



MARIANELLA
LEDESMA NARVÁEZ

COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Análisis artículo por artículo

TOMO
II

Con la colaboración de la
Dra. Teresa Quezada Martínez

GACETA
JURIDICA

GACETA
JURIDICA

COMENTARIOS AL
CÓDIGO PROCESAL CIVIL
TOMO II

PRIMERA EDICIÓN
JULIO 2008
4,600 Ejemplares

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

© *Marianella Ledesma Narváez*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2008-07035

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA:
978-603-4002-72-2

ISBN TOMO II:
978-603-4002-74-6

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220800414

DISEÑO DE TAPA
Martha Hidalgo Rivero
DISEÑO DE INTERIORES
Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURIDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

TÍTULO XI

FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

Capítulo I

CONCILIACIÓN

OPORTUNIDAD DE LA CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 323

Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. III, X, 322 inciso 2, 415, 442, 469.
C. de P.P.	arts. 306, 308.
C.N.A.	art. 171.
LEY 26572	art. 41.
LEY 26636	art. 45.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina	art. 309.
--------------------	-----------

Comentario

El conflicto de intereses, cuando se somete al proceso judicial, no siempre puede concluir por obra de la jurisdicción, a través de sentencia, sino que puede lograrse por disposición de la autonomía privada de partes, como es el caso de la conciliación.

La conciliación judicial es el acto jurídico, procesal, bilateral y solemne orientado a poner fin al conflicto. Constituye una de las formas atípicas, anormales o especiales de concluir el proceso judicial.

Se puede invocar la conciliación en cualquier estado del proceso, siempre que no haya concluido este. Para que tenga eficacia debe ser aprobada por el juez y celebrada hasta antes de emitir sentencia en segunda instancia, porque la decisión ha recaer en el proceso todavía no goza de la inmutabilidad de la cosa juzgada.

En el supuesto que la conciliación sea celebrada con posterioridad a la emisión de la sentencia, nos ubicamos en la figura que regula el artículo 339 del Código, cuyos efectos son totalmente distintos para el proceso, que si ella se hubiera celebrado con anterioridad al fallo final; así pues no genera cosa juzgada ni es coercible la ejecución del nuevo acuerdo.

Nótese que la posibilidad de disposición del objeto de litigio, a través de la conciliación, es una constante durante todo el desarrollo del proceso porque solo las partes son las únicas legitimadas para poder disponer del derecho en litigio.

Es una actividad de forzada práctica luego del saneamiento, permitiéndosele al juez proponer alguna fórmula de solución al conflicto, sin embargo, al margen de esa posibilidad, las partes tienen la facultad de realizarla antes de que se haya expedido sentencia en segunda instancia; a diferencia de la transacción que se puede invocar incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia (ver el artículo 334 del CPC).

Este artículo reafirma el ejercicio de autonomía privada de las partes (en sede judicial) que pueden invocar en el conflicto jurídico en discusión, siempre y cuando este fuera disponible. Además se recurre a un modo de solución de conflictos, como es la autocomposición, ajeno al que se viene operando, como es el modo heterocompositivo, en el que aparece un tercero con poder de definición.

No necesariamente el conflicto judicializado permite como única alternativa la solución, al ejercicio de la función jurisdiccional, sino que esta solución también se puede alcanzar a través del poder de autorregulación que tienen las partes frente a sus relaciones jurídicas. A través de la conciliación en sede judicial, las partes tienen la posibilidad de poner fin a sus diferencias, creando, modificando, extinguiendo las relaciones jurídicas en conflicto ya judicializadas. Esta actividad, va a permitir que se incorpore en el camino procesal, la posibilidad del ejercicio privado de voluntades, a través de actos provocados por el propio juez al invitar a las partes a conciliar o por que sea la voluntad de los propios contrincantes de querer intentar ello. El cuestionamiento que se formula a la intervención autocompositiva de las partes en el camino procesal es que sea el propio juez del litigio quien deba asistir a la autocomposición. Para algunas opiniones es saludable que se consolide en la persona del juez, el papel de juez y de conciliador, pues permitirá involucrarse en el caso y tener una mejor información del tema a decidir en la sentencia; otros, consideran precisamente que ello es perjudicial porque se afectaría su imparcialidad, al tomar información ajena a la aportada en el proceso judicial, que no

podría invocar para justificar su fallo, pues, sencillamente no aparece en el proceso. El rol del juez se desdibujaría a las partes, por sus opiniones que pudiera brindar en la audiencia, lo que haría dudar de su imparcialidad, situación que nuestro sistema procesal ha superado, al señalar que los jueces no son recusables por las manifestaciones que este pudiera realizar en la audiencia conciliatoria (ver el artículo 324 del CPC). La intervención conciliadora del juez en el proceso judicial no solo tiene acogida por este referente legal sino porque es calificada dicha actuación como una facultad de todo magistrado, al margen de la instancia en la que desarrolle su función, tal como se aprecia de la regulación que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial establece (ver el inciso 1 del artículo 185 de la LOPJ).

FORMALIDAD DE LA CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 24

La conciliación se llevará a cabo ante un Centro de Conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso.

El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 309, 469.
D.S. 017-93-JUS arts. 185 inciso 1, 24 DF.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 196, 197, 198.

Comentario

1. La conciliación es la expresión máxima de la autonomía de la voluntad, porque a través de ella se permite el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas para la satisfacción de aquellos intereses o necesidades en conflicto. Si bien el principio de autonomía de la voluntad no tiene una noción legal, este se encuentra implícito en la concepción de acto jurídico. Díez-Picazo⁽¹⁾ define a la autonomía privada como "(...) el poder conferido a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades". Pero la conciliación es algo más que un acto de autonomía privada que reglamenta una relación o situación jurídica; es fuente de una regla jurídica, de un precepto de autonomía privada. Esto es, el poder conferido a las personas, no solo lleva consigo la creación de relaciones jurídicas sino también la "determinación de su contenido". En ese sentido, Morello⁽²⁾ la define como "(...) un medio convencional o negociado directo, de eliminación de la incertidumbre en las relaciones o situaciones de derecho material en conflicto, en el sentido que, las partes se obligan a considerar, entre sí y para el futuro, como definitivas y sobre las nuevas bases acordadas, la figura histórica-jurídica de una relación o de una situación preexistente de derecho material". Junco⁽³⁾ define la

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, V.1, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 484.

(2) MORELLO, Augusto. "Nota para el estudio de la conciliación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en: *Revista Argentina de Derecho Procesal*, N° 1, Buenos Aires, 1968, p. 73.

(3) JUNCO VARGAS, José Roberto. *La conciliación*, 2ª ed., Ediciones jurídicas Radar, Bogotá, 1994, p. 36.

conciliación como "(...) el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada". En otros criterios, la conciliación es considerada como un instituto procesal porque se relaciona directamente con la solución de un conflicto, efectivizando el derecho sustancial, proveniente de una relación jurídico-sustancial ya existente, sobre la cual se ha originado una situación de conflicto, que por medio de la conciliación se pretende acabar, garantizando de esta manera la realización y el respeto del derecho vulnerado.

2. La conciliación ya no es una etapa obligatoria del proceso civil; es un etapa facultativa del proceso, sujeto al pedido de las partes. A través de la audiencia de conciliación que puedan promover las partes, ellas van a intercambiar sus puntos de vista sobre sus pretensiones y propuestas de composición, atribuyendo a los acuerdos que logren los efectos de la cosa juzgada (ver el artículo 325 del CPC). La pacificación provocada al interior del proceso, en la audiencia conciliatoria, es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito y obteniendo respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva. La conciliación es un acto jurídico que descansa sobre el concierto de voluntades de las partes involucradas en el conflicto. Es un medio que suministra el ordenamiento jurídico para la autodeterminación de las partes, a fin de lograr un efecto práctico tutelado por el derecho. No se trata de un acto jurisdiccional, por más que se desarrolle al interior del proceso judicial, sino de un simple acto judicial, regido por el ejercicio de la autonomía privada de partes.

Una de las etapas del proceso que se realizaba de manera obligatoria, era la actividad conciliatoria, luego del saneamiento procesal. La vieja redacción del artículo 468 del CPC la tornaba en una actividad obligada para el juez luego del saneamiento, pero hoy dicha actividad ha sido trasladada a los Centros de Conciliación Extrajudicial, dejando la posibilidad que las partes la puedan promover en cualquier etapa del proceso, inclusive hasta segunda instancia, como señala el artículo 323 del CPC. En otras palabras, la conciliación judicial ha dejado de ser obligatoria para convertirse en una actividad facultativa, de tal manera que el juez podrá convocar a la conciliación, en cualquier estado del proceso, cuando estas la soliciten; sin embargo, debe dejarse establecido que también el juez puede ejercer esa atribución de convocar a las partes a una audiencia conciliatoria, en atención a la facultad que le confiere el artículo 185 de la LOPJ.

Este diseño que se ha venido sosteniendo desde la vigencia del Código Procesal (1993) ponía en debate dos posiciones encontradas: ¿se debe incorporar al

modelo heterocompositivo la posibilidad de la autocomposición asistida? Los cuestionamientos señalaban que sí era saludable para el proceso judicial permitir que en un diseño estrictamente heterocompositivo, donde se somete la solución de los conflictos al ejercicio de la actividad jurisdiccional de los jueces, se permita la posibilidad de que las partes, en ejercicio del principio de su autonomía privada, puedan dentro de este modelo incorporar su voluntad, para definir por ellas mismas sus diferencias. Efectivamente, al ser las partes dueñas de sus propias diferencias materiales, solo estas pueden disponer del derecho material en debate, pues se trata de conflictos de índole privada, donde las partes tienen la posibilidad de definir estos, sea por transacción, conciliación o abdicando a su satisfacción, como el desistimiento de la pretensión. Siendo esto así, es innegable que la posibilidad de ejercer esa disposición sobre las pretensiones en sí, es un tema aceptado, en la medida que se trate de derechos disponibles; el asunto se complica en relación a los mecanismos que se utiliza para ese logro, como es el caso de la negociación asistida dentro del proceso (conciliación). El cuestionamiento que se hace es ¿quién debe ejercer el rol del conciliador al interior del proceso judicial? Para un sector de la doctrina, ese rol debe ser ejercido por una tercera persona ajena al juez, a fin de evitar afectar la imparcialidad de este; sin embargo, otro sector señala que debe ser el juez del litigio el llamado a realizar dicha actividad. La tendencia, basada en los orígenes de la actividad judicial-conciliadora, ha venido permitiendo que se fusione en una sola persona la función de juez y de conciliador. Decimos desde sus orígenes, precisamente porque hace casi dos siglos la conciliación en nuestro país era una actividad previa, especializada y obligatoria al inicio de todo litigio. La persona encargada de realizar la conciliación era el juez de paz, el juez del avenimiento, a través del llamado juicio conciliatorio (ver el Reglamento de jueces de paz de 1854); de ahí que hasta la fecha dichos jueces asumen dicho calificativo. La propia Ley Orgánica del Poder Judicial le atribuye ese rol al señalar que "el juez de paz es eminentemente conciliador" (artículo 64 de la LOPJ); sin perjuicio de reconocer a la vez que "todo magistrado está facultado para fomentar la actividad conciliatoria en el proceso de su dirección".

La fusión en una sola persona del rol de conciliador y de juez a la vez, ha traído como consecuencia, hasta antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1070, que el juez asuma un rol dual y dinámico en la actividad conciliatoria judicial, pues no solo ingresaba a dirigir el proceso como juez, sino también en algunas etapas del proceso, de manera obligatoria o porque las partes se lo solicitaban, intervenía como un colaborador, como un conciliador en las diferencias sometidas al proceso judicial. Ello generaba que su actividad se desdoblará en dos categorías, cuando realizaba el rol de conciliador, su actividad era meramente judicial; sin embargo, cuando realizaba su actividad como juez su actividad era en ejercicio de su función jurisdiccional, de ahí que se sostenía que la conciliación no es una actividad jurisdiccional sino una simple actividad judicial. Frente a ello, nuestro Código asume la posición de permitir que la conciliación se

realice al interior del proceso y sea dirigida por el juez del litigio, fusionando en una persona ambos roles.

3. La intervención del juez en la dirección del conciliatorio es un tema polémico hasta hoy en la doctrina. Se dice que dicha tarea debe ser asignada a un conciliador y no al juzgador. Este conciliador, ajeno al juez tradicional, debe ser un funcionario preparado para ese fin, excluyendo al juez en la tarea conciliatoria o interviniendo al lado del juez, quien será el que prepare y proponga a las partes la solución del litigio. Nuestro sistema procesal ha definido dicho cuestionamiento permitiendo que el juez no solo ejerza la función jurisdiccional sino también la función conciliatoria, esto es, que no solo se desenvuelva como tercero, heterocompositor, sino también como un autocompositor. Gozaini⁽⁴⁾ considera saludable el rol dual que asume el juez frente al conflicto judicializado. Señala "la presencia del juez en la audiencia significa contar con sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes. Ya no es puro voluntarismo el que decida la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuizgamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta. En dichos términos radica el justo camino para la conciliación: ser un acto poder para el juzgador y un derecho absolutamente dispositivo para las partes".

Esta posición es también asumida por el Código Modelo por las siguientes consideraciones: a) el juez –mejor que nadie– conoce las pretensiones y el Derecho, lo que le permitirá en la audiencia ser un mejor conciliador. Si bien se reconoce las deficiencias del juez en el manejo de las técnicas que requiere la conciliación, ello puede arreglarse con asesores técnicos y no un conciliador, que tampoco podrá ser un especialista en los temas jurídicos que discutan las partes, b) el criterio que el juez es imparcial en la medida que se encuentre alejado de las partes, tampoco es argumento para su no intervención en las audiencias. "(...) en todos los países donde el proceso es oral, el tribunal interviene activamente, rechaza peticiones, recrimina a las partes y los abogados que no actúan con lealtad y probidad, inclusive los sanciona (...) y luego continúa su tarea terminando con la sentencia, sin que nadie piense que ha perdido su imparcialidad". Estas argumentaciones se orientan a reforzar la propuesta del Código Tipo que considera a la conciliación como un acto a realizar en la audiencia preliminar, presidida por el juez, para procurar evitar el conflicto o reducirlo.

Frente a dicha posición, concurren otras opiniones que cuestionan la propuesta de la fórmula conciliatoria porque pueden llevar a predisponer desfavorablemente a las partes acerca de la imparcialidad del juez. Peyrano⁽⁵⁾ se ubica en esta

(4) GOZAINI Osvaldo. "La conciliación en el Código Procesal Civil, Teoría y Técnica", en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, T.1, Lima, marzo de 1998, p. 407.

(5) PEYRANO, Jorge. *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 256.

línea y señala que no es adecuado que el juez proponga a las partes que rígidamente acepten o rechacen una fórmula conciliatoria. Parece más conveniente que la fórmula sea configurada entre todos mediante ofertas, contraofertas y negociaciones de las partes y del juez; a que este "cierre el debate" y le imponga a los contendientes una fórmula conciliatoria que solamente podrán tomar o dejar. Para Peyrano no es aconsejable que el juez proponga cuánto debería abonar el demandado o cuánto debería renunciar el actor, sino más bien su actividad debe apuntar a esclarecer a los litigantes acerca de las posibilidades conciliatorias no advertidas por los mismos, por citar, si se debate sobre la propiedad de un inmueble, indicarles la posibilidad de enajenarlo y repartirse el precio en porcentajes que acordarán.

Como se ha dicho, la intervención del juez como la persona que va a conducir la actividad conciliatoria, con la obligación de proponer fórmulas de solución a los justiciables, ha levantado polémica, en el sentido que sea conciliador el mismo juez quien debe juzgar la controversia o un juez distinto del que decide el contencioso.

Se ha cuestionado la primera posición porque permite la influencia que podría ejercer el juez conciliador contra el que no quiso someterse a su alta mediación, el que no quiso acceder a los ruegos y persuasiones pacíficas de su adversario y el abuso que puede hacer el juez conciliador para obtener con disimulo injustas concesiones y astutas ganancias; ello coacta evidentemente la libertad de las partes y atenta contra la imparcialidad que todo magistrado debe mantener. Fornaciari⁽⁶⁾, advirtiendo los posibles excesos o la arbitrariedad en que puede incurrir la actividad del juez en la conciliación, considera que "(...) debe ser delimitada con la mayor precisión, evitando que se viole la igualdad de las partes en el proceso o se vulnere su derecho de defensa, o en fin, que el magistrado incurra en un prejuzgamiento". De Sousa⁽⁷⁾ señala que el juez del proceso puede influir en el ánimo de los litigantes de manera de llevarlos a una composición injusta. Este autor también expresa que "(...) la función del juez no es conciliar de cualquier forma, debe trabajar por una composición justa de la controversia. Debe hacer todo el esfuerzo posible para la conciliación, pero una conciliación justa, equitativa, de modo que alivie a las partes del peso de la demanda sin el desastroso sacrificio de sus derechos"⁽⁸⁾.

Este cuestionamiento permite que se opte por establecer jueces especiales para la conciliación, distintos de los que debían conocer de la controversia, a fin de evitar las desventajas mencionadas y garantizar la libertad de las partes y asegurar

(6) FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*, T. 2, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.132.

(7) DE SOUZA, Sebastiao. "De la conciliación", en: *Revista Forense*, Outubro, 1950, p. 273.

(8) *Ibidem*.

la imparcialidad del juez. Algunos autores preconizan que los jueces conciliadores no deben tener carácter permanente sino que deben ser nombrados en cada causa en vista de la importancia y del asunto sobre el que versa la contienda.

Por mucho que esta idea represente tal vez la forma más avanzada de la conciliación el buscar la especialidad del juez en temas determinados para la conciliación ofrecería graves dificultades para su aplicación en la vida práctica, a causa de la abundante carga procesal y de la carencia de recursos humanos y materiales para lo mínimo de la función. Nuestra legislación procesal, a partir del Decreto Legislativo N° 1070 opta por trasladar la conciliación judicial a los escenarios de los Centros de Conciliación Extrajudicial, a fin de que personas especializadas puedan brindar un mejor tratamiento a los conflictos. En el Código de Santa Cruz de 1831, Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 y el Reglamento de jueces de paz, el juez conciliador era un juez distinto del que tenía que decidir la contienda. Era necesario antes de dar curso a la demanda, acudir ante el conciliador, quien era el juez de la paz, para celebrar el juicio conciliatorio. En cambio, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1911 señalaba que el mismo Juez que conoce de la controversia estaba facultado para ordenar un comparendo en cualquier estado del proceso. El Código Procesal Civil de 1993 asume este modelo al permitir que la conciliación pueda ocurrir ante el mismo juez de la controversia, en la audiencia respectiva. Para Moane⁽⁹⁾ ello constituye un problema porque, por un lado, no se reduce la carga de trabajo en el juzgado, y por el otro, se desnaturaliza el proceso de conciliación que debe llevarse a cabo con la ayuda de una persona neutral ajena a las partes y no del juez, quien se encuentra involucrado en la solución de la disputa por la vía judicial. Cappelletti⁽¹⁰⁾ considera que el método más justo de participación del juez en la conciliación lo encuentra en la experiencia de los estamentos judiciales de New York, donde el conflicto es tratado por un juez distinto del que intentó conciliarlo. "Esto obvia el problema de las partes, que consienten en una conciliación propuesta, solamente porque, o bien suponen que el resultado sería el mismo después del juicio, o porque temen incurrir en la censura o el resentimiento del juez". En esa misma orientación es nuestro parecer. El magistrado que tendrá que sentenciar a futuro el conflicto no debe realizar la actividad conciliatoria. Son innegables las ventajas que dicho acto conciliatorio genera en el magistrado para sentir el derecho a través de sus actores en discordia, pero tenemos que reconocer que no existe una adecuada capacitación para que los jueces operen como conciliadores. Su formación profesional les acerca a ser concedores del Derecho, mas no negociadores. Son dos actividades totalmente distintas, que responden a esquemas diferentes de ver y afrontar la solución del conflicto.

(9) MOANE, Eduardo. "Otras vías de solución de controversias en el Perú: ¿por qué mejor no conciliar?", en: *El Peruano*, Lima, 29/06/93, p. 8.

(10) CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 56.

No puede ser lo mismo intervenir de tercero conciliador que de tercero sentenciador. El comportamiento del conciliador debe ajustarse a las reglas de la autocomposición, donde las partes tienen el control de lo que suceda en el proceso y en lo que deseen disponer de su derecho; en cambio, el tercero juez actúa bajo las reglas de la heterocomposición, donde él, y solo él, tiene la potestad de decidir los conflictos, como expresión del poder jurisdiccional que ejerce. El desconocimiento del rol que le toca en cada sistema, por parte del juez, ha llevado a desnaturalizar la conciliación practicada en sede judicial, como lo advierten los estudios empíricos realizados en estos últimos años sobre el tema.

4. En el camino procesal se permite una pausa para permitir a las partes involucradas en el conflicto intentar dilucidar este, mediante el ejercicio de la autonomía de voluntad y con la ayuda del tercero conciliador a fin de que no se obtenga la composición de este. Esta pausa jurisdiccional se va realizar a través de la audiencia conciliatoria, en la que el juez intentará escuchar a las partes y trabajar fórmulas de avenimiento para poner fin a las diferencias que las separan. Debe precisarse que al proceso judicial concurren diversos principios, muchos de ellos tienen una regulación constitucional como el de la publicidad, cuya expresión se da en las sesiones públicas, a través de las cuales los estamentos judiciales administran justicia. La casuística nos muestra que a la conciliación practicada dentro del proceso judicial se la ha sometido a los alcances de la publicidad. En estas sesiones conciliatorias, las partes exhortadas e influenciadas por el ánimo conciliador vierten diversas expresiones a favor o en contra de las pretensiones en controversia, las que muchas veces eran consignadas en las actas, pero que su valor –aparentemente inocuo cuando se expresó– resulta de trascendencia al momento de definir el conflicto en la sentencia. Véase en el caso seguido por Sociedad Paramonga Limitada con Automotriz Central Sociedad Anónima sobre obligación de pago. Se dice en el considerando octavo de la sentencia: “que a mayor abundamiento, la propia demandada en la audiencia de saneamiento procesal y conciliación ha reconocido la deuda y solicitado un plazo de quince meses para su cancelación”⁽¹¹⁾. La Primera Sala Civil de Lima, en el Expediente N° 906-2001⁽¹²⁾ dice: “la sentencia materia de grado que declara fundada la demanda e infundada la reconvencción, no ha meritudo en todo su contexto la copia del acta de conciliación, donde aparece la declaración de voluntad del demandante, en la cual en forma expresa y categórica reconoce que el inmueble cuya restitución se reclama, fue adquirido durante la vigencia de la unión de hecho con la demandada y además, que la casa se venda, dividiéndose cincuenta por ciento para cada uno el producto de la venta, hecho fáctico que constituiría una declaración asimilada,

(11) Fallo emitido por la 5ª Sala Civil de Lima, en el Expediente N° 987-95, con fecha 18 de setiembre de 1995.

(12) Resolución de fecha 12 de diciembre del 2001, publicada en LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, T. 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p.132.

de conformidad con el artículo 221 del CPC". Aún más, la propia Sala Civil de la Corte Suprema, increíblemente señala lo siguiente: "La resolución de nulidad de parte del ad quem, respecto de la resolución apelada, se encuentra viciada de incongruencia, al no haber emitido pronunciamiento sustentado, conforme a su apreciación razonada de los medios probatorios actuados en el proceso, **no valorando adecuadamente todos los medios probatorios, incluido lo referido al acta de conciliación**, lo que en definitiva afecta las garantías del debido proceso". ¿El acta de conciliación se valora como medio probatorio? (sic). Casación Nº 332-2004-Lima (*El Peruano*, 30 de setiembre de 2005, p. 14698).

De la lectura de los extractos de las sentencias citadas se aprecia que los magistrados, al momento de sentenciar, se remiten a las manifestaciones de las partes vertidas en las audiencias conciliatorias. Este comportamiento –asumido por algunos órganos judiciales– de trasladar las incidencias de la audiencia de conciliación a la motivación de sus sentencias, lleva a cuestionar que se deje constancia de los hechos que se desarrollen en la audiencia de conciliación y que se tomen los hechos provenientes de la actividad conciliatoria para la motivación de la sentencia. Definitivamente nuestra posición se orienta a reafirmar la reserva y confidencialidad de la actividad conciliatoria, por más que haya sido realizada al interior del proceso judicial, de ahí que el juez no debe dejar constancia de lo desarrollado en la audiencia conciliatoria. Una sentencia construida bajo dichos mecanismos probatorios, sencillamente asume una debilidad en su validez, como es la vulneración al derecho a probar, como una arista del proceso justo al que se debe aspirar.

5. A la luz de la normativa construida bajo dicha posición, hemos venido apreciando que el tratamiento que se ha venido dando a la conciliación judicial al interior del proceso es poco satisfactoria. Al margen de la poca incidencia de casos concluidos por conciliación judicial, se aprecia otros indicadores de mayor preocupación que reflejan posiblemente el resultado alcanzado hasta el momento en la conciliación judicial. En el trabajo de investigación realizado por Teresa Quezada⁽¹³⁾ sobre la conciliación judicial en los juzgados de familia de Lima (1999) se advierte que "las fórmulas conciliatorias no reflejan una búsqueda de intereses de las partes, realizada [por] el juez-conciliador; todo lo contrario, se orienta a uniformar las propuestas conciliatorias, de tal manera que en cada una de ellas no se refleja la particularidad del caso trabajado. El contenido de las fórmulas, demuestran poca creatividad y ausencia de opciones a elegir. El promedio de tiempo que toma el juez para la actividad conciliatoria oscila entre 20 y 30 minutos, pues la tendencia es ha resolver los conflictos a través de sentencias".

(13) QUEZADA MARTÍNEZ, Teresa. "La conciliación judicial: un estudio cualitativo y normativo en materia familiar", en: *Tesis para optar el grado de Magíster*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2001, pp. 211-212.

Si partimos por asumir que la audiencia conciliatoria es el acto por medio del cual una autoridad judicial, en función de conciliar, escucha a las partes y les propone fórmulas de avenimiento, y que constituye la ocasión procesal para que las partes puedan discutir directamente y entre sí las pretensiones en conflicto con la asistencia del juez-conciliador, ello no se ha logrado alcanzar. La actividad conciliatoria requiere de cierta técnica y capacitación en el manejo de la comunicación, por parte del conciliador, a fin de que pueda asistir en la búsqueda de los intereses de las partes. Recordemos que esos intereses no están presentados a simple vista, sino que muchas veces forman parte de nuestras emociones, sentimientos, frustraciones, complejos, que están celosamente protegidos en la intimidad de cada persona. El éxito del conciliador para la búsqueda de esos intereses estará generado por la confianza que pueda generar a los participantes. La confianza requiere el respeto a la confidencialidad, sobre todo cuando se trata de una relación que compromete el compartir aspectos íntimos de la vida de la persona, como sucede en los conflictos de índole familiar.

El juez al actuar como conciliador tiene que desenvolverse bajo las reglas de la confidencialidad, ello implica que nada de lo que se exprese en las sesiones de conciliación pueda ser tomado como referencia en la actuación del juez-sentenciador.

La confidencialidad supone que tanto el conciliador como las partes, deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto. Este es tal vez uno de los principios de difícil convencimiento para las partes que se encuentran involucradas en el conflicto. Los conciliadores juegan un rol importantísimo para el logro de ello, pues conforme lo señala Singer⁽¹⁴⁾ es necesario obtener el conocimiento suficiente de las necesidades y prioridades de las partes para poder ayudarlas a desarrollar soluciones satisfactorias; las partes deben sentirse libres para crear opciones de acuerdo sin tener miedo a que estas puedan hacerse públicas. Este principio protege de quienes pretendan utilizar el procedimiento conciliatorio para hacer abuso de la información que pudieren conseguir de sus oponentes; en igual forma las partes deben estar seguras de que lo que se manifieste en la audiencia conciliatoria no se pueda utilizar en un futuro proceso.

No se trata de publicitar el conflicto, como ocurre en el proceso judicial con el principio de publicidad, que consagra la "justicia de cara al pueblo" sino ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

Hay algunas opciones legislativas que eximen a los profesionales en conciliación de la revelación obligatoria de información confidencial obtenida en el procedimiento

(14) SINGER, Linda. *Resolución de conflictos, técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 232.

conciliatorio. En otras estos terceros tienen la prerrogativa legal de negarse a testificar sobre asuntos confidenciales revelados en la conciliación. En ausencia de una protección reglamentaria al respecto, los organismos privados de conciliación solicitan que las partes firmen el compromiso de no revelar ningún detalle de las sesiones de conciliación y de no citar al tercero como testigo, ni presentar como prueba ante el juez ningún documento redactado por el conciliador. Para nosotros esa confidencialidad no solo es atribuida al conciliador sino a todos los que participan en la conciliación y se va a expresar en la reserva de lo actuado y la carencia de valor probatorio en cualquier proceso judicial o arbitraje que se promueva posteriormente, aun en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de la conciliación.

Esta regla tiene una excepción: si el conciliador toma conocimiento de la realización de un delito, debe poner el hecho en conocimiento de las autoridades pertinentes. Pareciera que el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional. Sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agravia la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

6. La norma en comentario nos dice que las partes también están facultadas para solicitar al juez la convocatoria a una audiencia conciliatoria.

Al respecto hay criterios que consideran que ambas partes, en conjunto, deben solicitar la audiencia conciliatoria porque bajo una interpretación literal del presente artículo, se refiere a "las partes" y no a la parte en particular.

Otro criterio señala que dicho enunciado se refiere a la facultad que tienen ambas partes para solicitar la audiencia conciliatoria, la que no debe entenderse como una exigencia conjunta, esto es, que ambas se pongan de acuerdo para solicitar dicha audiencia, pues el solo pedido de una de ellas es suficiente para cursar la noticia del intento conciliatorio a la contraparte, con el consiguiente señalamiento de audiencia para tal fin.

Pretender que el pedido de audiencia conciliatoria sea formulada por ambas partes, implicaría exigir el acuerdo preliminar entre estas para convocar a una audiencia conciliatoria, situación que no resulta viable en un primer momento, por el enfrentamiento de estas.

Nada perjudicaría al proceso que una de las partes, dentro del tiempo para proponerla, pudiera hacer conocer —a través del juzgado— su vocación e interés por encontrar algún arreglo al litigio a través de la actividad conciliatoria.

7. La intervención del juez en la audiencia conciliatoria genera cuestionamientos para quienes consideran que su imparcialidad se vería afectada al conocer directamente las motivaciones y subjetividades de las partes. Al respecto hay dos posiciones enfrentadas. Quienes sostienen la separación de funciones argumentan, al

margen de cautelar la imparcialidad del juez, que dicha actividad sea realizada por personas especializadas, ajenas al juez; otro sector considera que al involucrarse el juez con los protagonistas del conflicto ello le permitirá tener mayor convicción en la decisión a tomar en la futura sentencia. Nuestro Código Procesal ha optado por permitir que el juez se desenvuelva dentro de ambas funciones, como sentenciador y conciliador.

