sirviendo este último solo para la prevención y no

(1) Monroy Gálvez, Juan: Introducción al proceso civil. Tomo I. Temis, 1996, pp.231.

(2) Monroy, Juan: Cit., p. 232.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

para la composición de la litis. En consecuencia, tampoco tiene partes, en sentido estricto, pues, ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, aplicable a los procesos contenciosos.

2. Como señala la norma, no procede la recusación al Juez ni al Secretario de Juzgado. La recusación es un mecanismo de la parte para apartar al juez del conocimiento del proceso, por concurrir las causales que describe el art: 307 CPC. Palacio define a la recusación como "el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes, o con la materia controvertida en aquél, sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial"

La recusación es aceptable en un proceso jurisdiccional bilateral, como garantía para escuchar a ambas partes, otorgándoles la posibilidad de probar la verdad de sus proposiciones de hecho frente a un juez imparcial. Precisamente, una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez no idóneo; situación que no es aplicable a los procesos no contenciosos, porque no hay bilateralidad y sobre todo porque no generan las declaraciones de la jurisdicción cosa juzgada.

3. Tampoco cabe deducir excepciones ni defensas previas porque aquí no hay partes ni menos conflicto jurídico por dilucidar, cuyos efectos generen vinculación con los emplazados.

La relación jurídica procesal es inexistente. Cuando una parte interpone una excepción, lo que está haciendo es denunciar que en el proceso existen presupuestos procesales o condiciones de la acción de manera defectuosa, situación que no opera en este tipo de procesos. En igual forma, el cuestionamiento que se hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante debía haber realizado un acto previo, configura una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante, es calificado como defensa previa, la misma que tampoco procede interponer en este tipo de procesos sin contención.

4. Las cuestiones probatorias a medios de prueba –a través de las tachas u oposiciones– que no sean de actuación inmediata, no son procedentes, pues, el proceso no contencioso no admite dilación en la actuación de los medios probatorios.

No es posible reconvenir, pues, si no hay técnicamente una demanda, tampoco es posible que hubiere una contrademanda o reconvencción. Como señala Monroy "... se trata del ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, ergo, sólo puede ocurrir en un proceso ya iniciado, en el que este ha sido emplazado. Por tal mérito, el demandado incorpora al proceso una pretensión propia, absolutamente autónoma respecto de la pretensión propia, absolutamente autó-

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

noma respecto de la pretensión contenida en la demanda, la que además está dirigida contra el demandante".

Esta prohibido el ofrecimiento de los medios probatorios en segunda instancia, no solo por referirse a un proceso sin contienda, sino al principio de economía procesal, que busca la reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran. Tampoco se permite la modificación y ampliación de la solicitud en los procesos no contenciosos ni ofrecer los medios probatorios después de presentada la solicitud aunque sean referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al plantearse la contradicción.

## EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 762

*Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

El proceso no contencioso es una expresión de una pretensión declarativa, que solo busca que se reconozca una incertidumbre o una situación de hecho pre-existente, sobre la que no hay conflicto aún. En atención a esa condición, de ser una pretensión meramente declarativa, jamás estas pretensiones ingresarán a un proceso de ejecución, pero lo declarado se satisface con la mera comunicación (mediante oficio o partes firmados por el juez) a la entidad que administra el Registro donde se quiere publicitar la declaración judicial

Como señala el art: 148 CPC, para los fines del proceso, los jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él. Según Cabanellas<sup>(1)</sup>, el oficio es una "comunicación escrita sobre asuntos de una oficina pública, las que se dirigen unas autoridades a otras, o diversos funcionarios entre sí, por cuestiones relativas a sus cargos o funciones". Los secretarios no están facultados para oficiar sino los jueces, como lo señala el artículo en comentario. A pesar que la norma no lo señale también consideramos que el Juez puede dirigirse mediante oficio a las entidades privadas, siempre que no sea parte en el proceso.

---

(1) Cabanellas, Guillermo: Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual. Tomo V. Editorial Heliasta. 16° edición. Buenos Aires 1983, p.665.

## TÍTULO II

### DISPOSICIONES ESPECIALES

#### Sub - Capítulo 1º

### INVENTARIO

#### PROCEDENCIA

##### ARTÍCULO 763

*Cuando lo prescriba la ley o se sustente su necesidad, cualquier interesado puede solicitar facción de inventario con el fin de individualizar y establecer la existencia de los bienes que pretende asegurar.*

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia

arts. 769-777

#### Comentario

1. El inventario es el documento que contiene la relación ordenada de cosas que se encuentran en un lugar o de bienes que pertenecen a una persona, con indicación del nombre, número, clase, naturaleza, estado y demás elementos que puedan servir para su identificación y valorización.

Algunos autores distinguen entre el inventario simple y el solemne. El simple es calificado como una descripción o nómina sencilla que efectúan los interesados con asistencia de Notario y testigos (si fuere el caso); en cambio en el inventario solemne, es obligada la intervención de aquél funcionario público y de los testigos y la observancia de las formalidades legales<sup>(1)</sup>.

(1) Cabanellas, Guillermo: Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual. Tomo IV. Editorial Heliasta. 16º edición. Buenos Aires 1983, p.491.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El inventario judicial, es la relación ordenada de los bienes (muebles o inmuebles) que pertenecen o pertenecieron a una persona, o de las cosas o efectos que se encuentran en el lugar, pero con intervención del juez, observándose el procedimiento establecido por la ley procesal. Para Pino, la constatación de la existencia de los bienes, así como el estado en que éstos se encuentran en el momento que se impone su inventario, no puede ser más beneficiosa, toda vez que gracias a aquella no puede tergiversarse la realidad constatada, con lo que la función judicial no solo se facilita, sino que es más acertada. De otro lado, los inventarios aprobados y mandados a protocolizar, constituyen prueba plena en lo que se refiere al cumplimiento de su facción cuando esta está impuesta por la ley, como respecto de aquellos hechos vinculados con la materia de la acción incoada<sup>(2)</sup>.

2. Como señala la norma en comentario, dicho inventario puede ser iniciado cuando lo prescriba la ley o cuando se sustente en razones de necesidad. Véase el caso del albacea que tiene la obligación de hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes se tenga conocimiento (ver inciso 3 art: 787 CC); del usufructuario, quien antes de entrar en posesión del bien debe hacer el inventario y tasación de los bienes muebles, al igual cuando se trate de usufructo legal y del testamentario (ver art: 1006 CC). Otro supuesto es el regulado en el art: 51 CC, en lo que respecta a la posesión de los bienes del ausente por un tercero: “La posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado...”. En lo que respecta a la adopción de persona que tiene bienes, dice el art. 384 CC, “Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez”.

3. En relación a la competencia del juez en el inventario, debe considerarse la cuantía de los bienes para determinar si corresponde conocer al juez de paz letrado o al juez de primera instancia, tal como lo refiere el art: 750 CPC; en cuanto a la competencia territorial, señala el art: 23 CPC “es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario.” Como se puede apreciar, el art. 23 CPC, se aleja de las reglas generales de la competencia fijadas en el art: 14 CPC, en la que el juez competente es, el juez del domicilio de emplazado, porque este proceso no encierra contienda por satisfacer –por tanto tampoco genera cosa juzgada– sino simplemente un interés que tutelar del solicitante, que a futuro pudiere o no ingresar en una contienda (proceso contencioso).

---

(2) Pino Carpio, Remigio: Nociones de Derecho Procesal. Tomo V, p.17

En caso que los bienes inmuebles materia de inventario se encontraren en diferentes lugares, en aplicación del art: 24 CPC, que refiere la competencia facultativa a elección del demandante, será competente el juez de cualquiera de ellos.

Tratándose de inventarios notariales, señala el art: 29 de la Ley 26662, la solicitud se presenta señalando el lugar donde se realizará el inventario. Cuando el inventario comprenda bienes que se encuentren ubicados en distintos lugares, será competente el notario de lugar donde se encuentre cualquiera de ellos, o al que primigeniamente se formuló la petición, quedando en tal circunstancia autorizado para ejercer función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado.



## JURISPRUDENCIA

---

*El régimen de la sociedad de gananciales fenece por cambio de régimen patrimonial; en este supuesto, lo que procede es la facción de inventario valorizado de todos los bienes y luego el pago de las obligaciones sociales y así se podrá establecer la repartición de los bienes sobrantes que no es más que una transferencia de propiedad, pero no se trata de una mutua transferencia de derechos sino es una transferencia de derechos que otorga la sociedad de gananciales a uno de los cónyuges. De lo contrario sería una copropiedad (Cas. Nº 837-97-Lambayeque, El Peruano, 04/12/98, p. 2137)*

*Es obligación del albacea efectuar inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia. Procede su remoción si no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador (Exp. Nº 11637-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 145-146)*

*Con el divorcio fenece la sociedad de gananciales, por lo que en vía de ejecución debe Procederse al inventario de bienes y después al pago que señala el artículo 322 del Código Civil, si lo hubiere. El remanente se dividirá entre los que conformaron la sociedad, determinándose su porcentaje o la división del bien. No corresponde hacerlo a través del nombramiento de administración judicial (Exp. Nº 21439-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 109-110)*

*Al no haberse demostrado con prueba idónea el inicio de la facción de inventario dentro de los noventa días de la muerte del testador, se incurre en causal para la remoción de albacea (Exp. Nº 501-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 141)*

*La unión de hecho voluntaria, realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y deberes semejantes al matrimonio, origina una sociedad de gananciales. Dicha unión de hecho termina por muerte ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.*

*Si se resuelve la convivencia y no existen cargas ni deudas, no cabe realizar inventario (Exp. Nº 3952-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 116)*

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*No se requiere formalizar inventario previo a la partición si todos los condóminos están conformes respecto a los bienes sujetos a partición (Exp. N° 1477-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 105-107)*

*Presumiéndose la calidad de bien común un inmueble, no es suficiente la declaración de los cónyuges afirmando que el predio es un bien propio de uno de ellos para que se excluya de un inventario judicial, pues puede lesionarse derechos de terceros acreedores (Exp. N° 92-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 20-21)*

*El inventario judicial no constituye un requisito de admisibilidad para el juicio de partición. El inventario dada su naturaleza constituye solo una relación de bienes, cuyo único Propósito es acreditarla existencia de los mismos y su ubicación, el mismo que no constituye título de propiedad alguno (Editora Normas Legales S.A., Tomo 272, Enero 1999, Trujillo-Perú, pp. A.5-A.6).*

*La sociedad de gananciales fenece por divorcio, procediéndose inmediatamente a la formación del inventario judicial. El cónyuge divorciado por culpa suya perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (Exp. N° 362-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 34-35)*

*El beneficio de inventario establecido en el artículo 661. del Código Civil faculta al heredero a plantear esta defensa previa contra terceros acreedores de la masa hereditaria (Exp. N° 1476-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 275-276)*

## AUDIENCIA DE INVENTARIO

### ARTÍCULO 764

*La audiencia de inventario se realizará en el lugar, día y hora señalados, con la intervención de los interesados que concurren. En el acta se describirán ordenadamente los bienes que se encuentran en el lugar, su estado, las características que permitan individualizarlos, sin calificar la propiedad ni su situación jurídica, dejándose constancia de las observaciones e impugnaciones que se formulen.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 716, 717

---

## Comentario

---

Admitida la solicitud de inventario, el juez fija fecha para la audiencia, precisando el lugar, el día y la hora. Esta actividad procesal debe realizarse dentro de los quince días siguientes, tal como lo regula el art: 754 CPC.

La norma hace referencia a que dicha audiencia se realice “con la intervención de los interesados que concurren”, dejando este supuesto a consideraciones especiales en cada caso, cuando se califique -de interesado o no- un concurrente al inventario.

Nótese que la audiencia en mención se hará en el lugar que se encuentren los bienes, cosas o efectos, los que en resumida cuenta, serán parte de la relación del inventario.

Para cumplir con su propósito, se levantará un acta, en la que se describirán ordenadamente los bienes que se encuentran en el lugar, la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación. Esta descripción puede ser asistida con un perito cuando fuere necesario.

Hay que precisar que en este inventario no se va a calificar la condición jurídica de cada bien inventariado. Si bien la norma, refiere que se describen los bienes sin calificar la propiedad ni su situación jurídica, debe entenderse que no cabe

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

ninguna calificación jurídica sobre el bien, pues, ello no es propósito del procedimiento de inventario judicial. Así, lo que se hace es dejar constancia de las observaciones e impugnaciones que se formulen.

La redacción del presente artículo aparece reproducido casi en su totalidad en el art. 31 de la Ley 26662, cuando hace referencia precisamente a la intervención del notario y al contenido del acta extraprotocolar.

## INCLUSIÓN DE BIENES

### ARTÍCULO 765

*Cualquier interesado puede pedir la inclusión de bienes no señalados en la solicitud de inventario inicial, acreditando el título respectivo. El plazo para pedir la inclusión vence el día de la audiencia y se resolverá en ésta.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Si asumimos que el inventario es el documento que contiene la relación ordenada de cosas que se encuentran en un lugar o de bienes que pertenecen a una persona, con indicación del nombre, número, clase, naturaleza, estado y demás elementos que puedan servir para su identificación y valorización; puede ocurrir que en la solicitud de inventario inicial, se haya omitido señalar algunos bienes.

En dicha circunstancia, cualquier interesado puede pedir la inclusión de los bienes no señalados en la solicitud, acreditando el título respectivo.

Los plazos procesales son el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular; bajo ese contexto, la norma establece que el plazo para pedir la inclusión del bien omitido, vence el día de la audiencia. Es un plazo perentorio o preclusivo, cuyo vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial.

Tratándose de inventario judicial, el art. 32 de la Ley 26662, regula la posibilidad de la inclusión de bienes no señalados en la solicitud inicial, la que debe presentarse hasta el momento en que se realiza la diligencia de inventario.

## EXCLUSIÓN DE BIENES

### ARTÍCULO 766

*Cualquier interesado puede solicitar la exclusión de bienes que se pretenda asegurar, acreditando el título con que lo pide. Se puede solicitar la exclusión dentro del plazo previsto en el artículo 768º, la que se resolverá en una nueva audiencia fijada exclusivamente para tal efecto.*

*Vencido el plazo para solicitar la exclusión o denegada ésta, puede ser demandada en proceso de conocimiento o abreviado, según la cuantía.*

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia arts. 778, 779, 780  
C.P.C.N. Argentina arts. 718-725

## Comentario

El inventario es el documento que contiene la relación ordenada de cosas que se encuentran en un lugar o de bienes que pertenecen a una persona, con indicación del nombre, número, clase, naturaleza, estado y demás elementos que puedan servir para su identificación y valorización.

Puede darse el caso, que los bienes que aparecen en dicho inventario deban ser excluidos, por aparecer un tercero que acredita la titularidad sobre ellos. A diferencia del art: 765 que regula la incorporación de bienes al inventario, el artículo en comentario esta destinado a la exclusión de bienes.

Los plazos procesales son el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular; bajo ese contexto, la norma establece que el plazo para solicitar la exclusión, es diez días luego de haber terminado el inventario y valorización de bienes, ello en referencia a lo regulado en el art: 768 CPC. Se trata de un plazo perentorio o preclusivo, cuyo vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial.

La exclusión si es planteada en dicho plazo se resolverá en una nueva audiencia fijada exclusivamente para tal efecto. Si la exclusión fuere denegada, puede

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

ser demandada en un proceso de conocimiento o abreviado, según sea la cuantía en cada caso.

En igual forma, si la exclusión no se interpuso dentro del plazo señalado en el art: 768 CPC, procede posteriormente ejercer la exclusión en un proceso contencioso, según la cuantía del caso. Este extremo se justifica porque el inventario judicial es un acto de declaración unilateral formulado por el peticionante contra nadie. Como le falta adversario, no tiene controversia, pero, en el supuesto que esta apareciere, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y por tanto en jurisdiccional.

## VALORIZACIÓN

### ARTÍCULO 767

*Puede ordenarse que los bienes inventariados sean valorizados por peritos, siempre que se solicite antes de concluida la audiencia.*

*Pedida la valorización, el Juez nombrará peritos y fijará fecha para la audiencia respectiva.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Una de las diferencias del inventario judicial con el inventario notarial es la valorización de los bienes por peritos.

Esta posibilidad de recurrir a peritos para valorizar los bienes, no es una condición intrínseca al inventario, de allí que se haya establecido en el artículo 767° CPC, que la valorización por peritos de los bienes inventariados, puede ordenarse, previa solicitud antes de la conclusión de la audiencia.

Como ya se ha señalado el inventario es la operación que busca individualizar y describir los bienes, en tanto que el avalúo es una actividad complementaria, mediante la cual se determina el valor de cada uno de esos bienes. El inventario y el avalúo tienen por objeto posibilitar la distribución proporcional de los bienes, en caso de la herencia entre los sucesores.

Cabe señalar, que los peritos son conocedores o especialistas en alguna rama del conocimiento, de allí que se les pida una opinión autorizada sobre algún hecho, a fin de que el juzgador tenga una visión más completa sobre lo discutido por las partes.

La labor de los peritos en este procedimiento, consistirá en el cálculo del valor de los bienes inventariados, labor que obviamente demanda un conocimiento especializado, que comúnmente no lo tiene el juez. El artículo no define el número de peritos que se designará, como si aparece en otros supuestos donde se recurre a dicho auxilio judicial (ver art: 720 CPC).

La norma hace referencia a la intervención de peritos cuando se requiere que los bienes inventariados sean valorizados, pero, consideramos que en atención a

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

la naturaleza de los bienes a inventariar, el juez también podría asistirse de peritos, para identificar y describir los bienes a inventariar. En este supuesto, la designación de los peritos debe hacerse en la primera resolución que fija fecha para la audiencia de Ley. En el caso de los peritos requeridos para la valorización de los bienes, se puede solicitar su intervención antes de concluída la audiencia a que refiere el art: 764 CPC. Pedida la valorización, el Juez nombrará peritos y fijará fecha para la audiencia respectiva.

## PROTOCOLIZACIÓN Y EFECTOS

### ARTÍCULO 768

*Terminado el inventario y la valorización, en su caso, se pondrá de manifiesto lo actuado por diez días en el local del Juzgado. Si no se pide exclusión o resuelta ésta, el Juez aprobará el inventario y mandará que se protocolice notarialmente. El inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El inventario judicial, es la relación ordenada que se peticiona ante el juez, de los bienes que pertenecen o pertenecieron a una persona, o de las cosas o efectos que se encuentren en un lugar determinado. Esta petición tiene un procedimiento, ubicándonos la norma en comentario en la etapa de conclusión del inventario y protocolización del documento que lo contiene.

Prescribe el presente artículo que terminado el inventario y la valorización solicitada, si fuera el caso, se pondrá de manifiesto lo actuado por un plazo de diez días en el local del Juzgado, a efectos que sea revisado por los interesados.

La puesta de manifiesto del documento que contiene el inventario permite la posibilidad de plantear la exclusión de bienes, a que refiere el art: 766 CPC. En caso no se solicitará la exclusión de bienes o cuando fuera resuelta ésta (sea favorablemente o desfavorablemente al peticionante de la exclusión), el Juez aprobará el inventario y mandará que se protocolice notarialmente; *contrario sensu*, puede desaprobar el inventario y por tanto no ordenar la protocolización.

Esta incidencia permitirá que posteriormente se pueda demandar en un proceso contencioso, su incorporación o exclusión del bien, según el caso, para lo cual se puede recurrir a la vía procedimental de conocimiento o abreviada, según la cuantía; sin embargo, debemos precisar que por la cuantía podría extenderse a la vía sumarísima si fuere el caso. En el trámite notarial (ver art: 34 de la Ley 26662) la exclusión de bienes inventariados se solicita ante el órgano jurisdiccional, debiendo ser extensivo para ello, los alcances del art: 766 CPC, para la actividad jurisdiccional.

2. La norma hace referencia a los inventarios aprobados y mandados a protocolizar. Por protocolo debemos calificar al conjunto de matrices o registros ordenadamente dispuestos en diversos tomos encuadernados para su conservación y archivo en el juzgado. En el inventario judicial, la protocolización lo realiza el juez después de la aprobación. Si encuentra que no ha sido otorgado con las formalidades legales, denegará la petición. Pero de hallarlo arreglado a ley, ordenará se protocolice.

La inclusión en el protocolo tiene la virtualidad de convertir, el acta que contiene el inventario en documento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, con la consiguiente autenticidad y credibilidad *erga omnes* que le son substanciales. Claro que tales efectos rigen a partir de la fecha de expedición de la correspondiente resolución judicial, que aprueba el acuerdo y ordena su registro en el copiator.

La inserción en el registro debe contener el número del expediente en el orden correlativo que le corresponda, el acta propiamente dicha, a continuación de la última extendida en el Registro, con los datos que se indican: materia del expediente; número de fojas que consta; nombre de los interesados que en los documentos intervienen, el nombre del juez que ordenó la protocolización y la fecha que se extiende el acta

Especial advertencia señala la norma, al considerar que el inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes, pues, éste no ha sido materia del no contencioso.

**Sub - Capítulo 2º**  
**ADMINISTRACIÓN JUDICIAL  
DE BIENES**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 769**

*A falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad, procede designar administrador judicial de bienes.*

---

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts.*

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

*C.P.C.N. Argentina art. 713-715, 709-712*

---

 **Comentario**

1. El artículo nos ubica bajo tres supuestos para solicitar la administración judicial de bienes: falta de padres, tutor o curador; en caso de ausencia y ante la copropiedad.

En el caso de los padres, estos tienen el deber de administrar los bienes de sus hijos, tal como lo cita el inc: 7 del art: 423 CC, sin embargo, ante la ausencia de éstos, procede la administración judicial de los bienes de sus hijos.

Otro supuesto que se contempla es la administración de los bienes de los hijos en caso de nuevo matrimonio (ver art: 433 CC). Aquí, el Consejo de Familia decide si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos del matrimonio anterior y nombra un curador si fuere el caso.

A falta de padres, tutor o curador trae consigo la designación de administrador judicial de bienes, debido a que el no existir dichas personas, los bienes se encontrarían sin una administración determinada, lo que es perjudicial para el menor o incapaz.

2. La declaración judicial de ausencia de una persona trae consigo la orden de dar en posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Ante tal situación, el art: 54 CC señala que “a solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administrador judicial”

En los casos de indivisión, cuando existen varios herederos, haya o no testamento, es necesario tomar medidas para la conservación y administración de los bienes hasta el momento de la partición. Como señala el art: 851 CC, “mientras la herencia permanezca indivisa será administrada por el albacea o por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial”

La designación de administrador, que en principio corresponde a los herederos, sólo puede hacerse, después de la declaración intestada, porque antes no se sabe quiénes son los herederos y sólo puede tomarse medidas conservatorias, mas por la naturaleza de los bienes, puede ser urgente la designación de un administrador, en cuyo caso se ha reconocido al juez la facultad de anticipar su designación, designándolo con carácter provisorio, cesando en sus funciones cuando se designe el definitivo. Véase el caso regulado en el art: 678 CPC que dice “en los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.” Palacio<sup>(1)</sup> al respecto dice “desde la apertura del proceso es admisible, a título de medida cautelar, la designación de un administrador provisional, y que una vez dictada la declaración de herederos o declarado válido el testamento, quienes ya han acreditado su llamamiento a la herencia tienen la facultad de nombrar un administrador definitivo, aunque el primero puede ser ratificado y adquirir, por ende, esta última calidad”

3. En el caso de copropiedad, ella responde a una forma de comunidad de bienes en la que el derecho de propiedad que sobre una cosa y sobre cada una de sus partes tienen dos o más personas conjuntamente. La titularidad conjunta recae sobre un mismo e idéntico derecho, pero la unidad del objeto hace que no se puedan dividir en partes individualizadas, de las cuales pueda decirse que le corresponda a cada titular un determinado derecho de dominio.

La copropiedad, al pertenecer por cuotas ideales un bien a dos o más personas, y, por tanto, ninguna de ellas tiene la posibilidad de conducirlo individualmente, sino en forma conjunta y coordinada. De allí que fluya como una necesidad natural, la idea de la existencia de un administrador. En el caso de la administración judicial del bien común- señalada en el artículo 972° CC, se rige plenamente por lo establecido en el presente cuerpo normativo.

---

(1) Palacio, t. IX, op. cit. p. 452

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Aquí la gestión indirecta es realizada por un tercero, designado por un juez dentro de un procedimiento ordenado para dicho fin y legitimado para actuar sobre dichos bienes comunes, a efecto de satisfacer el interés de los copropietarios en la conservación y explotación de los mismos, sin embargo, debemos precisar que se puede presentar la administración convencional, judicial y la ejercida de ipso por cualquiera de los copropietarios.

El derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, regulaba en los procedimientos no contenciosos la “administración de bienes comunes”, lo que ahora se ha venido en llamar “administración judicial de bienes”. El art: 1195° del Código derogado tenía el siguiente texto: “Todo el que tiene derecho a bienes comunes puede solicitar la administración judicial de ellos”

4. En el caso de las sociedades, cualquiera sea su forma, no es posible que un socio bajo el argumento de la supuesta “copropiedad de los bienes sociales”, solicite la designación de un administrador judicial de bienes comunes, pues los bienes sociales no son bienes comunes, sino bienes de la sociedad, sobre los cuales el socio no tiene ningún directo derecho.

Como señala Ariano<sup>(2)</sup>, el nombramiento de administrador judicial ex 769 CPC es incompatible con la existencia de los órganos de administración de determinada sociedad, pues tales órganos no “administran” los bienes sino que los “organizan” para el logro del objetivo social. Los órganos de administración “administran” la sociedad y la coexistencia de un “administrador judicial de los bienes” impediría realizar cabalmente sus actos de gestión. Por tanto, “un socio no puede solicitar, bajo los alcances de la norma en comentario, la designación de administrador judicial de bienes sociales, por no ser co-propietario de los bienes de la sociedad. Los bienes de la sociedad están destinados a la realización de la actividad económica que constituye el objeto social, para lo cual son organizados por los órganos de administración de la sociedad, los que sólo pueden ser nombrados o removidos conforme a las reglas de la Ley General de Sociedades”<sup>(3)</sup>.



### JURISPRUDENCIA

---

*Ante las discrepancias surgidas entre los integrantes de la sucesión, es válido que el juez designe a una tercera persona para que asuma la administración de la masa hereditaria del causante (Exp. N° 16248-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 43)*

(2) Ariano Eugenia “La medida cautelar de “administración judicial” de sociedades” en Ponencias III Congreso Internacional Derecho Procesal Civil, Lima, 2005, p. 369.

(3) Ibidem.

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La copropiedad se rige por el acuerdo unánime o mayoritario de los condóminos, según lo dispone el artículo 971 del Código Civil.*

*Cuando no existe acuerdo se recurre a la administración judicial de bienes (Exp. Nº 1791-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 88-89)*

*La división y partición de bienes de menores de edad, debe someterse a aprobación judicial.*

*El Juez del Niño y el Adolescente es competente para conocer de todos aquellos casos que la norma sustantiva prevea la aprobación jurisdiccional (Exp. Nº 257-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 90-91)*

## OBJETO

### ARTÍCULO 770

*Es objeto de este proceso:*

- 1. El nombramiento de administrador judicial; y,*
- 2. La aprobación de la relación de bienes sobre los que se va a ejercer la administración.*

*Cuando haya desacuerdo sobre el segundo punto, se nombrará al administrador y éste deberá iniciar proceso de inventario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts.*

---

## Comentario

---

La administración judicial es un mecanismo previsto por nuestro ordenamiento jurídico para la protección a los derechos patrimoniales de los incapaces, sin tutor ni curador, en casos de ausencia y de copropiedad. El Administrador actúa bajo el mandato judicial y su función es la de administrar determinados bienes ajenos; pese a la falta de regulación sería recomendable designar a un profesional con título universitario y con habilidad reconocida para la gestión de patrimonios.

La administración judicial se configura como un mandato expreso de la autoridad judicial, caracterizándose por su contenido específico, su eminente temporalidad y las particularidades del ejercicio del cargo, que regulan los artículos 773 y 774 CPC.

Como refiere el art: 769, concurren diversas fuentes para justificar la administración judicial de bienes, de ahí que sea necesario al solicitar la administración precisar si está responde al estado de co-propiedad que se invoca o por testamentaria<sup>(1)</sup>

El artículo en comentario no solo se limita a señalar que el objeto de este proceso es nombrar administrador judicial sino que requiere además se precise los bienes que va a administrar. Sobre el particular, concurren dos probabilidades: que exista consenso o desacuerdo en los bienes a administrar.

---

(1) Véase al respecto el caso Alberto León Rocca con Grimaldo Bravo Arenas sobre administración judicial de bienes, publicado en Ledesma, t.5, op. cit. pp. 204-205

Sea en uno u otro caso, el nombramiento del administrador judicial procederá, trasladando al proceso de inventario (ver art: 763 CPC) la discusión sobre los bienes que serán objeto de administración, sea porque la Ley lo prescriba (como el caso del usufructuario, quien antes de entrar en posesión del bien debe hacer el inventario y tasación de los bienes muebles, como señala el art: 1006 CC) o por que se sustente su necesidad. En presencia del juez, se realiza una relación ordenada de los bienes que pertenecen o pertenecieron a una persona, o de las cosas o efectos que se encuentran en el lugar. La constatación de la existencia de los bienes, así como el estado en que éstos se encuentran en el momento que se impone su inventario, no puede ser más beneficiosa, toda vez que gracias a aquella no puede tergiversarse la realidad constatada.

En la casuística nacional aparece el siguiente pronunciamiento<sup>(2)</sup>: "no obstante que el documento de facción de inventarios no precisa la denominación del cargo que se le otorga a los demandados, se puede colegir que dada la naturaleza de los bienes entregados y la aceptación de los mismos, el cargo que ostentan los demandados es de administradores judiciales. Ello porque cuando la naturaleza del bien lo exija, el depositario tiene la obligación de administrarlo. El art: 1859 del CC es de aplicación supletoria."

---

(2) El texto íntegro de la resolución aparece publicado en Ledesma, t.5, op. cit. p. 302

## LEGITIMIDAD ACTIVA

### ARTÍCULO 771

*Pueden solicitar el nombramiento de administrador judicial de bienes aquellos a quienes la ley autorice y los que, a criterio del Juez, tengan interés sustancial para pedirlo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La administración judicial es un medio de protección a los derechos patrimoniales de los incapaces, sin tutor ni curador, en casos de ausencia y de copropiedad.

La solicitud para designar administrador judicial puede operar por mandato legal o judicial. En el primer supuesto, la Ley autoriza la petición. Véase el caso del ausente que regula el art: 54 CC: "a solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administración judicial".

A diferencia del legal, la solicitud judicial opera cuando a criterio del juez, considere que el solicitante tenga interés sustancial para pedirlo. Véase el caso del supuesto heredero de una masa indivisa, donde se asume el estado de indivisión de los bienes sucesorios y la concurrencia de varios herederos. Exista o no testamento, es necesario tomar medidas para la conservación y administración de los bienes hasta el momento de la partición, por ello se faculta a quienes tengan interés sustancial en ello, pedir al juez el nombramiento de un administrador judicial, ya que ninguno de los herederos tiene el poder de administrar los intereses de la sucesión. Como señala Palacio<sup>(1)</sup> "hasta que la comunidad se desintegre por partición o venta resulta necesario concentrar en una sola persona (o excepcionalmente en varias) el cumplimiento de actos indispensables tendientes a conservar los bienes relictos y a asegurar la continuidad de las actividades o negocios del causante".

El art: 772 CPC regula el procedimiento para el nombramiento del administrador judicial, a diferencia del art: 771 CPC que hace referencia a la solicitud de para

---

(1) Palacio, t.IX, op. cit. p. 452

el nombramiento. Esta designación, que en principio corresponde a los herederos, solo puede hacerse, después de la declaratoria, porque antes no se sabe quiénes son los herederos y sólo pueden tomarse medidas conservatorias o cautelares.

Por la naturaleza de los bienes puede ser urgente la designación de un administrador, en cuyo caso se ha reconocido en el art: 678 CPC, la facultad de designarlo con carácter provisorio. También se puede recurrir a las medidas genéricas (art: 629 CPC) como la facción de inventarios, el pedido de informes tendiente a determinar la participación que pudiere corresponder al causante en una sociedad, o en la designación de peritos contadores para investigar el patrimonio real de aquél a la época del deceso y su evolución posterior y en el libramiento de una mandamiento de constatación de un inmueble denunciado como integrante del acervo sucesorio a fin de dilucidar su situación jurídica. Palacio<sup>(2)</sup>, comentando esta facultad señala "desde la apertura del proceso es admisible, a título de medida cautelar, la designación de un administrador provisional y que una vez dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento quienes ya han acreditado su llamamiento a la herencia tienen la facultad de nombrar un administrador definitivo, aunque el primero puede ser ratificado y adquirir, por ende, esta última calidad."



## JURISPRUDENCIA

---

*Es infundado el pedido de administración judicial de bienes que pertenecen en su conjunto a la Municipalidad, quien ha otorgado su explotación en calidad de concesión y por tanto no pueden ser heredados por los sucesores de los concesionarios fallecidos.*

*La explotación de la concesión no significa que sea un bien sujeto a administración judicial (Exp. N° 142-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 41)*

---

(2) Ibidem

## NOMBRAMIENTO

### ARTÍCULO 772

*Si concurren quienes representen más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes y existe acuerdo unánime respecto de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujetará a lo acordado. A falta de acuerdo, el Juez nombrará al cónyuge sobreviviente o al presunto heredero, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y en igualdad de grado, al de mayor edad. Si ninguno de ellos reúne condiciones para el buen desempeño del cargo, el Juez nombrará a un tercero.*

*Si son varios los bienes y el Juez lo aprueba a pedido de interesado, puede nombrarse a dos o más administradores.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La designación del administrador de la sucesión se explica por la necesidad de concentrar en una sola persona la realización y la responsabilidad de los actos indispensables para el manejo de los bienes, conservatorios de los derechos e intereses de la comunidad, quedando excluidos los que excedan la conservación, la mera administración y los de disposición.

En caso de mediar unanimidad de los herederos con respecto a la persona que debe administrar los bienes, el juez procederá a designarlo, al margen que se trate de un heredero o de un extraño. Apreciase de la redacción de la norma que solo se faculta al juez a resolver las diferencias que se susciten entre aquéllos, pero no para sustituir la voluntad unánime de los sucesores. El artículo expresamente señala si “existe acuerdo unánime respecto de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujetará a lo acordado.” Propuesto el administrador en forma unánime resulta ya innecesaria la fijación de la audiencia de actuación y declaración judicial, prevista en el art: 754 CPC.

Véase que la unanimidad se contabiliza de la concurrencia de los representantes de las cuotas sobre el valor de los bienes. “Si concurren quienes representen más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes y existe acuerdo unánime respecto de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujetará a lo acordado.”

2. En caso de no mediar unanimidad, el artículo en comentario señala de preferencia para ser designado administrador al cónyuge supérstite, regla que, tiene fundamento según Palacio<sup>(1)</sup> “en el hecho que aquel concurre no sólo como heredero sino también en calidad de socio de la sociedad conyugal en trance de disolverse.” La norma también faculta nombrar —de manera excluyente— al presunto heredero, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y en igualdad de grado, al de mayor edad.

El nombramiento de administrador judicial no solo gira en designar al cónyuge sobreviviente o al presunto heredero sino que además debe considerar si éstos reúnen las condiciones para el buen desempeño del cargo; por citar, si el cónyuge se encuentra sujeto a interdicción, carece de aptitudes físicas indispensables a raíz de su avanzada edad, o de una falta mínima de condiciones técnicas o por cualquier otra causa, debidamente comprobada, que por su gravedad haga inconveniente la designación.

3. Hay algunas opiniones que consideran que no tienen condiciones para el buen desempeño del cargo, si el cónyuge se halla divorciado por sentencia que lo declaró culpable, sustrajo bienes del acervo hereditario, se halla enemistado con los restantes herederos y se producen enfrentamientos que se traducen en disidencias perturbadoras con los demás interesados o los bienes propios del causante superan sensiblemente a los gananciales y el cónyuge supérstite no tuvo injerencia en la administración; por el contrario opinan algunos autores que no configuran motivos para cuestionar las condiciones para desempeñar el cargo, si existe sentencia de divorcio declarado por culpa exclusiva del causante, o se alega sin que haya mediado declaración judicial, que la cónyuge supérstite vivió por su culpa separada de hecho de aquél, o inició la sucesión escasos días después de la muerte de su marido, o se encuentra pendiente de liquidación una anterior sociedad conyugal del causante, etc.

4. La norma citada prevé la posibilidad que el juez designe a una tercera persona cuando se invocan motivos atendibles que no aconsejan la designación propuesta; criterio que también es extensivo a los casos de renuncia. La designación de un tercero, extraño a la sucesión, es una alternativa saludable no solo frente a la falta de idoneidad para el desempeño del cargo sino a casos de notoria enemistad entre los interesados exteriorizada a través de incidentes y dilaciones que han entorpecido seriamente el normal desarrollo del procedimiento o la existencia de intereses contradictorios entre los herederos.

Si son varios los bienes y el Juez lo aprueba a pedido de interesado, puede nombrarse a dos o más administradores. Esta circunstancia es importante para

---

(1) Palacio, t.IX, op. cit. p. 453

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

una mejor administración, cuando se trata de bienes dispersos y distantes geográficamente y de actividades de producción diversas.