La función dual del juez motiva cuestionamientos sobre el grado de participación de este en la conciliación y la repercusión que ello puede generar. Hay autores que propugnan la mínima intervención del juez, tesis restrictiva, pues consideran que solo debe limitarse a mostrar las bondades de la institución y las ventajas que podrían obtener las partes; la tesis intermedia permite aumentar las facultades del juez en el conciliatorio, evitando al juez espectador, en cambio la tesis amplia permite al juez un mayor margen de actuación a fin de conducir a las partes a un acuerdo.

Frente a ellas, nuestro Código asume la intervención amplia del juez, al señalar que "el juez no es recusable por las manifestaciones que pudiere formular en la audiencia". El efecto de un prejuizgamiento manifiesto en la audiencia conciliatoria no motiva recusación, ello porque el juez en dicho acto no está ejerciendo función jurisdiccional sino actividad judicial. El poder para decidir el conflicto —mediante conciliación— no recae en el juez sino en las partes, quienes hacen un alto en el camino del proceso para insertar la actividad autocompositiva de las partes; y solo, cuando ese intento fracasare, la obra de la jurisdicción recobrará su camino, bajo la dirección del juez.

Otro aspecto a precisar en este artículo, a partir de la modificatoria del D. Leg. Nº 1070, está referido al rol del juez en la negociación asistida. Se le atribuye el rol de conciliador, sin embargo, ello no es del todo cierto, pues ya no se requiere que el juez deje constancia de una fórmula conciliatoria en su intento por conciliar; esto diferencia la conciliación de la mediación, hace que realmente se aprecie bajo otra dimensión la intervención del juez en la negociación judicial, de tal manera que ya no se le aprecie como un conciliador —en estricto—, sino que podría también ser apreciado como un mediador.

La Sala Plena de la Corte Suprema de la República en sesión extraordinaria del 22 de diciembre de 2005 ha emitido algunas recomendaciones a tener en cuenta en la actividad conciliatoria, que a continuación reproducimos: 1) el juez debe revisar con anticipación el expediente en trámite para su cabal conocimiento; 2) al iniciar la audiencia, el juez debe informar a las partes los beneficios de la audiencia de conciliación, así como de sus consecuencias en caso de producirse la misma; 3) debe escuchar a las partes, procurando indagar sobre sus reales necesidades, intereses y motivaciones, de manera tal, que sin perder imparcialidad logre que cada una de ellas analice y consigne objetivamente las propuestas; 4) la fórmula conciliatoria del juez debe estar acorde con el ordenamiento jurídico

y no puede entenderse como forma de "presión" a las partes, quienes pueden aceptarla o no, en ejercicio de la autonomía de la voluntad; 5) la fórmula conciliatoria propuesta debe constar por escrito en el acta de audiencia, siendo el caso que de producirse deberá consignarse en sus propios términos; 6) si la conciliación versa sobre términos económicos, el juez debe procurar que estos sean concretos; 7) el magistrado debe actuar con absoluta prudencia, evitando generar suspicacias respecto a su actuación, estableciendo como regla a las partes que estas dialoguen entre sí, pero limitándose a los hechos materia de litis; y a los abogados patrocinantes, se les sugerirá no explayarse sobre el mérito jurídico de sus argumentaciones.



JURISPRUDENCIA

Constituye atribución exclusiva y excluyente del juez, y no de las partes justiciables determinar el inicio de un proceso, dictando el correspondiente auto admisorio de la instancia, para luego verificar la existencia y condiciones de la acción. La ley provee de los recursos y los medios pertinentes a fin de que en la etapa procesal correspondiente quede establecida la validez de la relación jurídica procesal (Exp. N° 822-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 552).

REQUISITO DE FONDO DE LA CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 325

El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 336, 469.

Comentario

1. La conciliación es un acto jurídico que se sustenta en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad. El ejercicio de esa autonomía no es ilimitada, pues las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres. Ello es coherente con lo regulado en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Estos actos de disposición son sometidos al control jurisdiccional para verificar que los acuerdos que contiene la conciliación no puedan transgredir derechos indisponibles. Dicha actividad la realiza el magistrado, como un acto previo a la aprobación final.

Por otro lado, el control también incide en satisfacer otro parámetro, “que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio”, esto es, que si se pretende la desocupación de un bien no se proponga como acuerdo conciliatorio la venta del bien al ocupante requerido, por no ajustarse al derecho en litigio.

Este articulado podemos catalogarlo como mecanismo de control jurisdiccional hacia los actos de disposición de partes contenido en los acuerdos conciliatorios; esto nos lleva a decir que el proceso judicial se presenta como un sistema supremo –supra ordenador– frente a los conflictos, no solo para resolverlos, sino para controlarlos en su solución.

2. La fórmula conciliatoria debe guardar relación con el pedido, decimos ello porque solo el juez aceptará un acuerdo conciliatorio siempre que se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio. En este extremo se plantea si la fórmula tiene que versar sobre la pretensión que se ventila o puede comprender otras no exigidas.

Invocando el principio dispositivo se podría decir en un inicio que el juez tiene que proponer la fórmula dentro de los límites de las pretensiones, no puede dar más de lo pedido o sustraerse de ella, puesto que sería incongruente su propuesta con las exigencias pretendidas; sin embargo, existe otra posición que podría argumentar que las fórmulas conciliatorias no son pronunciamientos jurisdiccionales que obliguen a invocar el principio dispositivo, todo lo contrario, están exentas de ellas porque es el resultado de lo que la voluntad de las partes quieren como solución y no lo que el magistrado decida.

Además aun invocando dicho principio dispositivo, son las partes las dueñas de los hechos en que fundan sus pretensiones, son ellas las que promueven la acción, las que la impulsan, por qué no entonces permitir que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad puedan ellas resolver alguna de las pretensiones o variar las que inicialmente se hubieren propuesto, siempre y cuando no versen sobre derechos indisponibles; pero, más allá de toda discusión, sobre los límites de la fórmula, lo que se pretende es que esta sea equitativa porque solo así se explica por qué el Estado estimula esta forma especial de concluir el proceso. En ese sentido, Augusto Morello señala "(...) la conciliación no podría sustituir a la sentencia, si con ella y bajo su denominación se consagra una injusta composición porque el avenidor —el juez— se despojaría de lo que hace a lo básico de su función, para erigirse en cambio, en el protagonista de una flagrante injusticia. Conciliación y sentencia judicial se hallan desde el ángulo del servicio de justicia, en una necesaria identidad de fines"⁽¹⁵⁾.

Este tema no ha sido ajeno a la iniciativa de algunos congresistas. Por citar aparece el Proyecto de Ley N° 1605/2000/CR sustentado por Fernán Altuve-Febrés en la que se propone la siguiente modificación al artículo 326 del Código que reproducimos en su parte pertinente así: **"el juez para coadyuvar a lograr acuerdos conciliatorios, está facultado a incluir pretensiones no planteadas en el proceso, pero que satisfagan los intereses de ambas partes, de acuerdo a lo manifestado por ellas en dicha audiencia (...)".**

Al respecto señalamos que esta propuesta alteraría el principio dispositivo que rige el proceso civil, mediante el cual, solo las partes son las únicas que están facultadas para postular sus pretensiones al proceso; el juez no tiene la atribución de incluir pretensiones no planteadas, por más que advierta que pueda contribuir a satisfacer los intereses de las partes. Este corsé legal al que está sometida la conciliación judicial es precisamente una de las diferencias con la conciliación extrajudicial, donde los puntos de discusión sí pueden ser variados conforme el resultado del trabajo conciliatorio, situación no aplicable a la que ocurre al interior

(15) MORELLO, Augusto. "Notas para el estudio de la conciliación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en: *Revista Argentina de Derecho Procesal*, N° 1, Buenos Aires, 1968, p. 70.

del proceso judicial. Nada obsta para que puedan trabajar su conflicto a través de las vías paralelas ante un centro de conciliación. El efecto y la eficacia serán también distintos al acuerdo judicial.

Por último, frente al dilema que tenga un juez para aprobar un acuerdo que contenga prestaciones no reclamadas ni discutidas en el proceso, que no guarden relación con el derecho materia en litigio, dicho acuerdo conciliatorio es perfectamente válido, en tanto no afecte derechos indisponibles, pero el control y aprobación consecuente de este, debe orientarse solo a las prestaciones materia del derecho en discusión; por tanto, sobre ellas solamente recaerá el efecto de la cosa juzgada, como resultado de un control positivo, sin embargo, las prestaciones no demandadas, pero que forman parte del acuerdo conciliatorio, serán válidas pero sin eficacia para su ejecución en dicho proceso. En caso de incumplimiento, no podríamos ingresar a la ejecución forzada por estar ausente el control jurisdiccional sobre dicho acuerdo, situación que sí mantienen las prestaciones aprobadas. En ese sentido véase el caso en el que se concilian alimentos, tenencia y régimen de visitas, cuando el derecho en discusión en el proceso versa sobre pérdida de patria potestad; esta última pretensión no es materia de disposición de partes, por tanto, mal podría haberse provocado una conciliación al respecto, sin embargo, dentro de dicho proceso aparece que las partes han arribado a un acuerdo sobre temas jamás propuestos como pretensiones, como tenencia, régimen de visitas y alimentos. El juez acoge las prestaciones conciliadas, pues no afecta derechos indisponibles, sin embargo, el control que requiere el artículo 325 y el efecto de la cosa juzgada que a continuación se deriva, no podría otorgárseles menos atribuirle como un título de ejecución, propio de una futura ejecución forzada. Es un acuerdo válido pero inejecutable en dicho proceso sobre patria potestad. En igual forma, un acuerdo en un proceso sobre desalojo dirigido al arrendatario por vencimiento de contrato, donde además de pactar las condiciones para la desocupación del bien, se pacta el pago de la renta adeudada, pero no reclamada en dicho proceso, estableciendo las condiciones de exigibilidad para dicho pago, en el propio acuerdo. Como señala el artículo 325 del CPC, el juez debe controlar el acuerdo, solo en el extremo de las prestaciones materia del derecho en discusión, como es la ausencia o no de título que justifique la desocupación del bien, no siendo de incumbencia del juez controlar la validez de la prestación dineraria pactada, porque no ha sido materia de exigencia judicial; lo que no significa que dicho acuerdo sea inválido, todo lo contrario, podría ser perfectamente válido, pero sin eficacia para el proceso en giro, por ser ajeno al derecho en discusión. Si el juez no reparara en este tipo de prestaciones, e ingresara a controlar y aprobar el acuerdo, sin reparar en este tipo de prestaciones ajenas al debate, estaría indebidamente constituyendo un título de ejecución sobre un derecho jamás discutido, y por tanto, la ejecución de este acuerdo, no solo se orientaría a la ejecución forzada del ocupante del bien (lanzamiento) sino que podría ingresar a la ejecución forzada sobre la prestación dineraria, con el consecuente

remate de los bienes del demandado; por tanto, en una pretensión de desalojo, cuyo proceso de ejecución se debería orientar hacia el lanzamiento, terminaría ingresado a una modalidad de ejecución ajena al derecho en debate, como es, el remate de bienes, para satisfacer la prestación dineraria pactada, generándose así una situación anómala al proceso; por ello, la idea que acoge este artículo, en concordancia con el artículo 337 del CPC cuando se refiere a transacciones judiciales, que el control recae sobre las prestaciones materia de la pretensión judicial; las otras prestaciones que contenga el acuerdo pueden ser perfectamente válidas, pero no requieren del control jurisdiccional. Como dice el artículo 325 del CPC, “el juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio”. En esa línea de pensamiento, las otras prestaciones no ingresan al control, quedando su validez y exigibilidad a futuras acciones legales, ajenas al proceso conciliado. La trascendencia del control es vital para lograr sobre dicho acuerdo el efecto de la cosa juzgada, contenida en el artículo 328 del CPC, por tanto, cuando el juez realice dicha actividad, y esta tenga un resultado positivo, que justifique su aprobación, el correlato a ese resultado, será la cosa juzgada sobre lo pactado.

3. Bajo la óptica del control jurisdiccional sobre los actos de disposición de los privados, concurre la posibilidad de la homologación en sede judicial de acuerdos conciliatorios realizados como expresión del ejercicio privado de voluntades para poner fin a sus desavenencias. La Ley Procesal del Trabajo en su artículo 103 regula lo siguiente: **“la conciliación privada es voluntaria y puede realizarse ante una entidad o ante un conciliador individual, debiendo, para su validez, ser homologada por una Sala Laboral ante solicitud de cualquiera de las partes, caso en el cual adquiere autoridad de cosa juzgada”**.

Opera aquí un efecto homologatorio proveniente de la justicia alternativa privada con la que otorga la jurisdicción a través del proceso judicial. Sobre el particular, encontramos el pronunciamiento de la Sala Transitoria Constitucional y Social⁽¹⁶⁾ que frente a la existencia de un **acuerdo por transacción extrajudicial**, que ha puesto fin al conflicto laboral y que es llevado posteriormente a la jurisdicción, por una de las partes, para que sea controlado por esta a fin de otorgarle la seguridad jurídica de la cosa juzgada. El criterio asumido –por mayoría– señala que el supuesto para la homologación que acoge el artículo 103 de la Ley Procesal del Trabajo (LPT) es la existencia de una conciliación privada, exigencia sin la cual se desnaturalizaría la figura de la conciliación y se convertiría en una negociación o en una transacción extrajudicial, en consecuencia, dice el colegiado que

(16) Resolución de fecha 13 de setiembre del 2002, emitida en la Causa N° 274-2001-Lambayeque sobre solicitud de homologación de transacción, promovida por Magda Luisa Goycochea de Paredes con Agroindustrial Pucalá sociedad anónima abierta. Esta resolución es materia de comentario en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 110, Gaceta Jurídica, Noviembre de 2007.

"la transacción extrajudicial celebrada entre los colitigantes, sin la intervención de un conciliador resulta ser un simple acuerdo de partes que carece de los requisitos necesarios para declarar su homologación".

Con relación a este pronunciamiento decimos que cuando un conflicto se define por acuerdo de partes se puede recurrir a diversos modos para dicha solución, como la transacción o la conciliación. Si bien ambos son expresiones autocompositivas bilaterales hay diferencias sustanciales entre ellos. Mediante la conciliación se pueden definir prestaciones patrimoniales y extrapatrimoniales, sin necesidad de que las prestaciones requieran de reciprocidad, esto es, perfectamente una prestación se puede agotar —como donación— mediante conciliación, sin que ello sea posible a través de la transacción que requiere necesariamente de prestaciones recíprocas.

Cuando el acuerdo se materialice a través de la conciliación privada, señala el artículo 103 de la LPT que puede ser sometido a la homologación ante la sala laboral; sin embargo, la norma no regula la posibilidad del control cuando el acuerdo se materialice mediante transacción extrajudicial.

Definitivamente, el supuesto que regula el artículo 103 de la ley citada no hace referencia expresa a la transacción extrajudicial, sino a la conciliación; sin embargo, ello no implica que frente a esa anomalía en la normatividad, el juez deje de administrar justicia; todo lo contrario, constituye una garantía del ejercicio de la función jurisdiccional, recogida en la propia Constitución del Estado de 1993, el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario⁽¹⁷⁾. Por tanto, frente al pedido de homologación del acuerdo laboral por transacción privada extrajudicial los jueces de la sala transitoria constitucional debieron asumir el papel de un pequeño legislador para incorporar un referente legal aplicable al caso concreto; sin embargo, la resolución en comentario desestima la homologación porque considera que ella opera solo para la conciliación privada, exigencia sin la cual se desnaturalizaría la figura del control.

Se debe extender los efectos del control homologatorio de la conciliación privada, a que refiere el artículo 103 de la LPT, a la transacción extrajudicial, por los siguientes argumentos:

a) Si la ley permite mecanismos de mayor cobertura para participar de la homologación por la jurisdicción, como es la conciliación, asiste también el control sobre

(17) Ver el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución del Estado; en igual sentido, como dice el artículo VIII del TP del Código Civil, "los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano"; en igual sentido léase la redacción del artículo III TP del Código Procesal Civil que dice "en caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso".

actos de reducida cobertura, como es la transacción; esto es, la conciliación permite prestaciones patrimoniales y extrapatrimoniales a diferencia de la transacción que solo se opera con prestaciones patrimoniales; por otro lado, la transacción requiere de reciprocidad en las prestaciones, situación que no opera en la conciliación, donde las prestaciones pueden ser ejecutadas de manera unilateral.

b) La jurisdicción debe brindar tutela, no solamente a conflictos jurídicos, sino asistir a las incertidumbres jurídicas que se le puedan someter, mediante pretensiones declarativas en procesos de cognición, orientadas al control de la jurisdicción para el efecto homologatorio de la cosa juzgada. Aún más, la reflexión que podemos presentar del caso es que con posiciones como las asumidas por la Sala Suprema no hay garantía para preservar la paz social. Dejar un tema pendiente de resolver, dejar una incertidumbre pendiente de definir, no es saludable para un grupo social que busca desaparecer respuestas no precisas; todo lo contrario, mantener viva una incertidumbre es sentarse a esperar la próxima aparición de un conflicto, que desde ya altera la armonía en la convivencia social de los protagonistas. La respuesta basada en la aplicación estricta del artículo 103 de la Ley Procesal del Trabajo nos muestra una judicatura de escasos recursos interpretativos, al considerar que todo se agota en la norma, sin mayor convicción sobre la actividad creadora del derecho, a través de la jurisprudencia.



JURISPRUDENCIA

Siendo norma que la patria potestad se suspende en los casos de separación o divorcio de los padres, aun cuando la conciliación extrajudicial practicada por las partes ha sido presentada al proceso e incluso ratificada por las partes en la audiencia respectiva, ello no enerva el significado imperativo de dicha norma (Cas. N° 719-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2205).

Cuando las partes han conciliado judicialmente, ante el juzgado de paz letrado, la pensión alimenticia a favor del menor, la sentencia de divorcio debe sujetarse a dicho acuerdo, pues ha generado cosa juzgada.

Si al establecerse que la tenencia del menor sea ejercida por la madre, y se ha omitido señalar un régimen de visitas para el padre, dicha omisión debe señalarse, en vía de integración a efecto de mantener la relación paterno-filial (Exp. N° 868-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 118-121).

Resulta un exceso del juez proponer como fórmula conciliatoria que el demandado desocupe el predio después de siete meses de iniciada la demanda y sancionar al actor con una multa por no haber aceptado la fórmula, máxime si el inquilino no se hallaba al día en el pago de la renta (Exp. N° 21-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 294-296).

Si en la audiencia de conciliación las partes no asisten personalmente sino representados a través de sus apoderados, estos deben estar investidos de la facultad expresa para conciliar. El acuerdo no produce cosa juzgada si los intervinientes adolecen de dichas

facultades (Exp. N° 1079-94-Huancavelica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 547-548).

El curador procesal es un abogado nombrado por el juez que interviene en el proceso, cuando no es posible emplazar válidamente al demandado, por ser su domicilio o residencia ignorados. Esta designación no confiere facultades especiales que le permitan conciliar, por lo que el juez debe abstenerse de propiciar la conciliación en la audiencia de ley (Exp. N° 1374-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 283).

Es procesalmente válido el desistirse de la pretensión en una audiencia de conciliación (Exp. N° 1527-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 122-123).

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

ARTICULO 326

Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma.

Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia. DEROGADO ()*

Nota

El presente artículo fue derogado por el D.Leg. N° 1070, publicado el día 28 de junio de 2008, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Conciliación N° 26872. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre temas relacionados con la mejora de la administración de justicia, a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

(*) Artículo derogado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

CONCILIACIÓN Y PROCESO

ARTÍCULO 327

Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de este, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación extrajudicial.

Presentada por las partes el acta de conciliación, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.

Si la conciliación presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 97 a 108, 332 inciso 2, 469, 474.
C.N.A.	art. 171
LEY 26572	art. 41.

Comentario

1. No podemos concebir que la conciliación extraproceso solamente pueda invocarse previamente a este. Nada prohíbe para que esta pueda realizarse luego de iniciado el proceso judicial. La diferencia está en que su discusión no necesariamente debe darse ante el juez-conciliador del proceso sino que se puede recurrir paralelamente a conciliadores de los centros de conciliación extrajudicial.

La conciliación privada opera en los siguientes momentos: con la interposición de la demanda y luego de esta.

En el primer supuesto, **la conciliación previa a la demanda**, su práctica puede ser obligatoria o facultativa según la naturaleza de la pretensión a discutir en sede judicial y se orienta a generar títulos de ejecución (acuerdos conciliatorios) o títulos de procedibilidad (intento conciliatorio sin éxito).

En el segundo supuesto, **conciliación luego de haber interpuesto la demanda**, permite la posibilidad de que se invoque ante el propio juez del proceso o ante un centro de conciliación extrajudicial. Nada impide que luego de haber postulado

(*) Artículo modificado por el D. Leg. Nº 1070 del 28/06/2008.

una pretensión para su discusión en sede judicial, las partes puedan trabajar alternativamente una solución conciliatoria en algún organismo o institución dedicada a la negociación asistida. El argumento general para poder aceptar la conciliación es que esta se puede invocar a través de todo el proceso, hasta antes de que se emita sentencia en segunda instancia (artículo 323 del CPC); además, el juez no está catalogado por el sistema procesal como un conciliador exclusivo, tampoco hay prohibición para que puedan concurrir a dicha labor los conciliadores privados, una vez iniciado el proceso.

A pesar de que las partes puedan buscar la conciliación, ante el profesionalismo de conciliadores de los centros de conciliación, es importante que el acuerdo final a que hubieren arribado sea celebrado al interior del proceso judicial, a través de una audiencia conciliatoria, a pedido de partes (ver el artículo 324 del CPC).

Otra alternativa que propone el Decreto Legislativo N° 1070, al modificar este artículo en comentario, es que sin solicitar audiencia de conciliación judicial, las partes que han logrado conciliar fuera del proceso, presenten con un escrito el acta de conciliación respectiva, expedida por el centro de conciliación extrajudicial, a fin de solicitar el control jurisdiccional sobre dicho acuerdo, bajo los alcances del artículo 325 del CPC, para luego obtener los efectos homologatorios a que hace referencia el artículo 328 del CPC, si este se aprueba.

Aquí hay que precisar que las partes deben pedir expresamente el control jurisdiccional, pues también es válido que ellas sencillamente busquen poner fin al proceso ya iniciado, por conciliación, para lo cual no requieren que la jurisdicción realice su labor contralora. Véase el acuerdo para postergar el debate de las pretensiones para un futuro proceso o para derivar la solución a la vía arbitral. Aquí no se está definiendo el fondo de las prestaciones en debate, sino se está concluyendo el proceso, dejando pendiente la definición del conflicto para otro momento o en otro escenario.

En caso se busque el control expreso de la jurisdicción y se cumpla con las exigencias del artículo 325 del CPC, el juez procederá a la aprobación del acuerdo conciliatorio y otorgará los efectos de la cosa juzgada si fuere positivo; efecto diverso a los acuerdos conciliatorios logrados en sedes ajenas al órgano jurisdiccional, como son las conciliaciones ante los Centros de Conciliación, cuyas decisiones si bien se ejecutan, conforme lo señala el artículo 18 de la ley, como títulos de ejecución, no generan cosa juzgada. En estos casos, si se encontrare un proceso en giro y se hubiere logrado un acuerdo conciliatorio en un centro de conciliación extrajudicial y no se buscare expresamente el control jurisdiccional, simplemente tenemos un título de ejecución, controlado por los abogados del centro, sin tener la condición de título homologado, sin efectos de cosa juzgada, para lo cual se requiere sencillamente que prospere el desistimiento del proceso, con expresa aceptación de la contraparte.

2. Es importante precisar que el trabajo conciliatorio que se realiza en los centros de conciliación extrajudicial requiere de un control jurídico necesario del abogado del centro. Tratándose de títulos de ejecución, como son los acuerdos conciliatorios, estos deben ser controlados por un profesional del Derecho, un abogado, que verifique la legalidad de los acuerdos, tal como lo señala el artículo 16. k de la ley. Solo bajo un control aprobatorio del acuerdo se procederá a generar el efecto de título conciliatorio; mientras ello no suceda, será un simple acuerdo de voluntades, pero sin el efecto para su ejecución. Hay un control autónomo del propio centro sobre el acuerdo de partes; sin embargo, la redacción del artículo en comentario responde a un control heterónimo, a través de la jurisdicción en el proceso ya iniciado. Esto se explica en que ningún acuerdo conciliatorio extrajudicial tiene la calidad de cosa juzgada como sí lo tienen los que se homologan en sede judicial, con la aprobación de la jurisdicción.

Ello va a permitir, en el supuesto que se hubieren transgredido derechos indisponibles y el abogado del centro no hubiere reparado en ello, que este acuerdo pueda ser analizado posteriormente en sede judicial. La inmutabilidad de la cosa juzgada no es extensiva a este tipo de actos jurídicos no controlados por la jurisdicción. La ley no le otorga dicho efecto a los títulos de ejecución de los acuerdos conciliatorios extraprocesales trabajados al amparo de la Ley N° 26872, como sí lo hace a la conciliación extrajudicial controlada judicialmente. En estos casos estaríamos hablando de la homologación de acuerdos conciliatorios a través de la procesalización. Homologación, que en cierta manera, encierra el control de la jurisdicción sobre la autonomía privada de la voluntad de las partes. Recién a partir de la satisfacción del control, podemos atribuir al acuerdo los efectos de cosa juzgada, situación que no se da en los conciliatorios extraproceso. Esta actividad está orientada a verificar que los actos de disposición no vulneren los derechos indisponibles y sea elaborada de tal forma que sea ejecutable. Esto es, concurren dos factores vitales a contemplar en el control del acuerdo: validez y eficacia. El primero relacionado con el objeto de disposición (artículo 325 del CPC), lo segundo, sobre la ejecutabilidad de este (artículo 689 del CPC).

3. Un conflicto puede encerrar muchas pretensiones (acumulación objetiva) pero bien pueden ser satisfechas estas, en su totalidad o en parte. Existe un acuerdo conciliatorio total cuando se encuentra solución a todas las pretensiones del conflicto, por tanto podríamos decir que el trámite conciliatorio surtió sus efectos a plenitud, dado que todos los puntos de litigio fueron concordados; de esta forma se pudo evitar el proceso judicial, o si lo había, se le puso fin, como forma anormal o especial de conclusión del proceso.

Para considerar una conciliación total, no tan solo hay que examinar las pretensiones satisfechas, sino, las partes o los sujetos de dichas pretensiones. La preocupación se torna sencilla si se trata de un conflicto con pretensiones simples, pero en el caso de un conflicto plurilateral o complejo, con varias pretensiones y

sujetos involucrados en él, es necesario que la conciliación haya agotado las pretensiones de cada uno de los sujetos del conflicto plurilateral para poder considerar el éxito general.

Para determinar el éxito de la conciliación parcial con pluralidad de sujetos, se hace necesario determinar si se trata de un litisconsorcio necesario, en el que opera la comunidad de suertes, o un litisconsorcio fáculativo, por el cual opera una reunión de personas, cada una con sus propias pretensiones.

Solo cuando el conflicto involucra a un litisconsorcio necesario, será vital para que se apruebe la conciliación que todos los miembros del litisconsorcio realicen los actos de disposición, para que pueda prosperar. No cabe aquí la conciliación parcial subjetiva, ella solo es factible en el llamado litisconsorcio facultativo, por citar, si A en su condición de cónyuge, B y C en su calidad de hijos, demandan alimentos a X y luego este concilia solo con A, queda pendiente de discusión en el proceso el derecho de sus hijos B y C porque estamos ante una acumulación subjetiva de pretensiones, a la que el artículo 327 del CPC lo somete incoherentemente bajo las reglas de la intervención de terceros, a pesar de que originariamente siempre han asumido el rol de parte en el proceso de alimentos. No encontramos coherente esta regulación, de aplicar en la conciliación parcial subjetiva las reglas de la intervención de terceros, a quienes originariamente en el proceso han tenido y siguen teniendo la condición de parte. Esta incoherencia también se traslada a la transacción parcial subjetiva conforme se aprecia del artículo 337 del CPC.

4. Una deficiencia que encierra el Decreto Legislativo N° 1070 es haber derogado el artículo 329, que acogía la posibilidad de protocolizar la conciliación judicial. Pareciera que la mentalidad de los que han realizado dichas modificaciones se han centrado únicamente en los litigantes de Lima, Arequipa y Trujillo; sin embargo, no han contemplado la posibilidad de la conciliación en lugar es donde no operen dichos centros de conciliación. En esos casos, la alternativa es recurrir al juez del litigio, como lo señala el artículo 324 del CPC para que convoque a la audiencia de conciliación, pero ese acuerdo, al margen de la aprobación a que refiere el artículo 325 del CPC, también podría requerir de la protocolización. En tales circunstancias, el derogado artículo 329 del CPC señalaba: "La copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda". El protocolo de la conciliación es el conjunto de matrices o registros ordenadamente dispuestos en diversos tomos encuadernados para su conservación y archivo en el juzgado. Estos tomos reciben la denominación de "libro copiador de conciliaciones". La protocolización es realizada por el juez después de la aprobación. Si encuentra que el libro mencionado no ha sido otorgado con las formalidades legales, denegará la petición. Pero de hallarlo arreglado a ley, ordenará se protocolice. La protocolización es el acto por el cual se incorpora al protocolo (registro) el acta que

contiene el acuerdo conciliatorio que originalmente no formaba parte de dicho protocolo. La inclusión en el protocolo tiene la virtualidad de convertir al acta que contiene el acuerdo en instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, con la consiguiente autenticidad y credibilidad *erga omnes* que le son consubstanciales. Claro que tales efectos rigen a partir de la fecha de expedición de la correspondiente resolución judicial, que aprueba el acuerdo y ordena su registro en el copiatorio.

La inserción en el registro debe contener el número del expediente en el orden correlativo que le corresponda, el acta propiamente dicha, a continuación de la última extendida en el Registro, con los datos que se indican: materia del expediente; número de fojas que consta; nombre de los interesados que en los documentos intervienen, el nombre del juez que ordenó la protocolización y la fecha en que se extiende el acta.



JURISPRUDENCIA

La indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. La circunstancia de no haber consignado expresamente el pago de intereses en la audiencia de conciliación, no exime al demandado a solventarlos (Exp. N° 1080-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 194).

EFFECTO DE LA CONCILIACIÓN

ARTICULO 328

La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 123, 415, 446 inciso 10, 469, 474.
C.N.A.	art. 171.
LEY 26572	art. 41.
LEY 26636	art. 45.

Comentario

Si en el proceso civil se produjera la conciliación, el juez especificará cuidadosamente el contenido del acuerdo. El acta, debidamente firmada por los intervinientes y el juez, surte el mismo efecto de la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

El concepto de cosa juzgada responde a un criterio de seguridad jurídica. Es el atributo que la ley otorga a ciertos actos procesales para que estos sean inmodificables.

Los derechos que del acuerdo emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el mérito de la copia certificada del acta; pero es necesario precisar que el mero acuerdo conciliatorio no genera la cosa juzgada, sino que para ello es necesario que este sea controlado por la jurisdicción como acto previo a su aprobación.

Las pautas del control están reguladas en el artículo 325 del Código Procesal bajo dos exigencias: que el acuerdo contenga derechos disponibles y guarde correlación con el derecho en litigio. En caso de satisfacer dichas exigencias, el juez recién aprobará la conciliación, la cual debe contener además el pronunciamiento sobre los gastos procesales, en el supuesto que las partes también hubieran convenido su reparto en aplicación del artículo 415 del Código Procesal. Apreciéese que esta resolución que aprueba la conciliación se convierte en un título de ejecución, siempre que se encuentra firme, tal como refiere el inciso 1 del artículo 713 del CPC, permitiendo su satisfacción forzada de lo pactado, a través del proceso de ejecución.

En resumen, podemos decir que la conciliación judicial implica que el conflicto ha sido dilucidado por composición de partes, y la ley le ha otorgado a ese acuerdo

la calidad de cosa juzgada siempre y cuando sea positiva la aprobación del órgano jurisdiccional. En esa misma línea, Gozaini considera que "la cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes".

El atributo de la cosa juzgada no constituye un dogma para la seguridad jurídica, todo lo contrario, cuando este acuerdo ha sido logrado con actividad fraudulenta, es posible destruir su eficacia a través de la nulidad de cosa juzgada, que regula el artículo 178 del CPC. Como señala el citado artículo, procede cuestionar la cosa juzgada de un acto que ponga fin al proceso y que genere cosa juzgada, para lo cual se requiere la existencia de un acuerdo homologado.



JURISPRUDENCIA

Si las partes acordaron, a través de la conciliación, someter la liquidación de intereses al informe que debería emitir la entidad bancaria, resulta equívoco designar perito para tal liquidación. El juez debe cumplir irrestrictamente los términos de la conciliación; sin embargo, las partes tienen derecho a observar la liquidación que emita la entidad bancaria y será el juez quien solicite a dicha entidad las aclaraciones convenientes para resolver las observaciones (Exp. N° 4705-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 418).

La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada, de modo que los acuerdos establecidos en ella deben ser cumplidos en sus propios términos. Si no se cumple el íntegro de la prestación, procede hacer efectivo lo pactado, esto es, la ejecución de todas las mensualidades, aun cuando no estuvieran vencidas (Exp. N° 15403-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 434-435).

La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada.

Si la parte demandada asumió la obligación de cancelar la deuda en armadas mensuales, mediante consignación a través del Banco de la Nación a la orden del juzgado, carece de virtualidad el recibo cuyo pago no se efectuó con la intervención del juez, por no haber procedido de acuerdo a lo conciliado (Exp. N° 1732-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 389).

Si en la audiencia de conciliación las partes no asisten personalmente sino representados a través de sus apoderados, estos deben estar investidos de la facultad expresa para conciliar. El acuerdo no produce cosa juzgada si los intervinientes adolecen de dichas facultades (Exp. N° 1079-94-Huancavelica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 547-548).

PROTOCOLO DE LA CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 329

La copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda. DEROGADO ()*

Nota

El presente artículo fue derogado por el D.Leg. N° 1070, publicado el día 28 de junio de 2008, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Conciliación N° 26872. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre temas relacionados con la mejora de la administración de justicia, a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

(*) Artículo derogado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

Capítulo II

ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

ARTICULO 330

El demandado puede expresamente allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el auxiliar jurisdiccional. En el primer caso acepta la pretensión dirigida contra él; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de esta.

El reconocimiento se regula por lo dispuesto para el allanamiento.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 68, 69, 75, 322 inciso 3, 332 inciso 3, 413, 594.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 124, 125.

C.P.C. Colombia art. 93.

C.P.C.N. Argentina art. 307.

Comentario

1. El allanamiento implica conformidad con las pretensiones deducidas por la parte contraria. Es el asentimiento que presta el demandado a lo pedido por el actor.

Palacio⁽¹⁸⁾ ha definido al allanamiento como “la declaración de voluntad del demandado en cuya virtud reconoce la fundabilidad de la pretensión interpuesta por el actor”. Nótese en la definición que propone el citado autor, que equipara el allanamiento al reconocimiento de pretensión. Algunos autores consideran que el allanamiento es el acto por el cual una parte reconoce y se somete a la pretensión de la contraria. Otros autores señalan que es la declaración de voluntad

(18) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. 5, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 545.

del demandado de someterse a la pretensión de sentencia solicitada por el actor en la demanda. Sentís Melendo⁽¹⁹⁾ considera al allanamiento como la "renuncia a continuar en la contienda". Dicha aseveración presenta al allanamiento como un acto volitivo, por el cual, uno de los litigantes se somete a su adversario efectuando una renuncia.

Frente a ellas, para Fornaciari⁽²⁰⁾ la idea de sumisión o sometimiento le parece más apropiada que reconocer la fundabilidad o justicia porque puede darse el caso que alguien sabiendo la poca o ninguna razón que le asiste al actor, se somete a su pretensión por considerar que la escasa envergadura económica del litigio no justifica proseguir con este; por tanto "habrá allanamiento cuando el demandado, sin reconocer la exactitud de los hechos y del fundamento del derecho de la demanda, manifiesta estar conforme en que se dicte una sentencia que pidió el actor en su demanda". Nuestro Código Procesal se inclina por esta última distinción. En el reconocimiento se confiesa la certeza de lo que otro dice, mientras que el allanamiento es el acto de sujetarse o avenirse a alguna cosa.

2. Fornaciari⁽²¹⁾ presenta la siguiente definición del allanamiento: "acto jurídico procesal de disposición por el cual una de las partes abdica a su oposición frente a la otra aceptando el dictado anticipado de una resolución que acoja lo pretendido o argumentado por esta, eliminando total o parcialmente el estado de controversia".

Frente a esta definición tenemos que precisar que cuando el demandado abdica continuar la lucha, ese abandono es un acto de voluntad referido a un derecho en concreto, cual es, el derecho de oponerse, por tanto, debemos resaltar que el objeto del allanamiento no es la pretensión del actor, sino su renuncia al derecho de defensa, al derecho de oponerse, que necesariamente requiere de un acto de voluntad de quien se allana.

Por otro lado, nótese que la definición de Fornaciari no circunscribe el allanamiento a la facultad del demandado, como sí lo hace la redacción de la norma procesal en comentario; todo lo contrario, se asume que las partes en general están legitimadas para allanarse. La legitimación para el allanamiento no puede atribuirse al demandado porque también puede ser producido por el propio actor cuando se allana a una excepción o cuando reconviene.

3. El allanamiento requiere de ciertos requisitos especiales para su eficacia. Uno de ellos es que sea expreso, porque no caben presunciones. Si bien no requiere solemnidad para su formulación, es menester que sea preciso y categórico. Un sector de la doctrina admite la existencia del allanamiento tácito, cuando el

(19) SENTÍS MELENDO, Santiago. *Teoría y práctica del proceso; ensayos de Derecho Procesal Civil*. T. II, Ejea, Buenos Aires, 1959, pp. 387 y ss.

(20) FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*. T. 1, Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 104.

(21) FORNACIARI, Mario. Op. cit., T. 1, p. 111.

demandado realiza actos necesarios para el cumplimiento de la obligación, por citar, deposita la cosa reclamada, entrega las llaves del inmueble o paga la suma reclamada, antes de oponerse a ella. Su fin es eliminar la controversia y anticipar la conclusión del proceso; sin embargo, dicha conducta es asumida por nuestro Código Procesal como la sustracción de la materia (artículo 321, inciso 1, del CPC).

A pesar de que la redacción de la norma no lo consagra debe señalarse que el allanamiento no debe estar sujeto a condiciones, debe ser puro. Si para su eficacia se requiere del cumplimiento de una condición, el allanamiento se desnaturaliza. No hay allanamiento, si quien pretende allanarse lo hace produciendo ciertas condiciones que requerirán la conformidad de su contraparte; en este caso, más que un allanamiento se produce una oferta de transacción o conciliación.

La forma del allanamiento no requiere de caracteres especiales. Puede efectuarse mediante escrito dirigido al juzgado o con la comparecencia de la parte ante el juez. En cualquiera de las modalidades, la norma exige la legalización de firma ante el secretario de la causa.

Algunos precedentes judiciales han considerado tal exigencia solo para los casos de allanamiento por escrito; si la abdicación se realiza en presencia del juez —ante una audiencia pública— no es necesaria dicha formalidad.

Tampoco se exige la motivación del allanamiento. Puede darse de manera simple o motivada, esto es, explicando las causas o motivos del porqué se abdica.

4. Al allanamiento concurren los siguientes elementos: 1) Es una declaración de voluntad humana, realizada por el demandado o por el actor en casos de reconvencción o excepciones. Esta exteriorización de voluntad se dirige al logro de un determinado fin y al que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídico-procesales. 2) Es una manifestación de conformidad con la petición del actor. El demandado se conforma no con las invocaciones fácticas o jurídicas con que el actor fundamenta su pretensión sino con la pretensión misma deducida frente a él. 3) El allanamiento lleva implícita la intención de extinguir el proceso. El allanado se muestra conforme con la demanda y desea que el fin del proceso sea mediante sentencia que acoja las peticiones de la parte demandante.

5. Interesa diferenciar el reconocimiento del allanamiento, por la similitud con que ambos suceden, cuando en realidad tienen conceptos y finalidades distintas.

Solo se reconocen pretensiones y razones; esto es, que quien se presenta en el proceso reconociendo el derecho de la parte, no controvierte el tema fáctico porque da legitimidad suficiente a la demanda que contra él se interpuso. En cambio, en el allanamiento existe un sometimiento voluntario a las pretensiones del actor, pero sin calificar las razones que la justifican.

La confesión no debe confundirse con el reconocimiento que constituye una especie de esta, pues el reconocimiento, a la par que la implica también la admisión

del efecto que previene el artículo 330 del CPC, "admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de esta".

El allanamiento implica el sometimiento o aceptación, no ya de los hechos invocados como fundamento o causa de la pretensión sino la sumisión a la misma pretensión contenida en la demanda, mientras que la confesión importa el reconocimiento de hechos sin que implique concluir el proceso.



JURISPRUDENCIA

La designación del curador procesal, como órgano de auxilio judicial, se efectúa para que defienda los intereses de su patrocinado. No puede adoptar, respecto de su defendido, una actitud de reconocimiento de la obligación (Exp. N° 97-49639-2843, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 316).

Ante un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, es el Poder Judicial quien concluye el proceso entablado con declaración sobre el fondo o sin él, pudiéndolo también hacer lógicamente las partes en disputa pero de manera conjunta o solo el demandante pero nunca el demandado solo (Cas. N° 441-96-Lambayeque, El Peruano, 20/10/98, p. 2007).

El curador, sin efectuar la defensa que le corresponde, no puede adoptar frente al demandante una actitud que sin ser de allanamiento a la pretensión, importa en el fondo el reconocimiento de los derechos reclamados.

Si bien el curador no cumplió con señalar los hechos en que se funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara; le corresponde al juez adoptar las medidas necesarias tendientes a establecer el fondo del asunto que permita resolver el conflicto de intereses (Exp. N° 599-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 335-336).

Si se contradijo la ejecución simultáneamente con el allanamiento y el juzgado rechazó liminarmente la contradicción, sin ser impugnada, se extingue todo estado de controversia, pues el allanamiento importa la renuncia a toda oposición.

Procede en el allanamiento la exoneración de costas y costos (Exp. N° 628-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 414).

Tanto el allanamiento como el reconocimiento efectuados por el emplazado, constituyen por un lado la aceptación de la pretensión dirigida en su contra y de otra parte significa que admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos que la sustentan (Exp. N° 1414-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 254-255).

El allanamiento no significa acuerdo de ambas partes como para que se convierta en separación convencional, menos que el juzgador varíe la demanda. Más bien prevalece una sola pretensión cual es la disolución del matrimonio por la causal propuesta (Exp. N° 2265-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 47-51).

OPORTUNIDAD DEL ALLANAMIENTO

ARTICULO 331

El demandado puede allanarse a la demanda en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia.

Procede el allanamiento respecto de alguna de las pretensiones demandadas.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 333, 413.

Comentario

1. La oportunidad del allanamiento, se aborda tomando en cuenta el momento límite del dictado de la sentencia. Puede producirse a partir del traslado de la demanda y tiene lugar luego de integrada la relación procesal.

Si bien la norma precisa que opera el allanamiento "previo a la sentencia", no precisa si se refiere a la sentencia definitiva o la de ulterior instancia. Al respecto hay autores que sostienen que el allanamiento puede tener lugar aún después de la sentencia y hasta antes que quede firme; otros consideran que tal acto puede verificarse en todo el curso del proceso hasta la sentencia firme de segunda instancia.

Para un sector de la doctrina tal acto es posible siempre que sea antes de que la sentencia quede firme, porque aún no se ha perfeccionado. Quienes asumen esta posición la justifican en el hecho de que el allanamiento es una renuncia a la defensa y esta se ejercita a lo largo del proceso, en todas las instancias, por tanto, solo la sentencia firme haría concluir dicha posibilidad.

En el supuesto de que el demandado se allane luego de haber obtenido una sentencia favorable, no podrá hablarse de acatamiento alguno, sino de abdicación para continuar su defensa; caso opuesto es si el allanamiento se realiza luego de una sentencia desfavorable al demandado y contra la cual ha interpuesto recurso de apelación. Aquí el allanamiento tendrá el efecto de renunciar o desistirse del recurso impugnatorio.

La oportunidad del allanamiento tiene como efecto liberar a su autor de las cargas económicas del proceso, por ello, si este se realiza dentro del plazo para la contestación de la demanda, está exonerado del gasto como lo regula el artículo 413 del Código Procesal, pues ha provocado un conflicto no resistido, sin controversia, que motiva un juzgamiento anticipado, tal como refiere el artículo 332 del CPC.

2. El allanamiento puede ser total o parcial, tanto en el ámbito objetivo como subjetivo. Habrá allanamiento parcial objetivo cuando mediando acumulación de pretensiones, el demandado abdica a su oposición sobre alguna de ellas manteniendo la controversia respecto de las restantes; por citar, frente a una pretensión para resolver un contrato y el pago de indemnización, el allanamiento opera sobre la resolución, quedando pendiente la pretensión indemnizatoria; supuesto diferente es en los hechos resistidos bajo una única pretensión. Allí no hay allanamiento, solo asentimiento parcial, sobre los que a futuro se construirán los puntos controvertidos. Véase el caso del cobro de una deuda de 10,000 dólares, en la que el demandado la acepta pero no la cantidad reclamada, pues argumenta que el monto real es de 2,000 dólares. Vemos que la controversia ya no radica en determinar la existencia del mutuo, sino en dilucidar el monto de la deuda ¿10,000 o 2,000?, cuestionamiento que se va a expresar en la etapa procesal correspondiente, al fijar los puntos controvertidos en el proceso, tal como lo regula el artículo 471 del CPC.

Desde el ámbito subjetivo, el allanamiento será parcial cuando existiendo litisconsorcio facultativo activo, el demandado se allana a la pretensión de alguno de los actores o cuando la relación litisconsorcial facultativa es pasiva, alguno de sus integrantes se allana a la pretensión del actor. Es viable el allanamiento en el litisconsorcio facultativo porque sus integrantes actúan independientemente a pesar de estar vinculados por una única relación procesal. Cualquier litisconsorte puede allanarse a la pretensión y solo produce efectos únicamente a su parte, situación que no se extiende al litisconsorcio necesario en el que por la comunidad de suertes, existen varios sujetos unidos por una sola pretensión. En este supuesto, el allanamiento debe provenir de todos los miembros del litisconsorcio necesario para que tenga éxito, tal como lo exige el inciso 6 del artículo 332 del Código Procesal.

IMPROCEDENCIA DEL ALLANAMIENTO

ARTICULO 332

El juez declara improcedente el allanamiento y ordena la continuación del proceso cuando:

- 1. El demandado no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto;*
- 2. El apoderado o representante del demandado carece de facultad para allanarse;*
- 3. Los hechos admitidos requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte;*
- 4. El conflicto de intereses afecta el orden público o las buenas costumbres;*
- 5. El conflicto de intereses comprende derechos indisponibles;*
- 6. Habiendo litisconsorcio necesario, el allanamiento no proviene de todos los demandados;*
- 7. Presume la existencia de fraude o dolo procesal;*
- 8. Advierte que la sentencia a dictarse va a surtir efecto frente a tercero no emplazado; o,*
- 9. El demandado es el Estado u otra persona de derecho público, salvo que su representante tenga autorización expresa.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 75, 93, 106, 123, 190 inciso 2, 344.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 94.

Comentario

1. El allanamiento y el reconocimiento son formas de actuación del emplazado que se puede utilizar durante el proceso. Implica la sujeción a la propuesta de la otra parte. Es la manifestación de voluntad mediante la cual un sujeto procesal establece una relación de sujeción al planteamiento realizado por la otra parte. Como señala el artículo 330 del CPC, el allanamiento importa una aceptación del petitorio; el reconocimiento es una admisión de la pretensión. Por eso el allanamiento es calificado como una excepción a la defensa porque quien se allana no se defiende, quien admite algo no se defiende. La aceptación de lo que se pide es un allanamiento. El reconocimiento importa una aceptación no solo de lo que se

pide sino que los hechos y derechos que contiene la demanda son ciertos; sin embargo, el allanamiento no obliga al juez a dictar sentencia en forma inmediata de acorde con la petición formulada en la demanda. El deber del juez va más allá que limitarse a poner fin a la litis. Busca que la satisfacción que se otorgue a las partes gocen de cierta seguridad jurídica, para lo cual controla dichas abdicaciones. La norma en comentario ha fijado algunos reguladores para tal procedencia.

2. Uno de ellos se orienta a verificar la capacidad de quien realiza la disposición. Lamentablemente la redacción del inciso 1 se refiere a la capacidad del demandado. A pesar de esta exclusión consideramos que el control de la capacidad también debe ser extendido al actor, cuando a este le correspondiera ejercitarlo. El allanamiento tiene que ser producido por el sujeto contra quien se ejercita alguna pretensión. Puede provenir del demandado o del actor ante una reconvencción o excepción.

3. Tanto el apoderado o representante del demandado debe contar con facultades especiales para allanarse, esto es, con instrucciones precisas para realizar tal acto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código Procesal.

En el caso de los padres que actúan como representantes legales de sus hijos menores de edad, si su allanamiento implica renuncia a algún derecho, debe requerirse la autorización judicial. Respecto de los curadores procesales, estos carecen de facultades de allanarse a la demanda, su misión es velar por los intereses y derechos de aquellos que representa.

4. Los hechos reconocidos operan cuando quien contesta la demanda no niega concretamente todos y cada uno de los argumentos del actor. En este caso estamos ante lo que el Código Procesal denomina como hechos admitidos. Hay que diferenciar estos del reconocimiento. Este último no es propio de los hechos sino del derecho.

El inciso 3 del artículo señala que si los hechos admitidos requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte, no resulta procedente el allanamiento.

Esta exigencia hace necesario diferenciar la declaración de parte de la admisión de hechos. La primera se refiere siempre a hechos personales y propios del declarante, en tanto la admisión puede tener por contenido hechos que no revistan tales características. La declaración de parte es un medio de prueba mientras que la admisión de hechos es un acto procesal de alegación que excluye la prueba.

Se considera que la admisión de hechos es una declaración espontánea y se diferencia de la declaración provocada porque la primera es la que se efectúa en la contestación de la demanda o en los escritos de alegación. Conlleva la admisión de los hechos, siendo su función respecto de la prueba hacerla innecesaria. En cambio la provocada —como es la declaración de parte— es la que constituye el medio de prueba.

La diferencia esencial que podemos señalar entre el allanamiento y la declaración de parte, como medio de prueba, radica en el objeto de ambas figuras. En la última se refieren a los hechos; en el allanamiento, a la pretensión deducida en la demanda. En definitiva, los hechos confesados afectan al convencimiento del juzgador sobre la realidad fáctica del litigio, mientras que el allanamiento implica la conformidad del demandado con la pretensión del actor y tiene por finalidad buscar un juzgamiento anticipado del conflicto con la consiguiente extinción del proceso.

5. La eficacia del allanamiento está condicionada a la no afectación del orden público. Ello se explica porque cuando se contraponen cuestiones privadas a un interés superior comunitario, como es el interés público, aquellas deben ceder. El orden público tiende a hacer triunfar el interés general de la sociedad y del Estado frente al particular del individuo. Aparece una restricción a la autonomía de la voluntad con la finalidad de amparar el interés general de la sociedad para la realización de una determinada idea de justicia. En ese orden de ideas, el allanamiento que tuviera por eventualidad afectar el interés público carece de eficacia.

Marcial Rubio define al orden público como "(...) un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar, ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas". Algunos autores cuando se refieren al orden público lo consideran como un elemento primordial del progreso social, pues va a mantener la libertad de los pueblos, la obediencia de las leyes, el respeto a las personas y a la propiedad privada y pública; el acto que ofende al orden público afecta necesariamente a la vida social y no puede surtir efectos jurídicos, por ello no podría ampararse los actos de disposición que sobre ellos puedan hacer los privados, por citar, la capacidad civil, la patria potestad, la reserva hereditaria, la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, la renuncia a la acción por lesión, celebrar actos de disposición del propio cuerpo que van a ocasionar una disminución permanente de la integridad física, etc.

Resulta interesante la tesis del español Pedro Márquez⁽²²⁾ al sostener la procedencia del allanamiento aun cuando se refiera a pretensiones imposibles, ilícitas, inmorales o recaiga sobre derechos irrenunciables.

En estos casos, el demandado puede conformarse expresamente con los pedidos de la demanda y ello surtirá eficacia procesal en cuanto que determinará el fin del litigio, sin perjuicio de que en la sentencia no deban acogerse las pretensiones contrarias al ordenamiento jurídico. En estos casos, el allanamiento será extintivo del proceso aunque no será el allanamiento plenamente eficaz puesto que con el mismo no ha de lograrse una sentencia que ampara la demanda.

(22) MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. *El allanamiento en el proceso civil*, Editorial Comares, Granada, 1992, p.120.

Aragoneses Alonso⁽²³⁾ contempla un caso hipotético en el que la pretensión actora se funda en haberse convenido la compraventa de una cantidad de trigo en momento en que tal artículo estaba prohibido, por lo que el juez acuerda en la parte dispositiva declarar no ha lugar el allanamiento, teniendo contestada la demanda, se ordena la continuación del proceso. En el caso descrito es claro que de ningún modo habría de prosperar la demanda, al contener una pretensión ilícita, por lo que producido el allanamiento, la consecuencia lógica sería dictar sentencia desestimatoria de la demanda ya que carece de sentido seguir adelante para llegar a la misma conclusión de desestimación. En consecuencia, si nos encontramos ante una pretensión ilícita o inmoral y ello le consta al juez, no resulta lógico desestimar el allanamiento y proseguir el juicio, sino que lo acertado sería entrar ya en la desestimación de la demanda, dictando la sentencia correspondiente.

En igual forma, Monroy se plantea si cabe la posibilidad de que el allanamiento pueda encerrar una situación irregular. Si hay algún negocio jurídico que tiene una formalidad habilitante con carácter solemne, solo existe si tiene tal acto de conformidad, por citar, la donación inmobiliaria tiene que ser por escritura pública; por tanto, si se demanda el otorgamiento de la escritura pública de la donación y se allana el emplazado, no resulta procedente ese allanamiento, porque no demanda para pedir la existencia de una declaración inmobiliaria, demanda para completar su esencia porque no está completa.

Si hay un acto que la norma pide determinada formalidad, esta no puede ser suplida con el allanamiento porque entonces el orden procesal supone que hay fraude. Si algunas pretensiones tienen una exigencia documentaria no cabe el allanamiento, donde hay una norma que ha puesto un mínimo de exigencia para ello. El allanamiento no puede sustituir una exigencia formal prevista en el Código material porque estaremos permitiendo que el proceso saque la vuelta al material. La mentira protocolizada por un juez hace que esa exigencia configurante del negocio e impuesta por ley, se altere, con una clara afectación del orden público que debe proteger.

6. El allanamiento tampoco tendrá eficacia en la medida en que comprenda derechos absolutos o indisponibles, por citar, el referido a cuestiones de estado civil. Los derechos indisponibles nos ubican en una zona intransitable para la libertad de las partes, un ámbito inviolable, ciertas reglas que no pueden ser derogadas por la mera voluntad privada de las partes, porque la ley pone un atajo. Como dice León Barandiarán⁽²⁴⁾, "es una legítima defensa, en salvaguarda de ciertas estructuras y ciertos intereses fundamentales que no deben ser afectados por la simple determinación de los individuos". En esa misma perspectiva, se

(23) ARAGONESES, Alonso. *Técnica Procesal*. Madrid, 1955, p. 430 citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 121.

(24) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, W.G. editor. Lima, 1991, p. 37.

orienta Albaladejo⁽²⁵⁾ al considerar que "(...) la propia ley reduce esa autonomía de la voluntad, al establecer requisitos inalterables del negocio, o al preceptuar directamente unos límites a aquella; mas, hay aún otros límites que proceden de la moral, de las buenas costumbres, del orden público (...)". Bajo esta misma lógica consideramos que lo regulado en el inciso 5 comprende el orden público y las buenas costumbres —a que se refiere el inciso 6— como restricciones para el allanamiento. Bajo esta premisa no sería procedente aceptar el allanamiento en pretensiones de disolución de vínculo conyugal por causal o en pretensiones de suspensión o pérdida de la patria potestad, pues el objeto de litigio en ambos casos se sustenta en la afectación del orden público. Otro caso en el que tampoco cabe el allanamiento, está recogido en la Casación N° 646-95-Callao del 16 de setiembre de 1996, donde el curador procesal al contestar la demanda reconoció la veracidad de la causal de divorcio y de la pretensión alimenticia, lo que importaba un allanamiento, incumpliendo el inciso 2 del artículo 332 del CPC.

7. Cuando exista litisconsorcio necesario el allanamiento debe provenir de todos sus integrantes porque existe una única relación material que genera una sola pretensión. La sentencia que se dicte afectará a todos los miembros de la relación litisconsorcial.

Definitivamente en estos casos no puede haber allanamiento parcial por la indivisibilidad del objeto litigioso. El allanamiento será eficaz en la medida que todos los litisconsortes adopten análoga actitud.

Palacio⁽²⁶⁾ sostiene que el allanamiento de un litisconsorte necesario que tuviera lugar con independencia de los demás, únicamente servirá para liberar a quien lo produce de ulteriores cargas del desarrollo procesal y eximirlo de las costas. No puede hablarse de un verdadero allanamiento porque no pone fin a la controversia ni anticipa el dictado de la sentencia, se trata de un acto anómalo generador de algunas liberaciones para su autor.

Nótese que la restricción es al litisconsorte necesario, por la comunidad de suertes que opera en él. En cambio, en el litisconsorcio facultativo sus integrantes actúan independientemente pero vinculados por una única relación procesal, ello permite la existencia de distintas relaciones de derecho sustancial que al iniciarse el proceso generan otras tantas pretensiones y por tanto la realización de actos dispositivos autónomos. Cualquier litisconsorte puede allanarse a la pretensión y solo produce efectos únicamente a su parte.

Esta lógica que se expone ante la pluralidad de sujetos también es extensiva en el desistimiento. Si bien tanto el allanamiento como el desistimiento son figuras

(25) ALBADALEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. 2ª ed., Bosch, Zaragoza, 1993, p. 36.

(26) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. III, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 222.

unilaterales autocompositivas, en ambos casos no opera los efectos que se busca cuando exista litisconsorcio necesario, tal como coherentemente lo señala el artículo 344 del CPC.

8. El allanamiento no es vinculante para el juez porque este libremente debe adentrarse en el análisis del acto para determinar la conducta de las partes y la presunción de alguna actividad fraudulenta en el proceso o a través de este. El juez siempre y en todos los casos debe merituar la procedencia del allanamiento no pudiendo permanecer impasible ante la tentativa de hacer de él un instrumento que legitime maniobras destinadas a perjudicar a terceros. En este supuesto, el juez está habilitado para declarar improcedente el allanamiento "por la mera presunción" de la existencia de fraude o colusión. Nótese que no se requiere la certeza del fraude sino la mera presunción.

La posibilidad de la actividad dolosa en el proceso o con el proceso, no puede ser desterrada. En el primer caso nos ubicamos en un proceso fraudulento y en el último, en un proceso simulado o aparente. El fraude procesal constituye la actividad de uno o más de los sujetos procesales tendente a lograr, a través de la actividad procesal normal, pero de manera insidiosa e indirecta, un daño ilícito que en definitivo se produzca en perjuicio de un sujeto pasivo que normalmente sería tercero ajeno al proceso. En el fraude, las partes se conciertan y confabulan para obtener con o sin allanamiento una sentencia judicial para que se reconozca y declare una pretensión sin causa o con causa ilícita en perjuicio de terceros.

El proceso simulado no es más que una apariencia de juicio en el que las partes, buscan y apetecen la vía judicial, tal vez más cómoda, para la formación de un negocio jurídico ilícito. En este proceso existe fraude por común voluntad de las partes para dañar a terceros y engañar al juez.

Por otro lado, no es suficiente rechazar el allanamiento, sino que el Código Procesal permite al juez, de oficio, citar de manera forzada u obligada a terceros que puedan verse perjudicados con dicha actividad dolosa. Nos estamos refiriendo a la posibilidad que regula el artículo 106 del CCP, el llamamiento por fraude o colusión, la que genera como efecto inmediato ante esa citación, la suspensión del proceso.

9. En la casuística aparece la resolución emitida por la sala de familia, en la que desaprueba la consulta que diera por aceptado el allanamiento del cónyuge emplazado⁽²⁷⁾. Argumenta la sala que el demandado "no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto pues se trata de un derecho indisponible", por lo

(27) El comentario que a continuación se desarrolla, en relación a la ejecutoria recaída en el Exp: N° 1370-97 de fecha 14 de julio de 1996, aparece publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 41, feb., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 83-90.

que debió declararse improcedente el allanamiento planteado ordenándose la continuación del proceso a tenor de lo establecido en los incisos 1 y 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil, emitiéndose el pronunciamiento respectivo sobre la base de la probanza aportada. El cuestionamiento es ¿a la capacidad de quien lo hace o a la indisponibilidad del derecho sobre el que se allana?

El cónyuge demandado sí tiene capacidad para disponer del objeto litigioso, en tanto no esté afectada su capacidad de ejercicio, la que implica "la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos que goza en cuanto persona". Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad, sin embargo el Código Civil ha previsto algunas situaciones de relativa incapacidad, en la que no apreciamos se ubique el cónyuge demandado; más aún, en el supuesto que este se ubique dentro de las restricciones de edad, esta incapacidad cesa por matrimonio y no se pierde por la terminación de este. Consideramos que la razón de la incapacidad del cónyuge, como argumento para desestimar su intervención el allanamiento, podría ser entendida como imposibilidad de disposición del objeto litigioso, mas no como tema de incapacidad.