### JURISPRUDENCIA

---

*Pueden solicitar el nombramiento de administrador judicial aquellos a quienes la ley autoriza y a quienes a criterio del Juez tengan interés sustancial para pedirlo.*

*Si se advierte de autos que existe acuerdo mayoritario en el nombramiento de la administradora judicial, el Juez de la causa ha debido advertir dicho acuerdo y glosarlo en la audiencia respectiva. Se incurre en nulidad, al no haber procedido el Juez de conformidad con el artículo 772 del CPC (Exp. N° 384-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 572-573)*

*Si no existe acuerdo unánime respecto de la persona que debe administrar los bienes de la masa hereditaria, debe nombrarse al cónyuge supérstite como administrador (Exp. N° 241-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 96)*

*“... El expediente sobre nombramiento de administración judicial (...) es prueba fundamental para resolver esta controversia (sobre conclusión de administración judicial), por lo que de no ser posible contar con el original debe recomponerse (...), pues solo así se obtendrá la legalidad de esta prueba...” (Exp. N° 326-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 634-635)*

## ATRIBUCIONES

### ARTÍCULO 773

*El administrador judicial de bienes tiene las atribuciones que le concede el Código Civil en cada caso, o las que acuerden los interesados con capacidad de ejercicio y que el Juez apruebe. A falta de acuerdo, tendrá las que señale el Juez.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Para Arata<sup>(1)</sup>, un administrador, cualquiera sea el origen de su designación, debe estar premunido de un conjunto de herramientas jurídicas que le permitan llevar adelante la conservación y explotación de los bienes que han sido puestos bajo su cuidado, en interés de los copropietarios. Esas herramientas le permiten actuar y a su vez, son el sustento para que los interesados puedan exigirle al administrador el realizar una gestión satisfactoria. Esto lleva a sostener que “a mayor número de herramientas otorgadas, mayores resultados esperados y, por consiguiente, mayor responsabilidad para quien las ostenta”.

Esas herramientas son conocidas en el derecho como atribuciones y que Arata<sup>(2)</sup> las distingue del concepto derecho y obligación y que a continuación citamos: “Una atribución es tanto un poder para decidir qué hacer, de forma discrecional y según las circunstancias que se presenten, como un deber de ejercer, oportuna y adecuadamente, esos poderes en orden a la obtención de las finalidades para las cuales se ha conferido al sujeto un determinado status jurídico.

No es un derecho porque el sujeto no podría decidir no ejercer las facultades conferidas, sin incurrir en responsabilidad, pero tampoco es estrictamente un deber, porque no hay un titular que pueda exigirle cumplir ciertas conductas que la apreciación de quien tiene la atribución no le aconseje realizar. Ciertamente, por la responsabilidad que se tiene en orden a cumplir, a través de las atribuciones, una determinada finalidad, se está más cerca de un deber o una obligación pero no

---

(1) Arata Solis Moisés, “Administración judicial del bien común” en Código Civil Comentado, t. V, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 446

(2) Op. cit. p. 447

podemos admitir una confusión entre ambos términos. A manera de ejemplo de los conceptos enunciados podemos decir que una cosa es que el administrador pueda exigir que se le abone una retribución por sus servicios (derecho), otra que pueda decidir el momento y lugar más oportuno para vender las mercaderías producidas (atribución) y, finalmente, que cada fin de mes deba presentar su correspondiente rendición de cuentas (obligación)”

2. Como ya se ha señalado, la administración judicial debe estar orientada a realizar actos conservatorios y de explotación de los bienes administrados, de modo que ha de limitar su esfera de acción legítima al ámbito de ejecutar actos necesarios para la conservación de los bienes, dentro de un estricto concepto de utilidad.

Las atribuciones del administrador judicial de bienes tienen diversas fuentes: la legal, la convencional y la judicial. La legal tiene como referente al Código Civil, según el caso; la convencional es efectuada por los interesados con capacidad de ejercicio y con la aprobación del juez; y, finalmente, a falta de acuerdo sobre las atribuciones, se recurre a la designación judicial para tal fin.

En el caso de la ausencia civil, el art. 55 CC regula una serie de derechos y obligaciones aplicables a ella, como la de percibir los frutos, pagar las deudas del ausente, atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra, ejercer la representación judicial del ausente (sin que ello comprenda actos de disposición), rendir cuenta de su administración, entre otros.

Las atribuciones del administrador judicial por acuerdo de los interesados, deben provenir de aquellos que tengan capacidad de ejercicio. Dicho acuerdo pasa por el control del juez para la aprobación o desaprobación respectiva. Si bien el administrador se orienta a realizar actos conservatorios de los bienes administrados, mas no a realizar actos de disposición, hay opiniones que aceptan dicha disposición como parte de los actos de administración. Véase el caso de la venta de mercaderías y la adquisición de las indispensables para reponer las que falten, cuando se trata de continuar el giro del negocio; o en caso de la compra y venta de haciendas si se encuentra en juego la continuación de una explotación ganadera.

Las facultades de administración deben permitir retener fondos o disponer de ellos con el objeto de pagar los gastos normales de la administración, entendidos éstos como los que se invierten, habitualmente en los bienes que son objeto de la administración (pago de sueldos, impuestos y la realización de reparaciones necesarias o urgentes).

El administrador no podrá arrendar inmuebles sin el consentimiento de todos los herederos o por resolución judicial en caso de disconformidad entre ellos, con la observancia que el arrendamiento no obligará a los herederos después de la partición. Se dice que es un criterio plausible, en tanto se halla orientado a evitar

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

perjuicios a los herederos disidentes que pueden resultar adjudicatarios del bien dado en locación.

En el caso de pretensiones relacionadas con la conservación de los bienes, que involucran cuestiones atinentes a la administración normal, no cabe objetar la personería del administrador, como en el caso de las demandas de desalojo, cobro de alquileres, interdictos para recuperar la posesión, etc.

## OBLIGACIONES

### ARTÍCULO 774

*El administrador judicial de bienes está obligado a rendir cuenta e informar de su gestión en los plazos que acuerden los interesados que tienen capacidad de ejercicio o, en su defecto, en los establecidos en el Código Civil y, en todo caso, al cesar en el cargo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Una de las principales obligaciones que tiene el administrador judicial es la rendición de cuentas y la información de su gestión, siempre que se le exija. El plazo para la rendición no es uniforme porque puede ser establecido por los interesados con capacidad de ejercicio, por mandato legal y al cesar el cargo, como el caso del tutor, quien está obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria y como señala el art:540 CC, está obligado a dar cuenta de su administración anualmente o al acabar la tutela o cesar en el cargo.

A pesar que el Código no lo precise, la rendición de cuentas puede ser solicitada por cualquier interesado en la sucesión. El juez también puede establecer la obligación de rendir cuentas por períodos determinados.

Agotado el plazo fijado para la presentación, será pasible de las sanciones pecuniarias sin perjuicio de amparar la posible remoción, siempre y cuando se acredite haber operado la intimación judicial para la rendición cuentas.

Algunas opiniones sostienen que la rendición debe hacerse en forma de planilla, con sus respectivos comprobantes, bajo apercibimiento de declararse a su cargo las partidas no justificadas.

Ante la ausencia de un procedimiento especial para la rendición de cuentas, consideramos aplicable las disposiciones generales del procedimiento no contencioso. Si bien el presente artículo establece la presentación del informe dentro del plazo fijado, una vez entregado el informe o agotado el plazo y no satisfecha la rendición, debe continuar su tramitación bajo las disposiciones generales del art: 754 CPC. En caso de formular contradicción a la rendición de cuentas, el juez oír a las partes en la audiencia de Ley y procederá en la forma que establece el art: 754 CPC. Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido,

como refiere el art: 756 CPC, continuando su discusión a través de un proceso contencioso, si fuere el caso.

Otra alternativa en cuanto al procedimiento que podría asumirse es poner a conocimiento de los interesados, por determinado plazo, la rendición de cuentas. Si no fueren observadas, el juez las aprobará. Si mediare observaciones se sustanciarán como incidentes.

En el caso de la declaración de ausencia, el art: 55 CC, regula los derechos y obligaciones del administrador judicial, destacando la rendición de cuentas, el pago de las deudas del ausente y los gastos del patrimonio que administra, entre otros.

En el caso de la herencia indivisa, ésta puede ser administrada por un administrador judicial (ver art: 851 CC). La rendición de cuentas del administrador se realiza aplicando supletoriamente las reglas contenidas en el art: 794 CC. Señala dicho artículo que el informe y las cuentas correspondientes sean por escrito, con los documentos del caso u otro medio probatorio, dentro de los sesenta días de terminado el cargo. Las cuentas no requieren la observancia de formalidad especial en cuanto a su contenido, siempre que figure una relación ordenada de ingresos y gastos.

Este deber también se cumplirá durante el ejercicio del cargo, con frecuencia no inferior a seis meses, cuando lo ordene el juez civil, a pedido de cualquier sucesor.

El informe y las cuentas se entienden aprobados si dentro del plazo de caducidad de sesenta días de presentados no se solicita judicialmente su desaprobación, en un proceso de conocimiento.



## JURISPRUDENCIA

---

*No procede amparar la remoción del administrador judicial si quien lo solicita ha conuibuido a imposibilitar el cabal cumplimiento de sus funciones; caso contrario, se propiciaría un abuso del derecho.*

*La omisión de rendir tutoras mensualmente e informar sobre su gestión no significa que no haya efectuado las gestiones como administradora (Exp. Nº 236-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 146-147)*

## PROHIBICIONES

### ARTÍCULO 775

*El administrador judicial de bienes está sujeto a las prohibiciones que prescribe el Código Civil, y a las que especialmente pueda imponer el Juez en atención a las circunstancias.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

A diferencia del art: 774 CPC, que regula las obligaciones del administrador, el presente artículo está referido a las prohibiciones para el administrador, las mismas que pueden tener una fuente legal o judicial.

En la administración de bienes de menores por los tutores, el art: 538 CC, cita cuatro supuestos de prohibición, cuando ejercen la administración de los bienes del menor: Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor; adquirir cualquier derecho o acción contra el menor; disponer de los bienes del menor a título gratuito; arrendar por más de tres años los bienes del menor.

El inciso 8 del art: 1366 CC, recoge la prohibición del administrador de bienes ajenos, adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, respecto de bienes que, por Ley o acto de autoridad pública administre. También está prohibido tomar en arrendamiento los bienes que administra, tal como refiere el inciso 2 art: 1668 CC.

En opinión de Arata Solís<sup>(1)</sup>, el administrador judicial de bienes comunes se encuentra, prohibido de practicar, en ejercicio de sus atribuciones, cualquier acto que suponga un conflicto entre los intereses de los copropietarios cuyos bienes administra y sus propios intereses. Esta regla general según el autor se deduce de las reglas de la anulabilidad del acto jurídico celebrado por el representante consigo mismo.

Las prohibiciones pueden ser también impuestas por mandato judicial, en atención a las circunstancias del caso.

---

(1) Arata Solis Moisés, "Administración judicial del bien común" en Código Civil Comentado, t. V, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p.452

## AUTORIZACIÓN JUDICIAL

### ARTÍCULO 776

*El administrador judicial de bienes requiere autorización del Juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil. Esta le será concedida oyendo al Consejo de Familia, cuando así lo disponga la ley.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La actividad del administrador judicial debe estar orientada a la conservación y administración de éstos. Cualquier acto de liberalidad debe ser autorizado previamente por el juez.

Estas autorizaciones aparecen expresamente requeridas en el Código Civil (véase el caso de la ausencia regulado en el art. 56 CC que dice: "en caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable"), sin embargo, pueden concurrir circunstancias que sin estar reguladas en el Código necesiten autorización, como los bienes de una herencia indivisa que se encuentren en estado de destruirse o sean de difícil conservación.

El administrador puede ser facultado para retener fondos o disponer de ellos con el objeto de pagar los gastos normales de la administración como el pago de sueldos e impuestos (ver inciso 2 del art: 55 CC); cuando se trata de gastos extraordinarios, corresponde sean autorizados por el juez, previo traslado a los herederos, sin embargo, hay opiniones que se ubican en el supuesto que la demora pueda ocasionar perjuicios, en cuyo caso se sostiene que el administrador debe informar al juzgado dentro del tercero día de realizados

2. Como el administrador no puede arrendar inmuebles sin el consentimiento de todos los herederos, recurre a ellos; en caso que no exista conformidad entre ellos, se recurre a la autorización judicial, la que podría concederse con la advertencia que dicho arrendamiento no obligará a los herederos después de la partición. Algunos autores califican de plausible la autorización, en tanto se haya orientado a evitar perjuicios a los herederos disidentes que pueden resultar adjudicatarios del bien dado en locación.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La autorización va a ser posible su realización, oyendo previamente al Consejo de Familia, si así lo dispusiera la ley. Cuando la guarda de la persona y de los bienes del incapaz viene ejercida por los padres en virtud de la patria potestad no se requiere la intervención fiscalizadora u orientadora de ningún otro organismo o autoridad, por cuanto, nadie hay más interesado en la suerte del incapaz y en su felicidad que sus propios padres, pero, cuando estamos ante incapaces que carecen de padres expeditos, se debe recurrir al Consejo de Familia, como un organismo consultivo integrado por miembros de la propia familia del incapaz. La acción del menor para anular los actos celebrados por el tutor sin las formalidades legales prescribe a los dos años. (ver art: 537 CC).

## SUBROGACIÓN

### ARTÍCULO 777

*La renuncia del administrador judicial de bienes produce efecto sólo desde que sea notificada su aceptación por el Juez. A pedido de interesado, se puede nombrar un nuevo administrador judicial.*

*El administrador puede ser removido siguiendo el proceso establecido para su nombramiento. Si el Juez decide la remoción, en la misma resolución nombrará al nuevo administrador judicial de bienes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El artículo en comentario acoge dos supuestos, la renuncia y la remoción, orientados a separar de la administración judicial a la persona designada para ello.

La renuncia implica el ejercicio de disposición voluntaria y unilateral que hace el administrador de continuar ejerciendo su función. Si bien, puede renunciar en cualquier momento a su función, a efectos de no dejar a la deriva la conducción de los bienes, solo produce efecto su renuncia, desde que es notificada su aceptación por el Juez, en atención a que su designación fue por mandato judicial. Adviértase que producida la aceptación, el juez no designará automáticamente su sucesor, pues, requiere para ello que el interesado solicite la nueva designación.

2. En el caso de la remoción del administrador este debe operar por causa justificada. En la casuística aparecen las siguientes justificaciones para separar al administrador cuando su actuación importare mal desempeño del cargo, como: haber dispuesto en beneficio propio de los dineros encargados para la administración; haber perjudicado los intereses de la sucesión, aunque el daño no sea de consideración; la retención de fondos para gastos no autorizados; la distribución de ingresos entre algunos herederos sin la conformidad de los otros; la oposición entre sus intereses y los de la sucesión; la falta o demora en la rendición de cuentas o de contestación a los pedidos de informes (ver art: 774 CPC); y en general a cualquier circunstancia sobrevenida que sea contraria a su designación.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Para la remoción se debe seguir el procedimiento establecido para su nombramiento, regulado en el art: 772 CPC. Así, si concurren quienes representen más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes, pueden tomar acuerdo unánime respecto de la remoción del administrador; pero, a falta de acuerdo, el Juez se pronunciará sobre dicha remoción. Algunos autores consideran si las causas invocadas son graves y resultan acreditadas *prima facie*, el juez podrá disponer la suspensión, como medida de seguridad.

A diferencia de la renuncia, en el caso de la remoción del administrador judicial, el juez que decide la remoción, en la misma resolución, además nombrará al nuevo administrador judicial de bienes. Un caso especial –para no concurrir al proceso no contencioso- se aprecia en el albacea. Señala el art: 795 CC “puede solicitarse, en un procedimiento sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios...”

3. Un aspecto que no acoge el Código Procesal, está referido a la sustitución del administrador. Este se verifica frente a los casos de renuncia, incapacidad sobrevenida o muerte del administrador. En cambio la remoción opera cuando la actuación del administrador importará mal desempeño del cargo. En la casuística se establecido que la remoción no procede frente a la mera enemistad de los herederos y el administrador; a la demora en el trámite sucesorio; a la falta de rendición de cuentas, siempre y cuando no medió previa intimidación.

## RETRIBUCIÓN

### ARTÍCULO 778

*La retribución del administrador es determinada por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la labor que deba realizar.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La retribución, debe asumirse como el pago que se realiza por un trabajo o una actividad efectuada. El artículo en comentario, consagra el precepto constitucional que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”<sup>(1)</sup>. En ese sentido, aparecen en nuestra legislación, diversas opciones para la retribución al trabajo del administrador, como las que señalan los artículos 793 y 973 CC

En la administración del bien común dice el art: 973 CC: “las obligaciones del administrador serán las del administrador judicial. Sus servicios serán retribuidos con una parte de la utilidad, fijada por el juez y observando el trámite de los incidentes”. En el caso del albacea encargado de administrar los bienes de la herencia, señala el art: 793 CC que su remuneración no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. En defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el juez, quien también señalará la del albacea dativo.

2. El administrador tiene derecho a una retribución, siempre y cuando haya sido designado judicialmente, aunque el trabajo no sea de su profesión o modo de vivir, salvo que hubiere renunciado de manera expresa a aceptar el cargo.

La norma establece que sea el Juez quien determine la retribución del administrador, quedando a su criterio sopesar las circunstancias que van a condicionar su retribución.

Algunas opiniones consideran que la retribución debe fijarse a un tanto por ciento de comisión sobre el monto de los ingresos obtenidos durante la administración, con prescindencia del valor de los bienes. Otros criterios consideran que

---

(1) Ver art: 23 de la Constitución del Estado de 1993

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

fijar del porcentaje de ingresos no debe hacerse en forma estricta, ya que la simple conservación del patrimonio, en algunos casos puede requerir de funciones extraordinarias, por lo que deben tenerse en cuenta las expensas y pérdidas que se evitaron.

Como se aprecia de la redacción del art: 778 CPC, la retribución del administrador es determinada por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la labor que deba realizar; sin embargo, hay opiniones que consideran que sean los propios beneficiados los que propongan al juez dicha retribución. Se argumenta que si las partes pueden proponer las atribuciones del administrador, también pueden proyectar la justa compensación por los servicios que aquel les brinde. Arata Solis<sup>(2)</sup>, considera que no parece del todo conveniente dejar a criterio absoluto del juez la determinación de los honorarios, pues existe la posibilidad de recurrir a ciertos patrones o reglas, de forma tal que no se subvalúe el trabajo de un administrador según las propias calidades técnicas o profesionales, como tampoco se puede imponer a los copropietarios un costo excesivamente alto por los servicios que en condiciones de plena libertad pudieran haber conseguido por menos. Considera que se debe tomar que en los mercados en que ellos son frecuentemente negociados y explotados, existen algunos agentes que pudieran brindar información sobre los montos en que se cotiza el servicio de administración de los mismos, como sucede por ejemplo con la administración de bienes inmuebles para fines de arrendamiento.

En cuanto a la oportunidad para percibir la retribución. Si bien la norma no refiere nada al respecto, en otras legislaciones, se asume que el administrador no podrá percibir la retribución fijada hasta que haya sido rendida y aprobada la cuenta final de la administración. Si está excediere de seis meses, el administrador podrá ser autorizado a percibir periódicamente sumas, con carácter de anticipos provisionales, las que deberán guardar proporción con el monto aproximado del honorario total (ver art: 715 CPN Argentina). En otras legislaciones se contempla la posibilidad que el administrador pierda su derecho a percibir honorarios, en caso de ser removido por incumplimiento en el deber de rendir cuentas, previa intimidación, o por mal desempeño del cargo.

---

(2) Arata Solis Moisés, "Administración judicial del bien común" en Código Civil Comentado, t. V, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 454

## CONCLUSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

### ARTÍCULO 779

*Concluye la administración judicial de bienes cuando todos los interesados tengan capacidad de ejercicio y así lo decidan, y en los casos previstos en el Código Civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La conclusión de la administración judicial opera por dos razones: por voluntad de los interesados o por mandato legal.

En el primer supuesto, la norma acoge la conclusión de la administración judicial en los casos que los interesados tengan capacidad de ejercicio y así lo decidan. Véase el caso de los menores que hayan adquirido mayoría de edad o el caso de los interdictos, cuando haya cesado su incapacidad, siempre y cuando se acompañe la declaración firme de rehabilitación y así lo decida el rehabilitado. (ver art: 584 CPC)

Apreciéese que la norma no requiere la capacidad de goce, que es intrínseca a todo sujeto de derechos sino a la capacidad de ejercicio, pero además, requiere que "todos" los interesados en la administración tengan dicha capacidad de ejercicio y decidan todos concluir con la administración judicial. Como se aprecia, se sobrepone la voluntad de todos los interesados en dar por concluido la designación judicial hecha para la administración de los bienes

El otro supuesto es concluir la administración judicial por mandato legal. Véase en el caso de la declaración de ausencia, cuando regresa el ausente o cuando se designa apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración (ver inciso 1 y 2 art: 59CC). En dichos casos, señala el art: 60 CC, se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como un proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Otro caso esta referido –según Arata Solis<sup>(1)</sup>– a la extinción de la copropiedad, cuando simultáneamente con el procedimiento de administración judicial se haya dilucidado la partición y haya concluido con la adjudicación de los bienes a los interesados. También puede darse en aquellos bienes respecto de los cuales se establezca una prohibición permanente para su explotación, caso en el cual no tendría sentido que los mismos permanezcan en poder del administrador. Por el tipo de bienes pudiera darse el caso que las actividades del administrador resulten específicas y temporales, supuesto en el cual, finalizadas las mismas concluirá la administración (ver inciso 1 art: 1801)

---

(1) Arata Solis Moisés, "Administración judicial del bien común" en Código Civil Comentado, t. V, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 455

## NORMA ESPECIAL

### ARTÍCULO 780

*El administrador judicial de bienes sujetos a régimen de copropiedad puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración.*

*Si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del Juez, quien podrá concederla de plano o con audiencia de los interesados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. La norma se ubica en el supuesto de la administración de bienes sujetos a copropiedad, esto es, el dominio de una cosa tenida en común por varias personas. En la copropiedad, las facultades de dominio están atribuidas a varias personas en común; por lo que, no pudiéndose dividir, resulta que pertenece por indiviso a varios, sin que ninguno pueda aducir su derecho a toda la cosa, ni siquiera a una parte determinada de ella, sino una participación que pueda llamarse ideal.

De manera excepcional, se faculta al administrador judicial de bienes sujetos al régimen de copropiedad, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración. Véase el caso de plantaciones de árboles frutales, el administrador podría no solo orientarse a la conservación y explotación de las plantaciones sino que también podría extender sus atribuciones a la venta de los frutos que se produzca en dichas plantaciones. Como se ve, la administración no solo recae sobre el bien sino que también puede extenderse a los frutos, pero no a los productos. Los frutos, bajo la calificación del art: 890 CC, son los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia, a diferencia de los productos que son los provechos no renovables que se extraen de un bien. El provecho es una productividad de carácter físico o de carácter ideal, de acuerdo al tipo de fruto del cual se trate.

Los frutos pueden ser naturales, industriales y civiles. Los naturales son aquellos que nacen o se producen de modo espontáneo y sin la intervención del hombre

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

siendo su ejemplo más común, la reproducción de los animales. Los frutos industriales, son los que se obtienen por el concurso de la industria o sea del trabajo del hombre aplicado a la producción en general. Los frutos civiles son los producidos por el bien, por determinación de la ley u acto jurídico, como la renta proveniente del alquiler de un inmueble.

La norma hace referencia a la “venta de los frutos que recolecte” lo que nos ubica en el supuesto de los frutos naturales o industriales, mas no en los frutos civiles líquidos, como sería la administración de bienes inmuebles, que se encuentren sujetos a contrato de arrendamiento, cuyos frutos (renta en dinero efectivo) no podrán ser vendidos, sino que podrían ser recaudados y depositados en una entidad bancaria o reinvertidos en otra actividad lucrativa.

2. La norma también faculta al administrador para que excepcionalmente pueda celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre y cuando no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración. Véase el caso de la celebración de contratos de alquiler que no obliguen a los copropietarios, después de la partición de los bienes.

La “razonable administración” en la celebración de contratos sobre los bienes que administra, implica un parámetro dejado a la discrecionalidad del administrador y, en su caso, del juez. No es un término que implique aspectos objetivos de una realidad sino que estarán sujetos a una valoración o estimación, de cada caso en particular. Así pues, resulta razonable que el administrador se vincule contractualmente para las reparaciones del inmueble sujeto a alquiler, enajene bienes que se encuentren en peligro de destruirse o sean de difícil conservación, contrate los servicios de un abogado para el cobro judicial de los alquileres o para demandar el desalojo, entre otros.

3. La norma acoge la posibilidad de actos urgentes que impliquen disposición. Si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del Juez, quien podrá concederla de plano o con audiencia de los interesados. Como actos de disposición de carácter urgente se entiende aquellos actos como consecuencia de algún deterioro de los bienes sujetos a la administración, deterioro o perjuicio que pudiera comprometer la pérdida de los mismos. El juez, entonces evaluará dicha circunstancia y dará o no su aprobación correspondiente. La norma, necesariamente exige la autorización judicial previa, para los actos de disposición, por mas que sean urgentes; sin embargo, podría darse el caso que en situaciones de “comprobado peligro inminente”, podría eximirse de esta previa autorización, sin perjuicio de comunicar al juez, luego de realizado.

## Sub - Capítulo 3º

---

### ADOPCIÓN

#### PROCEDENCIA

##### ARTÍCULO 781

*En este proceso se tramita la adopción de personas mayores de edad.*

*Si el presunto adoptado es incapaz, se requiere la intervención de su representante. Si es este el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

#### Comentario

---

1. El proceso de adopción es aquél que tiene como objeto una decisión judicial constitutiva de un vínculo familiar entre adoptante y adoptado. Como es una petición que se promueve, en exclusivo interés del menor cuya adopción se requiere, no supone la existencia de un previo conflicto, por lo que el proceso reviste carácter de no contencioso. En este tipo de proceso se privilegia la información, pues, un particular acude a un juez pidiéndole, en virtud de la información que suministrará, declare la existencia de un hecho y le otorgue la documentación que acredite el procedimiento cumplido. El juez, previa intervención del Ministerio Público recibe la información y si la halla satisfactoria *prima facie*, en mérito de ella, en cuanto haya lugar por derecho, aprueba la información ofrecida y emite, expresa o implícitamente, el pronunciamiento que se le solicita.

2. En materia de adopciones nuestro ordenamiento jurídico hace la distinción entre la adopción tutelar y la adopción civil.

En el primer caso, el art: 243 del CNA contempla como parte de las medidas de protección al niño y adolescente en presunto estado de abandono, darlo en adopción, previa declaración del Estado de abandono por el Juez especializado. Como dice el art: 117 CNA, "para la adopción de niños y adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono." La adopción es

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

una medida de protección al niño y al adolescente, por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. (ver art: 115 CNA).

En el caso de la adopción civil, que no parte del supuesto del abandono, se contempla la edad del adoptado para derivarla a las reglas del proceso único del Código de Niños y Adolescentes (ver art: 160 CNA) o si es mayor de edad, a las reglas del Código Procesal Civil.

El artículo en comentario, precisamente, no trata la adopción de manera genérica, sino aquella adopción de personas mayores de edad, sean estas capaces o incapaces, bajo las reglas del proceso no contencioso, dejando al proceso contencioso, la adopción de personas menores de edad.

Cuando se pretenda realizar la adopción civil ante el Notario Público, sólo corresponderá la tramitación de la adopción de personas mayores de edad, con capacidad de goce y de ejercicio. (ver art: 21 Ley 26662)

3. Según Cornejo Chávez<sup>(1)</sup> la adopción es calificada bajo las siguientes ideas ejes: a) es un acto voluntario, que sanciona una ficción consistente en reputar padre e hijo a quienes no lo son; b) es un acto jurídico solemne, esto es, que exige la intervención del Estado a través de un funcionario público; y c) tiene efectos análogos a los que produce la relación consanguínea paterno-filial.

Para el Código Civil, la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución. (ver art: 238 CC). Por otro lado, el art: 377 CC otorga el siguiente efecto a la adopción: "por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea".

La adopción genera posiciones encontradas en torno a su existencia. Según Cornejo<sup>(2)</sup>, un sector, contraria a ella, señala que en los pueblos antiguos tuvo la adopción una razón de ser en el interés de asegurar la perpetuidad de la familia y otras finalidades económicas y políticas, pero que, en los tiempos modernos, ya no es necesaria para alcanzar objetivos de amparo y protección, pues se ignora que la función de beneficencia compete al Estado; otros piensan, por el contrario, que no existe razón para eliminar del Derecho moderno la figura en cuestión, porque las figuras jurídicas no pueden juzgarse por los abusos a que puedan dar lugar, sino por la finalidad primordial que persiguen; porque es legítima y noble la aspiración de satisfacer el instinto o paternidad o maternidad de quienes no pueden

---

(1) Cornejo Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 396.

(2) Op. cit. p. 412

tener hijos o han perdido los que tuvieron; porque, en ningún caso, perjudica, sino que por el contrario favorece a quienes, no teniendo padres o no pudiendo éstos atenderlos cumplidamente en sus necesidades, son acogidos adoptivamente por quienes pueden prodigarles afecto, cuidados y sustento; porque es socialmente conveniente estimular los sentimientos de solidaridad y cooperación humanas; y porque, en fin, no obliga, sino que sólo faculta tanto al adoptante como el adoptado.

4. Si la adopción tiene como sustrato la de una persona incapaz, tiene que intervenir su representante, y, si éste último es el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.

La presencia del Ministerio Público en los procesos no contenciosos está relacionada con la vigilancia de la independencia de los órganos del Estado y por la recta administración de justicia, aspectos que pudieran ser transgredidos en los mencionados procesos.

El Ministerio Público es un organismo autónomo perteneciente al Estado, que asume las funciones de defensa, de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de los llamados intereses públicos, así como de representar a la sociedad en algún proceso, ya sea en cuanto a la familia, como a los menores y a los incapaces. Igualmente asume la función de ser diligente perseguidor de la delincuencia y asumirá un rol preventivo del delito; asimismo es vigilante de la moral pública.

5. El artículo 759 CPC, establece que cuando se haga referencia al Ministerio Público en cualquiera de los procesos regulados a lo largo del Título II de la Sección Sexta, dicha institución será notificada con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del artículo 250 inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1979, que en relación de las funciones del Ministerio Público se decía: "Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia". Esto último fue nuevamente establecido- y sin cambiar en nada el texto en cuestión-, en el artículo 159 inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en lo que corresponde al Capítulo que desarrolla lo respectivo al Ministerio Público. Si bien, señala el art: 759 CPC, el Ministerio Público debe intervenir y para ello debe ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, no emite dictamen y no tiene la calidad de parte.

6. A pesar que la norma no lo refiera expresamente debemos señalar que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges. La razón de esta limitante es la semejanza que el Derecho quiere suscitar entre la filiación biológica y la civil. Nadie puede tener más de un padre y una madre. La ley quiere asimilar al hijo adoptivo al hijo matrimonial o extramatrimonial.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Otra cuestión que plantea Cornejo<sup>(3)</sup> es saber si muerto el adoptante, puede el hijo adoptivo ser adoptado por otra persona. Si se tiene en cuenta que, la muerte pone fin a la persona, de modo que la del adoptante sólo deja como secuela la transmisión hereditaria, el uso del apellido y los impedimentos matrimoniales, la nueva adopción no suscitaría la concurrencia de varios padres o varias madres ni impondría una división o distribución de las atribuciones propias de la relación paterno-filial. Ocurrida la muerte del adoptante, no hay inconveniente para una nueva adopción, caso en el cual, sin perjuicio del derecho hereditario y de los impedimentos matrimoniales, se entiende que el hijo adoptivo dejará de llevar el apellido de su primer adoptante, para llevar en adelante el del segundo.

---

(3) Op. cit. p. 425

## ADMISIBILIDAD

### ARTÍCULO 782

*Adicionalmente a lo previsto en el artículo 751º, la persona que quiera adoptar a otra acompañará:*

- 1. Copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio, si es casado;*
- 2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado;*
- 3. Los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral;*
- 4. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado;*
- 5. Copia certificada del inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado; y,*
- 6. Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del Juez, si el adoptado fuera incapaz.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La persona que quiera adoptar a otra deberá acompañar la copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio si es casado. Esta información documental es importante para verificar, al momento de la audiencia a que refiere el art: 783 CPC, si ambos ratifican su voluntad de adoptar así como para dilucidar sobre la legitimidad para la posible oposición –del cónyuge– que pudiera formularse. Decimos ello porque la norma en comentario, no requiere que la solicitud de adopción la planteen ambos cónyuges, sino que “la persona que quiera adoptar a otra” acompañe copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio, si es casado.

Esta exigencia es importante tenerla definida, para dilucidar si se requiere el asentimiento del cónyuge y la posible oposición que pudiera realizarse, tal como lo señala el art: 783 CPC.

2. En igual forma, para comprobar la existencia del adoptado y su relación con el adoptante, se requerirá la copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

y de su matrimonio si fuera casado. Esta información documental previa, es importante para los efectos del art: 784 CPC, que dispone se oficie al Registro del Estado Civil respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original. Esta información es importante para determinar los sujetos que prestarán su asentimiento a la adopción y la posible oposición que pudiera realizarse, tal como lo señala el art: 783 CPC.

3. Otro referente que exige la norma, son los medios de prueba destinados a acreditar la integridad moral en el adoptante. Según Cornejo<sup>(1)</sup>, “la adopción, además de cumplir la finalidad de satisfacer el instinto paternal o maternal de quien adopta, busca principalmente proveer al adoptado, sobre todo si es menor de edad, de un clima familiar propicio a su formación por la existencia de los indispensables factores, éticos. Lejos de alcanzarse este objetivo, socialmente fundamental, se pondría en grave riesgo al adoptado si, no exigiendo la ley este requisito, fuera posible el prohijamiento por personas dedicadas a la delincuencia, el vicio o la vagancia”

4. En caso que el adoptante sea el representante legal debe probar con claridad la administración de los bienes del adoptado, como documentos que acrediten que las cuentas de su administración han sido aprobadas; referencia del estado de los bienes que tuviera el adoptado (copia certificada del inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado); y la garantía que pudiera otorgar el adoptante, es decir, algún respaldo en cuanto al posible manejo o administración que hiciera en el futuro el administrador sobre los bienes del adoptado, garantía otorgada por el adoptante que sea suficiente a criterio del juez, si el adoptado fuera incapaz.

5. Todos los documentos y elementos que deben acompañar a la solicitud, son requeridos para dar cuenta de la relación entre el adoptante y adoptado en primer lugar; de un perfil moral del adoptante; de la seguridad en el manejo o administración de los bienes del adoptado que pudiera tener el adoptante; entre otros aspectos. Estos requisitos son también extensivos en el caso de la adopción civil celebrada ante el Notario Público, con la particular exigencia del testimonio del inventario de los bienes que tuviere el adoptado, tal como señala el art: 22 de la Ley 26262.

---

(1) Cornejo Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 414

## AUDIENCIA

### ARTÍCULO 783

*Si no hay oposición, el solicitante, y su cónyuge si es casado, ratificarán su voluntad de adoptar. El adoptado y su cónyuge prestarán su asentimiento. A continuación, el Juez resolverá atendiendo a lo dispuesto en el artículo 378° del Código Civil en lo que corresponda.*

*Si hay oposición, se sigue el trámite previsto en los artículos 753°, 754°, 755°, 756° y 757°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El desarrollo de la actividad procesal en la audiencia de Ley, estará condicionada a la oposición que se diere, para la adopción. A pesar que la norma no precise quienes son los sujetos legitimados para formular oposición, consideramos que la cónyuge del solicitante, podría ser una de ellas.

El art: 781CPC no condiciona que la solicitud de adopción la formule ambos cónyuges, sino que ella puede ser formulada por uno de ellos, dejando el asentimiento del cónyuge que no expresó su voluntad hasta el momento de la audiencia; situación diversa es si ambos cónyuges hubieren solicitado la adopción. Aquí operaría la ratificación del acto solicitado, por ambos.

Para Cornejo<sup>(1)</sup> el hecho de la adopción, no sólo significa la introducción en el hogar de una persona extraña al cónyuge del adoptante, sino que desmedra derechos y sobre todo la expectativa hereditaria de dicho cónyuge, lo cual, por no tratarse de un vínculo nacido de la naturaleza, no quiere la Ley que ocurra sin el consentimiento del afectado. Señala si el cónyuge del adoptante se halla en la imposibilidad de manifestar su voluntad, no hay fundamento bastante para que ello impida a aquél la adopción de un hijo.

En cuanto al supuesto de existir entre el adoptante y su cónyuge un estado de separación de cuerpos, según Cornejo, es necesario distinguir entre el caso de

---

(1) Op. cit. p. 416

ser el adoptante culpable de la separación o de serlo su cónyuge; pues, en el primer evento, el cónyuge conserva su derecho hereditario (art: 343CC) de modo que la adopción mermaría su expectativa hereditaria, mientras que en el segundo habría perdido tal derecho y la adopción no podría afectarle, diferencia ésta de la que habría que derivar la necesidad que en el primer supuesto concurra el consentimiento del cónyuge, y en el segundo no.