El otro argumento para desestimar el allanamiento es deslindar si estamos ante derechos indisponibles. Si bien las partes tienen el poder de crear, regular, extinguir derechos y obligaciones jurídicas, mediante el ejercicio de la autonomía de voluntad, este poder no es ilimitado porque no puede ir más allá de los límites fijados por el Derecho positivo.

La ejecutoria en comentario consagra una posición polémica, bastante discutida en la jurisprudencia española, sobre la procedencia del allanamiento. Por un lado, se admite que la institución matrimonial afecta al interés público, se halla profundamente afectada por el *ius cogens*, limitando la libertad negocial de los particulares.

A pesar de que el sistema legal peruano manifiesta una prohibición expresa a este tipo de allanamientos, véase el artículo 332 del CPC, hay un sector de doctrinarios que no niegan la posibilidad de actos dispositivos o acuerdos entre los litigantes.

Una de ellas es sustentada por Montero Aroca⁽²⁸⁾ y Fosar Benlloch⁽²⁹⁾. Para dichos autores resulta difícil negar la posibilidad de actos dispositivos, cuando el Código Civil permite la reconciliación de los cónyuges en la separación y divorcio⁽³⁰⁾.

(28) MONTERO AROCA. *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 323, citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 212

(29) FOSAR BENLLOCH. *Estudios de Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, p. 695, citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 213.

(30) Ver artículo 356 del Código Civil: "Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian. Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346. Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud".

Otra posición recurre a invocar el especial procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, que se regula en la legislación. En ella se establece que, en cualquier momento del proceso contradictorio de separación o divorcio, puedan las partes solicitar que continúe el procedimiento por los trámites señalados para el proceso por mutuo disenso o consensuado⁽³¹⁾.

Como señala Fosar Benlloch⁽³²⁾, las ventajas psicológicas que conlleva el suprimir la contienda entre los esposos permitirían conseguir arreglos satisfactorios ya que la ley no penaliza estos arreglos sino que los favorece y con ello se da la protección a la familia, al favorecer la concertación y dirimir en lo posible la contienda.

En la legislación española⁽³³⁾ se dispone que "los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". En nuestra legislación el artículo 575 del CPC exige la propuesta del convenio, firmada por los cónyuges, sin que tenga regulada la exigencia del daño que pueda generar el contenido del acuerdo.

Para García Cantero⁽³⁴⁾, el primer principio que se puede presentar en esta materia es que "los efectos de las sentencias de nulidad, separación o divorcio serán lo que ambos cónyuges determinen de común acuerdo" y puede producirse el convenio "en cualquier momento, sea al tiempo de presentarse la demanda, sea durante el proceso, sea con posterioridad a la firmeza de la sentencia y después de que el juez haya dictado otro sustitutorio".

Partiendo de estas premisas, señala Márquez Romero, no puede sostenerse una prohibición general de allanamiento. La mayoría de autores sostienen su posibilidad aunque sea con carácter excepcional⁽³⁵⁾.

Para Muñoz Sabaté⁽³⁶⁾ parece que "no debe existir ningún inconveniente en admitir el allanamiento ante una acción de separación siempre y cuando se cumpla el imperativo legal de haber transcurrido el primer año de matrimonio (...) no

(31) El artículo 357 del Código Civil dice: "el demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación". En igual forma ver el artículo 482 del CPC.

(32) MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 695.

(33) Ver el artículo 90 del Código Civil.

(34) GARCÍA CANTERO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1982, p. 374, citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 213.

(35) En esta línea, para Díaz Sabina, no obstante este criterio contrario al allanamiento como norma general tiene alguna excepción, por ejemplo, cuando con la demanda se aporta la certificación de la sentencia condenatoria, allanándose el demandado a la petición de divorcio, en cuyo supuesto no vemos inconveniente alguno en que se acepte. Entiende Pérez Gordo que es posible el allanamiento en los juicios matrimoniales, aun cuando no en todos ellos, sino solo en los que el objeto sea la separación o el divorcio y no en los demás por lo que no va a tener efectos de ninguna clase en los juicios de nulidad de matrimonio. Citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 213.

(36) MUÑOZ SABATÉ. *El proceso matrimonial*, Barcelona, 1982, p. 244 citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro Op. cit., p. 214.

parece que se infrinja el orden público, ni se produzca fraude a la ley, por el hecho que el demandado se allane a una separación por abandono, alcoholismo, etc. evitando una confrontación incomoda e irritante, siempre que haya transcurrido el primer año del matrimonio, ya que ello implica prácticamente volver a una separación consensuada". Por el contrario, afirma Muñoz Sabaté que "no cabe el allanamiento en los pleitos de nulidad y en materia de divorcio solo existen supuestos excepcionales, que son susceptibles de permitir un allanamiento (...)".

Escribe Entrena Klett⁽³⁷⁾, que allanado el demandado, el juez podrá seguir uno de esos dos cauces: transformar el proceso en el que corresponde, según la disposición adicional, considerando como convenio regulador la propuesta del demandante, o bien dictar sentencia aquiescentemente con las propuestas del demandante y declarando al demandado allanado a la demanda; cualquiera de las dos soluciones es hábil procesalmente hablando.

En ese sentido, Pérez Gordo⁽³⁸⁾ señala que el allanamiento en el proceso matrimonial contradictorio va a producir dos efectos singulares, uno el de extinción del proceso sin sentencia, y otro la transformación de este proceso incidental en otro distinto.

Márquez Romero considera que se trata de dos cosas distintas. No cabe confundir el allanamiento del demandado con la transformación del proceso contradictorio en consensuado, aportando el convenio regulador. Una cosa es la existencia de separación o divorcio consensuado sin necesidad que ninguno de los cónyuges esté incurso en causa legal de separación o divorcio, y otra la conformidad del demandado con todos o alguno de los pedimentos de la parte actora.

Afirma Entrena Klett⁽³⁹⁾, que el allanamiento a la demanda es un supuesto distinto: en aquel caso, la parte demandada se aviene a todo pedido de contrario; sin embargo, en este segundo caso, al sobrevenir la aquiescencia secesionista y transformarse el procedimiento, hay que acompañar una propuesta de convenio regulador en el que se alteren por convención las medidas provisionales adoptadas al iniciarse el procedimiento o se cambien las propuestas hechas por el actor sobre esta materia al iniciarse el procedimiento contencioso.

Hemos de reconocer, no obstante, que en algunos supuestos, será difícil distinguir un allanamiento total de un consenso o mutuo acuerdo en la separación o divorcio. Por ello, en estos casos, en la medida en que el allanamiento pudiera convertir la litis en un amago de separación o divorcio consensuado el juez deberá exigir a los cónyuges el convenio.

(37) ENTRENA KLETT. *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1982, p. 576; citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 215.

(38) PÉREZ GORDO. *Los juicios matrimoniales*, Barcelona, 1982, p. 244, citado por MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. Op. cit., p. 215.

(39) *Ibidem*.

**JURISPRUDENCIA**

Es procedente la apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida cuando el auto declara la improcedencia del allanamiento a una de las pretensiones (Exp. N° N-534-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 393).

Resulta improcedente el allanamiento planteado por el emplazado sobre la pretensión principal así como las accesorias, en un proceso de divorcio; pues este no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto por tratarse de un derecho indisponible (Exp. N° 1370-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 370).

EFFECTO DEL ALLANAMIENTO

ARTICULO 333

Declarado el allanamiento, el juez debe expedir sentencia inmediata, salvo que este no se refiera a todas las pretensiones demandadas.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 322 inciso 3, 331, 413.

D.S. 017-93-JUS

art. 154.

Comentario

1. Frente a una demanda el legitimado pasivo puede adoptar temperamentos distintos. Uno de ellos es auto componer el conflicto sometiendo voluntariamente a las pretensiones del actor, en cuyo caso el juez controlará la posibilidad jurídica y la regularidad del acto dictando sentencia de inmediato. Esto es posible por estar regido el proceso civil por el principio dispositivo.

El magistrado luego que ha realizado el control de fondo sobre la validez en la declaración de voluntad del emplazado, cuyos presupuestos contiene el artículo 332 del CPC, declarará el allanamiento. A partir de ese momento se configura el conflicto sin controversia, lo que va a permitir al juez emitir sentencia en atención a la pretensión exigida.

Este articulado no ha regulado expresamente el efecto sobre el allanamiento parcial como sí aparece en los casos de la transacción y la conciliación (artículos 337 y 327) que continúa el proceso respecto de las pretensiones o personas sobre los que no ha operado el acto de disposición, bajo la figura de la intervención de terceros.

La norma exceptúa la emisión de sentencia inmediata si el allanamiento no se refiere a todas las pretensiones demandadas.

El allanamiento por sí mismo no tiene fuerza decisoria, por eso el juez no está exento de dictar sentencia. La abdicación que se realiza es a la defensa en el proceso pero no a obtener la tutela jurídica del Estado, por tanto, el juez está obligado a emitir sentencia a pesar de que se trate de un derecho sin controversia.

Al demandante le interesa un título que le permita hacer efectivo su derecho, por citar, si lo que se persigue en el proceso es la condena al cumplimiento de una obligación será necesario el dictado de una sentencia que disponga el cumplimiento de los efectos queridos. En el allanamiento a la pretensión de otorgamiento

de escritura, la sentencia deberá hacer mérito de la actitud del demandado y crear al propio tiempo el título de ejecución.

2. Uno de los cuestionamientos que plantea la doctrina es si el allanamiento incide en el contenido de la sentencia.

Para un sector, el allanamiento no tiene por sí, fuerza decisoria. No obliga al juez a dictar sentencia acorde con la petición formulada en la demanda. El deber del juez va más allá, no se limita a poner fin a la litis, sino que al mismo tiempo da satisfacción a la justicia sin que a ello pueda oponerse la voluntad de las partes.

El allanamiento no es un modo de extinción del proceso sin el dictado de una sentencia de fondo, antes bien, el allanamiento tiende al dictado de una sentencia que acoja la pretensión del actor. Se necesita de esa resolución que dé lugar al nacimiento de un título de ejecución.

Otro sector cuestiona que se incluya al allanamiento entre los modos anormales o especiales de terminación del proceso, pues dicha abdicación lo que produce es eliminar la controversia y acelerar el pronunciamiento judicial a través de la conclusión anticipada del proceso.

3. La norma en comentario señala que declarado el allanamiento el juez debe expedir inmediata sentencia. Frente a ello se esgrimen algunas posiciones como: a) el allanamiento crea la verdad del proceso debiendo dictarse sentencia que necesariamente será de acuerdo con la demanda; b) solo produce la verdad de los hechos de la demanda y el juez queda en libertad de dictar sentencia que proceda con arreglo a derecho; y c) el allanamiento no implica aceptación de los hechos ni del derecho, sino que afecta el *petitum* de la demanda, que en principio y por regla general será siempre recogido en la sentencia salvo prohibición legal.

Otros autores circunscriben la discusión del allanamiento en torno a su poder de vinculación con la sentencia.

Un sector de la doctrina se inclina por la no vinculación del allanamiento porque podría permitirse la existencia de juicios simulados o fraudulentos. Consideran que no pueden dejar a la conformidad de los litigantes la aplicación del derecho objetivo. El juez en su sentencia acoge favorablemente las pretensiones de las partes, mientras que rechaza las que no son legítimas. El juez es quien sabe e interpreta el derecho, por tanto, toda injerencia de las partes en esta materia debe ser ineficaz.

Chiovenda⁽⁴⁰⁾, se constituye en uno de los más destacados defensores de esta tesis, al afirmar que la sentencia en caso del allanamiento, "da fe del reconocimiento

(40) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. I, trad. J. Casais Santaló. Reus Edit. Madrid, 1941, p. 191.

y de la renuncia y declara fundada o infundada la acción. El simple hecho del reconocimiento, no da derecho al actor a una sentencia favorable; el juez examina libremente si existe una norma abstracta aplicable al caso, si la causa del contrato es lícita y si resulta probado un interés para obrar.

Para Guasp, el juez podrá rechazar la pretensión si estima que sus fundamentos de derecho no existen o deben ser interpretados de manera distinta a como lo hace el actor, que los hechos alegados son manifiestamente falsos o finalmente que el objeto del litigio está sustraído al poder dispositivo de las partes, bien por la naturaleza (derechos irrenunciables), bien por los efectos que el fallo ha de producir (caso de la simulación). El carácter público del proceso obliga al juez a evitar procesos simulados o aparentes, examinando la norma jurídica en que se funda la pretensión y la posibilidad de renuncia del derecho objeto de la misma.

Para Muñoz Rojas⁽⁴¹⁾, el juez es libre, soberano e independiente de lo que las partes afirman. Ya no deberá el juez tomarse las molestias de revisar si los hechos son ciertos, en cambio, en la cuestión jurídica el allanamiento no dispensa al juez del examen antedicho, por lo que la victoria del actor, en caso de allanarse el demandado, no deriva del allanamiento, sino que se desprende como una consecuencia inmediata del hecho que la pretensión sea judicialmente fundada.

En conclusión, para los partidarios de esta corriente, el allanamiento del demandado no produce necesariamente, la condena, de acuerdo con la petición del actor, sino que habrá que dictarse el fallo que corresponda con arreglo a ley.

La otra corriente opositora considera que el allanamiento tiene por objeto solo el *petitum* de la demanda y por regla general, vincula al juzgador, por lo que será siempre recogido en la sentencia, salvo en los supuestos de prohibición legal. Para esta corriente, la vinculación no quiebra ni la función judicial ni la esencia del proceso. Solo en los supuestos que las pretensiones de la demanda fueran imposibles, real o jurídicamente, no existiría vinculación para el juez como consecuencia del allanamiento.

Márquez⁽⁴²⁾ se adhiere a esta tesis porque considera que el allanamiento determina el tenor de la sentencia, que habrá de ser estimatoria de la demanda, conforme a lo querido por ambos litigantes, salvo en los supuestos que lo pedido por el actor sea ilícito, inmoral o vaya en perjuicio de tercero.

No comparte Márquez la posición de Chiovenda sobre la necesidad de indagar la existencia de "una norma abstracta de ley aplicable al caso" sino que por el contrario, al juez ha de bastarle que dicho pedimento, que es aceptado y querido

(41) MUÑOZ ROJAS, Tomás. *El allanamiento a la pretensión del demandante*. Pamplona, 1958, p. 111.

(42) MÁRQUEZ ROMERO, Pedro. *El allanamiento en el proceso civil*, Editorial Comares, Granada, 1992, p. 151.

también por el demandado, no sea imposible o contrario al ordenamiento jurídico. Si el actor reclama determinada cantidad o pretende que se declare la existencia de una titularidad jurídica y ello lo acepta el demandado, el juez no tiene que examinar si existe una norma jurídica que ampare dicha pretensión, sino que, vinculado por el allanamiento debe estimar la demanda, salvo que exista infracción al ordenamiento jurídico.

Tampoco corresponde al juez rechazar la demanda si estima que no existe el fundamento jurídico invocado o son manifiestamente falsos los hechos alegados, puesto de que el allanamiento se refiere únicamente al *petitum* de la demanda y solo importa saber si es o no imposible, ilícito, inmoral o perjudicial a tercero.

En el allanamiento, la conformidad del demandado con lo pedido por el actor, simplifica la labor del juez al dictar su sentencia. Una vez que el juez ha llegado a la conclusión de que lo que se pide en la demanda no es imposible o contrario al ordenamiento jurídico, no es necesario enjuiciar los hechos, ni se precisa un análisis o valoración de la prueba, ni interesa comprobar si los fundamentos jurídicos invocados se ajustan a la realidad fáctica invocada.

Otro aspecto a considerar está referido al ejercicio de la apelación de la sentencia por parte de quien se allanó. Ello es aceptable, porque los supuestos de la apelación se orientan a revisar los errores que hubiere tenido el juez al momento de emitir sentencia. Véase el caso de la condena de gastos procesales, impuesta indebidamente a la parte que se allanó dentro del plazo de la contestación (ver el artículo 413 del CPC). También justifica cuando el demandado solo se allanó, sin embargo, la sentencia hace toda una argumentación atribuyéndole el reconocimiento de hechos, jamás realizado.

4. En el allanamiento parcial presenta algunos problemas para el dictado de la sentencia.

Un sector de la doctrina sostiene que puede emitirse solo respecto del litisconsorte allanado, continuando el proceso con los restantes.

Otro criterio considera que no es posible, porque la sentencia dictada respecto de uno o más litisconsortes produciría la desarticulación del proceso.

Nuestro Código ha optado por esta última posición, pues prevé que si el allanamiento es total el juez expide inmediata sentencia, a contrario sensu, esta debe postergarse; por tanto, como el allanamiento produce la eliminación del estado de controversia respecto de quien produce tal acto, únicamente se podría dictar una sentencia una vez concluido el pleito. Sin embargo, Fornaciari⁽⁴³⁾ presenta el supuesto que el allanamiento vaya seguido del cumplimiento de la prestación, en

(43) FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*. T. 1, Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 117.

estos casos considera que puede dictarse sentencia parcial que tendrá la forma de una resolución interlocutoria.



JURISPRUDENCIA

El allanamiento consiste en el sometimiento a la pretensión del actor. Solo puede tener por objeto relaciones jurídicas disponibles, es decir aquellas que sean transigibles o renunciables y en general en aquellas en que no estuviera comprometido el orden público (Exp. N° 2184-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 234-235).

Capítulo III TRANSACCIÓN JUDICIAL

OPORTUNIDAD DE LA TRANSACCIÓN

ARTÍCULO 334

En cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. V, 322 inciso 4, 394 párr. 1, 415, 446 inciso 10.
LEY 26572	arts. 41, 118.
LEY 26887	arts. 139, 146.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 340.
C.P.C.N. Argentina	art. 308.

Comentario

La norma hace referencia a la oportunidad para transar en el proceso, en clara diferencia con la redacción del artículo 1302 del CC que regula la transacción civil y que dice: "por la transacción las partes (...) deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado". Esto implica que la transacción civil tiene una mayor cobertura que la procesal, pues no solo parte del supuesto de la existencia de un conflicto sino de la posibilidad de que se pudiera promover algún conflicto. Además la transacción civil no solo involucra conclusión de litigios, sino asuntos sobre los cuales no hay conflictos pero sí una fuerte incertidumbre o duda necesaria de determinar a fin de evitar que a futuro desencadene una situación conflictiva. A diferencia de la conciliación (ver el artículo 323 del CPC) la posibilidad de transar se presenta con mayor probabilidad en el tiempo, porque puede operar incluso durante el trámite del recurso de casación.

Para nuestro Código Civil, la transacción no es considerada como un contrato sino como una forma de extinción de obligaciones. Se distingue por dos cualidades: por su finalidad y por los medios escogidos para alcanzarla. El fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente y los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado,

por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamentos.

Nuestro Código Civil en el artículo 1302 señala que "por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso" por tanto, a tenor de la norma citada podemos decir que para que la transacción quede configurada como tal, es necesario que concurren los siguientes requisitos: un acuerdo de las partes efectuado con la intención de extinguir las obligaciones sobre las cuales recae el consentimiento de los contratantes; la reciprocidad en las concesiones de las partes, porque la transacción se basa en un intercambio de sacrificios, pues si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción; y, el acuerdo sobre obligaciones litigiosas o dudosas.

Ahora bien, si hemos dicho que la reciprocidad de las prestaciones es una de las características de la transacción, en la conciliación ello no se presenta así. Alsina considera que la conciliación a diferencia de la transacción no requiere que las partes se hagan mutuas concesiones, sino que cada litigante reconozca a su adversario lo que haya de justo en su demanda por el convencimiento que su oposición es injusta.

Ayarragaray sostiene que la diferencia fundamental que existe entre la conciliación y la transacción reside que mientras esta última solo cabe en materia de intereses pecuniarios, la conciliación puede comprender otro género de pretensiones jurídicas. Por ello se erige la conciliación como un género del que la transacción sería una especie, lo cual no explica los casos en que aquella no entraña concesiones mutuas entre los litigantes. Esta actividad puede desarrollarse ante un particular como ante un órgano público; ante una autoridad judicial o una autoridad administrativa; previamente al proceso judicial o al interior del proceso judicial; de manera voluntaria o como un acto obligatorio previo al litigio o al interior de este.

La doctrina señala que la transacción conlleva tres efectos: vinculatorio, extintivo y declarativo.

El primero, por su carácter contractual de la transacción crea para las partes una regla que las obliga como ley misma; por ese efecto vinculatorio acuerdan cada una de las partes el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra.

El segundo, es un modo extintivo de las obligaciones y como tal desaparece los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado. En virtud de dicho efecto, no pueden las partes hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto y si lo intentaran serían rechazadas por una excepción de transacción.

El tercer efecto, el declarativo, la transacción no tiene efecto traslativo sino declarativo de los derechos a que ella se refiere. Esto significa que cuando uno de

los contratantes reconoce el derecho de la otra parte no se considera que lo han transmitido, sino que ese derecho ha existido antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción.



JURISPRUDENCIA

Una relación procesal no solamente se extingue por la sentencia. Existe otras formas anormales de extinción como el desistimiento, el allanamiento y la transacción.

Las partes pueden concluir el proceso por transacción siempre y cuando la sentencia no haya pasado a la autoridad de cosa juzgada (Exp. N° 696-94-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 563-564).

REQUISITOS DE LA TRANSACCIÓN

ARTÍCULO 335

La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario respectivo.

Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de este, presentarán el documento que contiene la transacción legalizando sus firmas ante el secretario respectivo en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 58, 75.

Comentario

1. La transacción en un sentido amplio es cualquier convenio, concierto o pacto entre dos personas. Puig Brutau⁽⁴⁴⁾ define a la transacción como el contrato por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina un pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica y se establece el estado de cosas que los contratantes reconocen y admiten para lo sucesivo. Para Josserand⁽⁴⁵⁾ la transacción es un contrato por el cual las partes terminan una contienda nacida o previenen una contienda por nacer, haciéndose concesiones recíprocas. Para nuestro código civil, al igual que para el Código de 1936, la transacción no es considerada como un contrato sino como una forma de extinción de obligaciones.

2. La transacción tiene como objeto eliminar la controversia. Es un acto personalísimo porque involucra la comparencia de las partes, por ellas mismas o por representación, para realizar la transacción y para reafirmarse de ella ante el órgano jurisdiccional. El juez tiene la obligación de tener en cuenta la decisión de las partes, pero ello no impide que valore la validez de la transacción, esto es, no puede revisar el fondo del acuerdo, sino verificar que este se realice dentro de la

(44) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos del Derecho Civil*. 2ª ed., II-2, Bosch, Barcelona, p. 625.

(45) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, II-2, Buenos Aires, 1951, p. 389.

esfera de lo disponible por las partes, que no atente contra la moral o el orden público, así como debe comprobar el acatamiento de los requisitos formales de ella, como el aspecto patrimonial y las concesiones recíprocas.

3. La transacción requiere de ciertos requisitos especiales para su eficacia. Uno de ellos es que se realice por escrito para preservar lo expreso del acuerdo, pues no cabe presunciones. Es menester que sea preciso y categórico. Cuando la norma exige que la transacción sea redactada por escrito, ello no significa que sea un acto solemne, sino que se exige como un medio de prueba. No basta saber que existe una transacción sino es necesario saber cuáles son las condiciones de ella, las que solo pueden ser conocidas por un medio escrito y detallado.

Otra de las exigencias a observar en la transacción es la legalización de firmas de los intervinientes en ella. La legalización es la autorización o comprobación de la firma que hace el secretario de la causa, la que no es necesaria cuando la transacción está contenida en escritura pública.



JURISPRUDENCIA

Por la transacción judicial se extingue el proceso por lo que es necesario legalizar las firmas puestas por las partes intervinientes o de los que en su nombre tengan facultad para hacerlo.

Si los intervinientes no han legalizado su firma, carece de eficacia legal la transacción (Exp. N° 314-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 544-545).

La transacción debe hacerse por escrito bajo sanción de nulidad o por petición ante el juez que conoce del litigio.

Si las partes han arribado a una transacción antes que la sentencia quedara firme, no resulta procedente invocar una articulación de nulidad fundada en su propia negligencia de no haber presentado en tiempo oportuno la copia de la transacción (Exp. N° 161-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 545-547).

El acto jurídico no puede quedar sin efecto por decisión unilateral de uno de los que intervinen en él, máxime si la contraparte cumplió con la obligación asumida en el acuerdo.

No resulta válido pretender ejecutar la sentencia bajo el argumento de que no se cumplió con la formalidad de legalizar las firmas de los que intervinieron en dicho acto jurídico, por no encontrarse condicionada la validez de este al cumplimiento de dicha formalidad (Exp. N° 292-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 375-376).

TRANSACCIÓN DEL ESTADO Y OTRAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO

ARTÍCULO 341

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, solo pueden transigir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente.

Esta exigencia es aplicable también a la conciliación, al desistimiento de la pretensión y al del proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 325, 341.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 341.

Comentario

1. La transacción tiene como objeto eliminar la controversia. Es un acto personalísimo porque involucra la comparencia de las partes, por ellas mismas o por representación, para realizar la transacción y para reafirmarse de ella ante el órgano jurisdiccional (ver el artículo 335 del CPC). El juez tiene la obligación de tener en cuenta la decisión de las partes, pero ello no impide que valore la validez de la transacción, esto es, no puede revisar el fondo del acuerdo, sino verificar que el acuerdo se trabaje dentro de la esfera de lo disponible por las partes, que no atente contra la moral o el orden público, así como debe comprobar el acatamiento de los requisitos formales de ella, como el aspecto patrimonial y las concesiones recíprocas (ver el artículo 337 del CPC).

Esta valoración que el juez hace de la transacción se hace necesaria para aprobar o desaprobar esta. Apreciamos con ello una actividad contralora de la jurisdicción sobre la voluntad de las partes; para luego de ser positivo el control, homologar los efectos de la transacción a la sentencia. Si el control es negativo, se desaprueba la transacción, esto implica que no hay acuerdo homologado y por tanto, surgen dos consecuencias: no pone fin al proceso y no genera cosa juzgada.

Esta lógica del control aplicado a los actos de disposición de las partes, es extensiva al desistimiento y a la conciliación. Los dos efectos señalados también se reproducen, tal como apreciamos de los artículos 328 y 344 del CPC.

2. En el caso de la transacción en la que interviene el Estado y otras personas de Derecho público, tiene un especial tratamiento dicha aprobación. La norma describe los órganos y además dice: "solo pueden transigir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente".

Dicha redacción es contraproducente con lo sostenido líneas arriba, por dos razones: a) **La aprobación debe provenir del juez y no de autoridad o funcionario competente.** El control jurisdiccional solo lo ejerce el juez, para luego, en caso de ser aprobatorio, otorgar el efecto de la cosa juzgada. Si no hay control positivo no habrá aprobación, menos cosa juzgada. La intervención de la jurisdicción a la aprobación se encuentra recogida además en los casos de ausentes o incapaces, por ello véase sobre el particular el artículo 1307 del CC: "los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, (...)".

b) La norma omite hacer referencia a la autorización como antesala de la aprobación. Pensamos que la redacción debe ser así: "solo pueden transigir previa autorización expresa de la autoridad o funcionario competente". Esta lógica de la autorización previa a la aprobación es manejada, no solo para casos de transacción estatal, sino cuando se trata de menores. Véase, en ese sentido, lo regulado en el inciso 3 del artículo 408 del Código Civil que dice: los padres necesitan también **autorización judicial** para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.

3. Carnelutti⁽⁴⁶⁾ hace la siguiente apreciación sobre la autorización judicial: "el representante legal de un menor quiere vender un fundo de propiedad de este último, pero no puede en cuanto el efecto jurídico no se produce sin la autorización del juez tutelar ¿no es la misma cosa como si uno no puede atravesar la calle mientras el vigilante no lo autoriza? Alguno ha concebido la autorización como la remoción de un obstáculo que impide la producción del efecto jurídico; se diría, continuando con la comparación, la señal verde que sustituye la roja en el semáforo; la vía hacia el efecto es dejada libre; solo el juez puede quitar la barrera". De ahí que Carnelutti⁽⁴⁷⁾ termina señalando que "la autorización judicial, es por tanto, ejercicio de la autoridad del juez para el cumplimiento de un acto en sustitución o en ayuda del sujeto del derecho o de la potestad, que en el acto se desarrolla, a fin de garantizar su justicia".

(46) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 480.

(47) CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 481.

HOMOLOGACIÓN DE LA TRANSACCIÓN

ARTÍCULO 337.

El juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de esta.

Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

CONCORDANCIAS:

C.C.

art. V.

C.P.C.

arts. 97 a 108, 123, 322 inciso 4, 415.

Comentario

1. La transacción en el proceso judicial tiene como objetivo aportar a la litis un medio de definición del conflicto con el fin de que el juez decreta la terminación del proceso, en cuanto fuere materia del proceso.

A la transacción concurren tres elementos esenciales: una relación jurídica litigiosa, la voluntad de las partes de componer el conflicto y las recíprocas concesiones.

2. Si bien la transacción civil permite que a través de la figura de la reciprocidad de concesiones se pueda regular, crear, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. El argumento de la reciprocidad no puede ser usado en la transacción judicial, si es que esta no se ajusta a los límites del objeto de la controversia planteado en las pretensiones de la demanda. Es necesario precisar que si bien se exige reciprocidad,

no es necesario que los sacrificios sean de igual valor. La reciprocidad, entendida esta como el intercambio de sacrificios, es importantísima para su existencia, pues si una sola de las partes sacrificara algún derecho, ello sería una renuncia y no una transacción que exige la existencia de concesiones recíprocas.

Además de las concesiones recíprocas, el juez aprueba la transacción siempre que no afecte el orden público, entre otros. El concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto cuándo se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público. Lo descrito líneas arriba nos permite sostener que le corresponde a los jueces reconocer si determinado acto constituye o no una transacción. La calificación jurídica atribuida a ese acto por las partes no los obliga en modo alguno, ya sea que resulte de un simple error, ya sea porque las partes hayan querido conscientemente ocultar otro acto bajo el título de transacción o la existencia de una transacción bajo denominación de otro acto. Véase el caso del allanamiento y el desistimiento. Estos a pesar de ser actos unilaterales se convierten en transacción, si la parte en cuyo favor se produce el acto unilateral se compromete a realizar alguna prestación, como por ejemplo, encargarse de los gastos procesales.

Por otro lado, la norma en comentario expresamente regula que “con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir **relaciones materiales ajenas al proceso**”.

Actuar en contra de este precepto implicaría la variación del objeto del proceso. Recordemos que la modificación de la demanda puede darse antes que esta sea notificada, conforme lo regula el artículo 428 del CPC. Esta exigencia permite que no se dificulte la defensa del demandado con la introducción de nuevas peticiones que vengán a alterar o aumentar las inicialmente deducidas, y que exigirían del demandado un cambio en sus planteamientos defensivos.

En otros criterios, parecería lógico que sin alterar sustancialmente lo pedido, pueda complementarse las iniciales peticiones con otras accesorias que no contradigan el principal y que podrían perfectamente resolverse en el mismo proceso, evitando la iniciación de un nuevo proceso para la materialización de las peticiones accesorias; este criterio permite que se amplíe la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho⁽⁴⁸⁾. Situación contraria se observa en la transacción civil (ver el artículo 1302

(48) Ver el artículo 428 –segunda parte– del CPC.

del CC) en la que sí se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

3. Muchas veces en un proceso las partes formulan lo que denominan transacción y en realidad solo contiene un allanamiento del demandado o un desistimiento del actor. Frente a este tipo de acuerdos el juez debe analizar si su contenido y naturaleza puede ser calificado de transacción.

Asumiendo la transacción judicial el supuesto de un equivalente jurisdiccional corresponde al juez examinar la concurrencia de los requisitos subjetivos y objetivos que dan legitimidad a la transacción, a la luz de las normas del derecho de fondo.

Según sea el caso puede aprobarla o desecharla. Este último supuesto importa la subsistencia del conflicto y la continuación del proceso hasta la sentencia.

4. Homologar es aprobar; sentenciar, es decidir. Son dos manifestaciones distintas al poder jurisdiccional. En el caso de la transacción procede que el juez que haya intervenido en el proceso apruebe el acto voluntario de las partes, pero lo que da el carácter de cosa juzgada no es la decisión de él, sino aquel acto voluntario.

Carnelutti llama a esta decisión de las partes, que por su voluntad componen la litis, sustitutos procesales o lo que es lo mismo equivalentes jurisdiccionales. La homologación no es una sentencia, es una aprobación. Cuando decide el juez solo lo hace mediante una sentencia. Aunque ambas actividades son distintas: homologar y sentenciar, ambas son actos jurisdiccionales con el atributo de la cosa juzgada. Coincidimos con la posición de Fernando Paya y Susana Lima⁽⁴⁹⁾ cuando señalan que "la homologación no es una sentencia sino una aprobación y que aún esta, para ser valedera, debe respaldarse en un análisis pormenorizado de las circunstancias que conducen a ella".

La homologación no es un acto propio de la transacción sino de otros actos de disposición del derecho en litigio, como el desistimiento del derecho y la conciliación. A pesar de que la homologación encierra un pronunciamiento jurisdiccional no se trata de resoluciones judiciales dotadas de autonomía procesal. Cuando, por un lado, se decide la homologación de los actos procesales constituyen resoluciones judiciales que participan de los efectos de la sentencia definitiva. Si, por otro lado, desestiman la homologación, configuran sentencias interlocutorias.

Según Augusto Morello⁽⁵⁰⁾, "no es necesario que el juez apruebe la transacción para que esta sea válida; la homologación judicial del convenio por las partes no

(49) PAYA, Fernando y LIMA, Susana. *Extinción del proceso civil por voluntad de las partes*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 133.

(50) MORELLO, Augusto. "La transacción desde la perspectiva procesal", en: *Revista Colegio de Abogados de La Plata*, julio-diciembre, La Plata, 1973, p. 375.

hace al perfeccionamiento de este, que queda completo aún sin ese recaudo, sino que importa, desde el ángulo procesal, un modo de terminación del proceso que integra la decisión inicial de las partes, proveyéndola de la autoridad de cosa juzgada". Una cosa es la validez de la transacción y otra la aprobación, ello conlleva a que una transacción no pueda ser aprobada judicialmente, pero que pueda ser válida en su contenido sin generar cosa juzgada.

5. En el caso de las transacciones judiciales, no solo se orienta a concluir el proceso como consecuencia de un acto exclusivamente de partes sino como un acto –a la vez– del órgano jurisdiccional. El juez recoge la transacción y la aprueba, extinguiendo formalmente el proceso.

Cuando se opera con este tipo de transacciones judiciales se trata de una sustitución calificada porque las partes no solo se limitan a sustituir la decisión del juez sino que someten la decisión que estas han tomado al conocimiento y aprobación del juez.

Es precisamente esta valoración que hace el juez de la transacción lo que permite calificarla de judicial, y no el hecho de que se hubiere dado luego de iniciado un proceso judicial, puesto que aún así podría considerarse una conciliación extrajudicial.

La transacción judicial para que exista requiere no solo ser pactada después del planteamiento de la demanda, sino incorporada al proceso y aprobada por el juez; en tanto no se den estos supuestos: incorporación y aprobación, no podrá calificarse como judicial.

6. Otro criterio a tomar en cuenta es cuando las obligaciones pactadas son de cumplimiento presente, por citar, la transacción puede contener la solución del conflicto a través del cumplimiento de las prestaciones que las partes convengan como parte de su acuerdo transaccional.

En este caso, se podía decir que la transacción judicial será de cumplimiento inmediato y en virtud del cual, la celebración del acuerdo merecerá la aprobación del juez dentro del proceso y el cumplimiento de lo pactado concluirá la controversia. Pero, cuando las obligaciones pactadas son de cumplimiento futuro, ellas pueden presentar las siguientes posibilidades:

Suspender el proceso al amparo del artículo 319 del CPC. En este caso las partes pueden celebrar la transacción y como parte de ella acordar la suspensión del proceso hasta tanto no sean cumplidas las obligaciones a futuro en la forma como se pacten en el mismo y, una vez satisfecho tal cumplimiento, solicitar la terminación del proceso con las consiguientes providencias que correspondan, por tiempo determinado, elemento este último en virtud del cual, cuando se cumple dicho tiempo sin que las partes obligadas hayan cumplido con las obligaciones pactadas en la transacción, el proceso debe continuar, aun de oficio. Para ello, el

juez en relación con la transacción incorporada al proceso debe tener en cuenta solo la parte de la misma cuyo cumplimiento aparezca acreditado.

La otra posibilidad se presenta cuando la transacción incorporada al proceso contiene obligaciones de cumplimiento futuro y, en lugar de que las partes soliciten la suspensión del mismo mientras dichas obligaciones son cumplidas, ellas solicitan la terminación del proceso. En este caso, cuando después de darse por terminado el proceso en el cual se ha incorporado la transacción, alguna de las obligaciones pactadas para cumplimiento deben ejecutarse en el mismo proceso en el que se aprobó y ante el mismo juez de la demanda (artículo 714 del CPC) como ya se ha señalado.

El concepto de cosa juzgada responde a un criterio de seguridad jurídica. Es el atributo que la ley otorga a ciertos actos procesales para que estos sean inmodificables.

La transacción judicial aprobada es un título de ejecución y en caso de incumplimiento se ejecuta ante el mismo juez que conoció la demanda originaria, tal como lo señala el artículo 714 del Código Procesal.

Gómez Orbaneja aborda el tema desde un aspecto de competencia para ejecutar la transacción. Considera que en esos casos se debe limitar la ejecución de la transacción, a la competencia objetiva que el juez tenía para fallar la pretensión originaria, remitiendo el resto a la ejecución del juez competente.

Este criterio tiene detractores como Francisco Peláez⁽⁵¹⁾, quien considera que lo transigido forma una unidad y sería absurdo considerar ejecutable tan solo parte de lo acordado, lo que es congruente con la pretensión originaria, y el resto considerarlo como una transacción civil contenida en un documento público, a ejecutar en un proceso ejecutivo autónomo.

7. Para considerar una transacción total no solo hay que examinar las pretensiones satisfechas, sino los sujetos que concurren a dichas pretensiones. La preocupación se torna sencilla si se trata de pretensiones simples, pero en el caso de pretensiones plurilaterales o complejas, es necesario que la transacción haya agotado las pretensiones de cada uno de los sujetos del conflicto plurilateral.

Para determinar el éxito de la transacción con pluralidad de sujetos, es necesario establecer si la reunión de sujetos responde a un litisconsorcio necesario, en la que opera la comunidad de suertes, o al litisconsorcio facultativo, que implica una reunión de personas, cada una con sus propias pretensiones.

Cuando la transacción no recoge la voluntad de todos ellos, sino de algunos, se dice que la transacción es subjetiva-parcial. En estos casos se tendrá en cuenta lo

(51) Ídem.

normado sobre la "intervención de terceros". Este supuesto opera, en el litisconsorcio facultativo, porque cada sujeto es titular de su propia pretensión y no requiere la concurrencia inevitable de todos para la disposición, situación que no se reproduce en el litisconsorte necesario. En este último caso, es vital que todos los miembros del litisconsorcio realicen actos de disposición para que la transacción sea eficaz.

En resumen podemos decir que el supuesto de transacción judicial implica que el conflicto ha sido dilucidado por composición de partes, y la ley le ha otorgado a ese acuerdo la calidad de cosa juzgada siempre y cuando sea positiva la aprobación del órgano jurisdiccional. En esa misma línea Gozaini considera que "la cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes".

Esta es una de las grandes diferencias con la transacción civil. A pesar de que el artículo 1302 del CC señale que la transacción tiene valor de cosa juzgada, debe entenderse que ese efecto se limita al judicial y no a la transacción en general, que recoge una ficción legal. Por ello, resulta coherente referirnos al artículo 1312 del CC que dice: la transacción extrajudicial se ejecuta en la vía ejecutiva (ver el inciso 5 del artículo 693 del CPC). En ese sentido, si ante un accidente de tránsito, la víctima transa sobre el monto de la reparación y posteriormente al acuerdo le sobreviene una incapacidad permanente generada por dicho accidente es válido invocar la nulidad de la transacción por error en la sustancia. No cabe oponer la excepción de cosa juzgada a una transacción extrajudicial no controlada por la jurisdicción. Si se ha producido error sustancial, que incide sobre la propia naturaleza de los daños, es atendible. No basta el simple error sobre la extensión de los daños, sino que aparezca un daño nuevo con posterioridad a este.



JURISPRUDENCIA

El colegiado no puede pronunciarse en una transacción fuera de proceso sobre aspectos intrínsecos de esta, la que en todo caso debe hacerse valer con arreglo a lo dispuesto en el artículo 178 del CPC. Solo debe limitarse a absolver el grado respecto a la formalidad del acto, para dotarla de validez plena, verificando que no se contraponga al artículo 337 del CPC (Exp. N° 4557-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 423).

Es nula la resolución que homologa la transacción sin solicitud de las partes para ello (Exp. N° 3447-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 421).

Es imprescindible para la transacción que existan dos personas, por lo menos, vinculadas entre sí por alguna relación jurídica, de la cual deriven derechos y obligaciones; la existencia de derechos patrimoniales; y las concesiones recíprocas para la extinción (Exp. N° 30163-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 209).

Si a la fecha de la aprobación de la transacción extrajudicial, el demandado no ha cumplido con el acuerdo, no puede considerarse resuelto, pudiendo el demandante continuar con el proceso judicial. Dicho incumplimiento no impide que el juez apruebe la transacción (Exp. N° 4617-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 212).

Si la transacción extrajudicial contenida en la escritura pública establece nuevas obligaciones, distintas a lo que es materia de cobranza, no puede ser aprobada para efectos de su homologación, pues le alcanza las limitaciones que señala el artículo 337 última parte del Código Procesal Civil, por su efecto en el proceso.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso (Exp. N° 37470-615-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 435-436).

Si bien la única pretensión de la ejecutante se orienta a la obligación de dar suma de dinero, la transacción celebrada no exclusivamente sobre la forma de cancelar la deuda sino acordando el desalojo del inmueble, debe ampararse, pues ha sido propuesta libremente por las partes, máxime, que ella da por concluido el proceso y genera cosa juzgada (Exp. N° 106-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 218-219).

Se declara concluido el proceso por transacción extrajudicial, cuando las partes litigantes haciéndose recíprocas concesiones, llegan a un acuerdo. Ello se acredita con los documentos de transacción, que deberán estar notarialmente legalizados. El acuerdo tiene el valor de cosa juzgada (Exp. N° 234-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 426).

La transacción tiene la condición de cosa juzgada por mandato de la ley y tiene que ser ejecutada de acuerdo a sus términos y alcances. No se puede promover articulaciones que entorpezcan su ejecución.

Corresponde al juez resolver solo las cuestiones permitidas por el Código Procesal y no pronunciarse sobre exposiciones de las partes resultantes de absoluciones ante petitorios de cumplimiento de ejecutorias o resoluciones afines (Exp. N° 2940-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 382-383).

Por la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

Debe distinguirse la transacción sustantiva regulada por el CC que jurídicamente es amplia, de la transacción procesal que es de carácter específico, pues se concreta a la materia controvertida dentro del proceso (Exp. N° 1071-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 253-254).

La transacción tiene valor de cosa juzgada, por lo tanto es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 178 y 407 del CPC (Exp. N° 1688-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 173-175).

Las concesiones recíprocas, constituye elemento esencial al definir la transacción (Exp. N° 1638-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, p. 237).

NORMATIVIDAD SUPLETORIA

ARTÍCULO 338

En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil.

CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 1302 a 1312.

Comentario

1. La transacción, al igual que el reconocimiento o el allanamiento, puede ser catalogada como acto de disposición y acto procesal, que pone fin al conflicto y al proceso.

Tomando ambas cualidades, para nuestro caso en análisis, lo ubicaremos como actos procesales, pues están orientadas a ser un medio atípico y especial de conclusión del proceso, por lo que su validez requerirá la forma exigida para otros actos del proceso, no la exigida para el Derecho Civil, esto es, para los actos de disposición del derecho.

Su efecto posible sobre el Derecho sustantivo no aparece como tal, puesto que se produce por medio de la sentencia, que es la declaración del derecho.

2. La norma es coherente con lo regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que señala "las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles por su naturaleza".

Este enunciado se justifica en el desarrollo del Derecho Civil. Decimos ello porque ante el incremento del tráfico mercantil, el surgimiento de la gran industria, entre otros factores, se produjo la separación de algunas ramas especiales —llámese Derecho industrial, agrario, procesal— del tronco común del Derecho Civil.

Este desgajamiento hace coherente que se admita su complementación por ese tronco común del cual provienen. La norma en comentario nos reafirma que no hay una separación de todo vínculo entre el Derecho Civil y los derechos especiales, todo lo contrario, cuando estos carecen de normas específicas aplicables al punto en discusión, se recurre al Código Civil para llenar los vacíos o deficiencias que presenta la legislación especial.

Esto significa que el juez debe agotar dentro del Código Procesal todos los medios para encontrar la norma aplicable al caso. Solo si después de agotados todos los medios no encuentra norma aplicable a la cuestión controvertida, recurrirá a las reglas del Código Civil que no sean incompatibles con el ordenamiento procesal.

ACTO JURÍDICO POSTERIOR A LA SENTENCIA

ARTÍCULO 339

Aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de esta.

CONCORDANCIA:

C.C.

art. 1312.

Comentario

1. El conflicto es la materia prima con la que trabaja tanto la transacción como el proceso judicial. Dichos mecanismos, no obstante operar con el conflicto, se excluyen entre sí. Por citar, solo se puede invocar la transacción en cualquier estado del proceso, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia. Agotada dicha condición la transacción no puede ser medio eficaz para solucionar las desavenencias.

Ello nos lleva a decir que después de la sentencia judicial no se puede realizar ningún acto de disposición sobre el objeto del litigio porque este ya quedó definido por obra de la jurisdicción a través de la sentencia judicial.

Un elemento a tener en cuenta es la oportunidad de la decisión o del acuerdo. Quien logre primero decidir el conflicto tiene prioridad en el tiempo para generar cosa juzgada. Si la solución se logró sea por conciliación o transacción, y esta se aprobó por la jurisdicción, hasta antes que se expida sentencia en segunda instancia, dicho acuerdo va a primar sobre la decisión judicial.

2. La norma en comentario, nos refiere otro supuesto, el acuerdo *post* procesal celebrado sobre un conflicto ya dirimido a través de la jurisdicción. Ya no será tema de la transacción *post* proceso la pretensión originaria del actor, o la resistencia del emplazado, sino la ejecución del reparto de derechos que ha operado en la definición del conflicto, a través de la decisión judicial.

Si partimos de la idea que toda sentencia judicial genera cosa juzgada, no por efecto de la sentencia en sí, sino por una cualidad que la ley le atribuye a fin de acrecentar su estabilidad; el celebrar acuerdos relacionados con el conflicto ya definido, no vulnera esa seguridad porque el acuerdo solo se remitirá a la manera cómo se va a ejecutar lo declarado en la sentencia. La norma si bien reconoce que dichos acuerdos son actos jurídicos, no le otorga la calidad de transacción.

La transacción opera con el conflicto, tan igual como el proceso judicial. En la medida que no exista conflicto no habrá justificante para la transacción judicial o el proceso judicial. Si el conflicto ya se ha decidido por declaración judicial, el acuerdo a posteriori necesariamente tendrá que operar sobre cómo se va a ejecutar lo declarado. Entonces ya no sería propio hablar de solución al conflicto por transacción post-proceso, sino, de la "ejecutabilidad de la decisión jurisdiccional por acto jurídico post-sentencia".

Por otro lado, si bien la norma permite celebrar cualquier acto jurídico tendiente a modificar o regular el cumplimiento de la sentencia, dichos acuerdos no generarán cosa juzgada ni serán ejecutables, pues solamente goza de dicha calidad la sentencia consentida o ejecutoriada, en mérito a la consideración de la seguridad jurídica y el orden público a que responde la institución de la cosa juzgada, la que preserva el orden y la paz, evitando que los debates judiciales se renueven indefinidamente.

Se ha permitido, que sin trastocar la cosa juzgada las partes puedan encontrar concordancia en cómo van a cumplir la sentencia judicial. Allí reside su finalidad, de este acto jurídico post-sentencia, en el atenuar la judicialización que podría desencadenar el incumplimiento de la sentencia, trabajando por la viabilidad de una solución que inclusive puede llegar a "condonar la obligación que esta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia".

Sobre el tema, Palacio⁽⁵²⁾ señala que "(...) siempre que se trate de derechos disponibles las partes tienen la facultad de modificar el alcance de la cosa juzgada, la parte vencedora no solo puede renunciar al resultado favorable obtenido a través de la sentencia que goza de aquella cualidad, sino también, de común acuerdo con el vencido, regular nuevamente los términos de la relación o del estado jurídico sobre que versó el pronunciamiento. Pero aun mediando acuerdo, les está vedado a las partes la posibilidad de someter a decisión judicial la cuestión anteriormente decidida con el objeto de lograr el pronunciamiento de una nueva sentencia, ya que, el juez posteriormente requerido tiene el deber, en cualquier

(52) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, t.V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., pp. 500-501.

grado y estado del juicio, de poner de relieve de oficio la respectiva excepción derivada de la existencia del precedente fallo, en cuanto dicha excepción inviste un presupuesto fundamental de la actividad estatal, la jurisdicción, que las partes pueden pedir se ejercite respecto de la controversia, una vez, pero no más”.

En conclusión, podemos hablar de un acuerdo sui géneris porque opera sobre la ejecutabilidad de una sentencia que goza de la cosa juzgada. Es un acuerdo en el que sus prestaciones no devienen en exigibles, pues solo busca conciliar el modo de ejecutar la sentencia, porque parte de dos supuestos: un conflicto ya resuelto y la seguridad jurídica que implica la inmutabilidad de la decisión.



JURISPRUDENCIA

Si bien el acto jurídico posterior a la sentencia no ha sido aprobado por el juzgado por no tener la calidad de transacción extrajudicial, sin embargo, es evidente que tal convenio constituye un acto jurídico que vincula a las partes que las suscribieron, surtiendo efecto válido entre ellos, lo que corresponde ser valorado por el juez, en la etapa que se encuentre el proceso (Exp. N° 98-22617-1924, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 422).

Si el interés del justiciable es ejecutar el acuerdo de las partes con posterioridad a la sentencia y aquel ha sido aprobado como transacción, no cabe sustraer del conocimiento de dicha judicatura la ejecución de ella, por cuanto, importaría inobservar el principio constitucional regulado en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución (Exp. N° 48763-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 437-438).

Es nulo el requerimiento a los ejecutados para que cumplan con la “transacción extrajudicial”, bajo apercibimiento de procederse a su ejecución forzada, puesto que el acto jurídico posterior a la sentencia, no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de esta. Por tanto, lo que debe ejecutarse en este proceso es la resolución judicial que resuelve la contradicción y no otra (Exp. N° 1391-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 427).

Si por la transacción las partes deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, estando ya consentida o ejecutoriada la sentencia, no puede hablarse de transacción, pues no hay más asunto litigioso o dudoso que decidir.

Cualquier acto jurídico posterior a la sentencia destinado a regular o modificar el cumplimiento de esta no tiene calidad de transacción ni produce los efectos de esta (Exp. N° 1335-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 428).

Si bien el artículo 339 del CPC faculta a las partes a celebrar cualquier acto jurídico destinado a modificar o regular el cumplimiento de la sentencia, no puede la misma excederse al extremo de contrariar una norma de cumplimiento imperativo. La adjudicación directa del inmueble sin convocatoria a remate colisiona con el artículo 744 del CPC. Lo mismo ocurre respecto a la renuncia a la interposición de medios impugnatorios (Exp. N° N-514-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 377).

Capítulo IV DESISTIMIENTO

CLASES DE DESISTIMIENTO

ARTICULO 340

El desistimiento puede ser:

1. *Del proceso o de algún acto procesal; y*
2. *De la pretensión.*

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 321 inciso 6, 416.</i>
<i>LEY 26572</i>	<i>art. 43.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 46.</i>
<i>LEY 26887</i>	<i>arts. 139, 146, 195.</i>
<i>LEY 27444</i>	<i>arts. 189, 190.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>arts. 304, 305, 306.</i>
---------------------------	-----------------------------

Comentario

El desistimiento es un acto unilateral que se expresa bajo dos supuestos: desistirse del proceso y desistirse de la pretensión. Nuestro Código Procesal los regula en los artículos 343 y 344 respectivamente, asignándole efectos y procedimientos disímiles para cada uno de ellos.

1. El desistimiento del proceso es el acto jurídico procesal mediante el cual el actor manifiesta su voluntad de poner fin a la relación procesal.

Fornaciari⁽⁵³⁾ señala que en el desistimiento no hay una renuncia al proceso, sino que se renuncia a continuar con él. La relación procesal no se extingue de inmediato. Lo que se hace es manifestar que no se continuará ejercitando el derecho de peticionar, esto es, el poder jurídico de hacer valer la pretensión.

En el campo del Derecho Procesal se concibe la pretensión, como el acto en virtud del cual se reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación.

(53) FORNACIARI, Mario Alberto. *Medios anormales de conclusión del proceso*. T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 7.

El proceso judicial implica secuencia de actos, sea de las partes y del juez, para el logro de un fin, a través de la jurisdicción. En él se constituye una relación procesal sin que la manifestación de uno de los miembros de esa relación pueda extinguirla de inmediato. Aun con la conformidad del demandado prestada al desistimiento del actor, el proceso puede continuar, por ejemplo, hasta dilucidar la cuestión de los gastos procesales.

Otra idea fundamental que concurre a este desistimiento es que no implica el ejercicio unilateral de una de las partes del proceso, sino que necesariamente busca la manifestación de voluntad del contrario. El artículo 343 del CPC así lo exige "requiere de la conformidad del demandado expresada dentro del tercer día de notificado o en su rebeldía". Esa conformidad puede ser expresa o tácita. Esta última opera cuando el demandado deja transcurrir el plazo legal sin formular oposición al desistimiento planteado.

La bilateralidad se genera cuando actor y demandado están integrados al proceso, en tal supuesto, el desistimiento de aquel será viable en la medida de la aceptación de este. El fundamento de tal bilateralidad está dado por la existencia de la relación procesal. Bastará que el demandado se oponga al desistimiento, sin mayor justificación, para que este pedido no prospere, por ello se dice que el desistimiento del proceso es un acto jurídico procesal condicionado a la aceptación de la contraparte.

Otro supuesto que regula el inciso primero del artículo se refiere al desistimiento del acto procesal. Este puede operar hasta antes que el acto haya producido sus efectos, por citar, en el caso del desistimiento del recurso de apelación, este operará hasta antes que se haya emitido la sentencia de vista. Nótese la diferencia en este extremo, entre el desistimiento al acto procesal con la renuncia a recurrir, regulada en el artículo 361 del CPC. Esta última implica la renuncia a ejercer una facultad, esto es, que jamás el acto de impugnación va a existir, porque desde ya se ha renunciado a ejercer dicha facultad. Esa renuncia operará siempre y cuando sea convencional, esto es, que implique el acuerdo de ambas partes, mas no podría admitirse dicha renuncia de manera unilateral. En el desistimiento se aprecia que el acto existe, que tiene vida procesal, hasta que es trunco. En la renuncia, el acto de impugnación jamás va a existir, nunca nacerá porque la facultad para generar tal acto ha quedado extinguida.

También opera el desistimiento a la declaración de testigos o de partes. En algunas legislaciones se establece que la parte que ofreció al testigo puede desistirse del mismo, si los demás litigantes se adhieren y lo admite el juez. Ello sería atendible en relación al principio de adquisición procesal por el que se afirma que el testigo no es de la parte, sino del proceso. No obstante ello, se acepta que en nuestro sistema procesal, el desistimiento del testigo no requiere la conformidad de la contraria ni la del juez, en tanto no hubiese comenzado la declaración, pues

en tal caso, esta se adquiere ya para el proceso, sin perjuicio de que el juez pueda volver a citar al testigo desistido; además debe tenerse en cuenta que el desistimiento del acto puede realizarse antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efectos (ver el artículo 342 del CPC).

2. El desistimiento de la pretensión implica abdicación o renuncia del derecho material en el ámbito del proceso. Es un acto jurídico procesal que genera la imposibilidad de promover otro proceso por el mismo objeto y causa.

La doctrina sostiene que al renunciar al derecho en el ámbito procesal no se requiere conformidad del adversario, solución que terminó con la antigua polémica que mezclaba dos instituciones diferentes: desistimiento regido por principios procesales y renuncia de derechos regida por el Código Civil.

La facultad de reclamar la tutela jurisdiccional existe siempre, empero, en objetos disponibles prima la autonomía de la voluntad, de tal forma que quien ejercitó la acción estimulando la jurisdicción puede abdicar de ella renunciando al derecho material.

Fornaciari⁽⁵⁴⁾ explica este desistimiento así: "(...) cuando el titular del derecho conculcado se transforma en actor, somete su derecho a la confrontación procesal y lo hace ante la resistencia del obligado. Esta resistencia, a su vez, toma forma en el proceso con el ejercicio del derecho de defensa. Pero luego del proceso no hay otra posibilidad, entonces, si el obligado resiste, si esa resistencia genera un proceso y en él vuelve a deducir oposición, es a todas luces evidente su voluntad de no cumplir. Si pese a todo ello, el actor desiste del derecho, no se advierte necesidad alguna de requerir anuencia del demandado. Habrá concluido el proceso, pero también habrá extinguido el derecho que le diera vida. Ya no hay posibilidad, cualquier nuevo intento del actor puede ser paralizado mediante el ejercicio de la defensa de desistimiento del derecho".

Por tanto, podemos colegir que el desistimiento de la pretensión es un acto unilateral de abdicación del derecho en el proceso, de tal forma que liquida cualquier reclamación a futuro sobre ella; en tal sentido, la excepción de desistimiento de la pretensión, se orienta para cautelar la renuncia efectuada.



JURISPRUDENCIA

Es procesalmente válido el desistirse de la pretensión en una audiencia de conciliación (Exp. N° 1527-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 122-123).

(54) FORNACIARI, Mario Alberto. Op. cit., p. 76.

ASPECTOS GENERALES DEL DESISTIMIENTO

ARTICULO 341

El desistimiento no se presume. El escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance, legalizando su firma el proponente ante el secretario respectivo.

El desistimiento es incondicional y solo perjudica a quien lo hace.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.
LEY 26887

arts. 75, 336, 416.
art. 195.

Comentario

El desistimiento del proceso o de la pretensión debe responder a características formales que no dejen dudas de la abdicación, para lo cual se exige que este sea efectuado por escrito, en forma clara y sin condicionamientos porque el objetivo último que se busca es la extinción, no solo del conflicto, sino de la relación procesal.

Algunos autores sostienen que el abandono del proceso es una manifestación del desistimiento tácito por parte del actor. Frente a esta posición, que reúne abandono y desistimiento bajo una misma óptica, se advierte que el abandono implica omisión, en cambio, el desistimiento deviene en acción. Para que exista desistimiento, es menester una expresión de voluntad clara y terminante; en cambio, el abandono es un modo anómalo de conclusión del proceso, conceptualmente distinto al desistimiento, pues este último inclusive puede poner fin a un conflicto, situación que no lo asume el abandono. En este orden de ideas, podríamos decir que el allanarse a la excepción de incompetencia implicaría también desistirse del proceso, sin embargo, ello no es así porque nos encontramos frente a un acto distinto, el allanamiento y no con un verdadero desistimiento.

Otros autores consideran que existe desistimiento tácito si se promueve otra demanda ante un juez también competente. Este supuesto da lugar a la excepción de litispendencia pero no produce extinción de la relación procesal, como sí sucede con el desistimiento.

Otro aspecto a resaltar es que el desistimiento no es necesario fundamentarlo. En igual forma, tampoco es necesario que el demandado justifique su no aceptación porque prima el principio dispositivo en él.

Hay posiciones que consideran que la voluntad de desistirse debe ser motivada e incluso exigen se acompañe la prueba que acredite el interés jurídico para renunciar. Esta exigencia es considerada excesiva, porque en esta materia rige el principio de autonomía de voluntad donde son los propios interesados quienes van a medir el alcance y la consecuencia de sus actos. En ese sentido la norma en comentario afirma que "el desistimiento es incondicional y solo perjudica a quien lo hace".



JURISPRUDENCIA

Habiéndose desistido de su pretensión la demandante en la audiencia única, se dan los formalismos de un desistimiento por escrito. Al llevarse ante la juez de la causa y en presencia del secretario ya no necesita legalización de firma, cumpliéndose así con lo previsto en el artículo 341 del CPC.

No debe entenderse que el desistimiento se realiza única y exclusivamente en un escrito redactado fuera de sede judicial; lo fundamental es que la voluntad expresada conste por escrito, lo que puede ocurrir incluso en audiencia (Exp. N° 1418-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 384-385).

OPORTUNIDAD

ARTICULO 342

El desistimiento del proceso o del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto.

El desistimiento de la pretensión procede antes de que se expida sentencia en primera instancia, salvo que sea convencional.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 345.
LEY 26636 art. 46.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 201.
C.P.C. Colombia art. 342.