Por otro lado, considera que el hecho que el legislador exija, el consentimiento conyugal revela que no le preocupa sustancialmente el desmedro de la expectativa hereditaria, y ni siquiera la introducción en el hogar de un extraño (puesto que dentro de un estado de separación de cuerpos no existe hogar común), sino que sólo ha atendido a la circunstancia que la adopción hecha por uno de los cónyuges, al crearle la carga de obligaciones pecuniarias —especialmente en orden a los alimentos— afecta más o menos directa y considerablemente los derechos del otro. Por nuestra parte, dice Cornejo, estimamos excesivo este requisito, el cual sólo debiera exigirse si el adoptado va a vivir en la casa conyugal, pues, entonces sería injusto y arbitrario imponer al cónyuge del adoptante la presencia de un extraño, que acaso puede serle ingrato, en la misma intimidad del hogar y esto modifica los términos del consentimiento nupcial que prestó; razón ésta que el propio Código admite cuando, tratándose del reconocimiento de un hijo extramatrimonial por uno de los cónyuges, no le permite llevar al hijo al hogar sin el consentimiento del otro (art: 397 CC). No nos hacen fuerza los argumentos referentes a la merma eventual de sus expectativas hereditarias o alimentarias del otro cónyuge, señala Cornejo, no sólo por el individualismo egoísta que en ello pueda existir, sino porque aquellas expectativas se merman cuando uno de los cónyuges tiene uno o más hijos extramatrimoniales o uno o más parientes en estado de necesidad, sin que ello impida legalmente que aquel reconozca a tales hijos o preste estos alimentos sin consentimiento del otro cónyuge.

2. El otro supuesto que exige la norma es el asentimiento del adoptado y su cónyuge, entendido este como la admisión de lo propuesto anteriormente.

El Juez finalmente resolverá teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 378° del Código Civil, es decir, que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al Consejo de Familia si el adoptado es incapaz.

3. Si bien la petición de adopción que se promueve supone la no existencia de un conflicto, empero puede transformarse en contencioso frente a la eventual oposición del representante del adoptado, del cónyuge del solicitante o del solicitado adoptado.

Incluso el proceso no pierde su índole voluntaria frente a la hipótesis que dos personas, en peticiones separadas, persigan adoptar a la misma persona. Acertadamente opina Palacio<sup>(2)</sup> que, en tal caso, corresponde la acumulación de ambos expedientes, pero no la ordinarización del proceso y su apertura a prueba, pues allí está en presencia de un concurso de idoneidades con miras a una mejor aptitud para adoptar pero no ante un pleito suscitado entre los pretendidos adoptantes.

4. Si existe oposición, se aplica al trámite lo dispuesto en los artículos 753, 754, 755, 756 y 757 de este mismo cuerpo normativo.

En el caso del art: 753 CPC, se señala que la contradicción puede ser formulada por el emplazado con la solicitud, dentro de cinco días de efectuada la notificación con la resolución admisorio. Asimismo este artículo 753 señala que se anexarán los medios probatorios para ser actuados en la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes a la admisión de la solicitud y una vez que el Juez haya fijado fecha para la misma, bajo responsabilidad.

El art: 754CPC señala que de haber contradicción, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla.

La resolución que resuelve la contradicción es apelable sólo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada. La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo. Asimismo, en el artículo 756 –complementario a lo anterior– se establece que declarada fundada la contradicción, el proceso quedará suspendido.

5. Si la adopción tiene como sustrato la de una persona incapaz, tiene que intervenir su representante, y, si éste último es el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.

La presencia del Ministerio Público en los procesos no contenciosos está relacionada con la vigilancia de la independencia de los órganos del Estado y por la recta administración de justicia, aspectos que pudieran ser transgredidos en los mencionados procesos.

---

(2) Palacio, t. VIII, op. cit. p. 286

## EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 784

*Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la adopción, el Juez oficiará al Registro del Estado Civil respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

La norma prescribe que las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda. Ella nos ubica en el supuesto que la resolución que declara la adopción, no sea impugnada o habiéndolo sido, se haya tornado ejecutoriada dicha decisión. En tales circunstancias, el Juez oficiará al Registro del Estado Civil respectivo.

Los alcances de esta comunicación también debe ser extensivo en caso del cese de la adopción, en los casos del art: 785 CPC y art: 385 CC, en tales situaciones, recuperan vigencia sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial.

El oficio es una comunicación escrita sobre asuntos de una oficina pública, las que se dirigen unas autoridades a otras, o diversos funcionarios entre sí, por cuestiones relativas a sus cargos o funciones. El art: 148 CPC señala "a los fines del proceso, los jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él." En tal sentido, el Juez oficiará al Registro del Estado Civil, con el objeto que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.



## JURISPRUDENCIA

---

*Con la sentencia de adopción el Juez oficia al Registro del Estado Civil para que extienda la nueva partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original; esta última; conserva vigencia solo para los efectos de los impedimentos matrimoniales, no siendo procedente anular la partida original (Exp. N° 1937-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 129-130)*

## INEFICACIA DE LA ADOPCIÓN

### ARTÍCULO 785

*Dentro del año siguiente de cesada su incapacidad, el adoptado puede solicitar se deje sin efecto la adopción, siguiendo el mismo trámite establecido en este Sub-Capítulo, en lo que sea aplicable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma regula la revocación a la adopción del incapaz, tomando como referente el art: 385 CC que dice: “en el caso del incapaz, la adopción, será revocable a petición del adoptado pero dentro del año siguiente de cesada su incapacidad.” No requiere el adoptado explicar las razones de su revocatoria, pues, simplemente debe expresar su voluntad que se deje sin efecto la adopción.

Nuestra legislación limita la revocatoria al caso de cese de incapacidad (ver art: 385 CC), pero, nada dice en relación al adoptado capaz, mayor de edad, que requiere la ineficacia de la adopción por causas de indignidad que impiden la sucesión conforme al Código Civil, o la negativa injustificada de cumplir la obligación alimentaria. En estos supuestos, señala Cornejo<sup>(1)</sup> “si los motivos que el adoptante o el adoptado pudieren tener para repugnar el vínculo se refirieran a la conducta o comportamiento del otro, las vías de la desheredación o de la indignidad sucesoria –o, en su caso, la restricción del derecho alimentario–, serían las vías legales de sanción”

2. Hay que tener en cuenta que el art: 380 CC considera que “la adopción es irrevocable”, pues, se busca equiparar en lo posible la filiación adoptiva a la consanguínea. Dicha prohibición debe entenderse para el adoptante, mas no para el adoptado (mayor o menor de edad), que perfectamente podría invocar la revocación de ésta, en un proceso contencioso, a diferencia de la revocatoria por cese de incapacidad, que se plantea en un proceso no contencioso, siguiendo el mismo trámite establecido en este subcapítulo, en lo que fuere aplicable, tal como expresamente lo señala el art: 785 CPC.

---

(1) Cornejo Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 424

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Cornejo<sup>(2)</sup>, al referirse al art: 380 CC coincide que la negación es al adoptante, pues “siendo éste persona capaz, la ley no quiere permitirle que por sí y ante sí, por un simple acto de su propia voluntad (que es, en realidad, en lo que consiste la revocación) altere o dé por terminada una relación paterno-filial que él mismo quiso libremente crear, quitando firmeza y estabilidad al status del hijo, cuyo bienestar constituye precisamente el fundamento de la figura”

3. Transcurrido el año, de cesada la incapacidad, y el adoptado no manifestara voluntad alguna para dejar sin efecto la adopción, se asumirá la ratificación de dicho acto jurídico celebrado, pues, ha renunciado tácitamente a la posibilidad de su revocatoria. Para Cornejo<sup>(3)</sup>, la regulación del art: 385 CC concordante con el art: 785 CPC, no es un verdadero caso de revocación, es decir, uno en que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio. En efecto, si se trata de un menor de diez años o de un mayor incapaz, ellos no expresaron en forma alguna su voluntad. Por ellos dieron su asentimiento los padres o se oyó al curador. Si, salido a la mayoría o terminada su incapacidad, el adoptado, ahora sí libre y conscientemente, expresa que no quiere ni quiso nunca la adopción, no está revocando su voluntad –la que supuso en él–, sino manifestando, sólo ahora, la que realmente tiene.

En lo que concierne a la posibilidad de poner fin a la adopción por mutuo acuerdo de adoptante y adoptado, según Cornejo<sup>(4)</sup>, “es evidente su improcedencia, porque ni fue la sola voluntad de ellos, sino una resolución judicial, lo que dio origen al vínculo; ni en el hecho de la adopción cuenta sólo los intereses de adoptante y adoptado, sino legítimos intereses sociales”

Cualquiera sea el carácter que se haya concedido, la adopción puede ser pasible de nulidad si se ha incurrido en las causales del art: 219 CC, siempre que sea el resultado de una sentencia firme, bajo el contradictorio de un proceso, sin perjuicio de declararse la nulidad de oficio, si se trata de una nulidad absoluta y manifiesta.

El art: 23 de la Ley 26262 señala “el notario oficia al Registro respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.

(2) Op. cit. p. 423

(3) Op. cit. p. 423

(4) Op. cit. p. 424

**Sub - Capítulo 4º**  
**AUTORIZACIÓN PARA DISPONER  
DERECHOS DE INCAPACES**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 786**

*Se tramitan conforme a lo dispuesto en este Sub-Capítulo las solicitudes de los representantes de incapaces que, por disposición legal, requieran de autorización judicial para celebrar o realizar determinados actos respecto de bienes o derechos de sus representados.*

*La solicitud debe estar anexada, cuando corresponda, del documento que contiene el acto para el cual se solicita autorización.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

---

 **Comentario**

---

1. La capacidad es calificada por Fernández Sessarego<sup>(1)</sup> como "la abstracta posibilidad de que goza la persona de disfrutar de todas las situaciones previstas por el ordenamiento jurídico". Esa aptitud para gozar de derechos, comienza con el nacimiento de la persona, sin embargo, esa aptitud se ve limitada si el sujeto está incapacitado a ejercer, por sí mismo, de los derechos del que goza. Los supuestos de incapacidad aparecen recogidos en el Código Civil (ver artículos 43 y 44). Se ha establecido ante dichos supuestos de incapacidad, la designación de representantes legales, quienes ejercen los derechos civiles de aquéllos, bajo las reglas de la patria potestad, la tutela y la curatela. Ahora bien, señala el art: 167 CC, que los representantes legales requieren autorización expresa para realizar

---

(1) Fernández Sessarego, Carlos: Derecho de las Personas. Librería Studium Editores. Lima 1986, pp.101 y ss.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

los siguientes actos sobre los bienes del representado: 1º disponer de ellos o gravarlos; 2º celebrar transacciones; 3º celebrar compromiso arbitral; 4º celebrar los demás actos para los que la Ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

Como ya se ha señalado, cuando el representante legal de un incapaz, requiera disponer de sus bienes o derechos de su representado, debe contar con la respectiva autorización judicial para tal fin. Para Messineo, "se trata de una autorización de los órganos judiciales al representante legal, que se exige como acto previo, especialmente en materia de negocios que importen disposición o excedan de la administración ordinaria. Tales negocios necesitan de la forma habilitativa para integrarlos y conferir el poder de disponer o de celebración, removiendo límites a dicho poder y a la eficacia del negocio. Implican, pues, una valoración en sede judicial sobre la oportunidad y conveniencia del acto, respecto del interesado o representado incapaz."

2. El artículo en comentario regula precisamente el procedimiento para dicha autorización, señalando que "la solicitud debe estar anexada, cuando corresponda, del documento que contiene el acto para el cual se solicita autorización." Esto es fundamental, pues el Juez se va a pronunciar sobre la pertinencia de la realización del acto, y sobre él precisamente, va a girar la autorización correspondiente.

Veamos a continuación algunos casos que requiere autorización previa:

a) Cuando los actos de disposición que se celebre a nombre de los menores de edad, sean realizados por los padres, requieren de la autorización judicial previa para ello. Así véase los supuestos que acoge el art: 448 CC, para requerir autorización judicial, como: arrendar bienes por mas de tres años, hacer partición extrajudicial, transigir o someter a arbitraje alguna controversia, renunciar a herencias, legados o donaciones, liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio, dar o tomar dinero en préstamo, convenir en la demanda, entre otros. Para Varsi<sup>(2)</sup>, "la razón de considerar expresamente algunos actos jurídicos, se da por el hecho que éstos generan efectos cuasi determinantes para el patrimonio de los hijos, de allí que como cautela del destino y amplia administración de los bienes se dicta este dispositivo. Sin embargo, la protección no es plena para los intereses del menor pues pueden existir otros actos jurídicos que indirectamente comprometan su hacienda y demás bienes". Si bien la norma en comentario, no lo señala de manera expresa, pero el juez debe oír, de ser posible, al menor que tuviere dieciséis años cumplidos, antes de prestar su autorización, tal como lo señala el art: 449 CC. En igual forma, el art: 102 CNA, considera que el adolescente participará en las reuniones del Consejo de Familia, con derecho a voz y voto. El niño será escuchado con las restricciones propias de su edad.

---

(2) Varsi Rospigliosi Enrique, "Comentario al art: 448 CC" en Código Civil Comentado, t. 2, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p.184

b) Cuando los actos de disposición se realicen por personas ajenas a los padres. Se cuida que el patrimonio del menor no sufra menoscabo, imponiendo al tutor mayores restricciones que los padres, respecto de los bienes de los menores. Así, véase el art: 531 CC que dice: "los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del Consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor"

En opinión de Palacios, ante la dificultad de precisar en un solo concepto el tipo de actos que exceden la administración ordinaria y que necesitan de la autorización judicial concedida al tutor, es que el Código Civil ha tenido la precaución de enumerarlos, con fines de cautelar de una manera más eficaz los intereses del pupilo. Tales actos son, además de los contemplados en los artículos 531 y 448 CC, los que señala el art: 532 CC.

3. Véase de los casos citados que, el contenido de los pronunciamientos en los procesos no contenciosos, son meramente documentales y fiscalizadores. Tienen a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos. Cuando se requiere la obtención de una anuencia prescrita por la ley, como es el caso de las autorizaciones judiciales, el contenido del acto es de mera fiscalización. El juez acuerda o niega la autorización con los elementos que tiene a la vista. La ley no le exige más que eso. Su decisión no juzga rigurosamente, en el sentido jurídico de la palabra, sino en su sentido meramente lógico o formal.

4. Un aspecto no abordado en la disposición de bienes o derechos de los incapaces, es el tema de la autorización judicial. Si bien el artículo en comentario, hace hincapié en la autorización previa, hay casos que la norma especial no solo busca dicha previa autorización sino la aprobación respectiva para la actividad específica ya realizada. Véase el caso de la transacción extrajudicial a que refiere el art: 1307 CC, que considera que en el caso de los ausentes o incapaces, los representantes pueden transigir con aprobación del juez, quien para ese efecto oirá al Ministerio Público y al Consejo de Familia, cuando lo haya y lo estime conveniente. Otro caso que requiere aprobación es el mutuo, cuando se celebre en representación de las personas cuyos bienes administran, como lo señala el art: 1651 CC. En caso de partición de un bien sujeto a condominio, si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, con las exigencias que describe el art: 987 CC. En este último caso, la propia norma establece el mecanismo para la aprobación, como es, "el trámite del proceso no contencioso, con citación del Ministerio Público y del Consejo de familia, si ya estuviera constituido". Consideramos que dicho trámite debe ser extensivo a los demás supuestos descritos que requieren aprobación, adecuándose, en parte, al que se asigna para la autorización judicial.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Resulta atendible autorizar la venta del inmueble, cuya tercera parte corresponde a la hija menor del solicitante, por tratarse de un bien indiviso, cuyo porcentaje mayor le corresponde al accionante. El producto de la venta que le corresponde a la menor, debe ser depositado a su nombre, en una cuenta de ahorros de moneda de mayor solidez.*

*Los padres están limitados de disponer de los bienes de los hijos, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial (**Exp. Nº 877-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 628-630**)*

*Procede declarar la autorización para disponer los bienes del menor, cuando la necesidad o utilidad que invocan, resultan justificables (**Exp. Nº 725-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 544**)*

*Para autorizar judicialmente la disposición de bienes de incapaces, se requiere pruebas que sustenten la necesidad o utilidad de tal disposición (**Exp. Nº 1891-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 545**)*

## MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 787

*El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Sub-Capítulo sólo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Hay casos que la autorización judicial, requiere la intervención del Consejo de Familia, como los actos de disposición de los menores de edad, que se realicen por personas ajenas a los padres. Se cuida que el patrimonio del menor no sufra menoscabo, imponiendo al tutor mayores restricciones que los padres, respecto de los bienes de los menores. Así, véase el art: 531 CC que dice: "los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del Consejo de familia...". En igual forma, el tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del Consejo de familia para los supuestos que recoge el art: 532 CC; sin embargo, la norma en comentario se ubica en el caso de requerir autorización para disponer de bienes o derechos de menores de edad, sin que exista el Consejo de Familia. Ante tal situación, el Ministerio Público interviene como parte.

2. A pesar de la redacción del presente artículo, debemos considerar que en los procesos no contenciosos, no concurre el concepto de partes en sentido estricto, pues, ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, por tanto solo es aplicable a los procesos contenciosos. En este tipo de procesos corresponde reemplazar el concepto parte por el de peticionario, a quien se califica como la persona que, en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada. El peticionante o pretensor no pide nada contra nadie, pues, no hay adversarios, por tanto, no es parte porque no es contraparte de nadie, por tanto, uno de los efectos de estas declaraciones es que no generan cosa juzgada, ni aún por haber sido objeto de recurso de apelación y hayan sido confirmadas por los jueces superiores. Según Couture, en estos procesos los jueces no juzgan ni prejuzgan, "se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es, en primer orden cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

A diferencia de la sentencia jurisdiccional cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración, ni condenan ni constituyen nuevos derechos. En la jurisdicción voluntaria, por el contrario no es el peligro en la demora lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho, o en otros casos, una garantía requerida por la Ley."

3.El artículo en comentario, resulta además contradictorio con lo dispuesto en el artículo 759° CPC, que dice: "Cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos regulados en el siguiente Título, éste será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del Artículo 250, inciso 2 de la Constitución. No emite dictamen.". Si asumimos que el Ministerio Público tiene como atribuciones intervenir como parte, como dictaminador y como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite; el rol que le asigna el presente artículo es bastante confuso, pues, estaría asumiendo un rol no atribuible a los procesos no contenciosos y no admitido por las reglas generales en este tipo de procedimiento sin contención; sin perjuicio de ello consideramos que su intervención es saludable para la autorización que se busca, para vigilar la independencia de los órganos del Estado y por la recta administración de justicia, aspectos que pudieran ser vulnerables en este tipo de intervenciones, más aún, si no se ha constituido el Consejo de Familia con anterioridad a la autorización que se busca.

## MEDIOS PROBATORIOS

### ARTÍCULO 788

*De proponerse como medio probatorio la declaración testimonial, los testigos serán no menos de tres ni más de cinco y mayores de veinticinco años.*

*Cuando se trate de actos de disposición sobre bienes o derechos cuyo valor esté determinado por criterios objetivos, tales como avalúos que tengan carácter de declaración jurada, cotización de bolsa o medios análogos, deberán anexarse a la solicitud los documentos que lo acrediten o, en su defecto, certificación oficial de su valor o pericia de parte.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma hace referencia al medio probatorio que se debe proponer y las condiciones para su ofrecimiento.

Uno de ellos es la testimonial, que es la narración que una persona –ajena al solicitante– hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y hacerlo presente a la mente de quien escucha. La persona, con sus sentidos, su memoria y su lenguaje, cuenta acerca de la existencia del hecho, de la forma en que el mismo sucedió, y de los peculiares matices que lo rodearon.

2. Toda persona propuesta como testigo no solo tiene el deber de acudir personalmente al juez, sino también el deber de declarar y sobre todo, decir la verdad. El presupuesto para que toda persona pueda declarar como testigo es que tenga capacidad para hacerlo. El inciso 1º del art. 229 CPC señala que el absolutamente incapaz está prohibido de declarar, sin embargo, conforme la última parte del artículo 222, los menores de 18 años pueden declarar sólo en los casos permitidos por la Ley; sin embargo, la norma en comentario, apartándose de la prohibición del citado art: 229 CPC, incorpora como limitante para la declaración testimonial, que éstos sean mayores de veinticinco años.

Hay que precisar que la declaración de testigos es un deber para quien debe brindar dicha declaración. Como dice el art: 222 CPC, "toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo."

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Bajo ninguna hipótesis se exime el deber de comparecer. Sólo cuando se formula las preguntas al declarante puede abstenerse de contestar argumentando situaciones de exención; sin embargo, cuando se trata de un secreto, el testigo accede a revelarlo, no incurre en infracción penal si las partes interesadas le han relevado del deber de guardarlo. Otro de los cuestionamientos que surgen es, dilucidar si la reserva del secreto constituye una cuestión de conciencia librada a la apreciación del testigo o es facultad de los jueces, atendiendo a las circunstancias, dispensar o no del deber de declarar. En ese sentido, no podría ampararse en el secreto profesional, el abogado que es preguntado sobre hechos ocurridos en una reunión en que estuvieron presentes ambas partes, hoy en litigio.

3. El otro medio de prueba que acoge este procedimiento es el documento. Se debe recurrir a él, cuando se trate de actos de disposición cuyo valor esté determinado por criterios objetivos, tales como avalúos que tengan carácter de declaración jurada, cotización de bolsa o medios análogos. El documento es calificado por el ordenamiento procesal como "todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho" (ver art: 233). Según Chiovenda, documento es toda representación material destinada a reproducir una cierta manifestación del pensamiento; mientras que para Liebman documento es una cosa que representa o configura un hecho, para dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él. Encajan dentro de este concepto las fotografías, las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas y videograbaciones, las contraseñas, radiografías, dibujos, planos, cuadros, esculturas, murales, discos, etc. Devid Echeandía<sup>(1)</sup> considera al documento como objeto de percepción. Señala "el juez necesita percibir el documento, para asumirlo como medio de prueba. Esas percepciones sensoriales pueden ser diversas: visuales, para verificar la clase de materia que lo forma, como papel o tela o plástico o cuero, etc., la clase de escritura o de dibujo empleado y el material que se utilizó para escribir o dibujar (tinta, pintura, lápiz, máquina de escribir o de imprimir, etc); olfativas, para conocer si contiene o no perfumes u olores nauseabundos, si está impregnado o no de cierto olor propio del lugar, del recipiente, caja o cartera en donde se presume que estuvo guardado y el olor propio de la clase de papel empleado; auditivas, cuando interesa precisar el ruido que puede percibir al ser rasgado el documento o estrujado en una mano o dejado caer al piso"

Para que exista jurídicamente un documento, como medio de prueba, debe satisfacer –según Carnelutti<sup>(2)</sup>– los siguientes requisitos: a) debe referirse a una cosa o un objeto formado mediante un acto humano y que tenga aptitud representativa. Generalmente son cosas muebles, pero, un cuadro, un mural o un escrito

---

(1) Op. cit. p. 416

(2) Citado por Devid Echeandía, op. cit. p. 422

estampado en una pared, son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y en ocasiones con auxilio de peritos; b) que represente un hecho cualquiera y c) que tenga una significación probatoria.

4. La pericia es el otro medio de prueba que se puede incorporar en este procedimiento para dar referencia al valor de los bienes o derechos a disponer y no hubiera certificación oficial al respecto.

La pericia, es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos. En ese sentido podemos decir que no es procedente la pericia sobre puntos de derecho, tampoco cuando se trate de acreditar hechos simples. La pericia de parte es conocida en otros ámbitos como consultor técnico propio.

El perito se diferencia del testigo, porque entra en contacto con los hechos en forma deliberada y a raíz de un requerimiento judicial y puede expedirse no solo con relación a hechos pasados o presentes, sino también futuros. El testigo da noticias sobre los hechos pasados, declara sobre sus percepciones; en cambio el perito formula juicios de valor o deducciones extraídas de los hechos percibidos, recién en el proceso. El testigo es insustituible, a diferencia del perito, pues, su aptitud para comprobar y enjuiciar hechos es común a todas aquellas personas de su especialidad. El testigo declara sobre hechos realizados fuera del proceso, sin encargo del juez, en cambio, el perito se pone en contacto con ellos a raíz del encargo que el juez le encomienda.

## FORMALIZACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN

### ARTÍCULO 789

*Cuando el acto cuya autorización se solicita deba formalizarse documentalmente, el Juez firmará y sellará cada una de las hojas.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La norma hace referencia a la forma que debe asumir la autorización solicitada. Esta debe ser escrita, mediante un documento que contenga el acto para el cual se solicitó la autorización. Dicho documento aparece insertado en la solicitud de autorización judicial, como exige el art: 766 CPC.

La formalización se orienta a dar la forma última a alguna cosa. Implica configurar una presentación última, de acuerdo a ciertas pautas admitidas legalmente, con el objeto de asignarle garantías sobre su validez y certeza.

En ese sentido, el artículo en comento, considera que la formalización de la autorización debe contener la firma del Juez y el sello en cada una de las hojas del documento que contiene la autorización en mención y que por cierto, fue acompañado al inicio, con la solicitud respectiva.

**Sub - Capítulo 5º**  
**DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN,  
AUSENCIA O MUERTE PRESUNTA**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 790**

*A pedido de interesado o del Ministerio Público, se puede solicitar la declaración de desaparición, ausencia o de muerte presunta, sustentada en los casos previstos en el Código Civil.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

C.P.C. Italia arts. 721, 722, 723

C.P.C. Colombia arts. 656, 657, 658

---

 **Comentario**

---

1. La declaración judicial de desaparición, ausencia o muerte presunta es tramitada bajo las reglas del proceso no contencioso. A través de este proceso los interesados acuden al juez pidiéndole que, en virtud de la información que suministran, declare la existencia de un hecho y le otorgue la documentación que acredite el procedimiento cumplido. El juez, previa intervención del Ministerio Público recibe la información y si la halla satisfactoria, en mérito de ella, en cuanto haya lugar por Derecho, aprueba la información ofrecida y emite, expresamente el pronunciamiento que se le solicita.

2. La desaparición es un hecho jurídico que opera cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero mas de sesenta días (ver art: 47 CC). La desaparición sólo da lugar al nombramiento de un curador interino, salvo al caso que el desaparecido tenga representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público (ver art: 47 CC). El mandato es calificado como el negocio jurídico bilateral por el cual el mandatario se obliga a realizar por cuenta y en interés del mandante uno o más negocios jurídicos; en cambio la representación es el negocio jurídico unilateral y recepticio

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

mediante el cual el representante actúa en nombre del representado haciendo de conocimiento de terceros dicha situación.

La designación del curador interino es potestativo, porque no se justificaría ante la falta de patrimonio que resguardar. Tampoco se hace necesario para que se dé la desaparición la carencia de representante o mandatario con facultades suficientes. Dicha situación será relevante solo cuando se tenga que nombrar curador interino de los bienes.

3. La declaración de ausencia presupone la previa existencia de dos elementos: la desaparición, es decir, de una situación de hecho; y el transcurso del tiempo, dos años contados a partir de la última noticia que se tuvo del desaparecido. El art: 49 CC señala: “transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.” Para Pazos<sup>1</sup> “la redacción del artículo 49 CC lleva a confusión en cuanto indica que deben pasar dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido con lo que, aparentemente, primero deberán transcurrir sesenta días desde las últimas noticias de la persona, esto es, que se configure el hecho de la desaparición bajo las reglas del art: 47 CC, para recién contabilizar el plazo de dos años bajo las reglas del presente artículo. Esto resulta ser un absurdo por cuanto el mismo artículo indica que las últimas noticias sobre el paradero de la persona determinan el momento inicial para la cuenta del plazo, y no así la configuración del hecho de la desaparición según el art: 47. Conforme a lo anterior, el plazo en cuestión se contabilizará a partir del momento en que se tuvieron las últimas noticias del paradero de la persona”

Como se aprecia, nos encontramos ante una desaparición calificada, por el elemento temporal que se exige diverso al contemplado en el art: 47 CC. La persona ha desaparecido por un lapso que el legislador ha considerado lo suficientemente amplio como para tomar medidas mucho más radicales que, el nombramiento de un curador interino, por ello, la ausencia declarada tiene como consecuencia la entrega de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Se considera que, “por el tiempo transcurrido los bienes del ausente corren mayor riesgo de verse perjudicados; la existencia de la propia persona, transcurrido los dos años se pone en duda; y se pone en riesgo los intereses de la familia del ausente y de sus eventuales herederos.”

La declaración de ausencia es una situación de derecho que importa colocar en posesión de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al

---

(1) Pazos Hayashida Javier, Comentarios al artículo 47 del Código Civil, en Código Civil Comentado, t.1, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 318

tiempo de dictarla (previo inventario valorizado de dichos bienes); quienes asumirán los derechos y obligaciones inherentes a la posesión, así como los frutos de los mismos, con la limitación de reservar de ellos, una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente, y de no enajenarlos ni gravarlos, salvo los casos de necesidad o utilidad pública, previa autorización judicial (ver art: 51 CC). Procederá además la inscripción de la declaración judicial de ausencia en el Registro de Mandatos y Poderes, así como la designación de administrador judicial, quien desempeñará su función de acuerdo a lo establecido en el art: 55 CC

4. La muerte presunta, se declara sin que sea indispensable la ausencia. Para Fernández “la muerte presunta supone necesariamente la falta del cadáver, excepto en el caso que de existir, no pueda ser reconocido, no obstante lo cual hay certeza de la muerte...”<sup>(2)</sup> En opinión de Alessandri<sup>(3)</sup>, la muerte presunta y tiene como finalidad “solucionar situaciones inciertas respecto de la vida o fallecimiento de una persona que no se encuentra presente, o mejor dicho, se halla desaparecida, del lugar de su domicilio durante un tiempo prolongado. Es decir, tiene por objeto tutelar el interés de la persona desaparecida; el interés de los terceros, principalmente de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido; y, el interés general de la sociedad que no haya bienes y derechos abandonados”

La muerte presunta se declara a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos: “Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad; cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso; y, cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido”. (ver art: 63 CC)

5. La norma hace referencia a las personas que pueden solicitar la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta. Esta opera a pedido de interesado o del Ministerio Público.

**En el caso de la desaparición**, tanto el Código Civil como el Código Procesal no señalan quienes son los interesados que la pueden solicitar; sin embargo, si se precisa quienes pueden pedir la designación de un curador interino para el desaparecido. Como dice el art: 47 CC: puede ser solicitada por quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público; como sería el caso de persona –sea natural o jurídica– interesada en los negocios del desaparecido, y que en opinión

(2) Fernández Sessarego, Carlos: Derecho de las Personas. Librería Studium Editores. Lima 1986, p. 132.

(3) citado por Alcantara Olga, en Comentarios al artículo 63 del Código Civil, en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, t.1, p.363

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de Pazos<sup>(4)</sup>, abarque aspectos de índole empresarial correspondiente a la esfera jurídica del mismo (se contemplan los casos de los acreedores que pueden ver perjudicado su crédito, de los socios, etc). En cambio, cuando se hace referencia a los casos en que existan personas interesadas en los asuntos del desaparecido, se recurre a un supuesto más genérico y no referido a los negocios de la persona incluyendo, por ejemplo, el del alimentista o el de la ex cónyuge con derecho a alimentos que requieran salvaguardarse. También puede ser solicitada por cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo a más remoto. Caso contrario, si no hubiera familiar que estuviera dentro los supuestos señalados, sólo podría optar por solicitar la declaración de ausencia al no estar dicha persona legitimada para solicitar el nombramiento de curador interino.

Para **la declaración de ausente**, esta puede ser solicitada por cualquiera que tenga legítimo interés o por el Ministerio Público. La competencia se determina por el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el de un lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes. (ver art: 49 CC). En el caso **de la muerte presunta** puede ser solicitada por cualquier interesado o por el Ministerio Público, en los casos que refiere el art: 63 CC.

6. Pazos<sup>(5)</sup> desarrolla el problema que genera la declaración de desaparición con el nombramiento del curador interino. Considera que la desaparición es un hecho jurídico diverso al nombramiento de un curador interino, que regula el art: 47 CC; sin embargo, el art: 2030 del CC establece en su numeral 2 que las resoluciones que declaren la desaparición, la ausencia, muerte presunta y reconocimiento de existencia deben ser inscritas en el Registro Personal. Ello implicaría que se requiere la declaración de desaparición como requisito necesario para el nombramiento de un curador interino. A lo que hay que agregar la redacción del artículo 790 CPC en comentario indica que se puede solicitar la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta; así como, el inciso d) del art: 44 de la Ley 26497 indica que se inscriben en el Registro Personal las resoluciones que declaren la desaparición y el art: 3 del literal d) del Decreto Supremo No 015-98-PCM que establece como hecho inscribible el nombramiento de curador interino, a que refiere el art: 47 del CC. De las normas citadas se aprecia una contraposición entre normas que determinan la existencia de un proceso de declaración de desaparición y aquellas que se refieren a un proceso de nombramiento de curador interino. Según Pazos, no se puede considerar que se esté regulando la declaración de desaparición en nuestro sistema. “La desaparición es un hecho jurídico por lo que no es necesario declararla. Por otro lado, la finalidad de la institución no

---

(4) Pazos Hayashida Javier, Comentarios al artículo 47 del Código Civil, en Código Civil Comentado, t.1, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 311

(5) Op. cit. p. 311-312

es la declaración de desaparición sino el nombramiento de un curador interino. Lo que se busca al regular la desaparición es proteger el patrimonio del desaparecido (...) a esto hay que agregar que, no encontramos un efecto práctico en el hecho de declarar la desaparición que sea independiente al nombramiento del curador interino, por lo que la existencia de una declaración judicial en ese sentido sería inútil.”

El referido autor sostiene<sup>(6)</sup> que, al ser la desaparición un hecho jurídico, no requiere declaración judicial; lo que busca es que el juez compruebe el hecho de la desaparición y, si en los considerados de su resolución concluye que existe la misma, proceda a nombrar al curador interino; sin embargo, resulta importante que el juez establezca la fecha probable de la desaparición, para los futuros fines a que refiere el art: 793 CPC y que el nombramiento del curador interino se inscriba, conforme al Reglamento de Inscripciones del RENIEC, en el Registro de Mandatos y Poderes.



## JURISPRUDENCIA

---

*Procede la declaración de muerte presunta cuando hayan transcurrido dos años desde la última noticia del desaparecido (Exp. Nº 720-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 18-19)*

*Estando librado al arbitrio del juez la declaración de muerte presunta, el juzgador puede declarar de oficio la desaparición (Exp. Nº 812-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 15-17)*

---

(6) Pazos, Ibdem

## REQUISITOS ESPECIALES

### ARTÍCULO 791

*Además de los requisitos señalados en el artículo 751º, la solicitud debe indicar la relación de bienes y deudas que se conozcan del desaparecido, del ausente o del muerto presunto y, en estos dos últimos casos, el nombre de sus probables sucesores.*

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

### Comentario

1. La norma regula los requisitos específicos para la declaración que se busca. Al margen de las exigencias generales que refiere el artículo 751 CPC, se debe indicar la relación de bienes y deudas que se conozcan del desaparecido, del ausente o del muerto presunto.

La precisión de los bienes y las deudas, nos remite al concepto de patrimonio, sin embargo, la redacción del artículo no solo debe orientarse a los bienes, sino que también debe comprender a los derechos y obligaciones en general, siempre y cuando no se extingan con la muerte del titular. Véase que la norma nos circunscribe a los compromisos de pago que tiene un deudor frente a su acreedor, sin embargo, la redacción del artículo en comentario, no solo debe comprender a éste, sino a las obligaciones, en general.

Por otro lado, la ausencia o desaparición extingue los derechos personalísimos y vitalicios, y el resto conforma una masa de bienes que se transmitirán a sus herederos, conservando su unidad, vinculada a las mismas deudas que pesaban sobre ella, en vida del causante.

2. En lo que respecta a los sucesores, estos serán a los que se transmitirán el patrimonio del ausente o muerto presunto. La doctrina discute si la sucesión es o no una persona jurídica, si es que tiene o no una personalidad propia, distinta a sus miembros. Frente a esa disyuntiva Arias, encuentra la respuesta negativa, pues los sucesores no son sino condóminos de todo el patrimonio<sup>(1)</sup>. Desde esta perspectiva, serán considerados sucesores los causahabientes, es decir las personas que van a recibir la herencia, sea en su calidad de herederos o legatarios. Los primeros son aquellos sucesores a título universal comprendiendo entonces su participación sobre la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Y los legatarios, son aquellos sucesores a título particular, vale decir que su participación se identifica con determinados bienes.

(1) Ferrero, Augusto: El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano. Fundación Manuel Bustamante de la Fuente. Lima 1987, p.29.

## NOTIFICACIÓN

### ARTÍCULO 792

*La resolución que admite a trámite la solicitud será notificada al desaparecido, ausente o al muerto presunto mediante los edictos más idóneos al cumplimiento de su fin. A quienes puedan tener derechos sucesorios, se les notificará por edicto si se desconociera su dirección domiciliaria.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Italia

arts. 724-731

---

## Comentario

---

Las notificaciones tienen por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales, las que sólo producen efecto en virtud de las notificaciones hechas con las exigencias de Ley. La norma en comentario recoge dos tipos de notificaciones a practicar: por edictos y por cédula.

a) Notificar por edicto implica dar a conocimiento público una información determinada, para lo cual se puede utilizar las publicaciones en periódicos de la localidad y los carteles que se fijan en ciertos lugares públicos o transitados. Los edictos se utilizarán para notificar al desaparecido, ausente o muerto presunto, así como, a quienes puedan tener derechos sucesorios, pero se desconoce su dirección domiciliaria.