Comentario

1. Es importante la oportunidad en la que se materializa el desistimiento del proceso, pues ello va a generar efectos, sobre el reparto de los gastos procesales, por citar. La teoría del vencimiento que inspira a nuestro Código considera que los gastos procesales son de cargo de la parte vencida, sin embargo, en el caso del desistimiento, este le corresponde a quien se desiste, como lo regula el artículo 416 del CPC. Al respecto el Código Procesal de la Nación Argentina (ver el artículo 73), considera que si en el transcurso de la discusión judicial deviniere cambios a la legislación, la parte que se desiste no puede ser condenada al pago de los gastos procesales; si bien nuestro Código no ha contemplado de manera expresa dicha liberación, existe el camino procesal que consagra el artículo 412 del CPC, por donde se podría exonerar de dicha obligación siempre y cuando sea motivada.

2. La oportunidad del desistimiento de la pretensión debe apreciarse bajo dos supuestos: antes y después de la notificación de la demanda.

En el primer supuesto, producido el desistimiento, el juez dictará una resolución homologatoria, en tanto la admita; la que deberá notificarse.

Las dudas aparecen cuando la demanda no ha sido notificada y el actor se desiste. El Código Procesal Civil no regula nada al respecto, pero consideramos que producido el desistimiento antes de notificarse la demanda, el juez podrá tenerlo por válido si corresponde a la naturaleza del derecho; la resolución que recaiga será comunicada a la contraparte para que tome conocimiento de su liberación.

En este mismo sentido también se orienta Fornaciari cuando señala que debe notificarse al accionado aun cuando no esté integrado a la litis. Las razones son prácticas. Cuando se renuncia al derecho material este no puede volver a ejercerse en otro proceso porque se opone la excepción de desistimiento de la pretensión, conforme lo señala el inciso 9 del artículo 446 del Código Procesal.

El demandado a quien no se le dio traslado de la demanda, nada sabe de la existencia de esta. Si antes de la notificación el actor desiste de su pretensión, la pregunta elemental que surge es saber cómo podrá enterarse de tal desistimiento. Omitir la notificación de la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, podría permitir a futuro la generación de un nuevo proceso sustentado en un derecho que no existe, para lo cual el demandado al no estar notificado no podría interponer la excepción de desistimiento ya citada.

3. Otra inquietud que provoca el desistimiento es determinar a partir de cuándo opera este. Nuestro Código Procesal sostiene que al ser el desistimiento un acto jurídico dispositivo tendiente a extinguir derechos, opera a partir de que dicho desistimiento es aprobado por el juez, nos estamos refiriendo al desistimiento de la pretensión, sin embargo, cuando se refiere al desistimiento del proceso, debemos inferir que ella opera a partir que este es aceptada por la contraparte, en el supuesto que hubiere emplazamiento. Nuestro Código Procesal asume la posición que el desistimiento del proceso sí requiere conformidad del demandado, sea de manera expresa o tácita, dentro del tercer día de notificado.

Especial situación provoca definir el momento a partir del cual se puede promover el desistimiento. En el caso de la pretensión, este podría operar conjuntamente con la interposición de la demanda, pues siendo este un acto de liberalidad de la parte que afecta el derecho de disposición de esta, su ejercicio no requiere a ningún condicionamiento. Como todavía no se ha entablado la relación procesal, es vital que dicha aprobación sea comunicada a la frustrada demandada a fin de que a futuro pueda oponer la excepción de desistimiento de la pretensión, frente al supuesto que el actor pretendiera volver a incoarla. En cuanto al desistimiento del proceso, este puede operar de manera unilateral y sin consenso de la parte emplazada, desde la interposición de la demanda hasta antes del emplazamiento, luego de ella, se aplican las reglas del artículo 343 del CPC que exige su anuencia sea expresa o tácita

El artículo en comentario considera que el desistimiento de la pretensión procede antes de que se expida sentencia en primera instancia, sin embargo, puede darse la situación que consagra el artículo 345 del CPC de permitir el acto de abdicación luego de emitida esta. En este supuesto no estamos hablando de la renuncia —que regula el artículo 322 inciso 4 del CPC— sino de la abdicación a una pretensión no resuelta en la sentencia. Solo en estas circunstancias podría permitirse invocar la figura del desistimiento, caso contrario, sería extemporánea como tal y configuraría una renuncia en los términos que recoge el citado artículo 322 del CPC.

4. El desistimiento puede generarse con la interposición de la demanda. También procede el desistimiento de la pretensión antes de que se expida sentencia en primera instancia, pero si este acto de liberalidad acaece luego de emitida la sentencia, pero sin que todavía sea firme, estaremos en la posición de la renuncia, siempre y cuando que quien renuncia haya logrado una sentencia favorable al derecho que alega, pero que su ejecución está suspendida por obra de la impugnación, pues no cabe renunciar de un derecho que no se le ha declarado. El artículo 323 del CPC regula esto último bajo la designación de conclusión del proceso con declaración sobre el fondo: "el demandante renuncia al derecho que sustentó su pretensión". Fornaciari⁽⁵⁵⁾, al respecto señala: "el actor, titular del derecho, puede renunciar a él luego de la sentencia de primera instancia, mientras resulte ganancioso hasta ese momento, por haber sido acogida su pretensión. Si así no fuere, únicamente podrá renunciar al recurso lo que producirá la firmeza de la sentencia de inferior instancia".

5. Otro aspecto que aborda la norma es el desistimiento por común acuerdo, por medio del cual, las partes manifiestan por escrito al juez su voluntad de desistirse. Puede significar una forma de convención o acuerdo conciliatorio, sobre la que el juez dictará resolución declarando extinguido el proceso y ordenando el archivo de las actuaciones, sin embargo, pueden quedar pendientes cuestiones como las costas, sobre los que las partes no se han puesto de acuerdo y por tanto la decisión judicial tendrá que definirlos.

6. El Código no regula la posibilidad del desistimiento del desistimiento o la revocación del desistimiento. Al respecto diremos que el desistimiento del derecho puede revocarse mientras no medie pronunciamiento judicial que lo apruebe, pues no requiere de la anuencia del beneficiario para su perfeccionamiento.

En el caso del desistimiento del proceso, que sí requiere intervención del beneficiario, este podrá operar hasta antes que el beneficiario con la renuncia la acepte, caso contrario, la parte que se desiste no podrá revocar su acto. La doctrina ha sostenido que la aceptación de la renuncia tiende a impedir su revocación, no confiere carácter de bilateral al acto que es por esencia unilateral.

El desistimiento del proceso puede revocarse antes de que el juez se pronuncie, pero si aún antes de ese acto el beneficiario lo acepta, el que se desiste no podrá dejarlo sin efecto. En otras palabras, la declaración de voluntad dirigida a apartarse del proceso es susceptible de revocación, pudiendo acontecer esta antes que la resolución que la aprueba quede firme.

7. En materia probatoria opera el principio de comunidad o de adquisición procesal, que considera que las pruebas producidas en el proceso, por una parte, se

(55) FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*. T. 1, Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 78.

consideran comunes; esto es, el juez puede valorarlas libremente, eventualmente, aun en beneficio del adversario. Este principio no está relacionado con la valoración adecuada de la prueba, sino con su incorporación y sobre todo en determinar en qué momento se considera que la actividad procesal se ha incorporado al proceso para dejar de pertenecer al sujeto que la efectuó; por tanto, resulta importante determinar hasta qué momento la parte o tercero legitimado puede disponer de su actividad renunciando o desistiéndose de ella.

Como dice el artículo 342 del CPC en comentario, el desistimiento del acto procesal se interpone antes de que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto. Bajo dicho referente, Devis Echandía sostiene que el principio de adquisición "determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada", esto es, no cabe desistirse del medio de prueba, después de actuado. En opinión contraria, Bustamante⁽⁵⁶⁾ sostiene que dichas afirmaciones podría llevar a pensar que el principio de adquisición solo opera a partir de la práctica o actuación de los medios probatorios, es decir, que antes de la actuación de un medio probatorio es jurídicamente posible que quien lo ofreció renuncie o se desista de su práctica o actuación. Considera que una conclusión semejante sería errónea porque al integrar el contenido del derecho fundamental a un proceso justo, el derecho a la prueba es indisponible, por lo tanto, renunciar o desistirse de un medio probatorio ofrecido o admitido, aunque todavía no practicado, es tanto como renunciar o disponer del derecho a la prueba; la renuncia o desistimiento de un medio probatorio puede impedir que se alcance la verdad jurídica objetiva y, por ende, que el juzgador emita una decisión justa; y porque si la comunidad o adquisición del material probatorio solo operara a partir de su práctica o actuación, es decir, si se permitiera la renuncia o desistimiento de los medios de prueba ofrecidos o admitidos, hasta momentos antes de su actuación, la contraparte que quisiera valerse de ellos también tendría que ofrecerlos como medios probatorios suyos a fin de evitar que el eventual desistimiento de su contraria impida que sean utilizados o tomados en cuenta en el proceso o procedimiento; en consecuencia, señala Bustamante, se afectaría el principio de economía y el de utilidad pues se invertiría doble tiempo y esfuerzo para incorporar al proceso o procedimiento medios probatorios que habían sido ofrecidos, haciendo que estos sean redundantes y por ende inútiles.

En conclusión, para dicho autor, "el principio de comunidad o de adquisición en materia probatoria rige a partir del momento en que los medios de prueba son ofrecidos por las partes o terceros legitimados, o incorporados de oficio por el juzgador. Por ese motivo y por el carácter indisponible del derecho a la prueba, no cabe la renuncia o el desistimiento de los medios probatorios, sea cual fuere la

(56) BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ARA editores, Lima, 2002, pp. 273-274.

etapa de la actividad probatoria. Todo ello sin perjuicio del poder del juzgador para rechazar los medios probatorios que conforme a los límites al ejercicio del derecho a la prueba no deban ser admitidos y de la posibilidad que ante circunstancias justificantes basadas en una imposibilidad física o jurídica, o la mala gestión probatoria del proponente, el juzgador decida motivadamente que se prescinda de la actuación de algún medio probatorio”.



JURISPRUDENCIA

No es procedente la revocación del consentimiento en la separación convencional, fuera del plazo de los treinta días naturales posteriores a la mencionada fecha, por haber producido efecto la situación procesal a la que se ha renunciado (Exp. N° 3524-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 371).

DESISTIMIENTO DEL PROCESO O DEL ACTO PROCESAL

ARTICULO 343

El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado expresada dentro de tercer día de notificado, o en su rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso.

El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 321 inciso 6.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 199, 202.
C.P.C. Colombia art. 344.

Comentario

1. En el desistimiento del proceso se presentan los siguientes supuestos:

a) El actor se desiste antes de notificada la demanda. Aquí la relación procesal no está totalmente integrada y lo único que hace el actor renunciante es dejar de estimular la función jurisdiccional; dejar de ejercitar la acción.

b) El actor se desiste luego de integrada la relación procesal. En este caso para que el desistimiento tenga efecto se requiere la conformidad del demandado. Si este se opone el proceso continuará; en cambio, si da su conformidad, el juez dictará una resolución que aunque declare extinguido el proceso, no puede conferir efectos inmediatos a la relación procesal; porque puede quedar pendiente lo atinente a costas.

Con respecto a la conformidad que se busca, esta no necesita ser expresa. Se le corre traslado del desistimiento y el demandado puede adoptar tres actitudes diferentes: guardar silencio, prestar conformidad y deducir oposición.

En caso que optare por guardar silencio, su rebeldía se tomará como su asentimiento tácito, pues implica conformidad con el pedido. Cuando el demandado presta conformidad al desistimiento, efectúa una renuncia que como tal debe ser expresa y de interpretación restrictiva; ante tales requisitos, será difícil tomar el silencio como manifestación de voluntad abdicatoria a continuar con el proceso, sin un texto expreso de la ley que así lo establezca. Algunas legislaciones tienen las siguientes fórmulas: "el desistimiento del proceso requiere la conformidad expresa de la contraparte, no mediando ella carecerá de efecto alguno, continuándose el trámite según su estado", "el juez no tendrá por producido el desistimiento sin el consentimiento de la contraparte". Aquí se sigue el principio del consentimiento expreso para que opere sus efectos, sin embargo, nuestro Código no asume dicha posición pues permite que aun en rebeldía del demandado pueda operar el desistimiento del proceso.

Lo expresado hasta el momento nos lleva a decir que con el desistimiento del proceso el actor ha renunciado al ejercicio de la acción pero el demandado que prestó su conformidad renunció al derecho de defensa. Si da su asentimiento a la renuncia del actor, él también está renunciando, él también dejará de ejercer su derecho de peticionar, pues el derecho de defensa es paralelo a la acción.

Ambos renuncian al ejercicio de la potestad de estimular la función jurisdiccional y optan por la extinción, como ya hemos señalado, de la relación procesal. El efecto que genera dicho desistimiento es que no se producirá el dictado de una sentencia de fondo en ese proceso.

Si no da su conformidad es porque tiene interés en la continuidad de la causa, esta sigue su curso normal, hacia la sentencia definitiva.

Ahondando sobre las razones para exigir la conformidad del demandado al desistimiento del proceso Fairén Guillén⁽⁵⁷⁾ dice: "el demandado ha podido ser molestado, perturbado y puesto en peligro por la demanda en su hacienda y prestigio comercial, profesional, personal; pues aquella es una actuación escrita que puede tener carácter de publicidad. Por el simple hecho de ser incoado el proceso, puede tener una repercusión económica y social en contra del demandado, lesionando así su interés. Y por causa de esta posible difamación judicial aparece la posibilidad de un interés del demandado en que el proceso termine por una sentencia de fondo que deja limpia su reputación, evita cualquier futuro ataque sobre el mismo asunto y le indemnice de los daños patrimoniales que hubieren podido producirse".

La existencia de la relación procesal y el eventual efecto difamatorio del litigio constituyen los fundamentos de la bilateralidad del desistimiento, cuando esa bilateralidad

(57) FAIRÉN GULLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 100

es necesaria por haberse integrado el demandado a la litis. Para Fornaciari⁽⁵⁸⁾, la difamación judicial no es la que da sustento al tipo penal de los delitos contra el honor. Es simplemente el demérito generado por la promoción del litigio. Es el menoscabo personal con su repercusión social, profesional o económica. Por tales razones el demandado puede tener interés en la continuación del litigio hasta el dictado de una sentencia de fondo que haga mérito de sus defensas y argumentaciones. El fundamento de la llamada bilateralidad del desistimiento del proceso encuentra basamento en la existencia de relación procesal y en el interés de quien debe prestar su anuencia; sea que ese interés se origine en razones personales o patrimoniales.

2. Los efectos que genera el desistimiento del proceso son de índole material y procesal. En el primer caso, véase el supuesto de la prescripción que se interrumpe con la citación con la demanda, aunque sea interpuesta ante juez incompetente (ver el artículo 1996 inciso 3 del Código Civil). Esa interrupción se tiene por no sucedida si el actor advertido de su error, se desiste de ese proceso para la promoción de uno nuevo, quedando sin efecto la interrupción. El artículo 1997 inciso 2 del Código Civil consagra la ineficacia de la interrupción cuando "el actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvencción o de la excepción con la que ha opuesto la compensación". Naturalmente que este desistimiento debe ser manifestado en forma expresa.

También genera el desistimiento efectos de índole procesal como el caso de los gastos procesales. La teoría que rige para la sanción de los gastos es la objetiva, la del vencimiento, porque se dice que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la que se realiza el derecho. Frente a esta regla general emerge como excepción la sanción de estos gastos para quien se desiste (artículo 416 del CPC). El fundamento no está dado por el hecho objetivo de la derrota sino en el hecho culpable de haber molestado a otro con la amenaza de un pleito al que no se da curso.

3. El desistimiento también comprende a los actos procesales. Los trabajos de Fornaciari⁽⁵⁹⁾ se han preocupado por distinguir entre el desistimiento como una facultad procesal y el desistimiento de un acto procesal. Señala que el primer supuesto se configura cuando actor o demandado, o ambos, en forma conjunta abdican por anticipado de una facultad procesal. La renuncia se produce antes de la realización del acto, por citar, renuncia anticipada al derecho de apelar. El acto por el que se renuncia aún no se ha producido. En cambio, en el segundo supuesto, implica abdicar a una actuación que ya ha comenzado a producirse o ha generado efectos, por citar, el desistimiento de la apelación concedida.

(58) FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*. T. 1, Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 102.

(59) FORNACIARI, Mario. Op. cit., p. 60.

En el caso del desistimiento a la prueba debe valorarse previamente si se trata de una prueba común e individual; así como si es una prueba ofrecida y producida. En una prueba individual solo el oferente puede unilateralmente desistirla; si se trata de prueba común, ambos interesados en ella deben desistirla. Si se trata de una prueba ofrecida es atendible el desistimiento pero si la prueba se ha actuado o producido, no procede el desistimiento. El principio procesal de adquisición no lo permite.

En caso de existir litisconsorcio voluntario, cada cual podrá desistir por sí, sin afectar la impugnación de los demás. En el litisconsorcio necesario, si apelaron todos, no valdrá el desistimiento de uno o algunos; si impugno solo uno, este solo podrá desistirse, aunque la impugnación beneficiare a los demás.

Cuando hay una impugnación adhesiva se discute si el desistimiento o renuncia del apelante principal hace caer o no la adhesión. Frente a ello el artículo 373 dice: "el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión".

El desistimiento de las excepciones no requiere conformidad del actor. Fornaciari señala que la renuncia a la defensa puede implicar un verdadero allanamiento. El carácter unilateral está dado por su imposibilidad de reproducción, sea en el mismo proceso o en cualquier otro que se promueva.



JURISPRUDENCIA

El desistimiento da por concluido el proceso sin afectar la pretensión, por ello procesalmente no es pertinente efectuar nuevas peticiones en un proceso fenecido.

De existir algún derecho, este debe ser ejercitado en vía de acción y en proceso distinto (Exp. N° 724-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 372-373).

Si como consecuencia de la transacción, el actor se desiste de la medida cautelar concedida: al no ser aprobada la transacción, no es posible, tener por efectuado el desistimiento, máxime si del acta de legalización se aprecia que esta le limita a la transacción, mas no, por el desistimiento del acto procesal (Exp. N° 2415-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 438-439).

DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

ARTÍCULO 344

La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. Este desistimiento no requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez revisar únicamente la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda.

Si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o si solo es deducido por uno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este último caso, debe tenerse presente lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario.

El desistimiento de la pretensión no obsta el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez, cualquiera que fuese su cuantía.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 93, 123, 321 inciso 6, 332, 446 inciso 9.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 200.

Comentario

1. El desistimiento de la pretensión es una expresión unilateral autocompositiva de solución de conflictos. Involucra actos de disposición, que necesariamente están sujetos al control jurisdiccional. Para este control se procederá a apreciar si se trata de un objeto disponible para luego en caso de ser positivo, proceder a la homologación para validar su existencia y sus efectos.

Este control opera en el desistimiento de la pretensión, por ser un acto unilateral puro, no necesita de la anuencia de la contraparte.

Por otro lado, el desistimiento de la pretensión formulada en el proceso no es vinculante para el juez. Este deberá examinar la procedencia del acto atendiendo a la naturaleza del derecho cuestionado. La disponibilidad del derecho determinará que sea o no viable la renuncia.

La regla general es que todos los derechos son renunciables, siendo la irrenunciabilidad la excepción. Los derechos instituidos en resguardo del orden público no son renunciables. No puede desistirse de los derechos vinculados a las relaciones de familia, como el derecho de alimentos futuros o la patria potestad, tampoco puede renunciarse al derecho a adquirir herencia futura; en las leyes laborales, tampoco puede renunciarse al cobro de sueldos y la indemnización por despidos. Tampoco los relativos a la libertad o a los atributos de la personalidad. En materia de derechos procesales son irrenunciables aquellos que comprometen el ejercicio de la defensa en juicio.

2. Para ver los efectos que contienen los actos procesales de disposición se debe valorar si la relación material es única e indivisible que implique el dictado de una única sentencia. Si esto es así, el desistimiento producirá efectos en la medida que todos los litisconsortes adopten idéntica actitud, sea como litisconsorcio necesario desistente o aceptante del desistimiento.

Se dice que el desistimiento de un litisconsorcio necesario efectuado con independencia de los demás, únicamente sirve para liberar a su autor de las cargas correspondientes al ulterior desarrollo del proceso y para eximirlo de las costas, pero no lo excluyen del contenido de la sentencia que no puede ser diferente de la que se dicte para los restantes litisconsortes.

En el supuesto descrito no hay un verdadero desistimiento, por cuanto para que este exista, deberá ponerse fin a la litis sin el dictado de una sentencia sobre el fondo de la cuestión debatida. La culminación únicamente podrá lograrse con la anuencia de todos los litisconsortes.

3. Producido el desistimiento de la pretensión, si es procedente dará por terminado el litigio y tendrá efecto de cosa juzgada. Esto hará que en lo sucesivo las mismas partes no podrán promover otro proceso por el mismo objeto y causa.

En caso de intentar un nuevo litigio con las identidades descritas, el demandado podría oponer la excepción del desistimiento de la pretensión (ver el inciso 9 del artículo 446 del CPC), acompañado la prueba documental de la existencia del proceso y la resolución que admite dicho desistimiento, siempre y cuando hubiese operado en un proceso contencioso. Fornaciari⁽⁶⁰⁾ considera que "si el acto abdicatorio hubiere tenido lugar sin litigio incoado, refiriéndose a un derecho simplemente dudoso, la renuncia a tal derecho no genera la posibilidad de oponerla como defensa previa".

4. Atendiendo a la cobertura de la disposición que se realiza, el desistimiento puede ser total o parcial, con incidencia en lo objetivo y subjetivo.

(60) FORNACIARI, Mario Alberto. *Modos anormales de terminación del proceso*. T. 1, Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 98.

El desistimiento será total en el ámbito subjetivo en la medida que comprenda a todos los intervinientes de un determinado proceso.

En los litigios con pluralidad de partes habrá desistimiento parcial cuando este opere respecto de alguno y en la medida de su escindibilidad, tal es el caso del litisconsorcio facultativo.

Desde el plano objetivo, el desistimiento será total cuando comprenda la totalidad de las pretensiones acumuladas o reunidas en un mismo proceso. Será parcial cuando se desista solo de alguna de ellas.

5. Un aspecto que no ha trabajado el Código es la revocación del desistimiento. Algunas opiniones señalan que este puede revocarse mientras no medie aprobación judicial o surja del expediente la conformidad de la contraria.

Algunos autores sostienen que "la renuncia puede ser retractada mientras no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace (...)". Otros sostienen que la aceptación de la renuncia tiende a impedir su revocación, no confiere carácter de bilateral al acto que es por esencia unilateral, por tanto, la renuncia produce efectos mientras no sea revocada. La renuncia del derecho producida durante la vida del litigio es un acto unilateral, no se requerirá de la anuencia del demandado para que produzca sus efectos. Pero si el beneficiario acepta el desistimiento, impugnado la aprobación de esta, ya no podrá ser revocado.

En conclusión, para la doctrina, el desistimiento de la pretensión puede revocarse antes de que el juez lo apruebe, pero si antes de ese acto el beneficiario lo acepta, el desistente no podrá dejarlo sin efecto. Queda por dilucidar si la revocación puede producirse hasta que el juez se pronuncie o hasta que el auto respectivo se encuentre firme. La última posición es la que asume Fornaciari⁽⁶¹⁾ quien sostiene que la solución se basa en los principios dispositivos y de economía procesal; sobre todo en este último, toda vez que existiendo la posibilidad de promover un nuevo proceso, resultaba más conveniente en principio reconducir el que estaba en trámite.

Para el referido autor, estos principios pierden vigencia cuando no hay la posibilidad de promoción de un nuevo litigio porque no puede pensarse en la economía de tiempo, esfuerzo y recursos sino en la seguridad jurídica. En efecto, si la renuncia produce efectos desde su producción y hasta su revocación, dilatar en el tiempo la posibilidad revocatoria implica generar una incertidumbre jurídica, cuando no un perjuicio. Producida la renuncia pensamos que el juez, previo análisis de su procedencia por la índole del derecho, debe de inmediato dictar resolución acogéndola para precluir la posibilidad de retractación en miras a la seguridad jurídica.

(61) FORNACIARI, Mario Alberto. Op. cit., p. 97.

**JURISPRUDENCIA**

Para la procedencia del desistimiento de la pretensión, esta solo puede ser practicada hasta antes de que se expida la sentencia de primera instancia, salvo que sea convencional. Esta salvedad sobre la oportunidad de plantear del desistimiento de la pretensión, tiene como finalidad regular el caso por el que el accionante pueda someter en segunda instancia al órgano colegiado la propuesta del desistimiento de su pretensión y, en tal situación, el demandado deberá convenir en ello, ya sea presentando la concurrencia de ambas voluntades en un solo escrito o como también podrá correrse traslado de ella, para que se exprese la conformidad respectiva (Cas. N° 1653-97-Lima, El Peruano, 17/11/98, p. 2048).

Si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o si solo es deducido por uno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él (Exp. N° 512-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 255-257).

Es procesalmente válido el desistirse de la pretensión en una audiencia de conciliación (Exp. N° 1527-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 122-123).

DESISTIMIENTO DE PRETENSIÓN NO RESUELTA

ARTÍCULO 345

El titular de una pretensión no resuelta en primera instancia, puede desistirse de la misma antes que el proceso sea decidido por el superior.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 342.

Comentario

Como señala el artículo 342 del CPC, el desistimiento puede ocurrir hasta antes de que se expida sentencia en primera instancia, sin embargo, hay circunstancias que permiten practicar dicha abdicación, luego de emitida la sentencia. El articulado en comentario regula esta situación, precisando que “el titular de una pretensión no resuelta en primera instancia, puede desistirse de la misma antes de que el proceso sea decidido por el superior”.

El artículo en comentario marca su diferencia con la renuncia que consagra el artículo 322 inciso 4 del CPC, la misma que opera cuando existe una sentencia que declara un derecho a favor del titular que abdica a él. En este último caso hay una sentencia que declara un derecho de fondo sobre el cual se declara renunciar, a diferencia del articulado que comentamos donde si bien existe una sentencia, se omitido pronunciarse respecto de una pretensión y por la cual se pretende el desistimiento.

Este supuesto consagra el principio dispositivo por considerar que son las partes las que delimitan las decisiones judiciales, en atención a la extensión y contenido de sus pretensiones; y en atención a esa liberalidad que la norma permite esa abdicación; sin embargo el problema en discusión se orienta en establecer el efecto que generará el desistimiento de la pretensión no resuelta. El artículo 344 del CPC señala “la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce de los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada”. Consideramos que dichos efectos no pueden ser aplicados al caso del artículo 345 del CPC por los siguientes argumentos: a) la omisión en el pronunciamiento es resultado del incumplimiento de los deberes de juez, generando una sentencia *citra petita*, cuyos efectos por economía y celeridad procesal, para lograr la ejecución del fallo, ha conllevado al actor a hacer un desistimiento momentáneo de dicha pretensión, lo que no obsta que luego en un proceso independiente,

pueda plantear nuevamente dicha pretensión y no podrá oponérsele la excepción del desistimiento de la pretensión a que refiere el inciso 9 del artículo 446 del CPC; b) que este desistimiento no requerirá ser controlado por la jurisdicción porque lo que se busca no es generar una sentencia infundada, con efecto de cosa juzgada, que operaría si este se hubiere interpuesto hasta antes de la sentencia de primera instancia (ver el artículo 342 del CPC); todo lo contrario, por la oportunidad en la que se realiza, esto es, luego de la sentencia, no podemos calificarlo ni atribuirle los efectos del citado artículo 344 del CPC, más aún, tampoco podemos recurrir a la figura de la renuncia que regula el inciso 4 del artículo 322 del CPC, pues la sentencia no le ha declarado ningún derecho, por omisión en el pronunciamiento del juez, por tanto, mal podría renunciar de un derecho que no ha sido declarado; por último, consideramos que la inoperancia del juez en atender las pretensiones formuladas no puede ser trasladada con efectos negativos para el actor.

Capítulo V ABANDONO

ABANDONO DEL PROCESO

ARTICULO 346

Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado.

Para el cómputo del plazo de abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda.

Para el mismo cómputo, no se toma en cuenta el periodo durante el cual el proceso hubiera estado paralizado por acuerdo de partes aprobado por el juez ().*

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 11, 89 inciso 1, 321 inciso 3, 416.</i>
<i>LEY 26887</i>	<i>arts. 139, 146.</i>
<i>LEY 27444</i>	<i>art. 191.</i>
<i>D. LEG. 823</i>	<i>art. 17.</i>
<i>LEY 27809</i>	<i>art. 136.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>arts. 204-210.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 346.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>arts. 310-318.</i>

Comentario

1. El abandono, conocido como caducidad de la instancia, supone el cese voluntario del trámite procesal durante los lapsos que la ley determina. La norma nos remite a los siguientes presupuestos para que opere el abandono. Uno de ellos es la permanencia del proceso en primera instancia. No contempla dicha permanencia en segunda o tercera instancia.

(*) Texto según el artículo único de la Ley N° 26691 de 30/11/1996.

Otro presupuesto para el abandono es la inactividad procesal absoluta, entendida esta como "la permanencia del proceso sin que se realice acto que lo impulse"; sin embargo, también configura el abandono si aun existiendo actividad esta no sea jurídicamente idónea para activar el proceso, como sería los supuestos de inoperancia que contempla la parte final del artículo 348 del Código. Véase el caso de pedir copias certificadas, variar de domicilio, cambiar de abogado, etc.

La inactividad tiene que ser medida a través de determinados plazos que la norma regula en cuatro meses.

Para el cómputo del plazo de abandono se deben considerar las siguientes reglas:

a. El proceso se inicia con la presentación de la demanda y no con la citación de esta (nótese que este último supuesto es importante para el cómputo de la interrupción de la prescripción a que hace referencia el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil).

b. Los plazos de caducidad corren durante los días inhábiles pero se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado por acuerdo de partes aprobado por el juez, como sería el caso de la suspensión convencional a que refiere el artículo 319 del Código o porque el juez lo haya dispuesto expresamente, como sería el caso del llamamiento por fraude a que refiere el artículo 106 del Código.

c. El plazo se computa desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución que tuviese por efecto impulsar el procedimiento.

d. El plazo se suspende cuando por razones de fuerza mayor o en virtud de cualquier otra causa, las partes se encuentran posibilitadas o inhabilitadas para activar la marcha del proceso; por citar, el fallecimiento de alguna de las partes o de sus apoderados, hasta tanto venza el plazo acordado a los herederos o al mandante para que comparezca al proceso, el extravío del expediente, siempre que se hayan practicado las diligencias necesarias para su búsqueda o recomposición.

La resolución que declare la extinción del proceso como consecuencia de las circunstancias anteriormente detalladas podrá ser apelada conforme lo refiere el artículo 353 del Código.

2. La declaración de abandono opera de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado. Aunque la norma no precise a qué tipo de parte se refiere, activa o pasiva, se dice que solo el demandado se encuentra facultado para pedir el abandono, porque el actor carecería de interés jurídico en provocar la extinción de un proceso que él mismo ha generado; sin embargo, hay posiciones contrarias que consideran factible su pedido como un medio de enmendar errores de hecho o de derecho en un nuevo proceso.

Nótese que la norma autoriza a solicitar el abandono a los terceros pero legitimados. Se descarta el pedido de abandono por quienes no revisten el carácter de partes.

3. Para el cómputo del abandono no se toma en cuenta el periodo durante el cual el proceso hubiera estado paralizado por acuerdo de partes aprobado por el juez, señala el artículo 346 del CPC. Como se aprecia de la citada norma, solo hace referencia a la suspensión convencional, sin embargo, nuestra legislación considera otras fuentes de suspensión del proceso, como la legal y judicial.

La caducidad de la instancia supone el abandono voluntario del trámite procesal durante los lapsos que la ley determina. Los plazos se suspenden cuando por razones de fuerza mayor o en virtud de cualquier otra causa, las partes se encuentran imposibilitadas o inhabilitadas para activar la marcha del proceso.

La inactividad procesal puede provenir —en algunos supuestos— de la suspensión del proceso. En este caso, para computar el plazo se descuenta el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes (señala el artículo 346 del CPC) o por disposición legal o judicial.

La suspensión comporta la extinción de los efectos del tiempo transcurrido mientras subsisten los hechos que la motivan, pero no priva de utilidad al lapso de inactividad anterior a esos hechos, el cual es nuevamente computable cuando estos desaparecen. El artículo 318 del CPC al referirse a la suspensión señala que “es la inutilización de un periodo de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal”.

A diferencia de lo que ocurre con la suspensión de plazos, la interrupción del abandono determina la ineficacia del tiempo transcurrido con anterioridad al acto que interrumpe y comienza a correr desde el momento en que dicho acto se verifica, un nuevo plazo de abandono, de la misma extensión.

Bajo esa lógica, constituyen actos que interrumpen el plazo de abandono toda petición de las partes o actuación judicial que tuviese por efecto impulsar el procedimiento. Esto es, todos aquellos que resulten particularmente idóneos para promover la marcha del proceso, es decir, para hacerlo avanzar de una u otra de las distintas etapas que lo integran. A manera de ejemplo se señalan que el traslado de la demanda, las actuaciones tendientes a obtener la integración de la litis o el pedido de nueva fecha para audiencia son actos que interrumpen el plazo del abandono; situación que no se contempla frente a un pedido de copias, apersonamiento de nuevo apoderado, designación de nuevo domicilio procesal, entre otros.

Interesa destacar que ciertas hipótesis de inactividad específica no responden a la conducta omisa de los sujetos procesales sino a otro tipo de contingencias que el artículo 349 del CPC ha regulado invocando la fuerza mayor. Por citar, en caso de producirse la muerte o incapacidad de la parte que actúa personalmente o

del poderdante. En este último supuesto, el juez suspende la tramitación del proceso por un plazo máximo de 30 días, mientras se designa representante o curador procesal (ver el artículo 79 del CPC).

4. La suspensión del proceso puede operar por diversas fuentes, una de ellas es la convencional. Las partes a lo largo del camino procesal cambian de opinión y deciden acordar la paralización del proceso dentro de un plazo. Según el artículo 319 del CPC, se permite que las partes puedan ponerse de acuerdo para suspender el proceso sea porque estén trabajando alguna solución extrajudicial del conflicto, que haría inútil la prosecución del procedimiento.

La suspensión del proceso puede operar también por mandato legal. Se trata de situaciones que la norma considera podrían hacer peligrar el éxito del proceso motivo por el cual es aconsejable la suspensión hasta que se pueda despejar tales inconvenientes o trabas, por citar, los casos del litisconsorcio necesario y las tercerías.

La ley no siempre ha podido prever todas las circunstancias en la que podría generar la suspensión del proceso. Es bajo este supuesto que ingresa a trabajar la discrecionalidad del juez, para justificar la suspensión como acto de necesidad para la eficacia del proceso.

A pesar de que el artículo 346 del CPC fija las reglas para el cómputo del plazo de abandono y solo toma como referencia a la suspensión convencional del proceso, invocamos la regla general de la suspensión del proceso o del acto procesal recogida en el artículo 318 del CPC, que implica la extinción de los efectos del tiempo transcurrido mientras subsisten los hechos que la motivan, pero no priva de utilidad al lapso de inactividad anterior a esos hechos, el cual es nuevamente computable cuando estos desaparecen.

Por tanto, estando el proceso suspendido, los plazos no se computan hasta el momento en que se disponga el levantamiento de la suspensión.

Desaparecida la causa de la suspensión, se reanuda el cómputo del plazo del abandono, adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente. La suspensión consagra una solución de continuidad en el tiempo. El efecto fundamental de la suspensión del proceso es detener el cómputo del abandono, el que continúa luego de levantada la suspensión y hasta completar el plazo previsto en la ley.



JURISPRUDENCIA

El abandono es una conclusión especial del proceso que extingue la relación procesal y que se produce después de un período de tiempo en virtud de la inactividad de las partes; y por ser una figura especial que pone fin al proceso, la declaración de ella solo está prevista en forma específica e inequívoca en la Ley Procesal (Cas. N° 4955-2007-La Libertad 24/01/2008).

Al haber señalado el artículo 346 del Código Procesal Civil el plazo de "cuatro meses" para que se produzca el abandono del proceso, resulta de aplicación también, en concordancia, la previsión que contiene el inciso 2 del artículo 183 del Código Civil, el cual establece que el plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial (...) siendo esto así, habiéndose producido la notificación a las partes de la resolución número cinco el día treinta de enero de dos mil siete, conforme es de verse de la cédula de notificación de fojas setenta y setenta y uno, el plazo de cuatro meses a que se refiere el artículo 346 del Código Procesal Civil se venció el día treinta de mayo del mismo año (Cas. N° 4955-2007-La Libertad- 24/01/2008).

*Es el principio de legalidad procesal el que gobierna el abandono, ya que el legislador al instituir la figura procesal en comentario, ha diseñado una regulación *numerus clausus* y no *numerus apertus*, es decir, prevé de forma cerrada los casos en que procede la declaración del abandono del proceso, no habiéndose previsto la figura citada en los casos de procesos de ejecución de garantías (Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044).*

El abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. Si no consta en el proceso la notificación a las partes, no procede declarar el abandono del proceso.

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC (Exp. N° 764-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 379).

Si a la fecha que se emite la resolución de abandono se encontraba pendiente la emisión del dictamen pericial, la demora no es imputable a las partes; por el contrario, el juez debió utilizar los apremios que la ley le franquea para evitar la demora (Exp. N° 16-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 386).

Si bien el artículo 346 del Código Procesal Civil dispone que para el cómputo del abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda, ello no significa que con posterioridad puedan existir situaciones procesales como la devolución de la cédula de notificación y la contestación de dicha omisión, que interrumpe el término del abandono, por el impulso procesal que se produce, con la nueva situación planteada (Cas. N° 118-94-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.21-A.22).

El artículo 346 de la Ley Procesal, sobre abandono del proceso, establece claramente que para el cómputo del plazo no se considera el periodo en el que el expediente estuvo paralizado por acuerdo de las partes aprobado por el juez; lo que implica necesariamente que ese plazo se reanuda, esto es, se vuelva a iniciar el cómputo para el abandono, desde la fecha en que cesan los efectos de dicha suspensión (Cas. N° 957-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 267, Agosto 1998, Trujillo-Perú, pp. A.11).

Se declara el abandono del proceso cuando este permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse (Exp. N° 550-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 178-179).

El abandono es una conclusión especial del proceso que extingue la relación procesal y que se produce después de un periodo de tiempo en virtud de la inactividad de las partes; y por ser una figura especial que pone fin al proceso, la declaración de ella solo está prevista en forma específica e inequívoca en la Ley Procesal (Casación N° 4955-2007-La Libertad, 24 de enero del 2008).

MEDIDAS CAUTELARES

ARTICULO 347

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara el abandono del proceso, quedan sin efecto las medidas cautelares, y se archiva el expediente.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 612.

Comentario

El abandono requiere de resolución judicial que la tenga por producida. Tiene carácter constitutivo y solo produce efectos hacia el futuro.

La resolución que declare la extinción del proceso como consecuencia del abandono podrá ser apelada conforme lo refiere el artículo 353 del Código.

Declarado el abandono y encontrándose firme la respectiva resolución corresponde disponer el archivo del expediente dejándose previamente sin efecto las medidas cautelares.

Este efecto se explica en el carácter instrumental de la medida cautelar, que nace al servicio del proceso definitivo. Ella está siempre subordinada a un fallo definitivo, aun cuando pueda preceder, en algunos casos, al proceso (ver el artículo 636 del CPC) porque se orienta, más que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia práctica de la sentencia; más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de esta.

La función del proceso cautelar no es independiente del proceso definitivo. Existe subordinación. No puede aparecer el proceso cautelar sin la existencia o supuesta existencia del proceso definitivo, por tanto, consecuencia lógica es aceptar que declarado el embargo, mediante resolución firme, se proceda a dejar sin efecto las medidas cautelares trabadas en el proceso concluido.

Especial situación genera el caso del abandono de la medida cautelar fuera de proceso. Ya no se trata de una medida cautelar que por obra del abandono del proceso principal se deja sin efecto, sino de una medida dictada y jamás ejecutada, fuera de proceso, se declara el abandono del proceso cautelar. Se parte del supuesto que con la intervención que permite el artículo 636 del CPC, se da inicio a la instancia sin proceso y por tanto, la instancia no puede estar abierta sin ningún límite de tiempo, a la espera de que la parte beneficiada con la medida decida

poner fin a ella mediante la ejecución de esta. Existen algunas posiciones en la actividad judicial que aplican el plazo de 4 meses a la caducidad de dicha instancia, bajo justificantes que el proceso cautelar es autónomo, y en atención a ello, resulta válido aplicarle las reglas de la caducidad que recoge el artículo 346 del CPC. Sobre el particular, léase la ejecutoria recaída en el Exp. N° 99-4842-2742 del 25 de octubre de 1999 en el caso seguido por Banco Contiental con Molino La Casta S.A. sobre medida cautelar fuera de proceso.

En conclusión, el artículo en comentario recoge el efecto de un hecho sobreviente a la decisión cautelar, como sería el caso del abandono, sin embargo, pueden ser calificados como sobrevivientes a la nulidad en el trámite cautelar, al desistimiento tanto de la pretensión como del proceso, a una sentencia adversa para el ejecutante y al cumplimiento de la obligación en debate.

NATURALEZA DEL ABANDONO

ARTICULO 348

El abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución.

No hay abandono si luego de transcurrido el plazo, el beneficiado con él realiza un acto de impulso procesal.

No se consideran actos de impulso procesal aquellos que no tienen por propósito activar el proceso, tales como la designación de nuevo domicilio, pedido de copias, apersonamiento de nuevo apoderado y otros análogos.

Comentario

Diversos autores al referirse al abandono o caducidad de la instancia, la justifican en la presunción de inactividad procesal prolongada y la necesidad de evitar duración indeterminada de los procesos judiciales. A través del abandono se busca la paz y la seguridad jurídica porque mantener la solución indefinida del conflicto motiva la discordia y la inseguridad.

El abandono puede ser declarado de oficio o a petición de parte, pero ella no se produce de pleno derecho. El abandono opera no desde el vencimiento del plazo sino a partir del momento en que el órgano judicial la declara, razón por la cual la resolución reviste carácter constitutivo. Se requiere una resolución judicial que la tenga por producida y solo produce efectos hacia el futuro.

No procede declarar la caducidad aun en el supuesto de que haya transcurrido el plazo legal, si el beneficiado con él realiza un acto idóneo para impulsar el proceso. Nótese que lo que opera aquí es la renuncia tácita al abandono, por parte del beneficiado por él. Esa renuncia se aprecia si este realiza un acto de impulso procesal en lugar de solicitar expresamente el abandono.

No se consideran actos de impulso procesal aquellos que no tienen por propósito activar el proceso. El Código enuncia en este sentido a la designación de nuevo domicilio, pedido de copias, apersonamiento de nuevo apoderado y otros análogos que podemos señalar como el pedido de desglose de un poder, el escrito que presenta una consignación, el diligenciamiento de medidas cautelares y en general peticiones inoperantes o extemporáneas al proceso. En sentido contrario podemos considerar actos que interrumpen el abandono el pedido de traslado de la demanda, el escrito que denuncia el domicilio de uno de los codemandados a fin de notificarle la demanda, las actuaciones tendientes a obtener la integración

de la litis, el pedido de nueva audiencia y fijación de esta, el escrito en el que se solicita la búsqueda del expediente extraviado, la denuncia de hechos nuevos, etc.

Un aspecto que destacar de este enunciado es la necesidad de un reconocimiento del tiempo sobre la inactividad en la instancia, de tal forma que si no existe dicho pronunciamiento, el abandono no puede generar efectos, de ahí que se considere a la resolución que declara el abandono meramente constitutiva, pues altera la relación jurídica procesal entablada, para extinguirla; en tanto no exista dicha declaración no podemos hablar técnicamente de abandono. Ahora bien, la situación procesal del abandono puede ser materia de renuncia por la parte beneficiada con ella. Dicha renuncia puede operar de manera expresa o tácita. La norma hace referencia a este último supuesto, al señalar que opera ella, "si luego de transcurrido el plazo, el beneficiado con él realiza un acto de impulso procesal"; de ahí que esta declaración expresa, que concluye el proceso, para que tenga efectos sobre las medidas cautelares dictadas en el proceso requiere de una "resolución" que se encuentre consentida o ejecutoriada (ver el artículo 347); en igual forma, para enervar los efectos de la interrupción del plazo de prescripción civil, también se requiere de la resolución judicial del abandono.

Para el cómputo del plazo del abandono se realiza por días naturales; este plazo de prescripción requiere que se interrumpa con la actividad que se realice en el proceso; la interrupción va a generar el cómputo de un nuevo plazo (4 meses), de ahí que el artículo señale que "el abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución". La interrupción al plazo de prescripción solo opera en primera instancia, a diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles que también operaba para la segunda instancia.

Dentro de los requisitos que se debe tener en cuenta para que se declare el abandono es que esté la instancia en giro, no el proceso, pues lo que caduca es la instancia. El proceso es la suma de instancias, dos instancias en el caso del proceso civil (artículo X del TP del CPC); la inactividad que genera el abandono del proceso solo será la que se realice en la primera instancia, en tanto ella esté en giro. La instancia se inicia con la presentación de la demanda y culmina con el llamado de autos para sentenciar, de ahí que los incisos 1, 4 y 5 del artículo 350 del CPC regulen la improcedencia del abandono bajo dicho supuestos.

Otro requisito a contemplar es el tipo de actividad realizada en el proceso; no cualquier actividad interrumpe el plazo de prescripción, sino actividad calificada al impulso del proceso; en tal sentido, un pedido de cesión de derechos, no es una actividad calificada al impulso del proceso, ni el pedido de copias certificadas, ni la designación de apoderado, entre otros; esto significa que si en los cuatro meses del plazo de prescripción, la actividad que se ha realizado, sea la descrita líneas arriba, no se puede decir que hay interrupción de la prescripción, todo lo contrario, hay inactividad calificada al impulso procesal, que debe conllevar al abandono del proceso.

El otro aspecto que se requiere para que opere el abandono es que exista una declaración judicial que reconozca dicha situación generada producto de la inactividad generalizada en el proceso. Como ya se ha señalado líneas arriba, si no existe dicha declaración, no genera efectos el abandono. Debe precisarse que dicha declaración opera de oficio o a pedido de parte.

Hay que tener en cuenta que el abandono no se contrapone al impulso de oficio, que asume el juez como un deber procesal, pues este deber cesa hasta cuando el acto procesal que se tenga que generar en el proceso supere las posibilidades de acción del juez. Véase el caso de la designación de la dirección domiciliaria en el caso de los litisconsortes necesarios (artículo 95 del CPC) o en el diligenciamiento de la publicación de edictos, u otros actos que son imputables a las partes, por ello, el inciso 5 del artículo 350 del CPC se ubica en este supuesto y declara expresamente que no cabe el abandono cuando la paralización es imputable al juez o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los auxiliares judiciales, al Ministerio Público u otra autoridad o funcionario público que deba cumplir con el acto procesal requerido.

En la casuística encontramos los siguientes pronunciamientos para la reflexión en torno al abandono procesal. El primero hace referencia “cuando la medida cautelar se encuentra en trámite, no se puede declarar el abandono del proceso, aun cuando el expediente principal se encuentre paralizado por más de cuatro meses” (**Cas. N° 544-2003-Lima, publicada en *El Peruano* del 1 de diciembre de 2003, p. 11118**). Como se aprecia de dicha casación, la actividad no necesariamente puede realizarse en el proceso principal sino en el cautelar para que interrumpa el plazo de prescripción; el segundo caso, refiere al abandono de la medida cautelar fuera de proceso. Aquí la inactividad se da a la instancia, pues no hay proceso. En el **Exp. N° 99-4842-2742**, la Sala Superior Civil de Lima para procesos ejecutivos, con fecha 25 octubre de 1999, señaló: “cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a pedido de parte; advirtiéndose que la actuación a realizarse dependía exclusivamente de la parte recurrente, contribuyendo su omisión a la pereza o inacción procesal se confirma la resolución apelada que declara el abandono”.



JURISPRUDENCIA

El artículo 350 CPC señala los casos en que no procede el abandono; especificando en el inciso 5 que no procede declarar el abandono en los procesos en que se encuentra pendiente una resolución, y la demora en dictarla no fuera imputable a las partes; por ende, si bien es cierto la declaración de abandono del proceso se debió a que el último acto procesal de la demandante consistió en la solicitud de otorgamiento de poder, dicho pedido no puede considerarse acto de impulso procesal, pues su propósito no es el de activar el proceso, como así lo dispone el artículo 348 del mismo Cuerpo Normativo (Cas. N° 5297-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 03/04/2008).

El instituto del abandono opera cuando el justiciable activo abandona el proceso sin impulsarlo o promover actuación alguna por escrito durante plazo determinado, contado el plazo desde la notificación de la última resolución o desde la última diligencia realizada en el proceso, conforme lo establece el artículo 346 del Código Procesal Civil; por lo tanto, la perención o el abandono es una sanción al litigante moroso, y responde a un principio de economía procesal y de certeza jurídica para impulsar el proceso (Cas. N° 5297-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 03/04/2008).

El artículo 348 del mismo Código Procesal determina que el abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución; que de acuerdo con lo previsto en el artículo 147 del Código acotado, los plazos deben computarse desde el día siguiente de notificada cada resolución, por cuanto estos son perentorios; lo cual significa que el plazo se empieza a contar el día siguiente de la fecha en que se produce la notificación, siendo diferente a la fecha en que se produce su vencimiento. Habiéndose producido la notificación a las partes de la resolución número cinco el día 30 de enero de 2007, conforme es de verse de la cédulas de notificación, el plazo de cuatro meses a que se refiere el artículo 346 del Código Procesal Civil se venció el día 30 de mayo del mismo año (Cas. N° 4955-2007-La Libertad, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 24/01/2008).

El abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. Si no consta en el proceso la notificación a las partes, no procede declarar el abandono del proceso.

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC (Exp. N° 764-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 379).

La renuncia del abandono solo puede hacerla el beneficiado con esta sanción al realizar un acto de impulso procesal. Si la parte demandada no cumplió con formular su pedido de declaración de abandono oportunamente, mostrando así desinterés en los efectos del mismo, toda vez que el hecho que el juzgador pueda declarar de oficio el abandono del proceso, constituye tan solo una facultad que la norma procesal le otorga, sin que por ello se encuentre obligado a proceder de dicho modo (Exp. N° 769-2002, Tercera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 506).

PARALIZACIÓN QUE NO PRODUCE ABANDONO

ARTICULO 349

No opera el abandono cuando la paralización del proceso se debe a causas de fuerza mayor y que los litigantes no hubieran podido superar con los medios procesales a su alcance.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 317.

Comentario

El abandono supone la paralización voluntaria del trámite procesal durante el plazo de cuatro meses que fija el Código, sin embargo, este plazo se suspende cuando por razones de fuerza mayor o en virtud de cualquier otra causa, las partes se encuentran imposibilitadas o inhabilitadas para activar la marcha del proceso; por citar, el fallecimiento de alguna de las partes o de sus apoderados, hasta tanto venza el plazo acordado a los herederos o al mandante para que comparezca al proceso, el extravío del expediente, siempre que se hayan practicado las diligencias necesarias para su búsqueda o reconstrucción.

La suspensión comporta la extinción de los efectos del tiempo transcurrido mientras subsisten los hechos que la motivan, pero no priva de utilidad al lapso de inactividad anterior a esos hechos, el cual es nuevamente computable cuando estos desaparecen.

Otro aspecto de resaltar es la justificación de la fuerza mayor para que no opere el abandono. Nótese que la redacción de la norma no hace referencia al caso fortuito. Se aprecia en la teoría que los hechos naturales se atribuyen al caso fortuito y la fuerza mayor a hechos humanos. Se dice que lo fortuito es lo que proviene del azar o casualidad, que es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y cuyas causas se ignoran; en cambio, la fuerza mayor alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar, sin embargo, distinguir ambos conceptos no es la tendencia del Derecho moderno pues el efecto es idéntico en ambas, como es evitar el abandono como consecuencia de la inactividad procesal, de ahí que bajo una enunciación genérica de estas justificaciones podemos decir que el hecho imprevisible o inevitable, ajeno a la voluntad de los sujetos del proceso, impide totalmente la declaración de abandono.

Para que opere la fuerza mayor es necesario que se den algunos elementos constitutivos al respecto, como el hecho imprevisible, inevitable, actual, sobreviniente e insuperable para la actividad procesal.

Se califica de imprevisible cuando el hecho supere la aptitud normal de previsión que sea dable exigir a los sujetos del proceso, esto es, que hayan actuado empleando todas las precauciones ordinarias, por citar, el arrebato y destrucción por terceras personas, del expediente de poder de la auxiliar judicial mientras ejecutaba un mandato judicial; por otro lado, el hecho inevitable se refiere a la impotencia de los sujetos para impedir la ocurrencia del evento, como es el caso de la huelga ilegal de trabajadores del Poder Judicial, la sustracción –con armas de fuego– de las pruebas almacenadas en la bóveda de seguridad del juzgado; que la paralización no se relacione con un hecho imputable a las partes, véase en el caso de la imposibilidad de tomar la declaración de una de ellas por haber quedado inconsciente por varios meses, como consecuencia de un accidente de tránsito; que los hechos sean sobrevivientes al inicio de la instancia y antes de que los autos se encuentren para sentenciar; por último, que el obstáculo se configure en una verdadera imposibilidad para generar actividad procesal y no se pueda superar con los medios procesales ordinarios.



JURISPRUDENCIA

No opera el plazo del abandono si el proceso está suspendido, pues los plazos no se computan hasta el momento que se disponga el levantamiento de la suspensión.

La suspensión es la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización del acto procesal (Exp. N° 1575-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 424).

IMPROCEDENCIA DEL ABANDONO

ARTICULO 350

No hay abandono:

- 1. En los procesos que se encuentran en ejecución de sentencia;*
- 2. En los procesos no contenciosos;*
- 3. En los procesos en que se contiendan pretensiones imprescriptibles;*
- 4. En los procesos que se encuentran para sentencia, salvo que estuviera pendiente actuación cuya realización dependiera de una parte. En este caso, el plazo se cuenta desde notificada la resolución que la dispuso;*
- 5. En los procesos que se encuentran pendientes de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al juez, o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los auxiliares jurisdiccionales o al Ministerio Público o a otra autoridad o funcionario público que deba cumplir un acto procesal requerido por el juez; y,*
- 6. En los procesos que la ley señale.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. II, 50 inciso 1.

Comentario

1. Para que opere el abandono, la inactividad debe ser continuada durante los plazos que la ley establece, por consiguiente, cualquier petición formulada por las partes, resolución del órgano o actuado de este —como de sus auxiliares— que resulte adecuada para impulsar el desarrollo del proceso y que se verifique con anterioridad al vencimiento de los plazos pertinentes tiene por efecto la interrupción de la caducidad y determina la iniciación del curso de un nuevo plazo de igual dimensión, quedando de tal suerte neutralizado el tiempo transcurrido con anterioridad.

La inactividad procesal no genera el abandono para todos los procesos en general sino en los llamados de declaración voluntaria o no contenciosos.

Tampoco afecta a los que se encuentran en ejecución de sentencia porque la sentencia soluciona el conflicto que motivó la pretensión procesal y hace desaparecer fundamentalmente la inseguridad y la discordia provocadas por la indefinición de aquel.

Otro supuesto que regula la norma para la improcedencia del abandono se refiere a los procesos que tienen objeto pretensiones indisponibles como las relativas a la capacidad de las personas, por citar. Tampoco procede cuando se trate de pretensiones imprescriptibles, como los procesos de otorgamiento de escritura y la petición de herencia, por citar. En las pretensiones de alimentos, el derecho alimentario se tutela en razón de un interés social y de un interés familiar. Como de los alimentos depende la supervivencia del sujeto, en tanto este no pueda valerse por sí mismo, determina que el derecho sea imprescriptible. Cuando la norma procesal hace referencia a que no procede el abandono en los procesos que contiendan pretensiones imprescriptibles, debemos entender que no opera la prescripción al derecho a percibir los alimentos pero sí a la pensión fijada (inciso 4 artículo 2001 del CC). El hecho de que la inactividad –en los procesos de alimentos– no permita el abandono, no exime que se recurra a otros mecanismos para sancionar la infracción de los deberes o el incumplimiento de las cargas procesales. En ese sentido, la inasistencia reiterada de las partes a la audiencia de pruebas que requiera actuación, constituye argumento para la conclusión del proceso por alimentos, sin declaración de fondo, situación que no operaría en los casos del juzgamiento anticipado.

En relación a los incisos 4 y 5 diremos que en el proceso se instituye un sistema de impulso procesal mixto, en cuya virtud el principio de impulso oficial funciona en forma concurrente con el impulso de parte. Por tanto, sin perjuicio de las facultades conferidas al órgano judicial, la parte que da vida a un proceso debe asumir la carga de su desenvolvimiento y decisión porque de lo contrario expone a la otra parte a la pérdida de tiempo y dinero que implica una actividad indefinida y abierta e impone a los órganos judiciales una actitud de incierta expectativa con respecto a los deberes que les conciernen.

El hecho de que se encuentre paralizado el proceso no implica necesariamente inactividad procesal, si el proceso está pendiente de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al órgano judicial. En tal hipótesis cesa de regir provisionalmente el principio de impulso de parte. Véase ello, en el caso de la emplazada que absuelve el traslado de la demanda, sin interponer excepciones ni defensas previas, por tanto, el saneamiento procesal que corresponde realizar –a continuación– es un deber del juez, quien de oficio debe practicarlo; sin embargo, la demora en su pronunciamiento es una causa imputable al órgano jurisdiccional que no justifica se declare el abandono⁽⁶²⁾.

Otro supuesto sobre inactividad procesal aparece en el caso que la paralización operase en el proceso principal, mas no el cautelar. Sobre el particular la

(62) Léase en ese sentido la Casación provisional N° 030-1993-Lima, publicada en *El Peruano*, el 01 de marzo de 2004.

Casación N° 544-2003-Lima, de fecha 9 de julio de 2003 señala que “el cuaderno cautelar se encuentra vinculado directamente al proceso principal; por ello, cuando la medida cautelar se encuentra en trámite, no se puede declarar el abandono del proceso, aun cuando el expediente principal se encuentre paralizado por más de cuatro meses; que al haberse declarado el abandono del proceso principal, sin tener a la vista el cuaderno cautelar, que podía impedir el abandono, por encontrarse en trámite, se ha incurrido en la causal de nulidad”. Diferente es el caso que recoge el artículo 636 del CPC, cuando la inactividad proviene del propio proceso cautelar, sin que se hubiere dado inicio al proceso principal. En este extremo existen pronunciamientos que declaran el abandono del proceso cautelar, como el recaído en el caso Banco Continental con Molino La Casta S.A. sobre medida cautelar fuera de proceso: “habiendo transcurrido más de cuatro meses, sin que la parte demandante haya diligenciado los partes para la inscripción del inmueble materia del embargo, ni presentado escrito alguno a fin de impulsarlo se ordena el abandono y conclusión del proceso”⁽⁶³⁾. Si bien el proceso se inicia con la demanda, y conjuntamente con ella se da inicio a la instancia; sin embargo, no siempre la instancia se inicia con el proceso sino que puede subsistir antes de ella, como es el caso de las diligencias preliminares (prueba anticipada) y las medidas cautelares fuera de proceso; por otro lado, nótese que el abandono opera con la instancia y no con el proceso, esto significa que agotada la instancia (solo la primera) luego de ella no hay oportunidad de invocar el abandono por más paralización que hubiere por inactividad procesal.

2. Según Adolfo Parry⁽⁶⁴⁾, el interés público exige que los pleitos abandonados por quienes lo promueven, no perduren y se hallen indefinidamente pendientes, manteniendo la inquietud en las familias a quienes afectan. Es necesario restituir a ellas, el reposo y la tranquilidad, poniendo término después de un lapso, a esa perturbación constante, motivada por la presencia de una contienda judicial siempre abierta

Cuando un litigante ha dejado paralizada largo tiempo la acción que ha deducido, demuestra negligencia o mala fe, no debe protegerse dichas actitudes y cerrar los pleitos; sin embargo, hay situaciones que no permiten la conclusión del proceso pese a la inactividad, como es el caso de los procesos que contengan pretensiones imprescriptibles, situación regulada en el inciso 3 del artículo 350 del Código Procesal. La pretensión alimentaria se ubica precisamente en ese sentido, de tal manera que no cabe declarar el abandono procesal en ellas.

(63) Ver Expediente N° 1999-4842-46, Juzgado Civil de Lima, y resolución emitida por la Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Expediente N° 99-4842-2742 del 25 de octubre de 1999.

(64) PARRY, Adolfo. *Perención de la instancia*, 3ª ed., Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 21.

El objeto de discusión no puede desligarse de su naturaleza jurídica, pues solo así podremos colegir si estamos ante la discusión de derechos imprescriptibles y el tratamiento que ello genera a partir de la inactividad procesal.

Una de las características que se puede asignar al derecho alimentario es el referido al orden público. Ello resulta no solo del fundamento de la solidaridad familiar, pues en materia alimentaria no solo los parientes y cónyuges se hallan interesados, sino toda la comunidad social; de ahí las prohibiciones, de ceder, renunciar, vender, embargar, compensar, transar la prestación alimentaria. Tales prohibiciones encuentran su sustento en el orden público, por tanto, podemos decir que el derecho alimentario se tutela en razón de un interés social y de un interés familiar.

El derecho alimentario familiar no tutela un derecho patrimonial del alimentado, sino que se trata directa y fundamentalmente de un interés de orden superior, donde predomina el concepto del deber que, a su vez, da una especial significación al concepto de obligación moral hecha coactiva.