Véase que la norma no precisa si estamos ante personas inciertas y con domicilio incierto, sin embargo, si nos remitimos a la redacción del art: 791 CPC, encontramos que uno de los requisitos especiales para la declaración que se busca es designar los nombres de sus probables sucesores, lo que nos llevaría a asumir la posición de la notificación por edictos, se realiza sólo por existir domicilio incierto, pero que las sucesores están identificados con sus nombres. Aún mas, la propia norma en comentario condiciona la notificación por edictos a quienes puedan tener derechos sucesorios, pero se desconociera su dirección domiciliaria.

b) La notificación por cédula se utilizará para notificar a los sucesores, con domicilio conocido. Es un acto judicial realizado en el domicilio de las partes o de sus representantes legales y es practicada por un auxiliar de justicia, llamado notificador, mediante el cual se pone en conocimiento de la resolución judicial

## **PROCESOS CONTENCIOSOS**

---

para que puedan hacer valer su defensa y tener un punto de referencia para el cómputo de los plazos procesales. La notificación por cédula es expresa, pues existe un acto real de transmisión practicada en el domicilio del sujeto pasivo, destinatario de la notificación, al margen que éste lo reciba personalmente. Es una forma de noticiar la actividad procesal de todas las resoluciones judiciales, inclusive hasta de la Corte Suprema.

## SENTENCIA FUNDADA

### ARTÍCULO 793

*La sentencia que ampara la solicitud, establece la fecha probable de la desaparición, ausencia o muerte presunta y, en su caso, designa al curador.*

*La sentencia es inscribible en los registros en donde deba producir efectos jurídicos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La sentencia que ampara la solicitud establece la fecha probable de la desaparición, ausencia y muerte presunta.

En el caso de la desaparición, la fecha se fijará solo cuando se justifique el nombramiento del curador interino, pues, no requerirá tal designación si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades inscritas en el Registro. El nombramiento del curador interino será inscrito, conforme al Reglamento de Inscripciones del RENIEC, en el Registro de Mandatos y Poderes.

En el caso de la declaración de la muerte presunta se indica la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido, tal como lo indica el art: 65 CC. En cambio, si el juez considera improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia en su lugar. (ver art: 66 CC)

2. En el caso de la ausencia, una vez declarada judicialmente, la posesión de sus bienes se transfiere a sus herederos forzosos, situación que conlleva a la administración de los mismos, por ello, resulta innecesaria la presencia de representantes o mandatarios que realicen actos relacionados con los bienes del declarado ausente. La razón de la inscripción de la declaración en el Registro de Mandatos y Poderes se realiza precisamente, con la finalidad de cancelar las correspondientes inscripciones (ver art: 53 CC).

La extinción del mandato o la representación, se realiza con la resolución que declara la ausencia, sin embargo, se hace efectiva a partir del momento en que el mandatario o representante toma conocimiento de dicha situación. Esto se hará, a partir de la inscripción en el correspondiente registro, al cancelarse. Según

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Pazos<sup>(1)</sup>, queda una duda respecto a la extinción de aquellos poderes otorgados para efectuar actos no patrimoniales como, la defensa en un proceso judicial relativo a la esfera extramatrimonial del declarado ausente. Considera que este tipo de poderes debería mantener su vigencia.

Tratándose de la copropiedad de los bienes del incapaz entregados para su administración, la partición convencional se somete a aprobación judicial, la que se tramitará como un proceso no contencioso, con citación del Ministerio Público y del Consejo de Familia si ya estuviere constituido (ver art: 987 CC). Véase que no se trata de una autorización sino de una aprobación, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en los casos que se requiera disponer de los bienes de los incapaces, los representantes legales, deben solicitar la autorización judicial correspondiente, bajo el procedimiento no contencioso, tal como lo señala el art: 786 CPC.

3. La sentencia es inscribible en los Registros en donde deba producir efectos jurídicos, en tal sentido, el artículo 762° CPC dice: "Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda".

Los registros materia de la inscripción son: personal, mandatos y poderes, propiedad inmueble, bienes muebles, entre otros. Por ejemplo, la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el Registro de Defunciones, como lo indica el art: 64 CC.

---

(1) Pazos, op. cit. p. 331

## RECONOCIMIENTO DE PRESENCIA Y EXISTENCIA

### ARTÍCULO 794

*La solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la desaparición, ausencia o muerte presunta, se tramita conforme a este Subcapítulo, en cuanto sea aplicable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La persona que hubiere sido declarado ausente o presuntamente muerto, puede hacer cesar los efectos producidos por la declaración de fallecimiento, a través del reconocimiento de existencia, regulada en los artículos 67 al 69 CC.

Pueden solicitar el reconocimiento, en primer lugar, la persona cuya existencia busca reconocimiento, así como cualquier interesado y el Ministerio Público; debiendo tramitarse bajo las reglas del proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta. (ver art: 67 CC)

2. El reconocimiento de presencia se puede efectuar a partir de dos hechos jurídicos: a) confirmando el regreso de la persona. Aquí el hecho jurídico de la desaparición se extingue. A partir de esto se hace necesario que la persona solicite judicialmente, que por haber regresado, cesen los efectos de la declaración judicial; y b) cuando existe la declaración de voluntad de la persona declarada ausente, efectuada con posterioridad a la fecha en que se declaró su desaparición.

Como señala el art: 59 CC, para el cese de la ausencia se requerirá de una declaración judicial para establecer la presencia de la persona no bastando, entonces, el retorno de la misma o la confirmación de noticias sobre ella, incluyendo el nombramiento de representante o mandatario con facultades suficientes. No es válido afirmar que los efectos de la declaración de ausencia cesarán a partir de la constatación de meros hechos.

Sobre el particular, Fernández Sessarego se pregunta, si la declaración de existencia requería necesariamente la presencia física de la persona en el lugar de su domicilio, o tan sólo era suficiente que de alguna forma idónea reivindique sus derechos y prueba su supervivencia, aún encontrándose en el extranjero y valiéndose de un representante. Resulta evidente la no exigencia del retorno

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

físico al lugar de su domicilio, por lo tanto, únicamente deberá probar su supervivencia.

3. En los casos del regreso del ausente y de la designación de apoderado, se restituye al titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia (ver art: 60 CC). Véase que se hace mención a la citación no a la notificación, si bien en ambos casos, ambos actos procesales buscan noticiar de la actividad procesal entablada, los efectos son distintos, pues, la notificación permite el emplazamiento, el mismo que genera un carga para el que se dirige, situación que no se da con la citación, pues, solo se pone en conocimiento de los futuros implicados, sin que constituya una carga concurrir y apersonarse al proceso, menos contestar; sin perjuicio que puedan los citados hacer uso de la contradicción si fuere el caso.

**Sub - Capítulo 6º**  
**PATRIMONIO FAMILIAR**

**LEGITIMACIÓN ACTIVA Y  
BENEFICIARIOS**

**ARTÍCULO 795**

*Pueden solicitar la constitución de patrimonio familiar las personas señaladas en el artículo 493º del Código Civil y sólo en beneficio de las citadas en el artículo 495º del mismo Código.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

---

 **Comentario**

---

1. El patrimonio familiar implica la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento (ver art: 489 CC).

Esta institución aparece regulada en el Código Civil de 1936, bajo el nombre de hogar de familia. La Constitución de 1979 la acogió, considerándolo inembargable, inalienable y transmisible por herencia. En igual forma, el Código Civil de 1984, la regula en el art: 488, bajo el nombre de patrimonio familiar.

2. En cuanto a la naturaleza jurídica del patrimonio familiar, existen diversas opiniones. Unas la consideran expresión del derecho de habitación. Según el art: 1027 CC, cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se establece el derecho de habitación, en consecuencia se diría que el patrimonio familiar, en su manifestación de casa habitación, constituiría un derecho de habitación a favor de los miembros del grupo doméstico, sin embargo señala Aguilar<sup>(1)</sup>, que en ambas figuras existen diferencias: a) en la habitación una

---

(1) Op. cit. p. 14

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

persona resulta ser propietaria que cede las facultades de uso y disfrute, mientras que otras que no son propietarias usan y disfrutan del bien; ahora bien, en el patrimonio familiar el propietario y los beneficiarios que él designe usan y disfrutan del bien; b) en el patrimonio familiar los beneficiarios siempre son parientes del titular del bien, cosa que generalmente ocurre también en la habitación, pero aquí cabe pacto en contrario; c) el patrimonio familiar se constituye vía judicial o notarial, mientras que el derecho de habitación puede establecerse convencionalmente o por testamento y no requiere de trámite judicial.

3. La norma hace referencia a las personas que pueden solicitar la constitución de patrimonio familiar, para lo cual, nos remite al art: 493 CC, en los siguientes términos: 1º cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su exclusiva propiedad; 2º los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad y sí obviamente, han elegido el régimen de comunidad de gananciales; 3º el padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre bienes propios; 4º el padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad; 5º cualquier persona dentro de los límites en que puede donar o disponer libremente su testamento.

La redacción del inciso 5º deja aparentemente la posibilidad que un tercero, ajeno al grupo familiar, pueda constituir patrimonio familiar; sin embargo, ello no es así, porque si nos remitimos al art 495 CC y al inciso 1 del art: 496 CC dicha posibilidad no existe, pues, es necesario que el constituyente del patrimonio familiar tenga vínculo de parentesco con los beneficiarios. Para Aguilar<sup>(2)</sup>, no es posible que un tercero constituya patrimonio familiar a favor de personas con las que no le une vínculo de parentesco; “creemos que los legisladores al consignar el término, cualquier persona en el inciso 5 del art: 493 aluden a personas diversas a las mencionadas en los cuatro incisos anteriores, así tenemos que podrían ser: el abuelo respecto de sus nietos, el hermano mayor respecto de sus hermanos menores” Aguilar<sup>(3)</sup> tomando como referencia la opinión de Messineo, considera que “la constitución del patrimonio familiar por un tercero viene a ser un acto de liberalidad igual que la constitución en dote; esta constitución está sujeta a reducción si a la muerte de él resulta que la cantidad misma ha lesionado la legítima. En caso que un tercero constituya el patrimonio familiar, éste se reserve la propiedad de los bienes, en aplicación estricta de la norma, ya que el patrimonio familiar no transfiere propiedad, solo da derecho a los beneficiarios al uso y disfrute del bien, pero si este tercero fallece, el bien tendría que desafectarse y entrar a la masa hereditaria para su partición, lo que no ocurriría si el tercero constituye patrimonio familiar, bajo las normas de la donación como sugiere Messineo, pues en este caso tendríamos que estar a lo dispuesto en el art: 1629 CC, referido a que nadie puede dar por vía de donación mas de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación inoficiosa en lo que exceda de esas medida.”

(2) Op. cit. p. 19

(3) Ibidem

4. La constitución de patrimonio familiar se puede solicitar sólo en beneficio de las personas citadas en el artículo 495 CC, esto es, “los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente.” Ello no implica que el patrimonio familiar transfiera la propiedad de los bienes que lo constituye a los beneficiados. Estos sólo adquieren el derecho de disfrutar dichos bienes.

Los beneficiarios del patrimonio familiar dejan de serlo, según el art: 498 CC, cuando los cónyuges se divorcian, mueren o su matrimonio se invalida; los hijos u otros descendientes y los hermanos cuando dejan de ser menores, o desaparece la incapacidad, o mueren; y los padres u otros ascendientes salen de su estado de necesidad o fallecen.

Existen tres criterios para designar a los beneficiados con el patrimonio familiar: a) el de la dependencia: todos los que viven bajo el mismo techo, subordinados al constituyente y ordinariamente a su costa; b) el de la relación alimentaria: todos los que tienen un derecho alimentario respecto del constituyente; y c) el de la relación de parentesco: los parientes en línea recta y los colaterales hasta cierto grado. Según Cornejo se deduce de la normatividad vigente, que se ha combinado los tres criterios teóricos antes enunciados, circunscribiendo con precisión el ámbito familiar dentro del cual cabe la designación de beneficiarios, pero dejando al constituyente en libertad de decidir quienes de dichos familiares, o si todos ellos, habrán de acogerse al amparo del patrimonio familiar.

## ADMISIBILIDAD

### ARTÍCULO 796

*Además de lo previsto en el artículo 751, se acompañará e indicará en la solicitud:*

- 1. Certificado de gravamen del predio a ser afectado;*
- 2. Minuta de constitución del patrimonio familiar;*
- 3. Documentos públicos que acrediten la relación familiar invocada;*
- 4. Los datos que permitan individualizar el predio; y,*
- 5. Los nombres de los beneficiarios y el vínculo que los une con el solicitante.*

---

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts.*

---

## **Comentario**

---

La norma regula los requisitos específicos para la constitución del patrimonio familiar. Al margen de las exigencias generales que refiere el art: 751 CPC, se presentan las siguientes:

1. La exigencia del certificado de gravamen del predio a ser afectado. Véase que la norma busca informarse sobre los gravámenes y no sobre las cargas del bien, esto implica, que en caso de incumplir la obligación principal, se puede llevar a la venta el bien afectado, como sería el caso de la hipoteca o el embargo; en cambio, en las cargas no hay obligación garantizada, por tanto, el objeto sobre el que recae no puede ser objeto de venta. Las servidumbres se citan como ejemplo de cargas, a pesar que el art: 1035 CC los califique erradamente como gravámenes.

Ahora bien, no es que constituya requisito esencial el no tener deudas para constituir patrimonio familiar, sino que se debe evitar que el pago se perjudique por la constitución del patrimonio familiar, como dice el art: 494 CC. Esto implica que si el constituyente tiene otros bienes que respalden el pago de sus deudas pendientes, no será obstáculo alguno para la constitución del patrimonio familiar, pero, si sólo tuviera un bien sobre el que va a recaer el patrimonio familiar, y tuviera deudas pendientes, entonces no procederá la constitución, pues, al afectarse el bien, se estaría perjudicando al acreedor, quien al momento de efectivizar su crédito ya no podría dirigirse contra ese bien, pues, uno de los efectos que genera el patrimonio familiar es la inembargabilidad de los bienes y eso es lo que se debe evitar.

Situación distinta es si las deudas se adquieren con posterioridad a la constitución del patrimonio familiar y con las formalidades que señala el art: 801 CPC. Aquí ya no cabe embargo ni remate por deudas posteriores a su constitución. Como refieren algunos especialistas en el tema, “la razón de ser de la norma resulta justificada, en atención a que el derecho no puede amparar actitudes dolosas de quienes con el argumento de proteger a la familia, burlen el legítimo derecho de sus acreedores.”

Cuando la constitución de patrimonio familiar se realiza en sede notarial, se requiere que el interesado no tenga deudas. El art: 25 de la Ley 26262 exige la declaración expresa del solicitante, de no tener deudas pendientes.

2. El otro requisito es la minuta de constitución del patrimonio familiar. A través de este documento se propone los alcances de la constitución que se busca, como los sujetos beneficiados, datos que permitan individualizar el predio, así como el vínculo que une a los beneficiados con el solicitante.

Los datos que individualizan al predio, son aquellos que permiten la identificación plena del inmueble, como por ejemplo, la inscripción registral y el asiento correspondiente, así como algún documento de numeración municipal, entre otros.

Esta minuta debe ser apreciada como “un proyecto de constitución” del acto que se quiere lograr, la que se convertirá en minuta para los efectos que se busca, tan luego quede consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la constitución del patrimonio familiar. Como dice el art: 801 CPC, “el juez ordenará que la minuta sea elevada a escritura pública y que se inscriba en el registro respectivo.”

Véase que el objeto de la minuta es constituir un patrimonio familiar, dirigido a proteger la casa habitación en que se encuentra instalado el núcleo doméstico del solicitante o al lugar de su trabajo, como fuente generadora de ingresos del grupo familiar. Comprende el inmueble que sirve de vivienda a la familia, así como puede recaer sobre un predio destinado al centro de trabajo familiar, agricultura, artesanía, industria o comercio, pero en cualquiera de los casos el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios. (ver art: 489 CC)

Apreciése que se deja al arbitrio del juez la calificación, si los bienes son necesarios para la morada o el sustento de la familia o desestimarlos por considerarlo que exceden las necesidades. En esa línea de observación, Aguilar<sup>(1)</sup> señala: “podrá aceptarse como patrimonio familiar un taller artesanal, pero no podrá serlo, si se desea afectar mas de dos talleres, o una casa habitación, pero no un edificio de viviendas, o una tienda comercial, pero no una cadena de tiendas comerciales.”

---

(1) Op. cit. p. 22

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

Debe precisarse que bajo el concepto de patrimonio familiar no solo debe comprenderse la vivienda sino también sus accesorios, véase el caso, de la cochera asignada a un Departamento. Si bien registralmente cada bien, mantienen su individualidad, la cochera es un bien accesorio del principal que es el departamento, por tanto, si el patrimonio familiar se constituye sobre la morada (departamento) también se extiende a los accesorios (cochera) de éste. Si no fuera así, el deudor se encontraría privado por el embargo de gozar de los accesorios del bien, forzándolo con ello a abandonar el bien principal.

3. Otra exigencia es que el solicitante debe acreditar con documentos públicos la relación familiar invocada, así como los beneficiarios y el vínculo que los une con el solicitante, para lo cual, se debe tomar en cuenta lo regulado en el art: 495 y 493 CC.

Véase que la norma hace especial referencia, como medios de prueba, a los documentos públicos, esto es, aquellos que son suscritos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y cuyo contenido otorga presunción de certeza, salvo prueba en contrario.

No se ha contemplado la posibilidad que personas sin vínculo de parentesco con el constituyente, pero que vivan con él o dependan de él puedan gozar de este derecho, incluso no les alcanza el beneficio a los parientes colaterales del tercero y cuarto grado del propio constituyente.

Tampoco está comprendido dentro de los beneficiarios del patrimonio a los concubinos, a que refiere el art: 326 CC. Resulta paradójico que si el objeto de la constitución del patrimonio familiar es proteger a la familia y a sus integrantes, solo se consideren a las familias matrimoniales y no a los concubinos.

## NOTIFICACIÓN EDICTAL

### ARTÍCULO 797

*En la solicitud se pedirá la publicación de un extracto de ésta por dos días interdiarios en el diario de los avisos judiciales. Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del Juez. La constancia de esta notificación se acompañará a la audiencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Como señala el art: 494 CC, “para ejercer el derecho a constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución”. Ello se justifica porque el derecho no puede amparar actitudes dolosas de quienes con el argumento de proteger a la familia, burlen el legítimo derecho de sus acreedores, recordemos sobre el particular que ese bien se torna inembargable, por tal razón, es necesario la publicidad del acto que se busca lograr, con ello los terceros interesados puedan oponerse a la constitución del patrimonio familiar, presentando la contradicción correspondiente.

Coincidimos con la opinión de Aguilar<sup>(1)</sup>, que la existencia de deudas no necesariamente significará un obstáculo para la constitución de la figura, si es que el constituyente tiene otros bienes que respalden el pago de sus deudas pendientes, pero si sólo tuviera un bien sobre el que va a recaer el patrimonio familiar, y tuviera deudas pendientes, entonces no procederá la constitución, pues, al afectarse el bien, se estaría perjudicando al acreedor, quien al momento de efectivizar su crédito ya no podría dirigirse contra ese bien, pues, habría sido declarado inembargable, y eso es lo que se quiere evitar. Para la Ley del notariado la exigencia es total, pues para optar por esa vía para la constitución del patrimonio se requiere que el interesado no tenga deudas. (ver art: 25 Ley 26262)

---

(1) Aguilar, op. cit. p.19

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

2. La publicidad es importante en la constitución que se busca; ello en garantía de terceros que pudieran verse afectados con la constitución del patrimonio familiar, por ello, se recurre a las notificaciones por edicto, con el objeto de dar a conocimiento público información relacionada con el patrimonio familiar. Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del Juez. Esta puede darse de varias maneras, como los escritos que se fijan en ciertos lugares públicos o transitados. La publicación debe contener un extracto de la misma por dos días interdiarios, en el diario de los avisos judiciales.

## MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 798

*La intervención del Ministerio Público se sujeta a lo dispuesto en el artículo 759°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

El Ministerio Público es un organismo autónomo perteneciente al Estado, que asume las funciones de defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y de los llamados intereses públicos, así como de representar a la sociedad en algún proceso, ya sea en cuanto a la familia, como a los menores y a los incapaces.

En el caso concreto de los procesos no contenciosos, la intervención del Ministerio Público va a estar dirigido a “velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de Justicia”. La referencia a lo normado en el inciso 2 del art: 250 de la Constitución del Estado, nos remite a la Constitución de 1979, sin embargo, dicho supuesto aparece también reproducido en la actual Constitución de 1993, en el inciso 2° del art. 159. Dicho encargo se contrapone con la esencia de los procesos no contenciosos, pues, estamos ante procedimientos unilaterales, judiciales mas no jurisdiccionales, que no generan cosa juzgada, donde el juez ejerce una función administrativa-judicial en este tipo de intervenciones; prueba de ello, es que no procede recusar al juez ni al secretario de la causa (ver inciso 1° art: 761 CPC), pues no estamos ante contiendas.

La independencia de un juez, implica la libertad que tiene éste para decidir los casos que se someten a su competencia, no teniendo mayor norte de actuación que la aplicación preferente de la Constitución Política, sobre el resto de la normatividad. Esa independencia permite la existencia de jueces imparciales, sin embargo, en el caso de los procedimientos no contencioso, ello no es necesario asegurar, porque no hay contienda, no hay cosa juzgada y no hay jurisdicción. De ahí que resulte contraproducente que el Ministerio Público, en un escenario como el que se describe pretenda “velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de Justicia”. Su intervención en el proceso ni siquiera resistirá a que emita alguna opinión jurídica, pues, no emite dictamen; su tarea será de supervigilancia al desarrollo de la actividad judicial, en el proceso al que se le cita.

## **PROCESOS CONTENCIOSOS**

---

El Ministerio Público ejerce diversas atribuciones en el proceso civil, como parte, como tercero con interés (cuando la ley dispone que se le cite) y como dictaminador (ver art: 113 CPC); sin embargo, en el caso concreto en comentario, se hace expresa referencia a que el Ministerio Público deba ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, pero no emite dictamen.

## AUDIENCIA

### ARTÍCULO 799

*Si no hay contradicción, el Juez resolverá atendiendo a lo probado. Si la hay, se seguirá el trámite establecido en los artículos 753°, 754°, 755°, 756° y 757°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

La actividad procesal que se realice en la audiencia de Ley, estará influenciada por la contradicción o no, que se hubiere formulado.

El artículo 753CPC señala que la contradicción puede ser formulada por el emplazado con la solicitud, dentro de cinco días de efectuada la notificación con el admisorio. De haber contradicción, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla.

La resolución que resuelve la contradicción es apelable sólo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido.

Si no hubiera contradicción, el Juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud. Concluído el trámite, ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo ésta inimpugnabile.

## MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN

### ARTÍCULO 800

*La modificación y extinción del patrimonio familiar se solicitará ante el Juez que lo constituyó, conforme al trámite previsto en este Subcapítulo en lo que fuese aplicable.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Si bien el patrimonio familiar es una institución orientada a la protección a la familia, para garantizar un soporte económico que permita a los miembros del núcleo familiar desarrollarse, dicha protección no es perpetua, sino que puede concurrir la posibilidad, que se extinga o modifique el patrimonio ya constituido.

2. La modificación del patrimonio familiar consiste en cambiar los términos en los cuales fue constituido originalmente. El art: 501 CC hace referencia a ello en los siguientes términos: “el patrimonio familiar puede ser modificado según las circunstancias, observándose el mismo procedimiento que para su constitución”.

La modificación puede conllevar a cambiar el bien a ser afectado o quizás a aumentar o disminuir los beneficiarios del patrimonio familiar. Una expresión de modificación del patrimonio lo ubicamos en el caso del arrendamiento de bienes. Como señala el art: 491 CC “los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez. También se necesita autorización judicial para arrendar una parte del precio cuando sea indispensables para asegurar el sustento de la familia”. Bajo ese enunciado, cuando el patrimonio familiar se ha constituido, no sobre un sólo bien, sino sobre un conjunto de bienes, la autorización para alquilar alguno de ellos, es procedente. Véase el caso del patrimonio constituido sobre un departamento y una cochera. Se podría arrendar la cochera cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia. Aguilar<sup>(1)</sup>, presenta el siguiente caso: “un fundo donde existe un tractor, como no se utiliza todo el año, en época que no este cumpliendo su deber, si puede darse en arriendo, con lo cual se obtiene alguna renta que serviría para destinarlo al mismo grupo familiar”

---

(1) Aguilar, op. cit. p. 22

3. La extinción se orienta a ponerle término o fin al patrimonio familiar. El trámite previsto para la modificación o extinción del patrimonio familiar es el previsto en este Subcapítulo, teniendo en cuenta sólo lo que le fuese aplicable.

El patrimonio familiar se extingue –según el art: 499 CC– cuando: a) todos sus beneficiarios dejen de serlo; así los cónyuges dejen de serlo o mueren; los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad; los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparecen el estado de necesidad. La regla es que ninguno de los beneficiarios mantenga la situación o condición por la que se constituyó el patrimonio. El solo hecho que uno de ellos mantenga aquella situación hará que el patrimonio familiar continúe vigente; b) cuando, sin autorización del juez los beneficiarios dejan de habitar la casa o de trabajar el predio por un año continuo. Véase que la norma no se coloca en el supuesto que el abandono se produzca por períodos, que sumados exceden un año; c) cuando habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez a pedido de los beneficiarios lo declara extinguido. Apéciése que esta facultad está concedida a los beneficiarios, dentro de los cuales obviamente está el constituyente. Según Aguilar<sup>(2)</sup>, al comentar esta causal considera que “los jueces deberían ser muy prudentes en conceder tal extinción, pues podría estar presentándose situaciones de injusticia, en las que levantado el patrimonio, luego se vende el bien, y los beneficiarios, que ordinariamente lo serían la cónyuge e hijos, se verían poco menos que en la calle.”; d) cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio. Durante un año el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses se constituya un nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiera constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario del bien o bienes expropiados. Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

---

(2) Aguilar op. cit. p. 26

## FORMALIZACIÓN

### ARTÍCULO 801

*Consentida o ejecutorida la resolución que aprueba la constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el Juez ordenará que la minuta sea elevada a escritura pública y que se inscriba en el registro respectivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La norma hace referencia a la formalización de los actos relacionados con el patrimonio familiar.

Esta requiere de ciertas pautas con el objeto de asignarle garantías sobre su validez y certeza. Una de ellas, es la existencia de una minuta, presentada conjuntamente con la solicitud a que refiere el inciso 2º del art: 796 CPC; otra es, la existencia de una resolución que apruebe el contenido de la minuta, según el acto que se quiere realizar, como es la constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar. La siguiente exigencia se orienta a verificar que la resolución aprobatoria se encuentre consentida o ejecutoriada, esto es, que se haya consentido el contenido del pronunciamiento judicial o que se haya agotado la impugnación.

Recién cuando concurren los tres supuestos descritos, se procederá a elevar la minuta a escritura pública e inscribir en el Registro respectivo, según el caso.

La inscripción es un acto determinante para los efectos frente a terceros, al que necesariamente se tendrá que recurrir para oponer los efectos del acto aprobado sobre el patrimonio familiar. En tanto no se hubiere inscrito el acto, no podrá extender los efectos *erga omnes* la declaración de la jurisdicción.

**Sub - Capítulo 7º**  
**OFRECIMIENTO DE PAGO  
Y CONSIGNACIÓN**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 802**

*En los casos que establece el Código Civil, quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso, que se le autorice a consignarlo con propósito de pago. Cuando hay un proceso contencioso en que se discute la relación material que originó o que esté conectada a la obligación debida, el ofrecimiento y eventual consignación, deben realizarse en dicho proceso siguiéndose el trámite que corresponde al mismo.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

---

 **Comentario**

---

1. La norma presupone la existencia de una relación jurídica en la que aparecen definidas las prestaciones que se buscarán satisfacer con el propósito de pago. De manera general, se define el pago como el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho que es debido. Según Ripert<sup>(1)</sup>, pagar, es cumplir su obligación, cualquiera sea su objeto. Para Planiol y Ripert<sup>(2)</sup> el pago es el modo normal de extinción de las obligaciones, ya que consiste en el hecho de cumplir la prestación prometida, sea cual fuere, entrega de una suma de dinero, entrega de un objeto, realización de un trabajo, etc.

El pago es una operación jurídica que se realiza normalmente con el acuerdo del acreedor que acepta el pago y con eso lo reconoce como válido, sin embargo,

---

(1) Ripert Georges y Jean Boulanger, Tratado de Derecho Civil, t.V, 2º parte, La Ley editorial, Buenos Aires, pp.376

(2) Planiol Marcelo y Ripert Jorge, Tratado práctico de derecho civil francés, t.VII, Cultural SA Habana, 1945, p.486

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

ese acuerdo no es indispensable y el deudor puede, obligar al acreedor a recibir el pago. En este último extremo se enmarca el pago por consignación.

2. El pago por consignación es el que satisface el deudor, o quien está legitimado para sustituirlo, con intervención judicial, esto último, es la característica fundamental de esta forma de pago. Se parte de la idea que el acreedor no quiere recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, en cuanto al objeto, modo y tiempo de satisfacerlo; o bien que él no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor. En cualquiera de estos supuestos, el deudor o quien tenga derecho de pagar, no puede quedar bloqueado en el ejercicio de ese derecho. De ahí que la ley haya establecido este mecanismo, el pago por consignación, al cual puede recurrir el deudor para lograr su liberación judicial.

Como ya se ha señalado, el pago por consignación es un pago efectuado con intervención judicial. Se busca poner el objeto debido ante el juez para que éste, a su vez, lo atribuya al acreedor dando fuerza de pago, de tal forma, que el deudor queda liberado. En ese sentido apreciamos de la redacción del art: 1251 Código Civil que dice: “el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida...”

La consignación produce todos los efectos generales del pago y da lugar a dos consecuencias importantes: detiene el curso de los intereses y opera la traslación de los riesgos relativos a la prestación consignada que pasan a ser soportadas por el acreedor.

3. El ofrecimiento de pago es la “declaración de voluntad del deudor, dirigido a su acreedor, de estar dispuesto al cumplimiento inmediato de lo debido y exigible. Como señala el artículo en comentario, “quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso, que se le autorice a consignarlo con propósito de pago.” Según Ferrero<sup>(3)</sup> para que la consignación surta a plenitud los efectos que la ley le asigna es necesario que se den los siguientes requisitos: un ofrecimiento de pago; negativa del acreedor a admitir el pago; depósito judicial de la prestación que deba realizarse. Naturalmente, el ofrecimiento deberá reunir todas las formas sustanciales del pago, vale decir, que debe ser hecho por quien puede pagar, a quien pueda recibirlo, en el tiempo y lugar debido y ser completo, libre y real.

4. El ofrecimiento debe realizarse en el lugar convenido para el pago y si no hubiese mediado pacto especial es competente “el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición

---

(3) Ferrero, Carlos: Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco Editores. Lima 1987, p.174.

## REQUISITOS Y ANEXOS DEL OFRECIMIENTO JUDICIAL

### ARTÍCULO 803

*Además de lo dispuesto en el artículo 751º, en lo que corresponda, el solicitante deberá precisar con el mayor detalle posible la naturaleza y cuantía de la obligación, anexando los medios probatorios que acrediten:*

- 1. Que la obligación le es exigible; y,*
- 2. Que en el pago que pretenda realizar concurren los requisitos establecidos en el Código Civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La norma regula los requisitos específicos para el ofrecimiento de pago. Al margen de las exigencias generales que refiere el art: 751 CPC, el solicitante deberá precisar con el mayor detalle posible la naturaleza y cuantía de la obligación, anexando los medios probatorios que acrediten: que la obligación le es exigible; y que en el pago que pretenda realizar concurren los requisitos establecidos en el Código Civil.

La obligación es exigible por razón de tiempo, lugar y modo. Esto implica para Velasco<sup>(1)</sup> que no se puede exigir el cumplimiento de una obligación sin que haya vencido el plazo estipulado para cumplirlo; el lugar, entendido como la localidad en que debe efectuarse el pago. Si se ha pactado que el cumplimiento se haga en un lugar, no puede ejercitarse en otro distinto. En relación al modo, son las condiciones estipuladas en el contrato; si se ha pactado el pago por armadas, no puede exigirse el pago total; al que se ha obligado a pagar en especie, no se le puede exigir el pago en dinero.

En lo que respecta a los requisitos del pago, Ferrero<sup>(2)</sup> señala que pueden ser cinco: una obligación preexistente, ya que no podría darse cumplimiento a una

---

(1) Velasco Gallo Francisco, Derecho Procesal Civil, Cultural Cuzco editores, 6º ed, Lima, 1987, p. 16

(2) Ferrero, Carlos: Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco Editores. Lima 1987, p.144.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

obligación inexistente; el ánimo solvendi, es decir, la intención de extinguir la obligación; que se realice la misma prestación que se debe; el “solvens” o persona que cumple con la prestación; el “accipiens” o persona que recibe la prestación.

2. Algunos autores consideran que para que el pago sea admisible, tiene que ser cumplido en tiempo propio, es decir, no ser prematuro ni tardío. La consignación es prematura cuando el pagador pretende imponer al acreedor la recepción del pago antes del tiempo oportuno para el cumplimiento de la obligación. La consignación es tardía si al tiempo de hacerse, el pagador ya carece de derecho.

La obligación no subsiste por haber quedado resuelta en razón del incumplimiento del deudor. Es igualmente tardía la consignación si a causa de la demora en el pago, la prestación ya no tiene utilidad para el acreedor.

Como sostienen algunos autores, no es tardía la consignación intentada después de estar en mora el deudor. El hecho de la mora, no hace caducar el *ius solvendi* del deudor; por tanto si tiene derecho de pagar, se sigue; de ahí que puede consignar el pago apropiado que no quiera recibir el acreedor. Si éste no tiene motivo legítimo para rechazar el pago, la consignación tendrá que ser aceptada.

Para Llambías, la consignación que intente el deudor moroso tendrá que ser suficiente, debiendo comprender no solo la prestación debida sino también el complemento referente a la reparación del daño moratorio. Por ejemplo si existiera una cláusula penal moratoria la consignación debe cubrir la prestación originaria y además el importe de la pena, pudiendo el acreedor rechazarla, no por provenir de un deudor moroso sino por no concurrir el requisito relativo a la integridad del objeto del pago. En suma la mora del deudor no es un hecho que contradiga a la admisión del pago por consignación.



### JURISPRUDENCIA

---

*Las consignaciones efectuadas por montos inferiores a la renta que corresponde, no surten los efectos de pago, por ser totalmente diminutas (Exp. Nº 563-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 116-117)*

## FORMA DEL OFRECIMIENTO JUDICIAL DE PAGO

### ARTÍCULO 804

*El ofrecimiento debe consistir en cumplir la prestación en la audiencia.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

El ofrecimiento de pago es la declaración de voluntad del deudor, dirigido a su acreedor, de estar dispuesto al cumplimiento inmediato de lo debido y exigible; y puede ser extrajudicial y judicial. La norma hace referencia a éste último caso y es aquel en el que media la figura del juez, quien debe autorizar dicho pago, de acuerdo al cumplimiento de ciertos requisitos.

El artículo en comentario, especifica que dicho ofrecimiento judicial, consiste en el cumplimiento de la prestación, en la audiencia; sin embargo, debemos tener en cuenta que lo regulado en el art: 806° CPC, constituye un caso excepcional al mandato general establecido en el presente artículo. Así, el artículo 806° señala que si por la naturaleza de la prestación, el pago no pueda efectuarse en el acto de la audiencia, el Juez dispondrá en la misma, atendiendo al título de la obligación o, en su defecto, a la propuesta de las partes, la oportunidad y manera de hacerlo.

Eso quiere decir que, de primera intención, debe realizarse el cumplimiento de la obligación en la audiencia, sin embargo, también es factible que, por excepción, se realice en oportunidad que el Juez disponga.

Formulado el ofrecimiento judicial, el acreedor podrá aceptarla o el juez declararla que está bien hecha. Si el acreedor acepta la suma ofrecida como pago, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata, previa entrega del recibo.

## FALTA DE CONTRADICCIÓN Y AUDIENCIA

### ARTÍCULO 805

*Si el acreedor no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento, en la audiencia el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 807°.*

*En caso de incomparecencia del emplazado, se procederá en la forma establecida en el párrafo anterior.*

*Si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el Juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres Unidades de Referencia Procesal. Esta decisión es inimpugnable.*

*Si el emplazado acepta el ofrecimiento, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. Como regla general la consignación debe ir precedida del ofrecimiento de pago y ser comunicada previamente a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. Ambas cosas se tiene que acreditar ante la autoridad judicial; sin embargo, y de manera excepcional, puede el deudor consignar, sin previa oferta real, como es el caso del pago en la adjudicación de bienes provenientes de remate judicial y en el caso de expropiación por causa de utilidad pública. La consignación consiste en depositar la cosa bajo el poder de la autoridad judicial y a disposición del acreedor. Con ello queremos decir que no es indispensable su entrega material al juzgado, sino que aún custodiada en distinto lugar al juzgado, el juez la tenga bajo el poder de su voluntad. Para Planiot y Ripert<sup>(1)</sup> la consignación es algo más que un simple depósito. Va acompañada de la oferta de pago hecha al acreedor y de la puesta a su disposición de la cosa debida. La

---

(1) Planiot Marcelo y Ripert Jorge, Tratado práctico de derecho civil francés, t.VII, Cultural SA Habana, 1945, p. 548

consignación pone término a las demandas del acreedor, pone fin a los intereses futuros y traslada los riesgos de la cosa o la suma consignada sobre el acreedor.

2. Formulada el ofrecimiento judicial, el acreedor puede aceptarla de manera expresa o de manera tácita, si no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento. Bajo estos supuestos, el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 807 CPC.

Si el acreedor acepta la suma ofrecida como pago, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata, previa entrega del recibo.

En ambos casos, de aceptación expresa o tácita, se cierra el ciclo del procedimiento entablado, y, como quiera que sustituye el pago, la obligación se extingue y el deudor queda liberado; por el contrario, sigue subsistente la deuda si, por falta de cualquier requisito, la consignación no fue válida, ya que lo que extingue aquélla es la consignación, y no el ofrecimiento de pago.

Como se ha señalado, la oferta real, seguida de la consignación libera al deudor, lo que permite creer a varios tratadistas que el efecto liberatorio depende de la oferta, bajo la condición que la consignación se efectúe a continuación, con efectos retroactivos, después de cumplirse esa condición (se produce solo en la consignación y no a partir de la oferta). Es preciso que la operación que hasta ese momento solamente ocupa el lugar del pago, se transforme finalmente en pago verdadero y produzca la transmisión de la propiedad a favor del acreedor, si al menos lo consignado es conforme a lo debido.

3. La norma hace referencia a los efectos de la inconcurrencia del acreedor y deudor a la audiencia.

En caso del acreedor emplazado, que ha aceptado el ofrecimiento de manera expresa, el juez ordena que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata, siempre y cuando asista el acreedor a la audiencia; en cambio, si el acreedor no contradice y tampoco concurre a la audiencia, se procederá a la consignación de lo ofrecido en los términos que regula el art: 807 CPC. Este proceder también debe ser extensivo para el acreedor que habiendo aceptado expresamente el ofrecimiento no ha concurrido a la audiencia.

La inconcurrencia del deudor solicitante a la audiencia tiene un tratamiento distinto al del acreedor. Señala la norma "si el solicitante no concurre a la audiencia" el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa...". El efecto descrito no puede ser extensivo a la inconcurrencia del deudor, si éste ha procedido a consignar la prestación del pago, conjuntamente con el ofrecimiento judicial. Ahora bien, la sola concurrencia del solicitante tampoco es suficiente, pues, se requiere que éste materialice el pago en la forma ofrecida, caso contrario, el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una sanción pecuniaria.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

4. El momento a partir del cual se producen las consecuencias del ofrecimiento de pago, está determinado por la aceptación o rechazo del acreedor. En el primer supuesto, la consignación hecha por depósito judicial que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago válido; ello, porque el demandado está obligado a pronunciarse sobre la pretensión del actor, pues habiendo "obligación legal de explicarse" su silencio equivale a conformidad.

Otra de las interrogantes se orienta a determinar si puede el acreedor hacer una aceptación condicionada. Según Llambías<sup>(2)</sup>, "no hay inconveniente en admitirlo pues esa actitud tiene correspondencia con la posibilidad que el deudor pague con salvedades o reparos. Así sería factible que el acreedor aceptara el pago pero impugnando el procedimiento, por no haberse negado a recibir el pago directo: en ese supuesto sería viable el retiro de la prestación consignada, por parte del acreedor, sin perjuicio de proseguir el pleito para determinar quien debe cargar con las cosas".

5. Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

Según el artículo en comentario, "si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el Juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres Unidades de Referencia Procesal." No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del art. 53 CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa No 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99)

La medida de la condena se expresa en unidades de referencia procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de ésta a la discrecionalidad del juez

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el art. 421 CPC precisa que será aplicable la (UPR) vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

---

(2) Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, t.II-B, 3º ed, Perrot, Buenos Aires, 1982, p..286

## CASO EXCEPCIONAL

### ARTÍCULO 806

*Si por la naturaleza de la prestación el pago no puede efectuarse en el acto de la audiencia, el Juez dispondrá en la misma, atendiendo al título de la obligación o, en su defecto, a la propuesta de las partes, la oportunidad y manera de hacerlo. El cumplimiento, del que se levantará acta, se llevará a cabo en presencia del Secretario de Juzgado o del propio Juez, si éste lo estima necesario.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. Lo señalado en el presente artículo constituye un caso excepcional al mandato general establecido en el artículo 804° CPC.

A pesar que el cumplimiento de la obligación debe realizarse en la audiencia, como señala el artículo 804 CPC, sin embargo, es factible que, por excepción, se realice en la oportunidad que el Juez disponga, en atención a la naturaleza de la prestación, véase el caso de la entrega de bienes perecibles o la entrega de una estatua de grandes dimensiones. En atención a la naturaleza de la prestación, no pueden efectuarse en el acto de la audiencia, por lo que el Juez dispondrá en la misma, la oportunidad y manera de hacerlo. Dicho cumplimiento, se llevará a cabo en presencia del Secretario de Juzgado o del propio Juez, si éste lo estima necesario.

2. Si bien el deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa; Albaladejo<sup>(1)</sup> se pregunta cómo se libera si se trata de obligación de hacer. Sin duda puede ofrecer el cumplimiento al acreedor y ponerlo en mora, mas ¿podrá liberarse? ¿es posible consignar una conducta? En su opinión hay que acoger la tesis que “el deudor se libera por la no aceptación de su ofrecimiento a realizar la prestación, o bien, a lo más, obteniendo de la autoridad judicial la declaración que estuvo dispuesto a realizar la prestación” Esta afirmación la apoya en tres argumentos: a) el deudor quedaría obligado mientras que viniese en gana al acreedor,

---

(1) Manuel Albaladejo, Derecho Civil, derecho de obligaciones, t.II, Vo 1, 10 ed, Bosch, Barcelona, 1997, p.164

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

lo cual, es contrario al principio de *favor debitoris* y contrario al precepto que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes; b)no es injusto sancionar la negativa del acreedor, haciéndole producir, en cuanto es arbitraria, los efectos del perdón de la deuda; c)hay una imposibilidad (por causa del acreedor) de la que el deudor no es responsable.

## CONSIGNACIÓN

### ARTÍCULO 807

*Para la consignación de la prestación se procede de la siguiente manera:*

- 1. El pago de dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga interés legal.*
- 2. Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el Juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.*
- 3. Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

En el artículo 807° en comento, prescribe cómo debe procederse para la consignación de la prestación, atendiendo a la naturaleza de la prestación.

Cuando el pago es dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito, el cual es expedido por el Banco de la Nación, generando intereses legales el dinero consignado. El dinero es un medio de cambio de aceptación generalizada. Aquí se habla de dinero o de valores, para referirse de una manera más amplia a lo que es materia de consignación en el Banco de la Nación

Si se tratara de otros bienes, en la audiencia el Juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente sea expuesto por las partes. El Juez tendrá que atender, en primer lugar, a lo que se señala en el título de la obligación, es decir, en el documento que incorpora la obligación, cuyo cumplimiento se pretende. En defecto de ello y de manera subsidiaria, lo que las partes expongan.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Procede amparar la devolución del certificado del depósito judicial expedido por el Banco de la Nación, si el accionante ha desistido del pago ofrecido, en atención a que el acreedor no aceptó la consignación efectuada porque ésta ya había sido cancelada por un tercero (Exp. N° 26-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, Sumilla 83)*

*Si las consignaciones no han sido impugnadas por el acreedor dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la citación con cada una de ellas, de acuerdo con el artículo 1253 del Código Civil, surten los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento (Exp. N° 986-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 326)*

*La consignación depositada por el actor resulta diminuta como precio del bien inmueble, hecho que tornaría ilusoria la recuperación de su dinero por el comprador.*

*Debe tomarse en cuenta la devaluación de nuestro signo monetario y el índice de inflación, para determinar si el precio pagado por el comprador, fue más favorable que el que se pidió al actor (Exp. N° 203-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 135-136)*

*La consignación de la suma adeudada en el Banco de la Nación mediante certificado de depósito, no surte los efectos del pago, si no ha completado su trámite por la vía judicial, con conocimiento del beneficiario.*

*Para demandar la cancelación de la anticresis y devolución del inmueble el deudor tiene que haber cancelado la deuda (Exp. N° 1633-91-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 323-324)*

*Si se consigna las llaves y se pone a disposición de la arrendadora los inmuebles arrendados por haber concluido el contrato en la forma acordada por los contratantes surte efectos y extingue la responsabilidad por la renta (Exp. N° 1197-94-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 442-444)*

*Desde el momento en que el demandado en un proceso de desalojo consigna al juzgado las llaves del inmueble materia de litis, se encuentra exento de la obligación de pagar la renta, en razón que la consignación que no ha sido objeto de oposición da por cumplida la prestación debida (Cas. N° 2232-97-Lima, El Peruano, 30/11/99, p. 4189)*

## VENTA

### ARTÍCULO 808

*En cualquier estado del proceso, a solicitud del deudor, bajo su responsabilidad y con citación del acreedor, el Juez puede autorizarlo, en decisión motivada e inimpugnable, que proceda a la venta inmediata del objeto de la prestación cuando ésta sea susceptible de deterioro o perecimiento. La decisión que rechaza la solicitud es apelable con efecto suspensivo. Efectuada la venta se consigna el importe del precio deducidos los gastos realizados.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

La norma brinda la oportunidad al deudor, de proceder a la venta inmediata del objeto de la prestación cuando ésta sea susceptible de deterioro o perecimiento.

La venta debe contar con la autorización del juez y se realiza bajo responsabilidad del deudor y con citación del acreedor.

Esta autorización puede operar en cualquier estado del proceso, donde se presente la necesidad de la enajenación, esto es, con el propio ofrecimiento o luego con la consignación del objeto de la prestación.

Dada la urgencia de la medida, justificada por el inminente perjuicio que ocasionaría el deterioro o perecimiento del bien, la autorización del juez resulta inimpugnable; *contrario sensu*, si se rechaza el pedido éste será impugnado con efecto suspensivo.

Otro aspecto que refiere la norma es la motivación que debe contener la autorización para la venta; si bien, es una exigencia expresa en este caso, ella debe imperar en toda resolución judicial, con excepción de los decretos, para justificar la decisión del juez.

Véase que aquí opera la sustitución del bien perecible materia de la prestación ofrecida, por el dinero producto de la enajenación. Dicho dinero sigue la suerte del bien enajenado, esto es, continúa bajo el ofrecimiento de la consignación o la consignación propiamente, pues, conforme refiere la última parte del artículo en

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

comentario: "efectuada la venta se consigna el importe del precio deducidos los gastos realizados".

Un aspecto que no hace referencia la norma es la llamada conversión monetaria, esto es, de permitir que la prestación dineraria se convierta a otra moneda, siempre y cuando sea de necesidad, como sería el caso de la hiperinflación, donde la capacidad monetaria nacional se torna débil.

## CONTRADICCIÓN Y AUDIENCIA

### ARTÍCULO 809

*Tramitada la contradicción y su absolución, si la hay, el Juez autoriza la consignación sin pronunciarse sobre sus efectos y declarará concluido el proceso sin resolver la contradicción, quedando a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en el proceso contencioso que corresponda.*

*Iniciado el proceso contencioso, cuando se trate de prestaciones de cumplimiento periódico, los ofrecimientos y consignaciones siguientes se realizarán en dicho proceso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El contenido de este artículo se contrapone al art: 805 CPC. Aquí se parte del supuesto que el acreedor no está de acuerdo con el ofrecimiento de pago y contradice.

La contradicción conlleva a que el juez "autorice la consignación", pero no a que se pronuncie sobre sus efectos ni sobre su validez en este procedimiento. La contradicción no es resuelta en este proceso; ella se dilucidará en el proceso contencioso correspondiente.

2. Una de las interrogantes que se plantea en el pago por consignación es determinar ¿a partir de cuándo produce efecto la consignación admitida como válida en la resolución firme? Para el art. 1254 Código Civil, el ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado; el extrajudicial, el día que es puesto en conocimiento.

Otras opiniones consideran que el pago produce efecto desde el día de la sentencia que la declara legal. A falta de conformidad del acreedor, la sentencia que admite la consignación produce su efecto desde la fecha del pronunciamiento judicial. Esta posición es absurda para Llambias<sup>(1)</sup> porque a) si la sentencia justifica la actitud del deudor al consignar, no se explica que postergue la eficacia del

---

(1) Op. cit. p.287

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

pago hasta el momento posterior de la sentencia que se limita a declarar la legitimidad de ese pago: he ahí un pago legítimo que pese a serlo no produce los efectos de tal; y b) porque atribuye a la malicia o capricho del acreedor, que sin razón objetiva la consignación para privarla de la eficacia cancelatoria de la obligación, que hubiera tenido si actuando con corrección él la hubiese aceptado.

Según LLambias<sup>(2)</sup> la consignación válida extingue la obligación; pero la validez, no le da la sentencia, sino el haberse llenado todas las condiciones de Ley. La sentencia declara que desde el principio ha sido hecho en forma; su validez data desde que se hizo, según la sentencia; luego la deuda ha debido extinguirse desde el principio también. La solución se da por el efecto declarativo de la sentencia que reconoce la fuerza de la consignación.

Distinto es el caso, para Llambías<sup>(3)</sup>, cuando la consignación es defectuosa al tiempo de hacerse, pero en el curso del proceso se subsanan los defectos que tenía. No tendría sentido rechazar la consignación y volver a las partes a fojas uno obligando al deudor a hacer un nuevo proceso, si ahora ya no hay objeción alguna que hacerle. La economía procesal indica la conveniencia que la sentencia admita la consignación a fin de superar el diferendo de las partes para el que ya no hay motivo. Solo que, entonces, la validez de la consignación no puede remontarse a la fecha en que se hizo porque en ese momento no tenía los requisitos del pago: de ahí que sólo "surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la declararse legal". Ya el acreedor no tiene motivo de queja porque se lo obligue a aceptar un pago que ahora es válido, especialmente si se atiende a la invalidez originaria de la consignación para eximirlo de las costas del proceso.

3. Para determinar el momento a partir del cual se producen las consecuencias, se hace la distinción según la consignación haya sido aceptada o rechazada por el acreedor

En el primer caso, la consignación hecha por depósito judicial que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago válido. El emplazado está obligado a pronunciarse sobre la pretensión del actor, ya que uno de esos casos en que habiendo "obligación legal de explicarse" su silencio equivale a conformidad.

Otra de las interrogantes se orienta a determinar si puede el acreedor hacer una aceptación condicionada. Según Llambías<sup>(4)</sup>, "no hay inconveniente en admitirlo pues esa actitud tiene correspondencia con la posibilidad que el deudor pague con salvedades o reparos. Así sería factible que el acreedor aceptara el pago

---

(2) LLambias Jorge Joaquin, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T.II, 3º ed, Perrot, Buenos Aires, 1982, p.288

(3) Ibidem

(4) Jorge Joaquín LLambías, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, t.II-B, 3º ed, Perrot, Buenos Aires, 1982, p..286

## CONTRADICCIÓN PARCIAL

### ARTÍCULO 810

*Si el acreedor formula contradicción parcial al ofrecimiento de pago, éste surte efectos en aquella parte no afectada por la contradicción.*

*En estos casos son de aplicación, en lo pertinente, los artículos 753º, 754º, 755º, 756º y 757º.*

*Es improcedente la negativa del deudor a la aceptación parcial del acreedor.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1.El pago es definido como el cumplimiento íntegro de la prestación o del hecho que es debido. Es una operación jurídica que se realiza normalmente con el acuerdo del acreedor que acepta el pago, pero, ese acuerdo no es indispensable y el deudor puede, obligar al acreedor a recibir el pago mediante la consignación. Para que el deudor se libere, no sólo debe consignar la prestación debida sino satisfacer los requisitos que detalla el art: 1251 CC.

Cuando se ofrece el pago al acreedor, éste puede contradecir o no el ofrecimiento, dentro del plazo que fija el art: 805 CPC. Si no contradice el juez declara la validez del ofrecimiento y recibe el pago; en cambio, si contradice se procederá conforme las reglas del art. 809 CPC.

El artículo en comentario se ubica precisamente en el supuesto que el acreedor formule contradicción parcial al ofrecimiento de pago. La contradicción parcial es considerada como la disconformidad del acreedor con el ofrecimiento de pago, pero no en su integridad, sino sólo en parte de él. En tal caso, el pago surte efectos en aquella parte no afectada por la contradicción. Véase el caso de la contradicción parcial basada en que el deudor no ha demostrado haber puesto el pago a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación, como lo señala el inciso 1º del art: 1251 CC. La contradicción basada en dicha omisión va incidir sobre la validez del pago y a partir de qué momento se tiene por efectuado.

2.La aceptación parcial sólo puede ser realizada por el acreedor. No cabe oposición del deudor a la aceptación parcial. Como señala el artículo en comentario, “es improcedente la negativa del deudor a la aceptación parcial del acreedor.”

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En virtud de ello concurren opiniones que consideran que no es admisible por incompleta la pretensión de consignar un pago de capital sin los intereses correspondientes u omitiendo el pago de las costas, o intentando satisfacer cuatro meses de alquiler si se deben siete, o cuando la consignación no se ajusta al monto de la intimación practicada en el proceso; sin embargo, si el acreedor quiere aceptar dicho pago parcial surge efectos en aquella parte no afectada, esto es, en el capital mas no en los intereses ausentes.

3. En los casos de contradicción parcial, se aplican los artículos 753, 754, 755, 756 y 757 de este mismo cuerpo normativo.

El artículo 753° CPC señala que la contradicción puede ser formulada por el emplazado con la solicitud, dentro de cinco días de efectuada la notificación con la resolución admisorio. Este plazo guarda relación con el señalado en el inciso 1° del art: 1254 CC. Asimismo señala que se anexaran los medios probatorios para ser actuados en la audiencia de actuación y declaración judicial, dentro de los quince días siguientes a la admisión de la solicitud y una vez que el Juez haya fijado fecha para la misma, bajo responsabilidad.

El artículo 754° regula el procedimiento de la contradicción y la actuación de los medios probatorios que la sustentan, precisando que el juez concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.

Tanto los artículos 755, 756 y 757 CPC están referidos a la apelación, efectos y oportunidades de su interposición.

## OFRECIMIENTO EXTRAJUDICIAL

### ARTÍCULO 811

*Si el acreedor a quien se ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha negado a admitirlo, el deudor puede consignar judicialmente la prestación debida. Para este efecto, el silencio importa manifestación de voluntad negativa.*

*El solicitante debe cumplir con los requisitos del artículo 803º, acompañando los medios de prueba del ofrecimiento y negativa.*

*En el auto admisorio, el Juez emplaza al acreedor para que en la audiencia exprese o no su aceptación al pago, bajo apercibimiento de disponer su consignación.*

*Son de aplicación supletoria las demás disposiciones de este Sub-capítulo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El deudor, para lograr el efecto de liberación, no sólo debe consignar la prestación debida sino satisfacer las exigencias del art: 1251 CC que dice: “el deudor debe demostrar haber ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida o haberlo puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación”.

Nótese que el deudor tiene que haber hecho el ofrecimiento –sea judicial o extrajudicial- conforme lo detalla el art. 1252 CC. Esta oferta y posterior consignación permite vencer la mala voluntad del acreedor. El deudor ofrece al acreedor el objeto debido y luego, después de hacer constar su negativa, lo consigna ante el juzgado.

2. En relación a la oferta Planiol y Ripert<sup>(1)</sup> señalan que la validez de la oferta supone que todas las condiciones necesarias para el pago concurren: capacidad del *accipiens* y del *solvens*, vencimiento del término o cumplimiento de la condición suspensiva, integridad del pago (ver artículo 1220 Código Civil). Esta última condición, referida a la integridad de la prestación, lleva a exigir que el deudor

---

(1) op. cit. p.545-546

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

para realizar una oferta válida, ha de ofrecer todo lo que viene exactamente determinado en el objeto de su obligación, la totalidad del capital, de los intereses y de los gastos liquidados; no sería bastante la promesa de completarlo más tarde. Pero pudiera darse el caso que no se hubiese hecho todavía una determinación precisa: que el crédito no sea líquido o los gastos debidos no se hayan liquidado aún. En ese caso, habrá de contentarse con la oferta de una suma aproximada, evaluada por el deudor, siempre que éste se obligue a completarla más tarde, en su caso.

3. Como ya se ha señalado, en el pago por consignación, el deudor empieza por ofrecer al acreedor la prestación debida y después de comprobar la negativa, consigna el objeto de ésta. La oferta puede ser judicial o extrajudicial.

El art: 802 CPC hace referencia al ofrecimiento judicial. Para el art: 1252 CC, éste se produce porque las partes así lo pactaron o porque existe un desacuerdo entre ellos, ya sea sobre el objeto o sobre la forma o la fecha del pago, todo ello generado porque no se estableció contractual o legalmente la forma de hacer el pago, entre otros supuestos que describe el art: 1252 CC.

El artículo en comentario hace referencia al ofrecimiento extrajudicial. Este, opera de la manera que estuviera pactada la obligación o en su defecto mediante carta notarial cursada al acreedor con un anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado; sin embargo, si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale. (ver art: 1252 CC)

Tanto en el ofrecimiento judicial como extrajudicial, para la eficacia del pago debe concurrir los principios de identidad e integridad. El demandado no está obligado a recibir el pago de algo distinto a lo debido, ni de algo incompleto. Fallando el principio de identidad e integridad aludido, se impone el rechazo de la consignación.

4. Una de las justificantes para el ofrecimiento extrajudicial es que el acreedor debe estar en mora o debe negarse injustificadamente a recibir el pago.

La mora del acreedor se encuentra regulada en el artículo 1338 del Código Civil. Para Albaladejo<sup>(2)</sup> “no consiste sólo en que éste injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización) sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada”

---

(2) Manuel Albaladejo, Derecho Civil, derecho de obligaciones, t.II, Vo 1, 10 ed, Bosch, Barcelona, 1997, p.155

El efecto general de la mora del acreedor se basan en que el deudor no debe sufrir perjuicios por la misma, es decir, debe quedar indemne, como si hubiese pagado.

Para que opere la mora del acreedor debe cumplirse los siguientes requisitos: 1) que haya llegado el momento del cumplimiento; 2) que el deudor lo ofrezca al acreedor requiriéndole lo reciba o ponga de su parte para que pueda efectuarse; 3) que el acreedor se niegue sin razón a admitirlo, o, de cualquier modo, no éste en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

5. En cuanto a la negativa a recibir el pago, ésta puede ser expresa o tácita. El inciso 2 del art: 1251CC señala tres supuestos para calificar la negativa tácita: respuestas evasivas, inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento y cuando rehúse a entregar recibo o conductas análogas.

La negativa del acreedor constituye el caso típico en el pago por consignación. A través de este medio, no puede quedar el deudor deseoso de exonerarse de la deuda, librado a la buena voluntad del acreedor de querer o no querer recibirle el pago. Por ello dice el inciso 2 del artículo 1251 CC que “la consignación puede tener lugar cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor”

6. Como ya hemos señalado líneas arriba, para que la consignación sea viable se estima que el deudor tiene que probar el rechazo del pago por parte del acreedor, lo que puede hacer por cualquier medio de prueba. Se asimila al rechazo un justificado silencio del acreedor o cualquier actitud de éste que implique condicionar la recepción del pago al cumplimiento de exigencias al margen del objeto debido, como el pretender otorgar recibo con salvedades o condicionamientos improcedentes que limiten el carácter cancelatorio del pago.

La prueba del rechazo del pago, que tiene que suministrar el deudor, es una consecuencia del carácter excepcional que reviste esta forma de pago que no está librada al capricho del obligado. En tal sentido, el art: 811 en comentario, requiere que “el solicitante deba cumplir con los requisitos del art: 803 CPC, acompañando los medios de prueba del ofrecimiento y negativa”

7. El artículo en comentario señala que son de aplicación supletoria las demás disposiciones de este Subcapítulo. Como se aprecia, la norma acoge la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el art. IX del TP del CC: “las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

sean incompatibles con su naturaleza” En igual forma, “las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza” (ver 1º disposición final CPC)

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario precisamente es un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma Ley, invocando las propias disposiciones de este Capítulo para el pago por consignación, a fin de suplir el vacío en la regulación.



### JURISPRUDENCIA

---

*Ante la existencia de un conflicto sobre la eficacia cancelatoria del pago realizado por la demandada, en mérito de la póliza de seguros, resulta infundada la oposición que exige el cumplimiento de la cláusula compromisoria, sin haber llegado todavía ni, al pacto compromisorio ni mucho menos al juicio arbitral, en donde las partes expondrán y concretarán detallada y circunstancialmente sus discrepancias, los puntos de fricción y los problemas sometidos al arbitraje (Exp. Nº 1177-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 328-332)*

## CONSIGNACIONES PERIÓDICAS O SUCESIVAS

### ARTÍCULO 812

*Tratándose de prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, las inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud se realizarán en el mismo proceso, sin necesidad de audiencias posteriores y se sujetarán a lo que el Juez haya decidido en la audiencia realizada. El solicitante deberá expresar en la solicitud la periodicidad de su obligación.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Las prestaciones periódicas o sucesivas son aquellas cuyo cumplimiento se va a efectuar en el tiempo, a diferencia de aquellas prestaciones instantáneas cuyo cumplimiento se hace en un solo momento; por citar, es prestación periódica, la generada en un contrato de suministro; es prestación instantánea, la que deriva de un contrato de compraventa.

Ahora bien, en el artículo 809° CPC señala que iniciado el proceso contencioso y tratándose de prestaciones de cumplimiento periódico, tanto los ofrecimientos como las consignaciones posteriores al inicio de dicho proceso contencioso, se efectúan en este último proceso y no en el proceso no contencioso de ofrecimiento de pago y consignación anterior.

El artículo 812 CPC hace referencia que cuando se trate de prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, las prestaciones inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud, se realizarán en el mismo proceso no contencioso ya iniciado, sin necesidad realizar audiencias posteriores y sujetándose a lo que el Juez haya decidido en la audiencia realizada. En cambio, si se hubiere iniciado el proceso contencioso, los ofrecimientos y consignaciones siguientes se realizarán en dicho proceso, tal como lo señala el citado art: 809 CPC.

Es necesario que el solicitante exprese en la solicitud de ofrecimiento, la periodicidad de su obligación para que el juez decida con antelación el camino procesal a seguir ante dichas prestaciones. Finalmente, hay que tener en cuenta lo

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

señalado en el art: 813 CPC, “si el acreedor manifiesta posteriormente su asentimiento a recibir el pago en forma directa, no procede la realización de las consignaciones periódicas o sucesivas posteriores.”



### JURISPRUDENCIA

---

*“... Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo mil doscientos treintiuno del citado Código sustantivo.*

*(...) estando a la norma acotada, el deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas, sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume iuris tantum, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas” (Cas. N° 1697-96-Lambayeque, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 314-315)*

## CONSIGNACIONES PERIÓDICAS O SUCESIVAS

### ARTÍCULO 813

*Si el acreedor manifiesta posteriormente su asentimiento a recibir el pago en forma directa, no procede la realización de las consignaciones periódicas o sucesivas posteriores.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Las prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, determina que, las prestaciones inmediatamente posteriores a este momento, se realizarán en el mismo proceso no contencioso iniciado, sin necesidad de la realización de audiencias posteriores sujetándose a lo que el Juez haya decidido en la audiencia realizada.

El artículo 812 CPC señala que tratándose de prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, las inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud se realizarán en el mismo proceso

Para que el juez autorice las prestaciones periódicas por consignación, en el mismo proceso y sin audiencias posteriores, el solicitante debe expresar en la solicitud la periodicidad de su obligación; sin embargo, esta regla general se altera totalmente, cuando el acreedor, a quien se le ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha negado a admitirlo, manifiesta posteriormente su asentimiento a recibir el pago en forma directa (ver art: 811 CPC). Dicha negación no debe ser expresa, y debe ser apreciada como manifestación de voluntad negativa. Ante tal supuesto, ya no procede la realización de las consignaciones periódicas o sucesivas posteriores.

## CONSIGNACIÓN JUDICIAL SIN EFECTO DE PAGO

### ARTÍCULO 814

*Excepcionalmente, tanto el deudor como el acreedor pueden solicitar que el objeto de la prestación quede en depósito judicial en poder del deudor o persona distinta, en cuyo caso se aplican, en cuanto fueran pertinentes, las reglas del contrato de secuestro.  
Estas solicitudes proceden incluso cuando haya contradicción del acreedor.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

El pago es el modo normal de extinción de las obligaciones, ya que consiste en el hecho de cumplir la prestación prometida, sea cual fuere, entrega de una suma de dinero, entrega de un objeto, realización de un trabajo, etc.

El pago es una operación jurídica que se realiza normalmente con el acuerdo del acreedor que acepta el pago y con eso lo reconoce como válido, sin embargo, ese acuerdo no es indispensable y el deudor puede, obligar al acreedor a recibir el pago. En este último extremo se enmarca el pago por consignación. Este es un pago efectuado con intervención judicial. Se busca poner el objeto debido ante el juez para que éste, a su vez, lo atribuya al acreedor dando fuerza de pago, de tal forma, que el deudor queda liberado. En ese sentido apreciamos de la redacción del art: 1251 CC que dice: “el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida...”

El artículo en comentario, se aparta de las ideas expuestas líneas arriba, para asumir de manera excepcional, tanto el deudor como el acreedor, que el objeto de la prestación quede en depósito judicial en poder del deudor o persona distinta, pues, la consignación judicial efectuada no es aceptada como pago.

La norma, frente a esta situación ha optado por aplicar, en cuanto fueran pertinentes, las reglas del contrato de secuestro; a pesar que el objeto de la prestación quede en depósito judicial en poder del propio deudor. Por el secuestro dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia (ver art: 1857 CC y siguientes).

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

La regla que aplica este artículo, a no considerar como pago la consignación efectuada es importante, porque no serán de aplicación las dos consecuencias del pago, como es: detiene el curso de los intereses y opera la traslación de los riesgos relativos a la prestación consignada que pasan a ser soportadas por el acreedor.

El pedido de considerar la consignación sin efecto de pago, procede incluso cuando haya contradicción del acreedor.

## COSTAS Y COSTOS

### ARTÍCULO 815

*Si no hubo contradicción, los costas y costos serán de cargo del acreedor.*

*Cuando en el proceso contencioso posterior se declara, directa o indirectamente, que la contradicción fue infundada, el demandado tiene derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por costas y costos en el proceso no contencioso anterior.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Para nuestro ordenamiento procesal, los gastos (entiéndase los costos y costas) son corolario del vencimiento, se imponen no como sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que hayan actuado por haberse creído con derecho. Este reembolso se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, esa es la regla general, no interesa si la parte, a dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha sostenido un proceso sin justa razón, lo que interesa es el hecho objetivo de la derrota o el vencimiento, pero deja al magistrado un margen de libertad suficiente, para flexibilizar su decisión cuando permite que en declaración judicial expresa y motivada se exonere de estos gastos al vencido. (art. 412 -primera parte- del CPC)

2. Bajo el contexto descrito, resulta contradictorio que se traslade las costas y costos procesales al acreedor, que no hubiera formulado contradicción. Ello resulta coherente porque en el proceso no contencioso no puede establecerse quien es la parte vencida o vencedora porque técnicamente no hay partes, no hay pretensiones, no hay cosa juzgada ni recusaciones.

Felizmente la segunda parte del artículo 815 CPC en comentario, precisa “cuando en el proceso contencioso posterior se declara, directa o indirectamente, que la contradicción fue infundada, el demandado acreedor tiene derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por costas y costos en el proceso no contencioso anterior.” La descripción citada resulta coherente con lo que prescribe el artículo 809 CPC que dice: “tramitada la contradicción y su absolución, si la hay, el Juez autoriza la consignación sin pronunciarse sobre sus efectos y declarará concluido

el proceso sin resolver la contradicción, quedando a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en el proceso contencioso que corresponda.”

Esto implica que el demandado tiene derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por costas y costos en el proceso no contencioso anterior, si la contradicción que planteó el acreedor es declarada infundada, reafirmando esta regla del art: 815 CPC, el principio de la condena que recoge el art: 412 CPC que dice: los gastos son asumidos por la parte vencida, operando para ello el reembolso para quien, en un primer momento, los asumió.

3. Como lo señala el art: 412 CPC, el reembolso de los gastos procesales es de cargo de la parte vencida; esto conlleva a que se delimite ¿qué se entiende por vencimiento? Para Chiovenda, es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial.” Esto implica que el vencimiento supone necesariamente el concepto de parte, excluyendo del mismo la condena al juez, cuando se declare la nulidad del procedimiento o de la sentencia. Para que se pueda hablar de vencimiento, es indispensable la existencia de un conflicto, esto implica que está excluido los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. No es necesario que frente a dicho conflicto exista una lucha de posiciones, basta que exista un conflicto entre dos esferas individuales, una de las cuales exige algo a costa de la otra. No es esencial para el vencimiento, la existencia de una discusión o controversia, entre ambas partes. Como señala Reimundín, “la falta de contestación a la demanda no impide que se produzca el vencimiento, ya que el concepto de éste está íntimamente vinculado a esa posición contrapuesta en que se encuentran los litigantes en el proceso: uno que pide frente al otro un acto jurisdiccional de tutela, en que sucumbe aquel contra el cual se dicta la sentencia.”

Por otro lado, al concepto del vencimiento no se puede imputar la circunstancia que el proceso hubiera podido evitarse por el litigante, porque ello importaría afirmar la existencia de un concepto de mera apreciación subjetiva. Si se permitiera dilucidar, si el vencido pudo o no evitar el proceso, se destruiría los propios cimientos de la teoría objetiva de la condena que excluye toda interferencia de matiz subjetivo; sin embargo, podría contemplarse esta situación en caso se declare improcedente una demanda. Los criterios que se pueden asumir para fijar el reembolso del gasto procesal podrían atribuirse a la existencia de temeridad o mala fe en el actor, para provocar dicho proceso, conforme dispone el art.110 CPC. Dichos supuestos aparecen descritos en los diversos incisos del art. 112 CPC. Al respecto véase los siguientes casos: cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos (inciso 4); y, cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda (inciso 1)

Por último se debe precisar que las costas y costos tienen una significación propia. Si bien, ambos conceptos son calificados como gastos procesales, la le-

## **PROCESOS CONTENCIOSOS**

---

gislación las precisa, en costas a las constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso (ver art: 410 CPC). Los costos, están constituidos por el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial.

## RETIRO DE LA CONSIGNACIÓN

### ARTÍCULO 816

*Salvo el caso de aceptación del ofrecimiento, para el retiro de la consignación se observan las siguientes reglas:*

- 1. La solicitud se formula por escrito, con firma legalizada por el Secretario de Juzgado, acompañándose copia simple del documento de identidad del solicitante, que se conservará en el expediente.*
- 2. Recibida la solicitud, el Juez confiere traslado a la otra parte mediante notificación por cédula y, con contestación o sin ella, dentro de tercer día expide auto autorizando o denegando la solicitud.*
- 3. De acceder a la petición, dispone la entrega del bien consignado o, en su caso, del certificado de depósito que endosará en favor de la persona legitimada. En el expediente se conserva copia del certificado de depósito en cuyo reverso firmará el solicitante al momento de recibirlo.*
- 4. La entidad o persona depositaria que haga la entrega de lo consignado, está en la obligación de verificar la identidad del solicitante y de exigir que firme recibo en el que conste su identificación y fecha de entrega.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. Cuando el acreedor acepta el ofrecimiento de pago hecho, es de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo 805°, es decir, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata en la misma audiencia. Si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el juez declarará inválido el ofrecimiento e impondrá la multa correspondiente.

La norma regula el retiro de la consignación, pero no precisa quién es la persona autorizada para retirar lo consignado, esto es, si es el propio solicitante o el

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

destinatario de la consignación. Decimos ello porque según Planiol y Ripert,<sup>(1)</sup> "la consignación no es un pago; por sí misma no implica la transmisión de la propiedad a favor del acreedor: es un depósito que deja la propiedad en poder del deudor". La prueba de ello es la facultad de retiro que le concede el art. 1255 CC al deudor. Este conserva el derecho de recuperar la suma consignada mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor o no haya sido declarada bien hecha y válida por una sentencia firme.

2. El art: 1255 CC considera que "el deudor puede desistirse del pago ofrecido, y en su caso, puede retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes: antes de la aceptación por el acreedor; y cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada."

La cosa juzgada es la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia cuando ya no proceden contra ella ningún medio impugnatorio. En relación a la cosa juzgada es necesario tener presente lo prescrito en el artículo 123° CPC; sin embargo, debemos precisar que las resoluciones finales, en un proceso no contencioso, no generan cosa juzgada. Sólo cuando en el proceso contencioso posterior se declara, directa o indirectamente, que la contradicción fue infundada, podría generar dicha decisión el efecto de la cosa juzgada y los efectos inclusive sobre los gastos procesales, en la forma que lo regula el art: 815 CPC.

3. La consignación según Planiol y Ripert<sup>(2)</sup> es algo más que un simple depósito. Va acompañada de la oferta de pago hecha al acreedor y de la puesta a su disposición de la cosa debida. De ello resulta que el deudor queda liberado a partir de ese momento. La consignación pone término a las demandas del acreedor, pone fin a los intereses para lo futuro y traslada los riesgos de la cosa o la suma consignada sobre el acreedor.

Como se ha señalado, la oferta real, seguida de la consignación libera al deudor, lo que permite sostener a varios tratadistas que el efecto liberatorio depende de la oferta, bajo la condición que la consignación se efectúe a continuación, con efectos retroactivos, después de cumplirse esa condición (se produce solo en la consignación y no a partir de la oferta). Es preciso que la operación se transforme finalmente en pago verdadero y produzca la transmisión de la propiedad a favor del acreedor, si al menos lo consignado es conforme a lo debido.

4. Para apreciar las posibilidades del consignante de solicitar el retiro de la prestación consignada en pago o de trabar embargo sobre ella, sus acreedores o los del demandado, es necesario precisar: a) si ha sobrevenido o no la aceptación de la consignación, por parte del acreedor; b) determinar si ha recaído, en el proceso, sentencia que declare la validez de la consignación.

---

(1) Planiol Marcelo y Ripert Jorge, Tratado práctico de derecho civil francés, t.VII, Cultural SA Habana, 1945, p.546-547

(2) Planiol Marcelo y Ripert Jorge, op. cit. p. 548

En el primer supuesto, durante el período que se abre con la consignación en pago, y hasta tanto sobrevenga la aceptación del acreedor, o la sentencia que admita la validez de ese pago, la prestación consignada se encuentra en una situación relativamente incierta. Por un lado la propiedad de los bienes a que esa prestación se refiere no se ha modificado y el deudor sigue siendo dueño de tales bienes, ya que el acto unilateral de consignación emanado de aquél no pudo hacer entrar forzosamente en el patrimonio del acreedor de bienes que éste se negaba a recibir.

La norma en estas circunstancias permite al deudor retirar la cantidad consignada si el acreedor no hubiese aceptado la consignación o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida.

La solución expuesta es una consecuencia de dominio del deudor sobre los bienes consignados en pago, en conjunción con la revocación del pago. Mientras la consignación no se haya consumado, lo que hay es un acto de aplicación de bienes propios a la satisfacción de una deuda, que puede ser revocado por el mismo deudor. Así, pues, el retiro de la consignación contemplada debe ser concebido como un acto de revocación para cuya comprensión no se advierten impedimentos legales. La aludida facultad de revocación es estrictamente personal y no puede ser ejercida por otros acreedores del mismo deudor por vía de acción subrogatoria.

5. Dentro del contexto descrito, de no aceptación del acreedor, Llambías<sup>(3)</sup> considera que puede concurrir la circunstancia que la prestación consignada quede bloqueada, por haber sobrevenido el embargo de los bienes consignados en pago.

El embargo –dice Llambías– constituye como siempre una orden judicial que impide disponer de los bienes embargados. Pero la eficacia del embargo puede diferir según quien fuere el embargante y según el resultado final del proceso de consignación. El embargo puede haberlo obtenido: a) el propio acreedor o demandado; b) el propio deudor o demandante; c) un acreedor del demandado; d) otro acreedor del demandante.

Llambías<sup>(4)</sup> desarrolla dichos supuestos de la siguiente manera: a) Cuando el embargo ha sido logrado por el demandado, con ello éste se aferra a la improcedencia de la consignación y afirma la propiedad de los bienes embargados a favor del actor. Pendiente el juicio y aún después si se rechaza la demanda, el embargo obsta al retiro del depósito por el consignante. Pero dictada sentencia a favor de éste, la consignación surte efecto de pago desde que se hizo y por tanto el embargo resulta estéril por haber recaído sobre bienes que no pertenecían al embargado: evidentemente nadie puede embargar un bien que sea del propio embargante.

---

(3) Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, t.II-B, 3º ed, Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 292

(4) Op. cit. p. 292-293

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

b) El actor puede también trabar embargo sobre los bienes consignados en pago, en base al crédito que tenga el consignante contra el demandado, que no pueda oponer en compensación con la deuda que motivó la consignación. En esta hipótesis, el embargo solo importa un impedimento formal para el retiro de la consignación, pues siempre está en las manos del consignante, desistir del embargo para luego retirar los bienes consignados. Por otra parte, si al margen de ello la sentencia rechazare la consignación, el embargo caería por haberse trabado sobre bienes del embargante.

c) Si el embargo ha sido trabado por un acreedor del demandado, hay que averiguar el sentido de la medida para fijar su alcance. Pues, puede ser un embargo logrado contra el demandado por un acreedor suyo que se pone en la línea del actor y actúa en base a la validez de la consignación; o bien puede ser un embargo obtenido por el embargante subrogándose en los derechos del demandado (acreedor) contra el consignante (deudor). En el primer caso, el embargo está subordinado al hecho que incorpore al patrimonio del embargado (demandado) el bien embargado: de ahí que tal embargo no impide el retiro de la consignación lo que implica desistir de ella, y también que resulte ineficaz si la sentencia que se dicte en el juicio, rechaza la consignación, lo que demuestra que el embargo fue trabado sobre bienes que no pertenecían al embargado. En el segundo caso, mediando ejercicio de la acción subrogatoria, el embargo se dirige contra el actor, jugando el principio del adversario aparente; de ahí que se apliquen las mismas soluciones, como si el embargo hubiese sido logrado por el propio demandado, acreedor del consignante.

d) Cuando el embargo ha sido trabado por otro acreedor del consignante, distinto del demandado que es acreedor de la prestación consignada, tal embargo queda subordinado en su eficacia al desistimiento del juicio que haga el actor, o a la sentencia que se dicte rechazando la consignación. Mientras tanto el embargo impide al consignante el retiro de la prestación consignada, puesto que la medida ha sido dirigida contra él, para que no pueda disponer del bien embargado. Y si recayeren otros embargos sobre el mismo bien, por ejemplo del propio demandado, se escalonarían todos los embargos en función de la respectiva fecha, por aplicación de los principios generales relativos a los embargos sucesivos

6. El efecto que genera el retiro de la consignación es volver las cosas al statu quo precedente a la demanda. Si la consignación es aceptada por el acreedor o admitida por la sentencia que pone término al respectivo proceso, el pago se hace irrevocable.

Los bienes consignados en pago se incorporan al patrimonio del acreedor. Y como la sentencia que verifica esas consecuencias de orden jurídico tiene efecto declarativo, se considera que tales consecuencias han ocurrido a la fecha de la efectiva consignación practicada por el deudor.

**Sub - Capítulo 8º**  
**COMPROBACIÓN  
DE TESTAMENTO**

**PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN  
ACTIVA**

**ARTÍCULO 817**

*Se tramita conforme a lo dispuesto en este Sub-Capítulo la comprobación de autenticidad y cumplimiento de formalidades del testamento cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, para su ulterior protocolización notarial.*

*Está legitimado para solicitar la comprobación:*

- 1. Quien tenga en su poder el testamento;*
- 2. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal;*
- 3. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario; y*
- 4. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.*

---

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts.*

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

*C.P.C. Colombia arts. 571-574*

*C.P.C.N. Argentina arts. 704-708*

---

 **Comentario**

---

1. La norma regula uno de los supuestos de la sucesión por testamento, la misma que es solicitada por un interesado en ella, que se ubique bajo los cuatro supuestos que regula la norma en comentario.

Uno de ellos es el heredero forzoso o legal, quien es la persona a la cual se transmiten los derechos de otra, de tal manera que en adelante pueda ejercerlos en su nombre propio.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El sucesor puede ser singular o universal. Es singular cuando se le transmite un objeto particular que sale de los bienes de aquel a quien sucede; en cambio es universal, cuando es aquel a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de la persona.

La sucesión puede producirse por acto intervivos, como sería el caso de los contratos, o por causa de muerte, la misma que puede operar por voluntad del causante (sucesión testamentaria) o por voluntad de la Ley, como sería el caso de la sucesión intestada.

2. El testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la Ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. Es la declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte.

Existen diversas clases de testamentos. Así, dentro de los testamentos ordinarios, se encuentra el testamento en escritura pública, el cerrado y, finalmente el ológrafo. Y, entre los testamentos especiales, se encuentran el militar y el marítimo.

2.1 El testamento por escritura pública es calificado como un testamento auténtico, se encuentra regulado en los artículos 696° y siguientes del Código Civil. Es aquel que es otorgado de manera personal por el testador, frente a la presencia de dos testigos, ante un notario quien escribe dicho testamento en su registro. A diferencia de otra clase de testamento, el otorgado mediante escritura pública ostenta el valor absoluto y probatorio de cualquier instrumento público, de allí que no tenga la necesidad de recurrir a un procedimiento no contencioso

2.2 El testamento cerrado, esta contemplado en el artículo 699° y siguientes del Código Civil. Es aquel otorgado por el testador en un documento que está firmado en cada una de sus páginas y si estuviera manuscrito por él mismo bastará que firme al final. Dicho documento es colocado dentro de un sobre, el cual lo cierra, para posteriormente entregarlo ante notario y dos testigos, manifestando que contiene su última voluntad.

El notario bajo cuya custodia queda el testamento cerrado, lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de muerto el testador, el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de éste último. La resolución del juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios. (ver art: 701 CC)

2.3 El testamento ológrafo, esta regulado en los artículos 707° y siguientes del Código Civil. Es aquel testamento que es totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador, sin presencia de testigos ni de notario. El artículo 707° CC señala que para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

2.4 El testamento militar es aquel testamento que es otorgado por miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; asimismo, es aquel otorgado por personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas y los prisioneros de guerra que estén en poder de las mismas; igualmente aquel que es otorgado por los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo. (ver art: 712 CC)

2.5 El testamento marítimo es aquel otorgado durante la navegación acuática, por los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano. Es también aquel otorgado durante la navegación, por los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier otra persona que se encuentre a bordo de un barco mercante de bandera peruana, de travesía o de cabotaje, o que esté dedicado a faenas industriales o a fines científicos. (ver art: 716 CC)

El artículo en comento incluye la referencia al testamento aéreo, pero el Código Civil, no dispone nada al respecto.

3. El tema central que acoge el artículo se refiere a las medidas de publicidad orientadas a la comprobación del testamento que se van a expresar en la apertura y protocolización del testamento cerrado. Para la comprobación del testamento se requieren dos condiciones: la existencia de un testamento y que dicho testamento sea válido en cuanto a sus formas.

La declaración de validez extrínseca del testamento se equipara en sus efectos a la declaración judicial intestada. No basta la existencia de un testamento válido; es necesario, además que contenga por lo menos, de un heredero, salvo el caso que el testador disponga de la totalidad de sus bienes cuando pueda hacerlo por carecer de herederos forzosos.

Si no existe institución de heredero y el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, la sucesión deberá tramitarse como intestada para repartir el remanente entre los llamados por la Ley a recoger la herencia, tal como lo regula el art: 815 CC.

4. El otro tema que acoge la norma es la legitimación para solicitar la comprobación de autenticidad de testamento y le corresponde:

1. Quien tenga en su poder el testamento.
2. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal.
3. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario.
4. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

En relación con los incisos 2 y 3 citados, debemos señalar que heredero es aquel sucesor a título universal, es decir, aquel que participa en relación a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Se les llamará herederos forzosos a aquellos que el causante no puede excluir, salvo por causales de indignidad o desheredación. Por el contrario se considera herederos voluntarios o legatarios a aquellos sucesores que el causante ha instituido dentro de su facultad de libre disposición a título de legado, de uno o más de sus bienes.



### JURISPRUDENCIA

---

*Para que el testamento ológrafo produzca efectos debe ser protocolizado previa comprobación judicial, ello implica comprobar su autenticidad constatando la caligrafía, su fecha, firma y nombre para verificar si es obra del testador, y cumplida así la exigencia el testamento se convierta en instrumento público.*

*Si el testamento ológrafo contiene deficiencias que no pueden convalidarse deviene inejecutable la resolución que dispone su protocolización (Exp. N° 230-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 144-145)*

*El proceso de comprobación de un testamento ológrafo, tiene efectos erga omnes, no solo para las personas que hayan intervenido en él, sino. para terceros.*

*El hecho de no haber contradicción a la comprobación del testamento, o el de no haberse tachado, o negado la autoría del mismo, no exime al Juez de la obligación de comprobar la autenticidad de la letra y firma del testador (Exp. N° 1930-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 42-43)*

*Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No hay necesidad de más documento que el testamento o la declaratoria judicial de herederos, para que todos los bienes que eran de titularidad del causante al momento de su deceso, sean transferidos a favor de sus herederos (Exp. N° 1476-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 139-140)*

*Son diferentes y diferenciales por su origen y por sus consecuencias jurídicas la pretensión de caducidad de testamento con la nulidad de testamento.*

*Se incurre en causal de caducidad de testamento si se deja fuera de su institución a la cónyuge supérstite, quién ostenta por mandato legal la calidad de heredera forzosa.*

*La identificación del testigo no es suficiente por sí misma para determinar la nulidad del testamento por defecto de forma. Si bien la Ley exige su presencia, debe entenderse que su participación e identificación quedan protegidas por la fe del Notario Público interviniente (Exp. N° 1450-88-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 244-245)*

*Se produce la caducidad del testamento, por haberse preterido a los herederos forzosos, si el causante en el testamento no ha considerado como su heredera a su cónyuge, quien tiene la calidad de forzosa (Exp. N° 972-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 248-250)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

*La Ley N° 26662 confiere competencia para tramitar indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario, la comprobación de testamentos cerrados (Exp. N° N-667-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 541)*

## REQUISITOS Y ANEXOS

### ARTÍCULO 818

*Además de lo dispuesto por el artículo 751° en cuanto sea aplicable, a la solicitud se anexará:*

- 1. La copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta del testador, y certificación registral de no figurar inscrito otro testamento.*
- 2. Copia certificada, tratándose del testamento cerrado, del acta notarial extendida cuando fue otorgado o, en defecto de ésta, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo su custodia;*
- 3. El documento que contenga el testamento ológrafo o el sobre que presuntamente lo contenga; y,*
- 4. Constancia registral de la inscripción del testamento conforme al artículo 825°, en los casos de testamento militar, marítimo o aéreo que hubieran sido entregados al Juez por la autoridad respectiva.*

*En todos los casos previstos anteriormente se indicará el nombre y domicilio de los herederos o legatarios.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. El objeto central de este artículo se orienta a comprobar la defunción del testador y la existencia del testamento, para lo cual, la norma exige varios requisitos (además de lo regulado en el art: 751 CPC) que se deben incorporar a la solicitud de comprobación de testamento.

Al margen de indicar el nombre y domicilio de los herederos o legatarios, una primera exigencia es demostrar la muerte del causante, la misma que se acredita con la copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta del testador.

La partida de defunción es el documento público expedido por la Municipalidad, mediante el cual se certifica la muerte o fin de una persona. En el caso de la muerte presunta, ésta se establece mediante la declaración respectiva contenida en una resolución judicial en la que se indica (ver art: 65° CC) la fecha probable y,

de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido. Asimismo se requiere la certificación registral de no figurar inscrito otro testamento, recordando que éste último es la declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte.

2. Otra exigencia es demostrar la existencia del testamento cerrado. Este testamento, es otorgado en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando constancia en diligencia posterior, ante notario y dos testigos, de que contiene su última voluntad

En atención a ello, la prueba de la existencia de este testamento será la copia certificada del acta notarial extendida cuando fue otorgado, o la certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo su custodia, con lo que se está probando la existencia misma del testamento

3. Para demostrar la existencia del testamento ológrafo, hay que acompañar éste o el sobre que presuntamente lo contenga; en cambio si lo que se quiere demostrar es la existencia de un testamento especial (militar, marítimo o aéreo) se debe acompañar la constancia registral de la inscripción del testamento, conforme refiere el art: 825 CPC (anotación en el Registro de Testamentos), en los casos que hubieren sido entregados al Juez por la autoridad respectiva.

Nuestro Código Procesal no requiere la publicación de edictos, como sucede en la intestada, ya que por el testamento se sabe quiénes son los herederos; sin embargo, en el supuesto que el juez advierta que existen sucesores designados por el testador no mencionados en la solicitud de comprobación, requerirá al solicitante de la misma, para que dentro del tercer día indique al Juzgado, si lo sabe, el domicilio de dichos sucesores para su debido emplazamiento. En caso se ignore el domicilio, el Juez dispondrá que el extracto de la solicitud se publique como edictos, por tres veces, con intervalos de tres días, como señala el art: 820 CPC.

## PRESENTACIÓN Y CONSTATACIÓN PREVIA

### ARTÍCULO 819

*Cuando se trate de testamento cerrado y siempre que conste la inscripción de otro testamento, el Juez ordenará al notario que lo presente al Juzgado, con el acta respectiva, en su caso, dentro de cinco días de notificado.*

*Cuando el testamento fuera cerrado o el ológrafo presentado estuviera contenido en sobre cerrado, el Juez procederá a su apertura, en presencia del notario o del solicitante, según corresponda, pondrá su firma entera y el sello del Juzgado en cada una de las páginas, y certificará el estado del sobre o cubierta, que se agregarán al expediente, de todo lo cual se extenderá acta en la que, si es el caso, se dejará constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.*

*Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, se procederá conforme lo establece el artículo 710º del Código Civil.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### *Comentario*

---

1. La norma regula algunas reglas para la apertura del testamento. Una de las notas que distingue este procedimiento del que regula la sucesión intestada es que no se requiere la publicación de edictos, ya que por el testamento se sabe quiénes son los herederos.

Cuando el testamento ha sido otorgado por el testador en un documento que firma y guarda en un sobre cerrado, dejando constancia, ante el notario y dos testigos, el juez ordenará al notario lo presente al juzgado, con el acta respectiva, dentro de cinco días de notificado

El documento guardado contiene la última voluntad del causante y se diferencia del testamento por escritura pública, porque es secreto y sólo de conocimiento del testador. El notario es el encargado de guardar el sobre, con la última voluntad del testador, extendiendo en la cubierta del testamento un acta en donde conste

su otorgamiento por el testador, haber sido recepcionado por el notario, firmando dicha acta el testador, los testigos y el notario (como lo regula el inciso 3º del art: 699 CC), quien en última instancia la transcribe en su registro, y luego debe remitir copia del acta para inscripción correspondiente en el Registro de Testamentos.

2.El testamento cerrado debe presentarse tal como se halle y el juez hará que en presencia suya, del interesado y del notario o de la persona, en cuyo poder se hubiese encontrado el testamento (si fuere olográfico) se proceda a la apertura del testamento.

El Juez pone su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas, certificando el estado de sobre o cubierta, que se agregarán al expediente (ver art: 709 CC). De todo lo anterior se extiende un acta en la que si cabe, se deje constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.

Véase que la norma no exige que estén presentes para la apertura del testamento, los testigos que estuvieren presentes para la entrega de éste ante el Notario. Solo intervendrán en el supuesto que el sobre estuviere deteriorado, como lo refiere el art: 821 CPC.

Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, el Juez debe nombrar a un traductor oficial (ver art: 710 CC). Si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si la hubiera. La versión será agregada al texto original suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretario de Juzgado. El Juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado.

No es necesario que los herederos justifiquen el vínculo, pues, la afirmación del testador respecto de la filiación de herederos instituídos hace fe a los efectos de la sucesión testamentaria, especialmente, si el carácter de heredero forzoso del instituido resulta del testamento mismo. Tampoco es necesario, el reconocimiento por un heredero forzoso, designado en el testamento a favor de sus coherederos, pues, hace innecesaria la comprobación de la filiación de éstos.

## EMPLAZAMIENTO COMPLEMENTARIO

### ARTÍCULO 820

*Si después de efectuada la constatación a que se refiere el artículo 819º, el Juez advierte que existen sucesores designados por el testador no mencionados en la solicitud de comprobación, requerirá al solicitante de la misma para que dentro del tercer día indique al Juzgado, si lo sabe, el domicilio de dichos sucesores para su debido emplazamiento.*

*Si el domicilio se ignora o el solicitante no lo indica en el plazo indicado, el Juez dispondrá que el extracto de la solicitud se publique por tres veces, con intervalos de tres días, en la forma prevista en el artículo 168º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La norma regula las reglas aplicables a los sucesores no citados para la comprobación del testamento.

Si luego de la apertura del testamento, el juez advierte que existen sucesores designados por el testador, que no han sido mencionados en la solicitud de comprobación, debe requerir al solicitante para que dentro del tercer día indique a su Juzgado, el domicilio de dichos sucesores, su emplazamiento.

Si bien la norma señala que sea el solicitante el que designe el domicilio del sucesor no citado, dentro del tercero día, consideramos que dicha información podría solicitarse a todos los intervinientes en el acto, pues, podría darse el caso, que estos últimos, tengan mayor acceso a dicha información y no se podría limitar solo a requerir al peticionante.

En caso no se pueda obtener la dirección de este sucesor beneficiado o no se realice en el plazo señalado, corresponde noticiar a este sucesor por medio de edictos; para lo cual, el Juez dispone que el extracto de la solicitud sea publicada por tres veces con intervalos de tres días, a manera de edicto, con el fin de comunicar debidamente a aquellos designados como sucesores. Véase este plazo se contrapone, en cuanto a la exigencia del intervalo, al que regula el artículo 168 CPC.

## MEDIOS PROBATORIOS

### ARTÍCULO 821

*Tratándose de testamento cerrado, sólo se admite como medio probatorio el acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. En defecto del acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado, son admisibles como medios probatorios solamente la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.*

*Tratándose del testamento ológrafo sólo son admisibles el cotejo de letra y firma o, si esto no fuera posible, la pericia. De no poder actuarse estos medios, es admisible la declaración de testigos sobre la letra y firma del testador. Los testigos no serán menos de tres ni más de cinco, mayores de treinta años, vecinos del lugar en la fecha de otorgamiento del testamento y sin relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con los presuntos legatarios o herederos forzosos o legales del testador.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El presente artículo hace referencia a la actividad probatoria a desarrollar para la apertura del testamento cerrado y ológrafo.

En el caso del testamento cerrado esta se limita al acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. Ello se explica porque una de las formalidades esenciales del testamento cerrado, es que el testador entregue personalmente al notario el documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Luego de ello, el notario debe extender en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmaran el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas. (ver inciso 2º del art: 699 CC)

2. La norma en comentario, nos coloca en el supuesto que el acta notarial de otorgamiento tenga defectos o que el sobre que contiene el testamento estuviere deteriorado, situación que solo permite admitir como medios probatorios “la copia

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.” Ello en atención al efecto ológrafo, que otorga el art: 703 CC, que dice: si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada, de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, siempre y cuando sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Esto significa que si el documento estuviera firmado en cada una de sus páginas por el testador, pero no estuviera a manuscrito en su totalidad, no se le puede aplicar los efectos del testamento ológrafo, procediendo a aplicar las reglas de la sucesión intestada. (ver art: 815 CC)

3. Véase que frente a los defectos citados, son admisibles como medios probatorios solamente la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador. Estos medios de prueba que refiere la norma, coincide con los que cita el art: 709 CC, pero difiere en cuanto al orden de éstos, pues, como se aprecia de la redacción del art: 709 CC, “sólo en caso de faltar elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador”

4. Presentado el testamento, el juez designará día y hora para el examen de testigos que reconozcan la letra y firma del testador. Si el testamento estuviese cerrado, será abierto por el juez –rubricando el principio y fin de cada una de sus páginas- en presencia del secretario y de los herederos que comparecieran, a cuyo efecto serán citados previamente.

La declaración de testigos es uno de los medios de prueba que se ofrece, para incorporar información dadas por personas naturales, que han presenciado un hecho o que pueden dar alguna noticia del mismo. Si bien no se fija el número de testigos, pero deben ser dos y los que intervinieron en el acto de entrega del testamento, tal como requiere el inciso 2º del art: 699 CC.

La declaración de los testigos se realizará bajo juramento, indicando cómo saben que el testamento fue íntegramente redactado y firmado por su autor; además, en caso que los testigos, desconozcan o conozcan la letra y firma del causante, se debe recurrir a la prueba de cotejo u comparación, la misma que resulta fundamental por que se aplica al testamento cerrado las reglas del testamento ológrafo, en caso se compruebe el deterioro de la cubierta.

5. Cuando la actividad probatoria se oriente a la comprobación del testamento ológrafo, solo serán admisibles el cotejo de letra y firma o, si esto no fuera posible, la pericia.

El cotejo implica la comparación de la firma y letra de un documento escrito en discusión, con otra que se encuentra en un documento cierto y que el art: 257 CPC otorga un orden de prelación, esto implica, que el primer documento al que

se debe recurrir para realizar el cotejo sea el documento de identidad; en caso no existiere dicho documento se recurrirá a las escrituras públicas, en caso de no existir ellas, a los documentos privados reconocidos judicialmente; y así sucesivamente, pues, el cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden que indica el citado art: 257 CPC. En caso no exista alguna evidencia documental a la que remite el art: 257, será imposible realizar el cotejo, porque no habrá algún referente objetivo para la comparación; situación que conlleva recurrir a la pericia, ello en concordancia con lo que dispone el art: 258 CPC, que dice: “el cotejo de documento se rige, además, por las normas de la prueba pericial, en cuanto sean pertinentes.”

De no poder actuarse estos medios (cotejo y la pericia), es admisible la declaración de testigos sobre la letra y firma del testador. La norma fija un número de testigos: no menos de tres ni más de cinco; asimismo precisa algunas condiciones especiales para su intervención en el proceso, como la edad, lugar de residencia y parentesco.

Estas condiciones se contraponen con las prohibiciones que regula el art: 229 CPC, así pues, se prohíbe declarar como testigo al absolutamente incapaz, salvo los casos que por Ley expresa se permita; sin embargo, en el presente caso, la norma establece una limitante a la edad del testigo, ser mayor de treinta años, ello se explicaría porque el declarante tendría que transmitir un hecho del pasado, en el que hubiere tenido discernimiento, para apreciar si la firma y letra del causante es la contiene el testamento ológrafo que se muestra.

También esta prohibido de declarar como testigo el pariente dentro del cuarto grado consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia (ver inciso 3º del art: 229 CPC); sin embargo, la norma en comentario, limita la intervención de los testigos a la ausencia de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con los presuntos legatarios o herederos forzosos o legales del testador.

Cabe agregar que la relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad puede analizarse en lo que se refiere en línea recta como en la línea colateral. En línea recta existe la ascendente y descendente. En la ascendente, el tercer grado se refiere al bisabuelo, mientras que en la descendente al bisnieto. En la línea colateral, en tercer grado se encuentran los tíos y sobrinos. La relación de parentesco por afinidad, es decir la nacida por matrimonio, en el caso del tercer grado, relaciona al cónyuge con los hijos de sus cuñados.

Por último, otra limitante que se fija para ser testigo, es que sean vecinos del lugar en la fecha de otorgamiento del testamento, para tener mayores evidencias que conocían a la persona y sus actividades, de tal manera, que pudieren dichos testigos haber podido registrar en algún momento la grafía del causante o la firma de éste.

## IMPROCEDENCIA DE CONTRADICCIÓN

### ARTÍCULO 822

*Las contradicciones que conciernan a la validez del contenido del testamento serán declaradas improcedentes.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El artículo en comentario plantea la imposibilidad de formular contradicción, que tenga como aspecto central la impugnación de la validez del contenido del testamento, ya que la vía adecuada para impugnar dicho contenido, es en un proceso contencioso, en la vía procedimental de conocimiento.

Luego de haberse dilucidado si el testamento que otorgó el causante ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación, recién se podrá recurrir a la acción declarativa, en el proceso no contencioso de sucesión intestada.

2. Como refiere el art: 823 CPC, la resolución expedida por el juez en este proceso de comprobación de testamento, es consecuencia que según su criterio se trate de un testamento auténtico y, si a esto, se adiciona que se han cumplido los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente; sin embargo, hay que considerar que la resolución del juez que considera auténtico un testamento, no prejuzga la validez formal de éste ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.

## RESOLUCIÓN Y EFECTOS DE LA MISMA

### ARTÍCULO 823

*Si el Juez considera auténtico el testamento y cumplidos los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del Juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, observando, cuando corresponda, lo dispuesto en el artículo 703º del Código Civil. La resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

En el artículo 823º recoge dos temas a tratar: la declaración de autenticidad del testamento y los efectos notariales de dicha declaración.

En el primer caso, si el juez considera que se trata de un testamento auténtico y, si a esto, se adiciona que se han cumplido los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente.

El segundo caso, está relacionado con los efectos de la resolución antes mencionada. Con el mandamiento de protocolización notarial, culmina el proceso de comprobación del testamento, disponiéndose el archivo, pero, dicha resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias, ya que si hubiera irregularidades ya sea en el fondo o en la forma, dichas irregularidades deberán ventilarse dentro de un proceso no contencioso, de conocimiento.

La protocolización implica la certificación otorgada por el Notario. El juez autoriza para ello, la transcripción de la carátula, del contenido del pliego, del acta de apertura y del auto definitivo. Se realiza en la forma prevenida para los testamentos ológrafos, con la diferencia que no es necesaria la transcripción de todas las diligencias del expediente.



**JURISPRUDENCIA**

---

*Si en un proceso de conocimiento de comprobación de testamento ológrafo, se comprueba que es auténtica la forma en el documento del testador, pero no ha sido totalmente escrito y fechado por él, se estaría reuniendo solo uno de los requisitos esenciales de dicho testamento peor no los otros, por lo que no podría ampararse una demanda que contenga esta pretensión (Cas. Nº 2202-99-Lima, El Peruano, 08/01/2000, p. 4522)*

## SOLICITUD RECHAZADA

### ARTÍCULO 824

*Si la solicitud de comprobación de testamento fuera rechazada en forma definitiva, puede ser nuevamente intentada en un proceso de conocimiento dentro de un plazo no mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución final.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La solicitud de comprobación de testamento- como se ha visto en el artículo 823°- puede culminar con la resolución positiva para el solicitante, expedida por el juez, como consecuencia de que según criterio del magistrado, se trate de un testamento auténtico y, si a esto, se adiciona que se han cumplido los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente.

Puede darse el caso de que la solicitud de testamento fuera rechazada en forma definitiva. En este caso, podrá ser intentada nuevamente, pero ya no en un proceso no contencioso, sino en un proceso de conocimiento y dentro de un plazo de caducidad, que no será mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución final. Es importante, esta referencia temporal, porque como señala el inciso 1 del art: 815 CPC, al referirse a la sucesión intestada: “la herencia corresponde a los herederos legales, cuando ha caducado por falta de comprobación judicial el testamento”

Es coherente la remisión al proceso de conocimiento que señala la norma, porque los procesos no contenciosos no generan cosa juzgada, entendida ésta como la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia cuando ya no proceden contra ella ningún medio impugnatorio, ni resiste nueva discusión el mismo tema. En relación a la cosa juzgada es necesario tener presente lo prescrito en el artículo 123° de este mismo cuerpo normativo.

## DISPOSICIONES ESPECIALES

### ARTÍCULO 825

*El Juez que reciba de la autoridad correspondiente un testamento militar, marítimo o aéreo, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El testamento militar, marítimo o aéreo son tipos de testamentos especiales, que asimismo, tienen una normatividad de carácter especial.

El testamento militar, contemplado en el artículo 712° y siguientes del Código Civil, es aquel testamento que es otorgado por miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; asimismo, es aquel otorgado por personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas y los prisioneros de guerra que estén en poder de las mismas; igualmente aquel que es otorgado por los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo.

El testamento marítimo, contemplado en el artículo 716° y siguientes del Código Civil, es aquel otorgado durante la navegación acuática, por los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano. Es también aquel otorgado durante la navegación, por los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier otra persona que se encuentre a bordo de un barco mercante de bandera peruana, de travesía o de cabotaje, o que esté dedicado a faenas industriales o a fines científicos.

El artículo en comento incluye la referencia al testamento aéreo, pero el Código Civil, no dispone nada al respecto.

2. En todos los testamentos, sea militar, marítimo o aéreo, luego de otorgarse ante la autoridad competente, éste lo envía al juez, quién pondrá en conocimiento de este hecho al Ministerio Público, y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos.

La intervención del Ministerio Público en los procesos no contenciosos, como dice el artículo 759 CPC, se orienta a la vigilancia de la independencia de los

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

órganos del Estado y la recta administración de justicia, aspectos que pudieran ser transgredidos en la comprobación de testamentos.

Si bien es cierto el Ministerio Público debe intervenir y para ello debe ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, no emite dictamen, pues, no interviene como parte ni como tercero.

**Sub - Capítulo 9º**  
**INSCRIPCIÓN Y RECTIFICACIÓN DE PARTIDA**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 826**

*La solicitud de inscripción o de rectificación de una partida de matrimonio o de defunción, y la de rectificación de una partida de nacimiento, procede sólo cuando no se practicó dentro del plazo que señala la ley o cuando el Juez considere atendible el motivo. La solicitud de inscripción de partida de nacimiento se rige por la ley de la materia.*

*Cuando se trate de la rectificación del nombre, sexo, fecha del acontecimiento o estado civil, se indicará con precisión lo que se solicita.*

*Las normas de este Subcapítulo se aplican a la inscripción de los nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, no registrados ante autoridad nacional.*

*También es aplicable a la rectificación de partidas de nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, registrados ante autoridad nacional.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

---

 **Comentario**

---

1. En el procedimiento no contencioso, un particular acude a un juez pidiéndole que, en virtud de la información que suministrará, declare la existencia de un hecho y le otorgue la documentación que acredite el procedimiento cumplido. El juez, previa intervención del Ministerio Público recibe la información y si la halla satisfactoria prima facie, en mérito de ella, en cuanto haya lugar por Derecho, aprueba la información ofrecida y emite, expresa o implícitamente, el pronunciamiento que se le solicita.

Esta actividad implica la administración judicial del derecho privado, por la presencia de un órgano jurisdiccional y la existencia de un objeto jurídico privado, sobre el cual se verifica una tarea que no es procesal, sino meramente administrativa. Si bien, para la inscripción y rectificación de partidas, el nombre, representa para su titular un interés privado, importa también un interés público, consistente en la defensa de la autenticidad de un sujeto, por los efectos jurídicos que se derivan de la mención de un nombre en tanto lleva a la identificación de una persona determinada.

2. Bajo este contexto, se busca la inscripción y rectificación de una partida de nacimiento, matrimonio o defunción.

El Tribunal Constitucional<sup>(1)</sup> al referirse a la partida de nacimiento señala: "es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana."

La partida de nacimiento constituye un asiento registral y sus certificaciones instauran probanza legal: del hecho de la vida, de la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad; del apellido familiar y del nombre propio; de la edad; del sexo; de la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad; de la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio. Es el documento que acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la estirpe, la mayoría automática, por el transcurso del lapso legal, y la inscripción en otros registros, para efectos causales. La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir microbiografía jurídica de cada persona. ( ver fundamento N° 12)

Las partidas del registro civil contienen la información referente al nombre de la persona. La inscripción del nacimiento es el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del registro de estado civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que quedará inscrita; por ello, es razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho registro, máxime cuando cualquier variación y los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona, también se inscriben en el citado registro. Véase los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Si bien los Registros del Estado Civil, son los encargados de registrar aquellos hechos directamente relacionados con la vida de la persona, ya sea su nacimiento,

---

(1) Ver caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, Exp. N.º 2273-2005-PHC/TC/LIMA.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

el matrimonio y la muerte de la misma; las modificaciones o alteraciones a ellos requieren de la intervención judicial o notarial, según el caso.

La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil No 26497 establece que las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias (ver art: 46). Las inscripciones de los nacimientos no contemplados en el párrafo anterior, se efectuarán dentro de un plazo de treinta (30) días y se llevarán a cabo, preferentemente, en la dependencia del registro bajo cuya jurisdicción se ha producido el nacimiento o del lugar donde reside el niño (ver art: 47).

El artículo en comentario hace referencia a la no inscripción en Registros, dentro del plazo señalado por Ley, la cual puede ser realizada por mandato judicial. La Ley de competencia notarial No 26262, no contempla la inscripción notarial, solo la rectificación de partidas.

3. Señala la citada STC que la partida de nacimiento, tiene los siguientes elementos:

### 3.1. Nombre del individuo al nacer:

El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros.

### 3.2. El apellido

Designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

### 3.3. El sexo del individuo

Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.

### 3.4. Fecha de nacimiento (hora, día, mes y año del nacimiento - día de la inscripción)

establece la mayoría de edad automática; en el caso peruano, el derecho a obtener el documento nacional de identidad (DNI) se detenta desde los 18 años. La fecha de nacimiento determina límites para la celebración de actos jurídicos (matrimonio, adopción). Asimismo, la edad constituye un requisito para acceder a cargos públicos y para el goce de los derechos previsionales. Mediante la fecha de nacimiento se establece el momento en que se adquiere la ciudadanía, y se dota de derechos y deberes a la persona, con los cuales puede participar, dentro de sus limitaciones, en la vida pública del Estado; tales derechos pueden ser los relacionados con los beneficios que garantiza el Estado, así como la entrega del documento de identidad nacional, asistencia consular en el exterior o cualquier otro derecho contemplado en las normas del Estado.

### 3.5. El lugar de nacimiento

Vínculo político y social ("nacional") que une a una persona con el Estado al que pertenece. Establece la nacionalidad, que a su vez significa la pertenencia de una persona a un sistema jurídico concreto dictado por un país. Este vínculo del individuo con un Estado le genera derechos y deberes recíprocos.

### 3.6. Identidad y dirección de los padres

Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.

### 3.7. Nombres y apellidos del registrador

Mediante estos datos se corrobora la formalidad y legalidad de la información que se consigna en la partida de nacimiento, de acuerdo a la legislación peruana. La partida de nacimiento debe contener el nombre y apellido, así como la edad, estado civil, naturaleza, profesión u oficio y domicilio de las partes que intervienen en el acto de inscripción.

4. Otro aspecto que regula el artículo en comentario es la rectificación de partida, tanto de nacimiento, defunción y matrimonio, actividad que también puede ser ejercida por el Notario. Se busca corregir ciertos errores en los datos que se ha consignado en el Registro, como el nombre, sexo, fecha del acontecimiento o estado civil, entre otros.

Cabe precisar que la norma faculta a la rectificación más no al cambio de nombre. Cambio, significa una sustitución total de un nombre por otro, mientras que rectificación implica la modificación de ciertos aspectos del nombre, de hacerle ciertas correcciones pero no llevará a la sustitución total del nombre.

En la rectificación, se persigue la enmienda de un error material en el que se hubiera podido incurrir al momento de extender el acta de registro civil (mínima falla que puede ser subsanada tras la comprobación del mismo). El cambio de nombre, persigue modificar una situación preexistente, no sobre la base de un error en el que el funcionario incurrió, sino en el deseo consiente de cambiar el nombre que se lleva, justificando tal solicitud en ciertos hechos que tienen algún fundamento: justo motivo. En tal sentido, no procede amparar el cambio de nombre como proceso no contencioso de una persona cuyo nombre aparece registrado en la partida de nacimiento como "Marlene", a pesar que con el Certificado Oficial de Estudios se constate que la menor solicitante, viene utilizando como nombre de pila el de "Madheline". El cambio de nombre debe dilucidarse en un proceso contencioso; pero si la observación recae a que por error se ha consignado en la partida de nacimiento como "Marleni" en lugar de Marlene, o el apellido paterno como Denalbarte cuando lo correcto es De Nalvarte, resulta de amparo la solicitud rectificatoria<sup>(2)</sup>.

Otra situación implica la supresión del nombre. Véase el caso del acta de nacimiento en el que se consigna como nombres Virginia Magdalena pero se solicita la supresión del primer nombre, Virginia, para quedar solo como Magdalena. Dicha supresión de nombre al ser solicitada ante el juez especializado en lo civil, como proceso no contencioso, provocó que se desestimara su pedido bajo el argumento que la supresión implicaba rectificación de nombre, no siendo

---

(2) Ver Exp. Nº 2002-22526 ante el 59 JCL

por tanto competente el juez especializado sino el Juez de Paz Letrado o el Notario Público, al amparo del artículo 750 CPC. Dicho criterio fue corregido por la Sala revisora al sostener lo siguiente: “la calificación de la demanda efectuada por el juzgado de origen, se ha entendido la pretensión como una rectificación de partida, sin embargo, del tenor del petitorio y los fundamentos de hecho expuestos en la demanda, se desprende que la pretensión de la actora es la “supresión” de su primer nombre, lo cual no constituye en modo alguno una “rectificación” sino un cambio de nombre; y dado que esta pretensión no tiene establecida una vía procedimental propia, ni se encuentra regulada dentro de los procesos no contenciosos, como erradamente afirmó el juez de la causa, corresponde, de ser admitida, tramitarse en la vía contenciosa pertinente, emplazándose a las entidades respectivas”<sup>(3)</sup>.

El cambio de nombre aparece regulado en el artículo 29 CC, así: “nadie puede cambiar su nombre, ni hacerle adiciones salvo por motivos justificados y mediante autorización, debidamente publicada e inscrita” A pesar que el texto legal no hace referencia al cambio de sexo, sólo al cambio de nombre, el vacío legal al respecto viene llevando a que las pretensiones que se planteen en tal sentido se diluciden en procesos contenciosos, pues, no se trata de una simple rectificación, de un elemento de la identidad de la persona. Como no se precisa la vía procedimental, algunos criterios judiciales asumen la tramitación bajo las reglas del procedimiento de conocimiento, otros, la fijan en el sumarísimo, criterio este último idóneo en atención a la urgencia en dilucidar la identificación adecuada de la persona que busca dicha declaración. Como señala el inciso 6 del artículo 546 CPC, se tramitan por esta vía “los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, o porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo”.

5. Para el Tribunal Constitucional<sup>(4)</sup>, cuando se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que éste conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde. Por ello, como regla general se ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Sin embargo, existe una excepción, que se presenta cuando existen motivos justificados y media una autorización judicial, publicada e inscrita. Por ejemplo, se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar. Véase el

(3) Resolución No 2 de fecha 11 de junio del 2007, recaída en el expediente No 1130-07 emitida por la 8 Sala Civil de Lima.

(4) El desarrollo temático que hace el Tribunal Constitucional al cambio de nombre, aparece también reproducida en la tesis para optar el grado de Bachiller por Lourdes Flores Nano, PUCP, Lima, 1984

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

caso del nombre Marciano, que se busca el cambio por Mashall; el nombre de Wei Gon, cuyo pronunciamiento hace referencia a palabras soeces, por lo que busca el cambio por Gustavo<sup>(5)</sup>

Asimismo, podría proceder el cambio de nombre de una persona que es homónima de un avezado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima. Estos cambios de nombre deben ser garantizados por la publicidad, con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas con tales hechos puedan impugnarlos oportunamente en sede judicial.

6. A continuación transcribimos el voto singular del Magistrado Vergara Gotelli, emitido en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PHC/TC/Lima, por considerarlo relevante.

1. El recurrente en su pretensión quiere que el RENIEC le otorgue un Documento Nacional de Identificación (DNI) cambiando el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas por el de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Manifiesta que existe una resolución judicial de fecha 20 de mayo de 1,989 emitida en Proceso No Contencioso por el Juez Provisional en lo Civil de Pacasmayo, Sr. Víctor Correa Rojas, que en copia simple aparece a fojas 5 de autos, que ordena la "rectificación" de su partida de nacimiento en el sentido que él propone y que pese a ello el RENIEC le niega dicho derecho.

2. De lo actuado aparece la existencia de un primer DNI del recurrente, confectionado en base a su partida de nacimiento y a los datos de identificación alcanzados al RENIEC por el propio titular Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, de sexo masculino.

3. Con posterioridad y en base a una "rectificación" de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en Procedimiento no contencioso que constituye para el caso, a no dudarlo, trámite irregular con el que dicho Juez rebasó sus atribuciones desde que no se limitó a los dictados de la ley procesal que le permitía sólo subsanar o corregir un error material evidente, alterando así la identidad del titular al cambiarle el nombre pues le puso Karen Mañuca (femeninos) por el original Manuel Jesús (Masculino) quedando así identificado el recurrente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. La partida original fue asentada el 04 de mayo de 1976 en el Registro civil de nacimientos a cargo del Concejo Provincial de Pacasmayo y la modificación por el juez de dicho lugar se realizó por auto de fecha 22 de mayo de 1,989 conforme la anotación marginal agregada el 03 de mayo de 1989 según la copia antes referida.

---

(4) Ver expediente N° 12998-2006-44 JCL

4. Teniendo el señor Manuel Jesús Quiroz Cabanillas la copia autenticada de su partida de nacimiento modificada, sorprende a los funcionarios de RENIEC para conseguir un nuevo documento de identificación en nueva inscripción en vez de solicitar la rectificación del registro anterior que estaba vigente. Esta actitud vino a significar la titularidad del recurrente en dos partidas de identificación en el RENIEC, institución que le otorgó así el DNI 1211481 (libreta electoral) y después el DNI número 19203903, apareciendo en el primero como Manuel Jesús y en el segundo como Karen Mañuca.

5. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus registros, conforme al inciso 4 del artículo 67 de la ley número 14207, que señala que la depuración tiene por objeto excluir de este en forma definitiva o temporal las inscripciones múltiples, comprobó la irregular duplicidad procediendo a la anulación de la segunda partida, es decir del segundo DNI del recurrente numerado con el 19203903, lo que entraña que con esa anulación mantuvo su vigencia el primero, descartándose así como correspondía el instrumento de la partida anormalmente modificada por el citado Juez. **Es menester señalar que tratándose de una intervención del Juez en tramite sin contención para el que la ley lo convierte en un funcionario administrativo, la decisión analizada no podía y no puede traer la consecuencia de la cosa juzgada.** En conclusión el demandante tiene vigente el DNI que le corresponde y no puede pretender así que se le entregue copia del DNI que por anulado ya no existe, lo que precisa y expresamente ha reconocido la institución demandada cuando al contestar la demanda expresa "... que el recurrente está haciendo uso de una identidad cancelada por doble inscripción y lo ilegal no genera derecho... la inscripción primigenia como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas mantiene su eficacia jurídica quedando expedito su derecho para ejercerla...". Es pues necesario decir que el demandante no puede hacer, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alteradas por juez competente a quien consiguió conducir al trámite administrativo judicial del denominado procedimiento no contencioso, exigencia de entrega de un instrumento oficial en el que aparecería con nombre cambiado de mujer. En todo caso de no estar conforme con la decisión anulatoria a la que hacemos referencia ha debido recurrir al proceso contencioso administrativo puesto que no se trata de una privación de su derecho a la obtención de su correspondiente documento de identificación que lo tiene sino de la persistencia de aparecer en el registro público, en nueva versión identificatoria, como mujer y no como hombre.

6. El artículo 19 del Código Civil señala que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, lo que obviamente incluye los apellidos. Sin embargo el referido código prohíbe cambiar el nombre o hacerle adiciones sin motivos justificados, a no ser que el cambio o la adición provenga de autorización judicial naturalmente en proceso en el que el recurrente acredite los hechos que fundamentan su pretensión, resolución que tiene que inscribirse en el Registro corres-

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

pondiente (artículo 29). El artículo 1331º del Código de Procedimientos Civiles (con el cual se tramitó la "rectificación" en 1,989) previó que la rectificación de nombre se realiza en Proceso No Contencioso, lo que ha sido recogido por el inciso 9 del artículo 749 del Código Procesal Civil que permite la inscripción (a destiempo) y la "rectificación" de las partidas de los registros civiles en trámite sin contención (mal denominada "jurisdicción voluntaria), código que incluso en su artículo 750 vino a establecer una competencia exclusiva de los Juzgados de Paz Letrados para estos casos, competencia que posteriormente por la ley 27155, artículo 3, al modificar el artículo 750 del Código Procesal citado, ratifica la competencia de los Juzgados de Paz Letrado y a su vez permite que las rectificaciones de partida se puedan hacer ante Notario Público, con lo que legalmente queda precisado que la participación del Juez de Paz Letrado constituye tarea simplemente administrativa.

La ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos ya había previsto la competencia del Juez de Paz Letrado y también la del Notario Público, a elección del interesado, para los asuntos de inscripción y rectificación de las partidas del registro civil, precisando en su artículo 15 que "las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios, se tramitarán ante notario. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente". Para la precisión de lo que significa rectificar o enmendar una partida, el Código procesal Civil señala en el artículo 829 lo siguiente: "Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra "de" o las letras "y", "i", "e" o "a", u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El Juez, sin observar el trámite del Artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente."

7. De lo expuesto en los fundamentos precedentes se infiere que la inscripción y rectificación de partida de nacimiento sólo procede cuando no se practicó dentro del plazo legal ante la autoridad competente (registrador) y cuando en la partida inscrita aparece a la vista un error de simple comprobación, ambos en el procedimiento administrativo respectivo y por ello la ley, señala que dicha inscripción y/o rectificación debe realizarse ante Juez o Notario, con lo que traslada el pedido administrativo a la vía judicial o notarial. En ambos casos, judicial o notarial, para la inscripción y/o rectificación de partida no hay emplazamiento válido ni contradicción, generándose así una resolución que no puede tener la calidad de cosa juzgada.

8. Por otra parte nos encontramos frente a supuestos de hecho diferentes: Rectificación, adición y cambio de nombre. La rectificación, según la Real Academia Española, es corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho. Dice la Academia que la adición es la acción y efecto de añadir, ello sirve para los supuestos en que la mujer aumenta el apellido del marido agregando la sílaba "de" y luego el apellido paterno del marido, y por último dicha institución establece que el cambio supone dejar una cosa o situación por otra, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos. El Código Procesal Civil señala que sólo proceden las inscripciones o rectificaciones en proceso no contencioso dejando la pretensión del cambio de nombre para el proceso de conocimiento que por su complejidad exige una amplia estación probatoria con defensa y contradicción por la relevancia que supone dicho cambio frente a los terceros.

9. El recurrente en base a una "rectificación" de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en procedimiento no contencioso y en trámite irregular en el que rebasó sus atribuciones, pues no se limitó a los dictados de la ley procesal para subsanar o corregir un error material, sino que alteró en la partida, la identidad del titular con el pre nombre de "Karen Mañuca", siendo el titular Manuel Jesús, que constituye el motivo que lo trae al proceso constitucional, tramita y obtiene en el RENIEC la expedición de un nuevo DNI, sorprendiendo al RENIEC al indicar como sexo el femenino, lo que significa dos documentos distintos para una misma persona.

10. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus Registros anula el segundo DNI, lo que significa que ha recobrado vigencia el primero, descartando como corresponde la alteración del Juez Civil que por lo dicho precedentemente no causó jamás cosa juzgada en relación al nombre modificado del recurrente, y esto es lo que persigue en el presente proceso y no el reconocimiento de su identificación que nadie puede negar. El demandante en consecuencia mantiene incólume su identidad conforme a su primer DNI, el que al habersele "extraviado", le da derecho a solicitar y obtener un duplicado ante el RENIEC. Lo que no puede hacer es, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alterada por un Juez al que consiguió conducir al carril no contencioso, es conseguir administrativamente el reconocimiento oficial de una nueva identidad.

Por tanto mi voto es por que se declare **INFUNDADA** la demanda entendiéndose que el RENIEC, teniendo por vigente el primer DNI del demandante (Manuel Jesús), debe hacerle entrega del duplicado correspondiente ante la pérdida del documento original según afirma.

7. Frente al caso que describe voto singular transcrito, el Tribunal Constitucional, por mayoría, considera que el asunto en discusión contiene elementos que van más allá de un asunto meramente formal, pues, comprometen valores constitucionales. En tal sentido, el Tribunal pronunciándose sobre el principio de digni-

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

dad, el derecho a la identidad y el rol del documento nacional de identidad, "ordena al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N° 35, *supra* –mandato judicial–, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N° 36, *supra*."

Frente a ello, apreciamos con preocupación el fundamento No 35 de la sentencia que dice: "No debe perderse de vista que, si bien es cierto, la administración ha actuado con arreglo a ley, pues conforme al inciso 4) del artículo 67º, y el artículo 77º de la Ley N° 14207, está permitida la depuración del registro electoral por inscripciones múltiples, en cuyo caso, sólo la primera inscripción conservará su validez, cancelándose todas las demás, sin embargo, la parte demandante cuenta con una decisión judicial que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento –no cuestionada en autos– según consta en la copia que corre a fojas 5, mandato que ha adquirido la calidad de cosa juzgada y que se encuentra vigente; en consecuencia, la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a "Karen Mañuca", quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original"

Frente a los antecedentes expuestos, se torna inconcebible que el Tribunal Constitucional sostenga que el pronunciamiento proveniente de un proceso no contencioso adquiera la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, saludamos el voto singular citado, pues, como expresamente señala en el punto 5: "es menester señalar que tratándose de una intervención del Juez en trámite sin contención para el que la ley lo convierte en un funcionario administrativo, la decisión analizada no podía y no puede traer la consecuencia de la cosa juzgada." Criterios como las que esgrime acertadamente el voto singular, son reproducidos por Guasp<sup>(6)</sup>, quien califica a esta jurisdicción como "la administración judicial del derecho privado".

---

(6) Guasp Jaime, Derecho Procesal civil, 3º ed, t.2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 946

## LEGITIMIDAD ACTIVA

### ARTÍCULO 827

*La solicitud será formulada por:*

- 1. El representante legal del incapaz y, a falta de aquél, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la rectificación de la partida de nacimiento.*
- 2. La persona cuya partida de nacimiento se trata de rectificar, si es mayor de edad, y, si ha fallecido, por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
- 3. Cualquiera de los cónyuges o, por fallecimiento de éstos, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la inscripción o rectificación de la partida de matrimonio.*
- 4. Cualquiera de los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del fallecido, para la inscripción o rectificación de la partida de defunción.*
- 5. Por el Ministerio Público cuando el fallecido no tiene parientes. En este caso no se requiere de publicación, salvo que la actuación del Ministerio Público se origine a pedido de interesado.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. Si bien el registro del estado civil de las personas es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción, la norma recoge diversos supuestos en las que personas diferentes a los directamente involucrados en la rectificación lo formulen.

Esto se justifica, pues, como señala el art: 41 de la Ley 26497, es imprescindible e irrenunciable el derecho a solicitar que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y el estado civil de las personas, con arreglo a ley.

2. El artículo en comento prescribe sobre quienes pueden formular la solicitud, en atención a la información de la partida que se quiera rectificar. Así, en el caso

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

de la partida de nacimiento, los incisos 1) y 2) refieren que corresponde a la propia persona, si es mayor de edad, o al representante legal en caso de incapacidad. Cuando se habla de representante legal del incapaz se alude a aquel representante determinado por ley, como sería el caso de los tutores, sin embargo, también puede concurrir el curador designado judicialmente.

Cuando se trata de la partida de matrimonio, señala el inciso 3º) que corresponde a cualquiera de los cónyuges; y en caso de la partida de defunción, señala el inciso 4º que corresponde, a cualquiera de sus parientes la inscripción y rectificación de ésta.

A falta de las personas señaladas por Ley, corresponde plantear la solicitud de inscripción o rectificación del caso, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; por citar, cuando se establece el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad se refiere a la relación entre primos, y, el segundo grado de afinidad es la relación entre uno de los cónyuges con los sobrinos del otro cónyuge.

Cuando el fallecido no tiene parientes, corresponde al Ministerio Público asumir dicha actividad. En este caso no se requiere de publicación, salvo que la actuación del Ministerio Público se origine a pedido de interesado.



### JURISPRUDENCIA

---

*No puede aplicarse el artículo 827 del C.P.C. si la materia controvertida no esta referida a lograr la rectificación de una partida, sino a determinar si la sentencia en la cual se determinó la rectificación de partida fue expedida con fraude (Exp. Nº 52736-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 422-423)*

*La legitimidad para obrar, como condición de la acción, consiste en la adecuación lógica entre las partes que intervienen en la relación jurídico material, con las que pretenden constituir la relación jurídica procesal; adecuación lógica que no significa identificación sino concordancia.*

*No puede aplicarse el artículo 827 del C.P.C. si la materia controvertida no esta referida a lograr la rectificación de una partida, sino a determinar si la sentencia en la cual se determinó la rectificación de partida fue expedida con fraude (Exp. Nº 52736-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 422-423)*

## PUBLICACIÓN

### ARTÍCULO 828

*La publicación del extracto de la solicitud se practicará por una sola vez en la forma prevista en los artículos 167° y 168° de este Código en lo que fueren aplicables. Los documentos que contienen los edictos serán autorizados por Abogado, como requisito para su publicación. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

La publicidad es importante en el acto que se busca; ello en garantía de terceros que pudieran verse afectadas con la alteración del nombre u otra información que se busca modificar a través de la rectificación u inscripción; por ello se recurre a las publicaciones por edicto.

Con estas publicaciones se busca dar a conocimiento público información, relacionada con la solicitud de inscripción o rectificación que se busca. Se dirige a un grupo de personas inciertas, para dar a conocer el hecho que el solicitante quiere inscribir o rectificar, por los efectos que pudieran tener en terceros, y, que mediante dicha publicación se noticiarían de ello.

Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del Juez. Esta puede darse de varias maneras, como los escritos que se fijan en ciertos lugares públicos o transitados o en la tablilla del juzgado.

La publicación debe contener un extracto de la misma y se publicará por una sola vez, en la forma prevista en el art: 168 CPC. No resulta aplicable para las publicaciones los tres días hábiles que refiere la norma general, por existir norma especial que la regula.

La norma en comentario precisa que se debe autorizar los documentos que contienen los edictos por el abogado, como requisito para su publicación.

---

(\*) Texto vigente, conforme la modificación establecida por el artículo único de la Ley N° 26784, publicada el 11.05.97

## TRÁMITE ESPECIAL

### ARTÍCULO 829

*Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra "de" o las letras "y", "i", "e" o "a", u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El Juez, sin observar el trámite del artículo 754º, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

La norma acoge un trámite especial para errores manifiestos de ortografía, sea en el nombre, en la calificación del sexo u otro error que fluya del propio documento.

Apreciéese que la norma reduce el ámbito de aplicación de este trámite especial a los errores en las partidas de nacimiento, sin embargo, creemos que ella podría ser extensiva a la información que pudiera acoger otras partidas, como la de defunción y matrimonio, siempre y cuando se trate de errores manifiestos de ortografía.

Por otro lado, la redacción de este artículo no es adecuada porque hace especial referencia a las personas cuyas partidas "figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra "de" o las letras "y", "i", "e" o "a", u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento..." El error manifiesto de ortografía, es el supuesto al que se debe remitir cuando se quiera acoger al trámite especial y no recurrir a los ejemplos que remite la norma, como las letras "y" por "i", o la letra "e" por "a". Además el error manifiesto no necesariamente puede aparecer en el nombre, en el sexo, también puede aparecer en otros elementos que consigne la partida de nacimiento.

Véase que los elementos en este artículo son: a) la rectificación, que significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignar el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento; b) un error manifiesto de ortografía que involucre al nombre, sexo u otros elementos que fluyan

del propio documento; c) que se refiera a partidas de nacimiento inscritas en las Municipalidades o Consulados del Perú.

En estos casos, no se realizará la audiencia de actuación y declaración judicial, ya que son errores tan evidentes, que no habrá lugar a dudas, con respecto a la necesidad de la rectificación. Por ello se prescinde de la audiencia y el juez dispone de plano la rectificación correspondiente. Otro efecto que genera en el procedimiento es la omisión a las publicaciones a que refiere el art: 828 CPC. El juez, dispondrá de plano la rectificación correspondiente, situación que no opera cuando se trata de una rectificación ordinaria.

El art: 44 de la Ley 26497 señala los diversos actos que pueden inscribirse en el Registro de estado civil, como son: a) Los nacimientos; b) Los matrimonios; c) Las defunciones; d) Las resoluciones que declaran la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas; e) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas; f) Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad; g) Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como cuando la tutela o curatela acaba, o cesa en el cargo el tutor o curador; h) Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles; i) Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación; j) El acuerdo de separación de patrimonio y su sustitución, la separación de patrimonio no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación; k) Las declaraciones de quiebra; l) Las sentencias de filiación; m) Los cambios o adiciones de nombre; n) El reconocimiento de hijos; o) Las adopciones; p) Las naturalizaciones y la pérdida o recuperación de la nacionalidad; q) Los actos que, en general, modifiquen el estado civil de las personas, las resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de inscripción y los demás actos que la ley señale. Consideramos que si estos actos, pueden ser inscritos en el Registro de estado civil, la posibilidad de error ortográfico es latente, sin embargo, bajo el trámite especial que diseña el artículo en comentario, puede extenderse a ellos la corrección de ellos.

**Sub - Capítulo 10º**  
**SUCESIÓN INTESTADA**

**PROCEDENCIA**

**ARTÍCULO 830**

*En los casos previstos en el artículo 815º del Código Civil, cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público.*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

**LEGISLACIÓN COMPARADA**

C.P.C.N. Argentina arts. 699-703

---

 **Comentario**

---

1. La norma regula uno de los supuestos de la sucesión, la intestada, la misma que es solicitada por un interesado en ella, calificado de sucesor.

Es importante precisar que el sucesor es la persona a la cual se transmiten los derechos de otra, de tal manera que en adelante pueda ejercerlos en su nombre propio.

El sucesor puede ser singular o universal. Es singular cuando se le transmite un objeto particular que sale de los bienes de aquel a quien sucede; en cambio es universal, cuando es aquel a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de la persona.

La sucesión puede producirse por acto intervivos, como sería el caso de los contratos, o por causa de muerte, la misma que puede operar por voluntad del causante (sucesión testamentaria) o por voluntad de la Ley, como sería el caso de la sucesión intestada.

2. Como ya se ha dicho, cuando la sucesión opera mortis causa, el criterio regulador para la sucesión testamentaria será la voluntad del causante, la misma

que determina quiénes deben recoger los bienes hereditarios y cuanto le corresponde a cada uno. Esta no es irrestricta, pues se debe cumplir con ciertas limitaciones que impone la Ley.

También concurre la posibilidad de la sucesión intestada, la que es normada por la ley, ante la ausencia de voluntad del causante, precisando el orden sucesorio y la parte que le corresponde a cada heredero, tal como se aprecia de la redacción de los artículos 816 y 817 del Código Civil.

El artículo 815° del Código Civil señala los diversos supuestos para la concurrencia de la sucesión intestada, como la muerte del causante sin dejar testamento, o el que habiendo otorgado haya sido declarado nulo total o parcialmente, o haya caducado por falta de comprobación judicial, etc.

Cabe señalar que el testamento será nulo por diversos motivos: cuando es otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada; cuando adolece de defectos de forma, por faltarle la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador o su firma; cuando se deja de cumplir cualquiera de los requisitos esenciales que la ley señala para cada uno de los testamentos ordinarios; cuando tratándose de los testamentos militar y marítimo, falte la firma de la persona autorizada para recibirlos; cuando es otorgado en común por dos o más personas. (ver art: 808 y 811 CC).

Un testamento será anulable, cuando es otorgado por incapaces como menores de edad, a excepción de los varones mayores de dieciséis años o las mujeres mayores de catorce años que contraigan matrimonio, o de los menores de dieciocho que obtengan título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio; los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable; los retardados mentales. (ver art: 809 y 812 CC)

3. Estamos además, ante la sucesión intestada, cuando el testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye. (ver inciso 2º art: 815 CC).

La caducidad implica la pérdida de la eficacia del testamento, o de alguna o algunas de las cláusulas del mismo, o de la designación de herederos o legatarios. La caducidad total, por ejemplo, ocurre cuando el testamento ológrafo – es decir, el testamento escrito íntegramente por el testador, colocándole además la fecha y firmándolo, pero sin la presencia ni de Notario ni de ningún testigo- no es protocolizado.

Otro supuesto de sucesión intestada es la muerte del heredero forzoso antes que el testador, renuncie a la herencia o la pierda por indignidad o desheredación y no tenga descendientes. (ver inciso 3º art: 815 CC)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

El heredero es aquel sucesor a título universal, es decir, aquel que participa en relación a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Se les llamará herederos forzosos a aquellos que el causante no puede excluir, salvo por causales de indignidad o desheredación.

La muerte del heredero voluntario o legatario antes que el testador, constituye otro supuesto de sucesión intestada. También lo es si no se ha cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados. (ver inciso 4º art: 815 CC). Se considera herederos voluntarios o legatarios a aquellos sucesores que el causante ha instituido dentro de su facultad de libre disposición a título de legado, de uno o más de sus bienes.

En caso que el testador que no tenga herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no haya dispuesto de todos sus bienes en legados, la sucesión legal sólo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso, señala el inciso 5º del art: 815 CC.

4. La sucesión intestada tiene por objeto indagar previamente la existencia de herederos llamados por la Ley a recoger la herencia y procede en los casos que establece el art: 815 CC. A diferencia de la sucesión testamentaria, que pueden suceder herederos legítimos o extraños, en la sucesión intestada, la ley solamente llama a los parientes dentro del orden sucesorio que establece los artículos 816 y 817 CC.

Como dice la norma en comentario, cualquier interesado que se considere con vocación hereditaria, podrá recurrir a iniciar la sucesión intestada, sin embargo, cuando el interesado este incapacitado y no tenga representante, puede concurrir a solicitar la sucesión intestada el Ministerio Público. Véase en el caso de la sucesión intestada de un menor de edad, cuyos padres hubieren fallecido simultáneamente y no se hubiere conformado ningún Consejo de Familia para determinar la tutoría del menor.



### JURISPRUDENCIA

---

*Se entiende por apertura de la sucesión a la iniciación o comienzo de ésta con motivo de la muerte del causante, hecho que determina tal apertura y la correspondiente transmisión sucesoria.*

*Si bien uno de los herederos falleció durante el proceso, esto es, con fecha posterior al causante dicha circunstancia hace que la sentencia se retrotraiga a la fecha de interposición de la presente acción.*

*Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores (Exp. Nº 218-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 630-632)*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

Si la codemandada comunicó al juzgado quiénes eran los integrantes de la sucesión de su codemandado, precisando sus nombres y direcciones y adjuntado copia legalizada de la sentencia de la sucesión intestada, el Juez debió disponer el emplazamiento individual de todos y cada uno de los integrantes de la sucesión que aparecen consignados en la sentencia antes referida.

Se atenta contra el debido proceso y derecho a la defensa de los herederos ya identificados, al designar curador procesal para los integrantes de la Sucesión, cuando lo que le corresponde es el emplazamiento individual (**Exp. N° 196-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 571**)

No resulta procedente acumular en una misma solicitud el pedido de sucesión intestada de las personas fallecidas en distinta fecha, que corresponde a distinto orden y sin revisar si ambos tuvieron el mismo domicilio a efectos de determinar la competencia (**Exp. N° 826-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 114-116**)

En materia sucesoria en general es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, competencia que es improrrogable.

Si el de cujus, a la fecha del fallecimiento, tuvo como domicilio el distrito de Comas, corresponde el conocimiento a la Corte Superior de Justicia de Lima, Cono Norte (**Exp. N° 1738-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 116-117**)

Por la sucesión morosa causa al sujeto de relaciones patrimoniales se le sustituye otro u otros permaneciendo sin alteración las relaciones de las que era titular el originario sujeto de derechos, produciéndose una variación solo subjetiva en la forma de manifestación de aquellas relaciones (**Exp. N° 1266-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 56-58**)

La unión de hecho solo genera una sociedad de gananciales y de ninguna manera puede generar una vocación hereditaria entre sus integrantes (**Exp. N° 1382-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 21-22**)

Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No hay necesidad de más documento que el testamento o la declaratoria judicial de herederos, para que todos los bienes que eran de titularidad del causante al momento de su deceso, sean transferidos a favor de sus herederos (**Exp. N° 1476-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 139-140**)

No se puede pactar contra la Ley que regula la sucesión intestada por ser de interés público, como por tratarse de derechos no disponibles (**Exp. N° 30-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 86-87**)

“... Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contiene disposición alguna que subordine la transmisión sucesoria a la intervención judicial, la jurisprudencia de esta Suprema Corte es uniforme, debido a la aplicación de las disposiciones procesales pertinentes, en el sentido que los herederos deben probar su calidad de tales con el tratamiento (sic, entiéndase testamento) o la declaración judicial de heredero...” (**Cas. N° 83-95-Ancash, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 638-639**)

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

*Deriva del título que le reconoce la condición legal de heredera, el derecho de la demandante para solicitar la partición.*

*No se puede pactar contra la Ley que regula la sucesión intestada por ser de interés público, como por tratarse de derechos no disponibles (Exp. N° 301-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 86-87)*

## ADMISIBILIDAD

### ARTÍCULO 831

*Además de lo dispuesto en el artículo 751º, a la solicitud se acompañará:*

- 1. Copia certificada de la partida de defunción del causante o la declaración judicial de muerte presunta;*
- 2. Copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial;*
- 3. Relación de los bienes conocidos;*
- 4. Certificación registral de que no hay inscrito testamento en el lugar del último domicilio del causante y en donde tuvo bienes inscritos; y,*
- 5. Certificación registral de los mismos lugares citados en el inciso anterior de que no hay anotación de otro proceso de sucesión intestada.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

Además de los requisitos que hace referencia el artículo 751 CPC, la norma exige la concurrencia de otras exigencias particulares al caso de la sucesión intestada, como:

a) la copia certificada de la partida de defunción del causante o la declaración judicial de muerte presunta, con lo que se acredita la defunción del causante. La partida de defunción es el documento público expedido por la Municipalidad, mediante el cual se certifica la muerte o fin de una persona. En el caso de la muerte presunta, ésta se establece mediante la declaración respectiva contenida en una resolución judicial en la que se indica – según lo establecido en el artículo 65º del Código Civil- la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido.

b) la copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extra-matrimonial, con lo que se acredita la relación parental entre el causante y el heredero y el grado de tal relación.

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

c) la relación de los bienes conocidos, lo que delimita el objeto de transmisión.

d) la certificación registral que no aparece inscrito testamento en el lugar del último domicilio del causante y en donde tuvo bienes inscritos, con lo que se acredita la pertinencia de inicio de un proceso de sucesión intestada. También se requiere la certificación registral de no existir la inscripción de otro testamento, es decir el documento que certifique que no hay inscrita la declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte, que es en buena cuenta un testamento.

e) la certificación registral de los mismos lugares citados en el inciso anterior, que no hay anotación de otro proceso de sucesión intestada, para evidenciar la pertinencia del proceso no contencioso de sucesión intestada.

Algunos juzgados solicitan un "certificado de vigencia" en el que se indique los títulos que se encuentren pendientes y demás datos relevantes del asiento de presentación. Ello es necesario para que el interesado y los terceros tomen conocimiento de tal circunstancia publicitada que podría ser variada o modificada. Esto último se fundamenta en que los efectos de las inscripciones se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, de tal manera que los efectos de una inscripción que modifica el contenido del certificado se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del título que le dio mérito. El numeral IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos acoge el Principio de prioridad preferente que dice: Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación



### JURISPRUDENCIA

---

*Solo procede declarar el derecho sucesorio en un proceso no contencioso a quienes lo acrediten con copia certificada de la partida correspondiente o instrumento público que contenga el reconocimiento o declaración judicial de filiación.*

*Debe desestimarse la pretensión del actor si no se proporciona prueba suficiente que acredite el derecho sucesorio invocado; sin embargo debe dejarse a salvo su derecho a efectos que lo haga valer como corresponde (Exp. Nº 1109-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 542-543)*

*"... En la declaración de herederos se deben presentar documentos que acrediten en forma indubitante la vocación hereditaria de quienes piden ser declarados tales..." (Exp. Nº 322-95, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 636)*

*"... La vocación hereditaria de la solicitante debe emanar indubitadamente de su respectiva partida de nacimiento..." (Exp. Nº N-1143-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 637)*

## LEGITIMACIÓN PASIVA

### ARTÍCULO 832

*A los presuntos herederos domiciliados en el lugar, al cónyuge supérstite y a la Beneficencia Pública correspondiente, se les notifica sólo la resolución admisorio, y las demás si se apersonan al proceso.*

*Si el causante fue extranjero, se notificará además al funcionario consular respectivo.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C.N. Argentina arts. 689-698

---

## Comentario

---

El artículo en comentario califica de legitimación pasiva, a quienes van a ser notificados con la solicitud de la sucesión intestada.

Esta notificación no debe ser entendida técnicamente como un emplazamiento, pues no se trata de un proceso contencioso, sino como una citación a los herederos, a pesar que por Ley entren en la posesión de la herencia por el solo hecho del fallecimiento del causante.

Como dice la norma, a los presuntos herederos domiciliados en el lugar, al cónyuge supérstite y a la Beneficencia Pública correspondiente, se les notifica sólo la resolución admisorio.

Los herederos no están obligados a comparecer al proceso, pero si lo hacen, se les notificarán todas las resoluciones que recaigan en el proceso.

Es importante la notificación del admisorio a la Beneficencia porque a falta de sucesores legales, el juez o notario que conoce del trámite de la sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero (ver art: 830 CC).

En caso el causante, hubiere sido extranjero, se debe notificar además del último domicilio de éste en sede nacional, al funcionario consular respectivo de su país.

## NOTIFICACIÓN EDICTAL E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

### ARTÍCULO 833

*Admitida la solicitud, el Juez dispone:*

- 1. La publicación de un aviso tanto en el diario de los anuncios judiciales como en otro de amplia circulación. Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del Juez.  
El aviso contendrá la identificación del Juzgado y del Secretario de Juzgado, los nombres del solicitante y del causante y la fecha y lugar del fallecimiento de éste.  
Se acreditará en la audiencia prueba de la notificación realizada.*
- 2. La anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Mandatos y Poderes. Para tal fin, el Juez cursará los partes a los registros correspondientes conforme a ley. (\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

El texto original de este inciso fue anteriormente modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 26707, publicada el 12-12-96.

1.El artículo en comentario tiene dos aspectos complementarios, en relación del trámite en el proceso de la sucesión intestada. El primer aspecto considerado es sobre la publicación del aviso del proceso, con lo que dará a conocer del mismo a todos los interesados. El segundo aspecto tomado en cuenta en este artículo es sobre la anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Mandatos y Poderes.

La publicación del aviso, debe hacerse tanto en el diario de los anuncios judiciales como en otro de amplia circulación. Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del juez.

---

(\*) Inciso vigente conforme a la modificatoria establecida por el Artículo 1 de la Ley N° 26716, publicada el 27-12-96.

En cuanto a la anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Mandatos y Poderes, constituye otra forma de publicidad a tomar en cuenta. El juez, con tal objeto, cursa los partes a los registros correspondientes conforme a ley.

Apreciése que la inscripción se realiza en los Registros, que se diferencian de los registros administrativos, por cuanto se encuentran destinados a dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas y tienen como característica fundamental que los actos registrados producen cognoscibilidad frente a terceros. Esta publicidad dota de un status jurídico a los actos que acceden al Registro en razón de los efectos que generan.

2. La publicación de los edictos se hace en dos diarios, en el de anuncios judiciales, como El Peruano, y en otro de amplia circulación, que el juez designe, por el termino de tres días

La norma se pone en el supuesto que en el lugar no hubiere diario, en cuyo caso, dice “se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del Juez”; sin embargo, en este caso debe tenerse en cuenta lo que regula el art: 167 CPC: “a falta de diarios en los lugares mencionados, la publicación se hace en la localidad mas próxima que los tuviera, y el edicto se fijará, además, en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión”

Los avisos de publicación serán redactados por el secretario del juzgado, con indicación de datos suficientes para que los interesados se enteren de todos los antecedentes relativos al ejercicio de sus derechos, mencionando los nombres completos del causante, la fecha y el lugar del fallecimiento de éste. También debe contener la identificación del Juzgado y del Secretario de Juzgado donde se promueve la sucesión intestada.

Si bien la norma no precisa la frecuencia de las publicaciones, nos remitimos a los alcances del art: 168 CPC que dice: la publicación se hará por tres días hábiles, salvo que este Código establezca número distinto, como es en el caso de la inscripción y rectificación de partidas, que se practica por una sola vez, como refiere el art: 828 CPC.

Por último, se debe precisar, que cuando la norma dispone la anotación del admisorio en el Registro de Sucesión Intestada y en el Registro de Mandatos y Poderes, es para evitar que paralelamente se declaren varias sucesiones intestadas.

## INCLUSIÓN DE OTRO HEREDERO Y AUDIENCIA

### ARTÍCULO 834

*Dentro de los treinta días contados desde la publicación referida en el artículo 833º, el que se considere heredero puede apersonarse acreditando su calidad con la copia certificada de la partida correspondiente, o instrumento público que contenga el reconocimiento o declaración judicial de filiación. De producirse tal apersonamiento, el juez citará a audiencia, siguiéndose el trámite correspondiente.*

*Si no hubiera apersonamiento, el juez, sin necesidad de citar a audiencia resolverá atendiendo a lo probado. (\*\*)*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La publicación que exigida el artículo en comentario busca informar a quien se considere heredero de la solicitud de la sucesión intestada para que pueda apersonarse, dentro de los treinta días de la publicación mencionada.

La publicación de edictos es un requisito indispensable para declarar la sucesión intestada, aunque se hubieren presentado hijos reconocidos del causante u otros herederos que acrediten el carácter que invocan.

2. Cuando se conoce el nombre y domicilio de algunos de los herederos se les debe citar por cédula o exhorto, según el caso.

La citación por edictos a quienes se les puede creer presunto herederos del causante no autoriza a considerarlos parte interesada en el proceso cuando no concurren después de vencido el término de la publicación de los edictos, ni por tanto, a nombrarles curador procesal. Ello, por cuanto la intervención de éste sólo se justifica cuando existe parte interesada en la litis, a la cual ha de representar, y no tan solo un posible tercero interesado, cuyo presunto interés queda defendido con la intervención del Ministerio Público

---

(\*) Texto vigente conforme a la modificatoria establecida por el Artículo Único de la Ley N° 26668, publicada el 03-10-96.

3. Los herederos no están obligados a comparecer al proceso, suponiendo que si no lo hacen es porque no tienen interés en la sucesión; pero, el que se considere heredero puede apersonarse acreditando su calidad de tal. Así, el hijo justificará su calidad de tal con su partida de nacimiento y la del matrimonio de sus padres; pero si se trata de un hijo extramatrimonial debe acompañar documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial en tal sentido.

No existe acuerdo en la doctrina en cuanto a saber si es admisible el reconocimiento de los coherederos. Algunas opiniones señalan que si procede, en razón que éstos son los únicos perjudicados por este acto; en otros se ha negado su eficacia porque la calidad hereditaria es de orden público y no depende de la voluntad de las partes

De producirse el apersonamiento, el juez citará a la audiencia, siguiéndose el trámite que corresponde. Ahora bien, si no existiere ningún apersonamiento, el juez no tiene necesidad de citar a audiencia y resolverá atendiendo a lo probado.



## JURISPRUDENCIA

---

*Solo procede declarar el derecho sucesorio en un proceso no contencioso a quienes lo acrediten con copia certificada de la partida correspondiente o instrumento público que contenga el reconocimiento o declaración judicial de filiación.*

*Debe desestimarse la pretensión del actor si no se proporciona prueba suficiente que acredite el derecho sucesorio invocado; sin embargo debe dejarse a salvo su derecho a efectos que lo haga valer como corresponde (Exp. Nº 1109-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 542-543)*

## MINISTERIO PÚBLICO

### ARTÍCULO 835

*El Ministerio Público interviene con sujeción a lo dispuesto en el artículo 759°.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. El Ministerio Público es un organismo autónomo perteneciente al Estado, que asume las funciones de defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y de los llamados intereses públicos, así como de representar a la sociedad en algún proceso, ya sea en cuanto a la familia, como a los menores y a los incapaces. Igualmente asume la función de ser diligente perseguidor de la delincuencia y asumirá un rol preventivo del delito; asimismo es vigilante de la moral pública.

El artículo 759 CPC, al cual nos remite este artículo, establece que si bien es cierto el Ministerio Público debe intervenir y para ello debe ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, no emite dictamen.

2. El Ministerio Público ejerce atribuciones en el proceso civil, como parte, como tercero con interés (cuando la ley dispone que se le cite) y como dictaminador (ver art: 113 CPC); sin embargo, el artículo 759 CPC, hace expresa referencia a que el Ministerio Público debe ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, pero no emite dictamen.

Emitir dictamen significa pronunciarse, dar opinión, informar técnicamente sobre un asunto en específico, lo cual no es admisible en un proceso no contencioso. Esto implica que el Ministerio Público queda configurado como una entidad que vigila, al que se le informa la marcha de los procesos, pero que al no emitir dictamen no se pronuncia sobre lo que se sustancia en cada proceso, pues, lo que le interesa es que el proceso marche con normalidad, esto es, dentro sus cauces legales. Véase el caso de la partición convencional en la copropiedad, cuando alguno de los co propietarios es incapaz o ha sido declarado ausente. En estos casos, la partición convencional se somete a aprobación judicial, con citación al Ministerio Público, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Pueden prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios. (art: 987 CC)

## EJECUCIÓN

### ARTÍCULO 836

*Consentida o ejecutoriada la resolución que declara herederos, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 762º.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La sucesión intestada del causante, es la comprobación de esa calidad a los herederos legales de éste, mediante una resolución judicial que se dicta reconociendo dicha condición.

Dicha declaración equivale a la institución testamentaria, porque la Ley presume la voluntad del testador e importa la posesión de la herencia para los herederos incluidos en la misma.

La sentencia que declara la sucesión intestada indicará quienes son los que suceden al causante. No causa estado ni tiene efecto de cosa juzgada, porque se limita a declarar quienes han justificado su derecho a heredar; es decir, que no excluye la posibilidad de que existan otros herederos que compartan con ellos los bienes, y aún que los excluyan de la sucesión, pero cuyos efectos no pueden ser desconocidos por terceros ni por los herederos que no justifiquen un mejor derecho a los bienes.

2. El juez para que declare la sucesión intestada del causante debe examinar varios elementos como: a) si el peticionante acredita su calidad de heredero formalmente; b) si concurre por el fallecimiento del heredero llamado en primer término, debe obtener que previamente se declare heredero de aquel a quien sucede, salvo que concorra por derecho de representación sucesoria a que refiere el art: 681 CC y que dice: "los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación"; c) si concurre la vocación hereditaria en el orden sucesorio a que refiere el art: 816 CC que dice: "son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás descendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto y quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los dos primeros órdenes indicado en este artículo".

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

También debe apreciarse la regla que contiene el art: 817 CC “los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación”

3. La petición de declaratoria de heredero debe hacerse en forma expresa, pues, lo contrario implicaría ir contra la voluntad del heredero, quien no desea aceptar la herencia, con la consiguiente confusión de patrimonios, salvo el caso que la petición sea hecha por los acreedores o legatarios, porque en ese caso la confusión no se produce.

Si bien aparece las constancias de las citaciones personales o por edictos, la declaración judicial se dicta únicamente a favor de quienes se presenten, con prescindencia de los que no concurren a hacer valer sus derechos posteriormente, a pesar que se hayan presentado a los autos las partidas relativas a otros herederos que no han intervenido, pues, es necesario la declaratoria expresa del heredero de aceptar tal condición. Tampoco es necesario justificar la inexistencia de otros herederos, ni el fallecimiento de los coparticipes de la herencia, como el caso del cónyuge.

No procede suspender la sucesión intestada por el hecho que se impugne la copia certificada de la partida correspondiente, o el instrumento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial. Este cuestionamiento debe realizarse ante un proceso contencioso.

4. El artículo en comentario condiciona que la resolución que declara herederos, quede consentida o ejecutoriada, para proceder a la inscripción, en los términos que regula el art: 762 CPC “las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda.”

En cuanto a los efectos de la inscripción, algunas opiniones sostienen que la declaración judicial que establece un condominio respecto de cada bien, importa la cesación del estado de indivisión, en tanto que otros criterios sostienen que la indivisión de la herencia como entidad subsiste mientras no se practique la partición, pues, para que se haya condominio, se requiere una manifestación expresa de los adquirientes. Frente a ello diremos que el art: 844 CC señala que “si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar”. El estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones de la copropiedad. (ver art: 845 CC).

Con la inscripción de la sentencia que contiene la sucesión intestada, termina el proceso sucesorio, pues, la división de la herencia es facultativa para los herederos.



### JURISPRUDENCIA

*Las sentencias recaídas en los procesos no contenciosos no tienen la calidad de cosa juzgada, máxime si del contenido de la sentencia recaída en el expediente acompañado*

## COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

---

sobre sucesión intestada se deja a salvo el derecho de los hijos para que lo hagan valer con arreglo a ley (**Cas. Nº 68-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 30/11/99, p. 4190**)

La sentencia de declaratoria de herederos por si sola, no confiere poder suficiente para que el accionante pueda representar a cada heredero. Debe cumplir con el artículo 74 y 75 del CPC (**Exp. Nº 792-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 287-288**)

La sentencia expedida en el proceso sobre sucesión intestada no constituye cosa juzgada, pues no impide se ejercite las de petición de herencia y reivindicación (**Exp. Nº 1088-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 73-74**)

**Sub - Capítulo 11º**  
**RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES  
JUDICIALES Y LAUDOS EXPEDIDOS  
EN EL EXTRANJERO**

**COMPETENCIA**

**ARTÍCULO 837**

*El proceso que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.*

*Se aplican al proceso de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros de las Disposiciones Generales de esta Sección; en todo lo que se oponga a la Ley General de Arbitraje. (\*)*

---

**CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.

---

 **Comentario**

---

1. Para que las sentencias expedidas por tribunales en el exterior puedan ser ejecutados en el Perú, los tribunales de nuestro país deben expedir una resolución judicial de reconocimiento de aquellas sentencias. A este reconocimiento se conoce como exequátur y es calificado como el acto que recayendo sobre la propia sentencia extranjera inviste a ésta, tal como ha sido dictada, de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces naturales, sin necesidad de entrar a la revisión del fondo del proceso.

Es la resolución judicial que atribuye fuerza ejecutoria a una sentencia extranjera, que de otra manera carecería de ella. El exequatur se otorga a petición de

---

(\*) Texto vigente conforme a la modificatoria establecida por la 1ra. Disposición Modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 05-01-96.

parte, mediante un procedimiento que reseña los artículos 837 al 840 CPC, en el que se revisa respecto a la forma de la sentencia.

Los requisitos para el reconocimiento están recogidos en el art. 2104 CC y comprenden –entre otros- los siguientes: que la sentencia extranjera sea auténtica, para lo cual se debe acompañar el documento legalizado para cubrir este extremo; que la sentencia haya sido dictada por un juez competente en la esfera jurisdiccional; que la sentencia se haya dictado con citación de las partes, que le haya oído u otorgado el derecho de hacerse oír; la sentencia debe estar ejecutoriada; que la sentencia extranjera para ser ejecutada no debe ser contrarias al orden público ni las buenas costumbres.

2. El exequatur se sustenta en el hecho que la jurisdicción emana de la soberanía y como esta tiene por límite el territorio sobre el que se ejerce, la sentencia solo produce efectos jurídicos dentro de ese territorio. La cooperación judicial internacional ha impuesto la necesidad de reconocer y otorgarle efectos a una sentencia de un juez extranjero<sup>(1)</sup>. Como dice Alsina "dentro de la comunidad jurídica en que viven los pueblos modernos, no es posible desconocer, que así como las leyes traspasan las fronteras y los jueces se ven a menudo precisados a aplicar las de otros países, de no acordarse a la sentencia efectos extraterritoriales desaparecería la seguridad de los derechos, pues, bastaría para eludirlos substraerse a la jurisdicción del juez que la pronuncio".

Razones de seguridad jurídica y conveniencia recíproca, hace que casi todos los Estados reconozcan validez a las sentencias y laudos arbitrales proferidos en el extranjero y permiten su ejecución como si hubiesen sido dictadas por sus propios jueces. Ello también conlleva a que la materia del exequátur corresponda tanto al derecho procesal como al derecho internacional privado. La determinación de por qué se da en las sentencias extranjeras pertenece al derecho internacional privado; y todo lo que se refiera a cómo se da valor a las sentencias extranjeras o sea el procedimiento para el reconocimiento y ejecución pertenece al derecho procesal.

Carnelutti considera que el exequátur de una sentencia extranjera, más que un acto de ejecución, es una figura autónoma, que denomina "equivalente jurisdiccional"; para Chiovenda, el reconocimiento de la sentencia extranjera está vinculado a la extensión territorial, y el exequátur no es sino un modo de alcanzar el fin de la relación procesal; Redenti, expresa que el exequátur no es de jurisdicción condescendiente sino que su naturaleza es idéntica a las de las resoluciones que acuerdan

---

(1) García Calderón Manuel, Derecho Internacional Privado, Curso Universitario (texto mimeografiado) citado por Mac Lean Roberto, La sentencia extranjera, p.106 "la razón para reconocerle valor a una sentencia extranjera reposa, fundamentalmente en la coexistencia de los Estados y en las relaciones a que dicha coexistencia da lugar, al margen de la conveniencia que exista para dicho reconocimiento"

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

el cumplimiento del laudo arbitral o de la sentencia dictada por los tribunales eclesiástico; según Sentis Melendo, la finalidad del juicio de reconocimiento no puede ser otra que la de determinar si a una sentencia extranjera se le puede dar la consideración de sentencia nacional; esto es, si se le puede reconocer el valor de cosa juzgada y si se puede proceder a su ejecución, pero sin modificar su contenido.

3. Uno de los criterios que concurren para delimitar la competencia en el reconocimiento, es el territorial. Este es fijado por el lugar donde tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer la resolución judicial o laudo arbitral y es asignada la competencia funcional y de grado a la Sala Civil de la Corte Superior del referido domicilio.

La competencia por razón de turno, es otro referente a considerar para la determinación de la Sala Civil. Ella es el resultante de la periodicidad en la atención establecida dentro del mismo grado. Esto implica que no todas las Salas de la Corte Superior puedan atender al mismo tiempo los asuntos en cuestión, sino que habrá un turno para la primera sala, otro para la segunda sala, según la composición de la Corte. Las reglas del reconocimiento judicial también son extensivas a los laudos arbitrales extranjeros, siempre que no se oponga a la Ley especial.

La competencia facultativa aparece establecida en el art: 2062 CC para dos casos: cuando el derecho peruano es el aplicable, de acuerdo con sus normas de derecho internacional privado, para regir el asunto; y cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República.

Esta competencia, a modo de excepción, señala que los tribunales peruanos son competentes en los casos citados, aún contra personas domiciliadas en el extranjero. Compartimos la opinión de Cabello<sup>(2)</sup> cuando señala que "se consagra de modo general el criterio del domicilio como factor de conexión, abandonándose el de nacionalidad para los peruanos, innovación que ha aliviado los graves inconvenientes que generaba para los nacionales tener que litigar necesariamente en el país, no obstante domiciliar en el extranjero y contar en muchos casos con derechos válidamente declarados o instituidos en procesos judiciales extranjeros; al establecerse la competencia facultativa en esta materia, los interesados pueden solicitar la homologación de los mismos ante los tribunales nacionales"

---

(2) Cabello Matamala Carmen Julia, Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar, Ponencia presentada por la autora en el Pleno Jurisdiccional de Familia, 1999, realizada en la ciudad de Lima, 29, 30 y 31 de enero del 2000.



## JURISPRUDENCIA

No habiendo sido inscrito el matrimonio ante la autoridad nacional acreditada en el exterior, ni ante los Registros del Estado Civil del Perú, no es procedente reconocer la sentencia de divorcio en tanto no esté registrado o inscrito ante el Consulado respectivo (**Exp. N° 1277-34, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 246-249**)

“... Se presume que existe reciprocidad respecto de la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú...” (**Exp. N° 1528-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 640-643**)

“... Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia (arbitral extranjera) a instancia de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa...” (**Exp. N° 986-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 644-647**)

Para que los fallos arbitrales extranjeros sean reconocidos en la República, se requiere cumplir con las exigencias de los artículos 2102, 2103 y 2104 del C.C. (**Exp. N° 1100-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 375-377**)

Es necesario la homologación de la resolución judicial según lo determina el nuevo C.P.C. pues no basta la legalización efectuada regularmente en el país de su procedencia (**Exp. N° 1093-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 271-274**)

El reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero tiene como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el tribunal extranjero, reconociendo los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada.

Se presume la existencia de reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú (**Exp. N° 4900-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 275-280**)

No resulta procedente el reconocimiento de sentencia extranjera si se advierte que ambos cónyuges se encuentran domiciliados en dos países distintos, donde existen legislaciones diferentes sobre la misma materia.

El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la Ley del domicilio conyugal (**Exp. N° 3355-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 155-157**)

El reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero tienen como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el Tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tiene las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. No basta la legalización efectuada

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

regularmente en el país de procedencia sino que es necesario la homologación de la resolución judicial (**Exp. N° 660-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 158-161**)

El exequatur o procedimiento para la homologación de sentencias extranjeras, tiene por finalidad darle fuerza ejecutiva en el Perú al fallo pronunciado en el extranjero con la finalidad de evitar la duplicidad judicial o en aras del principio nacional de la reciprocidad, o también denominado de cortesía internacional.

La prueba de la reciprocidad constituye en esencia, una prueba negativa, desde que es la no reciprocidad la que debe ser acreditada (**Exp. N° 1451-88-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 607-608**)

No procede el reconocimiento de sentencia emitida en el extranjero si los cónyuges han señalado como domicilio conyugal en el Perú. La residencia temporal en otro país no enerva lo dispuesto por el artículo 2081 del Código Civil, esto es pues el derecho al divorcio o a la separación se rigen por la Ley del domicilio.

El estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la Ley del domicilio. El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la Ley del domicilio (**Exp. N° 42-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 609-610**)

Por el exequátur un juez nacional acepta y da fuerza dentro del territorio nacional a una decisión jurisdiccional expedida en el extranjero, bajo la premisa que la decisión jurisdiccional interna también ha de recibir el mismo tratamiento en dicho país extranjero en aplicación del principio de reciprocidad.

La reciprocidad se presume a menos que se demuestre lo contrario, en cuyo caso el exequátur debe ser denegado.

Si ambas partes de la causa homologada y homologante tiene domicilio en el extranjero, ello no debe impedir la tramitación y concesión del exequátur, por existir interés legítimo en darle fuerza coercitiva del territorio nacional a la sentencia homologada (**Exp. N° 1910-89-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 610-614**)

El proceso de exequátur no tiene por objeto el re-examen de lo ya juzgado, ni el análisis del proceso mismo, sino el cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley peruana establece para su concesión (**Exp. N° 384-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 243**)

El exequátur o proceso judicial de homologación y ejecución de sentencias extranjeras tiene lugar en el ordenamiento jurídico nacional en base al principio de la reciprocidad y cortesía internacional, a fin de evitar la duplicidad de juzgamiento frente a un mismo derecho, siempre que se dé cumplimiento eficaz a la normativa peruana de permisibilidad de esta institución (**Exp. N° 596-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 250-251**)

Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

Es insuficiente su alegación sin probar de modo alguno tal afirmación (**Exp. N° 986-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 547-549**)

## PRESUNCIÓN RELATIVA

### ARTÍCULO 838

*Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

1. La jurisdicción tiene por límite el territorio sobre el que se ejerce, como expresión de soberanía, por tanto, la sentencia solo produce efectos jurídicos dentro de ese territorio; sin embargo, como lo expresa Alsina<sup>(1)</sup> "dentro de la comunidad jurídica en que viven los pueblos modernos, no es posible desconocer, que así como las leyes traspasan las fronteras y los jueces se ven a menudo precisados a aplicar las de otros países, de no acordarse a la sentencia efectos extraterritoriales desaparecería la seguridad de los derechos, pues, bastaría para eludirlos substraerse a la jurisdicción del juez que la pronunció"

En tal sentido si aceptáramos que las sentencias no tuvieran validez sino dentro de la jurisdicción del juez que las dicta, en los casos en que han de cumplirse en una jurisdicción extraña, los jueces de ésta podrían rehusarse a prestarles el apoyo para su ejecución; por consiguiente, a fin que el equilibrio jurídico quede consumado, es necesario que las sentencias tengan fuerza extraterritorial para imponer sus efectos. Esa fuerza no puede lograrse simplemente a base de conceder extensión a la jurisdicción del juez que dictó la sentencia; sino que tiene que aparecer otra autoridad con *imperium* en la jurisdicción reclamada, a la cual la primera debe pedir el apoyo necesario para hacer efectivo el pronunciamiento

2. En el campo de la aplicación de las sentencias extranjeras se han adoptado diversos sistemas, como: el sistema de los tratados, según éste sistema la aplicación de sentencias extranjeras procedería sólo y cuando así lo establezcan los tratados suscritos entre el país requiriente y el requerido; el sistema que rehúsa la aplicación de sentencias extranjeras; el sistema que da lugar a la aplicación de

---

(1) Alsina Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, t.5, 2º ed, Buenos Aires, Ediar SA, 1962, p. 161

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

una sentencia extranjera previa revisión total del proceso por parte del juez a quien se pide la aplicación; el sistema de reciprocidad, que permitiría la aplicación de una sentencia extranjera, con un cláusula de reciprocidad, que establezca tal aplicación siempre y cuando el país exhortante aplique por su parte las sentencias dictadas en el país exhortado; y por último, el sistema del exequatur, que estudia las condiciones mediante las cuales el juez presta su imperium para hacer efectiva la decisión judicial cuyo cumplimiento se le pide. Nuestro Código se ubica en este último sistema.

3. El artículo en comentario hace referencia a la reciprocidad. Al respecto, señala Mac Lean<sup>(2)</sup>, la doctrina de la reciprocidad es esencialmente un producto del siglo XIX y en particular del Código Alemán de 1879 que estableció, en el art. 661, que la sentencia de ejecución no se expediría cuando la reciprocidad no estuviese garantizada. Poco después de publicado el Código Alemán de 1879, siguieron y adoptaron el principio de la reciprocidad, el Código español de 1881, que dedicó tres artículos a la reciprocidad diplomática y jurisprudencial, negativa y afirmativa; el Código Húngaro de 1881, que regulaba que la reciprocidad debe ser probada por quien solicita la ejecución; y el Código Austriaco de 1896, que declaraba que la reciprocidad debe resultar de tratados internacionales o de declaraciones del gobierno dadas con este propósito y publicadas.

En América –con la excepción del Código Uruguayo, que consignó la reciprocidad de 1879– la mayor parte de los Códigos recibieron la influencia directa del Código español, y adoptaron la reciprocidad como requisito previo a la ejecución, los Códigos de Cuba en 1886, Nicaragua, en 1895, Chile en 1904, Perú en 1912, Colombia en 1931 y Venezuela en 1953

4. El Perú admite la ejecución de sentencias extranjeras pero lo condiciona a la reciprocidad. En ese sentido léase lo que señala el art. 2102 y 2103 CC que indican que no tendrá valor en el país la sentencia que proceda de un estado que no da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos. Si no existe reciprocidad, el fallo no podrá ser ejecutado aun cuando se cumplan todas las otras condiciones exigidas por el art. 2104 CC

Las sentencias extranjeras que requieren exequatur para ser ejecutadas en el Perú deben ser analizadas bajo dos categorías: a) reconocimiento de la procedencia del tribunal extranjero y b) reconocimiento al fallo extranjero

En el primer supuesto concurre la condición de reciprocidad necesaria para determinar si las sentencias puedan ser ejecutadas en nuestro país. En el segundo supuesto los requisitos que contiene el art. 2104 CC.

---

(2) Mac Lean Roberto, Las sentencias extranjeras, Fondo editorial de la facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969, p. 79

La reciprocidad puede exigirse de varias formas. Primero, la ley puede exigir que la reciprocidad sea legislativa, es decir, que la ley del país de donde proviene la sentencia contenga dispositivos iguales o equivalentes a la ley nacional. Segundo, la ley nacional puede establecer que la reciprocidad debe juzgarse tomando en cuenta las decisiones de los tribunales del país de donde la sentencia proviene. Tercero, la ley del país donde se quiere hacer efectiva la sentencia puede exigir la reciprocidad diplomática establecida en un tratado

5. En el trabajo de Maria del Carmen y Javier Tovar Gil<sup>(3)</sup>, los autores plantean los siguientes supuestos que pueden concurrir a la reciprocidad, como los que se transcribe a continuación por considerarlo apropiado y didáctico para explicar el tema que nos embarga: "a) si la sentencia proviene de un estado en el que el sistema de derecho es jurisprudencial (caso de los países del "common law") y que no tiene leyes o normas escritas sobre ejecución de sentencias extranjeras, la reciprocidad a probarse será mediante jurisprudencia. Esto no significa necesariamente que deba demostrarse que se hayan ejecutado en dicho tribunal sentencias de los tribunales peruanos. Existe la posibilidad de que no se haya presentado en ese estado un caso de fallo peruano cuya ejecución haya sido solicitada. Lo que debe demostrarse es que se ejecutan los fallos extranjeros y que por lo tanto podría ejecutarse un fallo peruano; b) si se trata de un país que tiene normas escritas de ejecución de sentencias extranjeras debería bastar para probar la reciprocidad con probar la existencia de estas normas. Hay sin embargo, la posibilidad que a pesar de las normas escritas resulte teóricamente ejecutable una sentencia peruana, por vía de jurisprudencia se hubiere negado la ejecución de sentencias peruanas. En tal caso no sería de ejecución la sentencia en el Perú; por último queremos destacar que si la sentencia procede de un país que reconoce la ejecución de sentencias extranjeras pero que al igual que el Perú lo condiciona a la reciprocidad, la sentencia si es ejecutable."

6. Otros autores hacen la distinción entre reciprocidad negativa y afirmativa, según la forma en que ésta sea formulada por la legislación. Pertenecen al primer grupo, de reciprocidad negativa, cuando la legislación establezca que no tienen eficacia en el Perú las sentencias que provienen de un país donde no hay oficialmente reciprocidad con las sentencias dictadas por tribunales peruanos.

Si la ejecutoria proviene de una nación en que por jurisprudencia no se de cumplimiento a las dictadas por los tribunales peruanos, no tendrá fuerza en el Perú.

La reciprocidad afirmativa declara que la sentencia dictada en un país extranjero tiene la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese

---

(3) Op. cit, pp. 342-343

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

país y a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en el Perú. Nuestro Código se acoge a esta regulación presumiéndola que sólo cuando se alegue la reciprocidad negativa, está debe probarse. En ese sentido léase el art. 838 CPC que señala: "se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad"

7. Lo expuesto líneas arriba, permite sostener, si es que existe Tratado entre el país de donde es originaria la sentencia y el Perú, entonces la fuerza de la sentencia estará directamente relacionada a la fuerza que le otorga el Tratado; pero, de no existir algún Tratado, tendremos que analizar el principio de reciprocidad. Por este principio, no tiene valor en el Perú, la sentencia que venga de tribunales que no dan cumplimiento a sentencias de tribunales peruanos, o dicho de otro modo, las sentencias y fallos arbitrales de un país, tienen la fuerza que dicho país le otorga a las sentencias y fallos arbitrales peruanos.

La reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú se presume, según este artículo en comentario. Ahora bien, una presunción es cuando el derecho da por cierto un hecho o acontecimiento, de acuerdo a determinadas condiciones. Se habla así de presunción juris tantum y presunción jure et de jure. La primera es aquella presunción que admite prueba en contrario, es decir, que frente a dicha presunción cabe oponer los elementos que prueben lo contrario a lo que se está presumiendo. Mientras que la presunción jure et de jure, es aquella que bastará cumplir con las condiciones establecidas como configurantes de dicha presunción, para que no se pueda o no sean admisibles elementos en contra u oponibles a dicha presunción.



### JURISPRUDENCIA

---

*El proceso de exequátur no tiene por objeto el re-examen de lo ya juzgado, ni el análisis del proceso mismo, sino el cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley peruana establece para su concesión (Exp. N° 384-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 243)*

*Si bien la recurrente no ha acreditado que exista tratado entre el Perú y Panamá, respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú (Exp. N° 657-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 269-271)*

*En virtud del principio de reciprocidad, el exequátur tiene como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el Tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. No basta la legalización en el país de procedencia, sino que es necesaria la homologación de la resolución judicial (Exp. N° 70-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 244-245)*

## EXCLUSIÓN

### ARTÍCULO 839

*No requiere seguir este proceso la actuación de exhortos y cartas rogatorias dirigidas por Jueces extranjeros que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

## Comentario

---

1. Una de las actuaciones que expresamente libera del reconocimiento previo son "los exhortos y las cartas rogatorias dirigidas por Jueces extranjeros que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso."

El exhorto puede ser definido como una comunicación o despacho que envía un juez a otro, de igual categoría pero de diferente competencia, para que ordene se dé cumplimiento a lo que se pide, cuyo contenido es una diligencia determinada.

La Carta rogatoria es calificado por algunos autores como una forma de exhorto, sinónimo del mismo, y luego aclara, que significaría específicamente una comisión rogatoria, lo que él mismo autor define como la "comunicación oficial que un juez o tribunal dirige a una autoridad judicial extranjera, para que ésta ejecute un acto de instrucción o practique otra diligencia".

2. Cuenta una compatriota residente en la ciudad de Bologna Italia<sup>(1)</sup>, mayor de edad fue adoptada por un ciudadano italiano. Como consecuencia de esa nueva situación jurídica recurrió a los órganos judiciales de nuestro país a fin que se reconocza en el Perú la adopción realizada ante los Tribunales de Bologna-Italia debido a que como consecuencia de dicha adopción lleva el apellido de su adoptante.

---

(1) El comentario que a continuación de desarrolla aparece publicado en Diálogos con la Jurisprudencia, No 75, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 81-86

## PROCESOS CONTENCIOSOS

---

La recurrente, solicitó que dicha adopción se registre en su partida de nacimiento en el Perú, para lo cual, previamente solicitó el reconocimiento de la sentencia expedida en el extranjero. Precisó que en Italia, se aplica el procedimiento no contencioso para la adopción y que ella ha dado su consentimiento para dicho acto así como sus padres.

La Tercera Sala Civil de Lima rechaza el pedido de reconocimiento de sentencias extranjeras bajo el argumento que la recurrente debe probar la reciprocidad, tal como lo exige el inciso 8 del art. 2104 CC sin reparar que conforme señala la segunda parte del art. 2108 CC "las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren exequatur.

Como vemos se pretende el exequatur para el reconocimiento de una sentencia que declara la adopción de una mayor de edad en Italia, sin tener en cuenta que dicha adopción, tanto en Italia como en el Perú se tramitan como un proceso no contencioso o de declaración voluntaria. La Sala Civil en ningún momento reparó en dicha situación, ingresando a valorar otra arista del problema, como es, la reciprocidad. Conforme se aprecia de la redacción de la última parte del art. 2018 CC "las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren el exequatur".

Señala Tovar Gil<sup>(2)</sup> "si sometemos a los requisitos del art. 2104 una sentencia que ponga fin a un procedimiento que verse sobre un tema de jurisdicción peruana exclusiva, aun cuando sea no contencioso no se le concederá el exequatur (...) Uno de los requisitos para conceder el exequatur (art. 2014 inc:1) es que no se resuelva asuntos de competencia peruana exclusiva. Esto nos debe llevar a la conclusión que sólo tienen fuerza para ser ejecutadas en la República las sentencias de procedimientos no contenciosos cuando resuelvan asuntos de competencia facultativa y que para ser reconocidas y ejecutadas no requieren de exequatur"

A pesar que en el proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, extiende el exequatur a las resoluciones en procesos de jurisdicción voluntaria y a los laudos arbitrales extranjeros, la redacción del art. 2108 Código Civil Peruano se aleja de dicha propuesta<sup>(3)</sup>.

---

(2) Tovar Gil Maria del Carmen y Javier Tovar Gil, Derecho Internacional Privado, Fundación Bustamante, De la Fuente, Lima, 1987, pp.339-340

(3) El Código Modelo exige los siguientes requisitos para otorgarle eficacia a la sentencia extranjera (art. 387) "a) que vengan revestidas de las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de origen, b) que la sentencia y la documentación anexa que fuere necesaria estén debidamente legalizadas de acuerdo con la legislación de Estado, excepto que la sentencia fuere remitida por vía diplomática o consular o por intermedio de las autoridades administrativas; c) que se presenten debidamente traducidas, si provienen de países de idiomas diferentes; d) que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho

En los procesos de declaración voluntaria, el criterio de distinción radica en la ausencia de contienda entre las partes y en el hecho que no producen ni efecto ejecutivo ni de cosa juzgada. En tal sentido la adopción celebrada ante los Tribunales Italianos y tramitada como un proceso no contencioso, tan igual como en el Perú, puede encontrar la justificante de no someterse a exequatur para la eficacia extraterritorial de los actos de jurisdicción voluntaria<sup>(4)</sup>.

3.El tratamiento de la eficacia extraterritorial de los actos de jurisdicción voluntaria como un problema de reconocimiento depende en buena medida de la concepción que se tenga de la naturaleza de la intervención de la autoridad en tales actos. El criterio de distinción clásica radicaba en la ausencia de contienda entre las partes, que de forma más precisa permite diferenciar los actos contenciosos de los voluntarios en el hecho que estos últimos no producen ni efecto ejecutivo ni de cosa juzgada; sin embargo, los distintos actos de jurisdicción voluntaria presentan una naturaleza muy dispar y participa unas veces con carácter constitutivo, algunas con una misión protectora y otras con un carácter de mero fedatario.

Fernández y Sanchez,<sup>(5)</sup> explican que los actos de la jurisdicción voluntaria participan de un tipo de disposiciones cuyo juego normativo queda sujeto a una doble condición: "primero, que se realicen in casu las condiciones previstas en su supuesto de hecho; segundo, que una autoridad pública verifique el cumplimiento de las condiciones requeridas o valore la conveniencia del nacimiento del negocio, como requisito sine qua non para que pueda crearse el efecto jurídico pretendido por los particulares(es decir para que pueda operar la consecuencia jurídica) en cada caso concreto (por ejemplo en el mecanismo de la constitución de la adopción). En tales casos, la autoridad no resuelve una contienda, ni colabora con el legislador para satisfacer una pretensión sancionadora, ni ejecuta una exigencia estatal nacida de una decisión política o administrativa. Como hemos visto, el legislador establece unas condiciones generales para el nacimiento de un determinado tipo de situaciones o relaciones jurídicas y positiva, además, un requisito específico para la constitución del negocio que da vida a las situaciones o relaciones de ese tipo: es preciso que, en cada caso concreto, intervenga una autoridad pública para que complete su labor". Como se aprecia el autor se inclina por la

---

(4) Hay criterios como las que exponen Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo que partiendo de la consideración que la intervención de la autoridad tiene un carácter constitutivo y es, por tanto, dicho efecto constitutivo el objeto de reconocimiento, se trata de actos que la autoridad no solo interviene pasivamente, como mero espectador, sino que, decide interpretando y aplicando la ley, valorando y sancionando en un sentido o en otro la constitución del acto y los derechos derivados, tal como ocurre con el expediente de adopción en la legislación española. En esos casos se ha argumentado la necesidad de asimilar su reconocimiento al de los actos jurisdiccionales dictados en procedimientos contenciosos, sometiéndolos al procedimiento del exequatur. Véase en Curso de Derecho Internacional Privado, 2º ed, Civitas, Bosch, 1993, p.700

(5) Fernández Rozas José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, Civitas, Curso de derecho internacional privado, 2º ed, 1993pp. 700-701

## **PROCESOS CONTENCIOSOS**

---

intervención de la autoridad en los actos de jurisdicción voluntaria, hecho que le lleva a valorar el presunto problema de la eficacia extraterritorial de los actos de la jurisdicción voluntaria como una cuestión impropia de reconocimiento, esto es, como un problema de ley aplicable.

## ENTREGA DEL EXPEDIENTE

### ARTÍCULO 840

*Terminado el proceso, se entrega copia certificada del expediente al interesado, manteniéndose el original en el archivo de la Sala.*

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.

---

### Comentario

---

Toda la actividad judicial que se desarrolle para el reconocimiento del laudo o sentencia esta contenido en un expediente. Al finalizar el procedimiento del exequatur se procede a entregar copia certificada de lo actuado al interesado, reservándose en el archivo de la Sala Civil, el original.

El expediente es calificado como una actuación administrativa sin carácter contencioso, por ello, en la doctrina se califica como expediente a todos los actos de jurisdicción voluntaria.

El expediente es el conjunto de papeles, documentos y otras pruebas o antecedentes. Contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Véase que en el caso del reconocimiento se entrega copia certificada del contenido del expediente, a diferencia de las pruebas anticipadas, que se entregan al solicitante el expediente –en original- conservándose copia certificada de éste en el archivo del Juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.

La norma hace referencia a la entrega de copias certificadas, esto es, la reproducción literal de los documentos de su original, dejando constancia de la autenticidad de ellos, el secretario de la Sala. Esto se explica porque en el supuesto que se quiera obtener una copia de lo actuado, se pueda recurrir a los documentos archivados de ésta.