En relación a los caracteres del derecho de alimentos, el artículo 487 del Código Civil señala "el derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable".

En ese sentido, podemos decir que no se puede someter el proceso de alimentos a las reglas del abandono sin que surjan situaciones implicantes, como aquella de acarrear, teóricamente, la extinción del derecho (ver el artículo 351 del CPC), lo cual resulta incompatible con la propia índole de la institución y su regulación jurídica que señala que la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista".

Frente a ello, señala Cornejo Chávez⁽⁶⁵⁾ una interpretación correcta de las normas pertinentes hecha a la luz de la doctrina, del propio texto de la ley y de la jurisprudencia suprema, debe conducirnos a afirmar que todos los caracteres antedichos que califican el derecho alimentario –personal, imprescriptible, irrenunciable, incompensable, intransigible, inembargable, revisable y recíproco– están presentes en el Código Nacional.

Nótese que se habla del derecho a los alimentos y no de la pensión de alimentos. Sobre ellos hay que hacer particular diferencia, pues a esta última sí es oponible la prescripción. Basta revisar el inciso 4 del artículo 2001 para apreciar el plazo de prescripción aplicable a la que proviene de pensión alimenticia. En relación a las cuotas o pensiones vencidas, sujetas a un plazo de prescripción, existe el criterio en la doctrina de aplicar el plazo para la prescripción de la acción personal,

(65) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 577.

contados desde la sentencia firme. Si esto fuera así, otro sería el resultado del cómputo, pues la acción personal prescribe a los diez años, frente a los dos años que se le fija a la que proviene de pensión alimenticia.

En relación a los otros mecanismos que pueden concurrir al proceso para concluirlo por inacción de las partes, podemos señalar a la figura que regula la última parte del artículo 203 del CPC, referida a la incomparecencia de las partes a la audiencia de pruebas. Su omisión a comparecer a los actos del proceso lleva como correlato la conclusión de este. A pesar de que el caso se refiere a una pretensión de alimentos, tramitado bajo las reglas del proceso único, resulta aplicable supletoriamente (conforme disposición expresa del artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes) lo dispuesto por la última parte del artículo 203 del Código Procesal Civil.

Debemos precisar que si bien el proceso se concluye por inactividad de las partes, el abandono recae sobre la inactividad generalizada que provoca la paralización del proceso, en cambio, si la inactividad es a un acto específico, como es, la comparecencia a la audiencia de pruebas, aquí dicha inasistencia va a generar la conclusión del proceso, pero **no por abandono sino por imperio del inciso 8 del artículo 321 del CPC**, que dispone la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, en los casos previstos en las disposiciones legales, como es el enunciado del artículo 203 del CPC. En relación al inciso 5 de la norma, aparece la Casación N° 030-2003-Lima, publicada en *El Peruano*, 1 de marzo de 2004, en el que se establece que si el recurrente no presentó un nuevo escrito, no es atribuible a su inacción la demora en el trámite del proceso, pues al estar este último en la etapa de saneamiento, el juez debió continuar con su tramitación. La Sala Suprema indica que, si bien el último escrito presentado fue la contestación de la demanda, el proceso se encontraba en una etapa que exigía al juez continuar con su tramitación. En este sentido, al haber cumplido la emplazada con absolver el traslado de la demanda sin deducir excepciones ni defensas previas, correspondía al juez sanear el proceso en virtud del principio de preclusión procesal. En consecuencia, la Sala Suprema entiende que la demora e inacción producidas en el proceso son atribuibles al juzgador y no a las partes procesales.

Otro supuesto que acoge el artículo en comentario para justificar la improcedencia del abandono se ubica en los casos en que expresamente la ley niega el abandono (ver inciso 6), a pesar de la inactividad generalizada. Un ejemplo de ello encontramos en los procesos tramitados bajo el amparo de la Ley de Violencia Familiar, N° 26260, modificada por la Ley N° 27982, que expresamente señala que no cabe el abandono en dichos procesos.



JURISPRUDENCIA

La sala superior citó a las partes a audiencia de saneamiento procesal y conciliación, acto procesal que tuvo su inicio el 26 de mayo de 2006, donde se admitieron las pruebas relacionadas a las excepciones propuestas, luego de lo cual la sala reservó pronunciamiento sobre las excepciones por el término de cinco días; habiendo desestimado las excepciones mediante resolución del 28 de agosto de 2006, luego de lo cual la sala no continuó con la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, conforme lo ordenaba el artículo 493 antes citado; siendo ello así la continuación del trámite del proceso dependía exclusivamente de la voluntad de la sala, pues debió citar a las partes para continuar con la diligencia iniciada; estando a lo expuesto, se ha configurado lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 350 del Código Procesal Civil y por ende no procede declarar el abandono del proceso (*Apelación N° 2501-2007-Arequipa, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 11/03/2008*).

Luego de efectuada la solicitud de entrega del extracto de la resolución admisoría, el juez dispuso, entre otros, notificar a los demandados por edictos observándose el plazo previsto en el artículo 492 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de nombrarseles curador procesal y que para tal efecto se publique en el diario oficial El Peruano y en el Diario de Avisos Judiciales, un extracto de la resolución admisoría y de la dictada por el término de tres días hábiles con intervalo de tres días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del Código Procesal Civil; empero, luego de notificada dicha resolución a la recurrente, no se observa acto de impulso procesal, esto es que en el supuesto caso de no haberse facilitado los extractos de la resolución admisoría, se haya presentado nueva solicitud o requerimiento, alegando tal situación recién al apelar la resolución que declara el abandono del proceso; más aún cuando desde la fecha en que se notificó la resolución, el 5 de julio de 2006 a la fecha en que se emite la resolución que declara el abandono, el 16 de mayo de 2007, transcurrió en exceso el plazo de cuatro meses previsto en el artículo 346 del citado Código Adjetivo (*Cas. N° 1075-2008-Piura, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 18/04/2008*).

Es de exclusiva responsabilidad de los apelantes solicitar al juez el abandono, si a su criterio, el proceso había caído en dicho estado. Al no pedirlo queda manifestada su aquiescencia con la continuación del proceso.

Es improcedente el abandono si la causa de la paralización no dependió de las partes sino de una actividad que la ley impone al juzgado comisionado (*Exp. N° 222-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 427*).

Al solicitar el recurrente se emita sentencia, corta el plazo del abandono, pues constituye un acto de impulso del proceso (*Exp. N° 2081-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 425*).

En los procesos que se encuentren en ejecución de sentencia no procede la declaración de abandono, lo cual es lógico, en la medida en que contiene la sentencia la declaración de los derechos sustanciales, poniéndose fin al conflicto de intereses a la incertidumbre jurídica suscitada entre las partes del litigio, por consiguiente, desaparece en la ejecución de la sentencia el impulso procesal que al vigor del principio dispositivo las partes están normalmente obligadas (*Cas. N° 962-97-Lambayeque, El Peruano, 17/11/98, p. 2044*).

Para amparar la solicitud de abandono del proceso el juzgador no solo debe limitarse a la verificación del plazo de paralización del proceso, sino también a lo que es materia de contienda, para los efectos de establecer si se encuentra incurso en alguna de las causales de improcedencia; por lo que no procede amparar un pedido de abandono de un proceso de

reivindicación, debido a que la naturaleza de esta pretensión es imprescriptible (Cas. N° 756-99-Cusco, El Peruano, 19/10/99, p. 3779).

La resolución que tiene por apersonado al sucesor procesal y dispone el traslado a la parte demandada, impulsa el desarrollo del proceso, motivo por el cual no cabe declarar el abandono del proceso (Exp. N° 10928-4332-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 439-440).

No procede el abandono cuando el proceso se encuentra pendiente de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al juez, o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los auxiliares jurisdiccionales u a otra autoridad que deba cumplir un acto procesal requerido por el juez.

Si el juzgado se reservó el derecho de resolver las excepciones propuestas dentro del plazo de cinco días y este no expidió la resolución respectiva, no procede declarar el abandono (Exp. N° 572-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 440-441).

No hay abandono en los procesos que contengan pretensiones imprescriptibles.

El otorgamiento de escritura pública corresponde a una pretensión de naturaleza imprescriptible, desde que en estos procesos se debate la formalización de la compraventa (Exp. N° 29374-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 441-442).

Si por el estado de la causa, le corresponde al juez de oficio expedir resolución para la continuación del proceso y este omite dicho impulso, no procede declarar el abandono del proceso porque la paralización de este no ha sido por responsabilidad de las partes sino del juez (Exp. N° 3964-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 390).

Es nula la resolución que declara el abandono de la instancia en la contienda sobre petición de herencia, por ser esta imprescriptible.

Según el inciso 3 del artículo 350 del CPC, no hay abandono en los procesos en que se contengan pretensiones imprescriptibles (Exp. N° 100-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 391).

No resulta procedente concretar el abandono si resulta imputable la demora al auxiliar de justicia y al juez que conoce de la causa (Exp. N° 962-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 176-178).

Las demandas sobre declaración judicial de herederos y petición de herencia son imprescriptibles, por tanto no procede el abandono en los procesos que contengan este tipo de pretensiones (Exp. N° N-130-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 378).

Es nulo el auto que declara el abandono de un proceso donde se ventila la división y partición de un bien inmueble, porque es una acción imprescriptible (Exp. N° 3566-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 387).

No hay abandono en los procesos cuya continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley impone a los auxiliares jurisdiccionales. El perito constituye un órgano de auxilio judicial y como tal resulta ser un auxiliar jurisdiccional (Exp. N° 2291-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 388).

No hay abandono cuando la continuación del trámite se suspende exclusivamente por la actividad negligente del auxiliar judicial (Exp. N° 1107-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 120-121).

No hay abandono, entre otras circunstancias en los procesos que se encuentren pendientes de resolución y la demora en dictarla fuera imputable al juez, o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los auxiliares jurisdiccionales que deban cumplir (Exp. N° 1441-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 238-239).

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

Notificado al ejecutado el mandato de ejecución, el juez debe impulsar de oficio el proceso, ordenando el remate de la prenda minera o la suspensión del proceso (Exp. N° 162-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 271).

Aun no encontrándose establecido expresamente que exista derogación manifiesta de las normas sobre privilegios procesales a favor del Estado, sus dependencias o las empresas públicas o privadas con participación económica mayoritaria, dichos privilegios quedan tácitamente derogados por norma procesal, por lo tanto, el Estado permanece sin ningún privilegio en el proceso civil, aun cuando existe una norma vigente que declara que no existe abandono en los procesos en que el Estado es parte demandante, entendiéndose ese abandono como un eventual privilegio procesal (Cas. N° 1049-98-Loreto, El Peruano, 14/06/2000, p. 5487).

La recepción por el abogado del demandante del edicto mandado publicar por el juzgado, no configura acto que impulse el proceso, pues no tiene como fin activar el mismo, sino únicamente cumplir con lo ordenado por el juzgado (Exp. N° 207-02, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 504).

La inasistencia en la actuación de una prueba que genere un gasto mayor a la parte actora afecta al principio del derecho a la tutela jurisdiccional. Si por un lado existe ya una pericia grafotécnica en otro proceso y por otro lado, la parte ha solicitado expresamente se prescinda de la prueba ordenada en este, debe desestimarse el abandono y conclusión del proceso decretado (Exp. N° 1621-02, Sexta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 505).

Si el juez admite la demanda en vía sumarísima y corre traslado por el término de ley, bajo apercibimiento de declarársele rebelde, no puede luego declarar el abandono procesal por inactividad, si el juez no ha hecho efectivo el apercibimiento decretado. No procede el abandono porque tal hecho es imputable al juez de la causa (Exp. N° 1666-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 508).

En los procesos sobre otorgamiento de escritura no procede el abandono, pues la finalidad de esta institución es sancionar la inactividad del litigante impidiéndole reiniciar el proceso en el plazo que estipula la ley y en caso de reincidencia la extinción del derecho pretendido. El abandono resulta inaplicable para la formalización de la transferencia, pues constituye el ejercicio que confiere el derecho de propiedad (Exp. N° 1238-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 509).

EFFECTOS DEL ABANDONO DEL PROCESO

ARTICULO 351

El abandono pone fin al proceso sin afectar la pretensión. Sin embargo, su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año, contado a partir de la notificación del auto que lo declare. Asimismo, restituye las cosas al estado que tenían antes de la demanda.

Si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiera lugar.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 416.

Comentario

1. El abandono es una forma de concluir el proceso sin declaración de fondo, según lo regulado en el inciso 3 del artículo 321 del Código, esto es, concluye el proceso sin extinguir el conflicto. Esto permite que la misma pretensión pueda ser discutida en nuevo proceso, luego de un año de la notificación del auto que declara el abandono.

Tampoco perjudica las pruebas producidas, las que podrán hacerse valer en el nuevo proceso, en atención al principio de economía procesal.

En el mismo sentido que el desistimiento del proceso, el abandono no afecta al derecho material invocado en la pretensión, el que queda incólume y puede ser alegado en un proceso posterior. El abandono extingue la pretensión y el proceso, pero tal circunstancia no obsta para la interposición de la misma pretensión en un nuevo proceso.

2. Como señala el Código, uno de los efectos que genera el abandono es restituir las cosas al estado que tenían antes de la demanda. Bajo esa línea, uno de dichos efectos es el levantamiento de las medidas cautelares trabadas en el proceso concluido. Nótese que la declaración de abandono requiere de una resolución judicial que la tenga por producida. La resolución declarativa de caducidad reviste carácter constitutivo y solo produce efectos hacia el futuro.

La norma regula el supuesto del abandono reiterado entre las mismas partes y por la misma pretensión. Bajo ese supuesto, el derecho pretendido se extingue, lo que implica una renuncia –por inacción del demandante– al derecho que sustenta su pretensión, situación que se regula en inciso 5 del artículo 322 del Código, como una forma de concluir el proceso con declaración de fondo.

La coincidencia en la conclusión tanto del proceso como del conflicto permite que los títulos del demandante se cancelen en atención a la extinción del derecho acaecido.

Conforme señala la norma, la declaración de abandono impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año, contado a partir de la notificación del auto que lo declare. En efecto, mediante Casación N° 1240-2002-Ica del 27 de setiembre de 2002, publicada en *El Peruano* el 3 de febrero de 2003 se ha establecido que no habiendo transcurrido ni un año desde que fuera declarado en abandono el proceso sobre resolución de contrato de compraventa en el que se ha demandado acumulativamente la misma pretensión indemnizatoria que hoy se reclama, la norma procesal no hace alusión alguna a la calidad con la que la pretensión que se demanda nuevamente deba ser incoada, esto es, si es subordinada, alternativa o accesoria, ni tampoco discrimina que tal acumulación resulte improcedente.

3. Mediante la **Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ**, publicada en *El Peruano* el 1 de noviembre de 2007, se establece que el juez al declarar el abandono del proceso, en los casos que así proceda; de conformidad con las normas del capítulo V, título XI de la sección tercera del CPC y de conformidad con lo establecido en la segunda parte del artículo 416 del CPC, el juez estará obligado a condenar al demandante al pago de los costos del proceso, que hará efectivo antes de que el expediente sea remitido al archivo de la Corte Superior de Justicia.



JURISPRUDENCIA

Si la pretensión de ejecución de garantías, en otro proceso, ha concluido por abandono, es improcedente la demanda que se interpone sin transcurrir el plazo que señala el artículo 351 del CPC. En la ejecución de garantías, la pretensión que se demanda no es la venta del bien gravado, sino el pago de la obligación contraída, bajo apercibimiento de proceder al remate de dicho bien (Exp. N° 57528-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 426).

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

LAS PRUEBAS EN EL PROCESO ABANDONADO

ARTICULO 352

Las pruebas actuadas en un proceso extinguido por abandono son válidas y pueden ser ofrecidas en otro proceso.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 198.

Comentario

1. El abandono no perjudica las pruebas producidas en dicho proceso. Todas las pruebas producidas en el proceso paralizado pueden utilizarse sin restricción en el nuevo proceso que se inicie. Su fundamento es la economía procesal.

2. La norma es coherente con lo regulado en el artículo 198 del CPC que hace referencia a la "prueba trasladada". Es aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada —a un nuevo proceso— en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo.

La eficacia de la prueba producida en otro expediente judicial se mide en atención a si este ha sido tramitado entre las mismas partes o entre un tercero y una de ellas. En el primer caso, asumiremos que tiene plena eficacia si ambos litigantes han tenido la oportunidad de ejercer su control con las garantías del debido proceso legal.

La exigencia de la bilateralidad no es un problema de forma de la prueba sino de garantía del contradictorio. Este criterio no es absoluto para nuestro Código pues permite la incorporación de pruebas actuadas en otro proceso sin conocimiento de la parte contra quien se invocan, para lo cual, la norma exige que el juez puede prescindir de la bilateralidad por decisión motivada, tal como señala la última parte del artículo 198 del CPC.

En relación a la prueba producida en otro expediente no seguido entre las mismas partes, sino entre un tercero y una de ellas, contra quien se la pretende oponer, diremos que es eficaz, siempre y cuando haya sido citado y tenido la oportunidad de intervenir. Cuando se ofrece como medio probatorio un expediente fenecido, debe acreditarse su existencia con documento, señala el artículo 240 del CPC.

RECURSOS

ARTÍCULO 353

La resolución que declara el abandono es apelable con efecto suspensivo. El recurso solo puede estar fundamentado en la existencia de un error de cómputo, o en causas de fuerza mayor. La resolución que desestima un pedido de abandono es apelable sin efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 368 inciso 1, 371.

Comentario

1. El artículo regula los efectos de la apelación con relación al abandono y lo hace en concordancia con el artículo 371 del Código al disponer que la apelación contra el auto que declara el abandono se otorgue con efecto suspensivo; ello es atendible porque con el abandono se pone fin al proceso (ver el inciso 3 del artículo 321 del CPC); en cambio, si se desestima el pedido del abandono solo será concedida la apelación sin efecto suspensivo, dejando al pronunciamiento del juez sobre el carácter diferido de esta, el mismo que —conforme señala el artículo 372 del CPC—, cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida. En este caso la eficacia de la resolución impugnada se mantiene.

Por otro lado, la apelación debe justificarse en dos supuestos: error en el cómputo del plazo que señala el artículo 346 del Código o en causas de fuerza mayor.

En cuanto al primer supuesto, debe considerarse lo siguiente para el cómputo del plazo de abandono: el proceso se inicia con la presentación de la demanda y no con la citación de esta; los plazos de caducidad correrán durante los días inhábiles pero se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado por acuerdo de partes o porque el juez lo haya dispuesto; y el plazo se computa desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución que tuviese por efecto impulsar el procedimiento.

Las razones de fuerza mayor operan cuando las partes se encuentran imposibilitadas o inhabilitadas para activar la marcha del proceso por haber acaecido algún acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse. A manera de ejemplo podemos señalar el fallecimiento de alguna de las partes, el extravío del expediente, el incendio, terremoto o guerra que afecte el desarrollo del proceso.

**JURISPRUDENCIA**

Para el cómputo del abandono no se consideran los actos que no tienen por propósito activar el proceso, tales como, designación de nuevo domicilio, pedido de copias, apersonamiento de apoderado y otros análogos (Exp. N° 61934-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 389).

ABANDONO Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

ARTÍCULO 154

Declarado el abandono, la prescripción interrumpida por el emplazamiento sigue transcurriendo, tal como si la interrupción no se hubiese producido.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 438.

Comentario

Uno de los efectos civiles que genera la declaración del abandono es la ineficacia de la interrupción de la prescripción.

La interrupción de la prescripción consiste en la aparición de una causa que produce el efecto de inutilizar, para los efectos del cómputo de la prescripción, el tiempo transcurrido hasta entonces.

Las causas de interrupción las regula el artículo 1996 del Código Civil, destacando entre ellas, el inciso 3 que refiere a la citación judicial del deudor. Adviértase que no se refiere a la interposición de la demanda sino a la citación de esta, esto es, con el emplazamiento a este.

El abandono del proceso constituye una de las causas de ineficacia de la interrupción de la prescripción que se encuentra regulado en el inciso 3 del artículo 1997 del Código Civil.

La ineficacia de la interrupción se produce cuando atendiendo a las características de las causales interruptivas, por circunstancias que señala la ley (ver el artículo 1997 del CC) la interrupción queda sin efecto, generando que la prescripción se compute desde su inicio como si no hubiera existido la interrupción.

El presente artículo al referirse a este efecto señala: "la prescripción interrumpida por el emplazamiento sigue transcurriendo, tal como si la interrupción no se hubiese producido".

TÍTULO XII

MEDIOS IMPUGNATORIOS

Capítulo I DISPOSICIONES GENERALES

MEDIOS IMPUGNATORIOS

ARTÍCULO 355

Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 inciso 20.
C.P.C.	arts. X, 58, 357.
C.N.A.	art. 178.
LEY 26636	art. 50.
LEY 27444	arts. 206 a 218.
D.S. 017-93-JUS	arts. 11, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 323.
C.P.C.M. Iberoamérica	arts. 211, 212

Comentario

En el proceso, los medios de impugnación son correctivos que se invocan para eliminar vicios e irregularidades de los actos procesales, a fin de perfeccionar la búsqueda de la justicia. Estos medios no surgen por voluntad del juez, sino por obra exclusiva de las partes, en ejercicio del principio dispositivo que acompaña al proceso civil, a tal punto que las partes pueden convenir la renuncia a la impugnación (ver el artículo 361 del CPC). No solo busca reclamar contra los vicios del proceso sino una mejor manera de lograr la correcta aplicación del Derecho, para lograr en definitiva la paz.

Los actos del proceso tienen una finalidad y se desarrollan conforme a reglas predeterminadas. El incumplimiento de las formas y en especial el de los fines, origina la actividad impugnativa para corregir esos errores o defectos. En el campo del proceso, se puede ejercitar la actividad de impugnación a través de la vía recursiva, de los remedios y por una pretensión autónoma de nulidad. Los remedios están destinados para atacar toda suerte de actos procesales, salvo aquellos que estén contenidos en resoluciones, véase el caso del pedido de nulidad respecto de la realización de un acto de notificación. No ataca una resolución sino un acto procesal, la notificación. En cambio, los recursos, a diferencia de los remedios, se utilizan con exclusividad para atacar a los actos procesales contenidos en las resoluciones.

Los recursos son actos procesales de la parte que se estima agraviada por una resolución del juez, por lo que acude al mismo o a otro superior, pidiendo que revoque o anule, el o los actos gravosos, siguiendo un procedimiento para ello.

Según Vescovi⁽⁶⁶⁾ se trata de previsiones sanatorias o correctivas. Cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido hacen valer un poder de impugnación. Ese poder emana del derecho de acción. Se trata de un derecho abstracto, que no está condicionado a la existencia real del defecto o la injusticia. No interesa que quien recurre tenga un derecho concreto; basta que invoque su poder para que se le permita ejercer la actividad impugnativa, aunque luego, como sucede con la acción, se le deniegue el derecho. Aquí la resolución la tiene en definitiva el juzgador, la parte se limita a una acusación. Entre la acción y el medio impugnativo existe una relación del todo a la parte.

Por otro lado, la norma hace referencia a las partes y a los terceros como sujetos legitimados para interponer los medios de impugnación. En atención a ello, opera el principio de personalidad que significa que la impugnación se da en la medida que una parte la plantea y con respecto a ella y no a otros sujetos procesales.

El poder de impugnación no solo resulta limitado sino la facultad revisiva del órgano competente, pues solo se pronunciará en relación a los agravios invocados por la parte que impugna.

Los medios de impugnación tienen su fundamento en los principios del contradictorio y del derecho constitucional de defensa. Existe un derecho subjetivo de recurrir contra las decisiones desfavorables. Estos medios se orientan a satisfacer dos objetivos; lograr por razones de seguridad jurídica, la más rápida conclusión

(66) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 13.

de los procesos; y asegurar que las sentencias sean justas. Véscovi⁽⁶⁷⁾ señala que "las decisiones judiciales como producto que son de la inteligencia y del conocimiento humano no pueden presumirse sin más, exentas de errores o de deficiencias, el legislador debe buscar un punto de equilibrio en virtud del cual abra la posibilidad que tales irregularidades encuentren remedio a través de la concesión de recursos, pero reglamentados en forma tal que no conspiren contra una razonable celeridad del proceso".

Frente a la posibilidad de ejercer medios de impugnación concurren criterios adversos a esa permanencia, en especial, trabajados en la experiencia española para quienes la tutela judicial efectiva no se concreta en la posibilidad del recurso, salvo en materia penal. Señala una jurisprudencia constitucional que recoge González⁽⁶⁸⁾ lo siguiente: "no se puede encontrar en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su inadmisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos".

"El principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos y que es distinto el enjuiciamiento que puedan percibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 294/1994)"⁽⁶⁹⁾.



JURISPRUDENCIA

El abogado requiere de poder otorgado por el interesado para interponer recursos impugnatorios como el de queja. Para el otorgamiento del aludido poder no se requiere de formalidad alguna, bastando que el interesado con un escrito exprese estar instruido de la delegación que otorga y de sus alcances, según el artículo 80 del CPC.

No es de observancia lo dispuesto por el artículo 290 de la LOPJ modificada por Ley Nº 26624, pues las normas del CPC se aplican preferentemente respecto de la LOPJ (Exp. Nº N-291-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 289-290).

(67) VÉSCOVI, Enrique. Op. cit., p. 33.

(68) Sentencia citada por GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 311.

(69) *Ibíd.*

La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable lo que importa que solo pueda ser presentado por el agraviado con la resolución.

El abogado sin poder especial, no está facultado para impugnar una resolución (Exp. N° 453-94-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 552-553).

Mediante los medios impugnatorios se puede lograr la anulación o revocatoria total o parcial de actos procesales presuntamente afectados por vicio o error. Solo procede la apelación de resoluciones y no de la ejecución de sus efectos (Exp. N° N-593-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 385-386).

La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Debe declararse improcedente la apelación interpuesta por el abogado a quien no se le ha otorgado facultades para interponerla (Exp. N° 18-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 86-87).

CLASES DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

ARTICULO 356

Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios solo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro de tercer día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta.

Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de esta, se subsane el vicio o error alegado.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 355.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 213.

Comentario

1. La actividad impugnatoria se puede ejercer a través de la vía recursiva, de los remedios y de la pretensión autónoma de nulidad.

El recurso se distingue de la pretensión autónoma en la posibilidad de este último de dar lugar a nuevo proceso, como sucede en el caso de la revisión por fraude (ver el artículo 178 del CPC). En este caso nos encontramos con una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que es atacada por un medio impugnativo diferente al recursivo, que se llama acción revocatoria o revisión por fraude.

A diferencia de la pretensión autónoma, la impugnación a través de recursos se desarrolla en el mismo proceso, el cual se compone de diversas etapas. Se trata de las mismas pretensiones originales, las mismas partes, el mismo objeto del proceso; situación que no se da en el caso de las acciones impugnativas autónomas, en el que sí se entabla un nuevo proceso.

En la legislación procesal alemana el concepto de recurso se circunscribe a aquellos casos en los cuales se persigue someter una resolución judicial a un nuevo examen por parte del superior jerárquico al que la dictó, denominándose remedios, a las impugnaciones encaminadas a obtener que el propio órgano decisor modifique o enmiende la resolución impugnada.

Los remedios son para nuestro Código Procesal medios de impugnación que se formulan por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones, por citar, véase el caso del cuestionamiento a la formalidad del acto de notificación o el cuestionamiento a la ejecución de un embargo en forma depósito. Se conoce además como medio impugnativo a la oposición. Ella aparece como un incidente que puede ser provocado por una providencia que dispone determinada actividad con citación, siempre que corresponda plantear una actividad impugnativa en el proceso y no se está frente a una sentencia. Véase sobre el particular, la oposición que recoge el artículo 298 del CPC en el procedimiento de la prueba anticipada.

2. Los recursos son medios de impugnación de los actos procesales. La parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiera, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación. El recurso es el medio de impugnación más importante; podemos decir que la impugnación es el género y el recurso la especie.

Palacio⁽⁷⁰⁾ señala que recursos son aquellos actos procesales en cuya virtud quien se considera agraviado por una resolución judicial pide, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos, computados desde la notificación de aquella, que un órgano superior en grado tal que la dictó, o en su caso este mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule.

Los recursos pueden clasificarse en ordinarios y extraordinarios; los primeros son aquellos que la ley prevé con el objeto de reparar genéricamente la extensa gama de defectos que puede exhibir las resoluciones judiciales y que fundamentalmente consisten en errores de juzgamiento derivados de una desacertada aplicación de la ley o de la valoración de la prueba (*errores in iudicando*) o en vicios producidos por la inobservancia de los requisitos procesales que condicionan la validez de la correspondiente resolución y en irregularidades concernientes al procedimiento que precedió a su dictado (*errores in procedendo*). El recurso ordinario opera al interior del proceso, tanto por la facilidad con que es admitido como por el mayor poder, que se atribuye al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo. Son considerados recursos ordinarios los siguientes: aclaratoria, reposición, apelación, nulidad y queja por denegatoria de apelación.

Los recursos extraordinarios son aquellos cuya admisibilidad se halla supeditada a la concurrencia de motivos o causales específicamente establecidos por ley. Las facultades del órgano para resolverlos están limitadas al conocimiento de determinados aspectos de la resolución impugnada. Se descarta toda posibilidad

(70) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 29.

de realizar actos de prueba. La casación es una expresión de este tipo de recursos. Estos aparecen de modo más excepcional y limitado, tanto porque exigen para su interposición motivos determinados y concretos como por cuanto el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa sino solo sobre aquellos sectores de ella que por la índole del recurso se establezca particularmente.

Algunos trabajos consideran como recurso extraordinario al de revisión. Si bien en nuestro Código tenemos regulado este, en el artículo 178 del CPC (revisión por fraude), debemos considerar en este caso que la actividad impugnatoria no se ejerce a través de recursos sino de una pretensión autónoma de revocación.



JURISPRUDENCIA

Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones.

No procede formular oposición contra una resolución, pues contra ella únicamente cabe interponer el recurso de apelación (Exp. N° 649-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 382).

Los recursos impugnatorios pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella (Exp. N° 189-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 261-263).

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

ARTICULO 357

Los medios impugnatorios se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario. También se atenderá a la formalidad y plazos previstos en este Código para cada uno.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 355, 387, 402, 403.
D.S. 017-93-JUS arts. 288 inciso 10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 325, 326.

Comentario

1. Medio impugnatorio es el acto procesal mediante el cual, la parte en el proceso o quien tenga legitimación para actuar en él, pide que se subsanen los errores que lo perjudican cometidos por una decisión judicial.

Para la admisibilidad de los medios impugnatorios debe apreciarse la necesidad de certeza para lograr –en definitiva– la paz; esto hace que se establezca límites para la revisibilidad de los actos. Estos límites se van a expresar en la formalidad y la oportunidad en la que se invoquen.

2. La impugnación está sujeta a diversas formalidades, tanto respecto del acto impugnativo en sí, como al plazo en que se deduce y algún otro requisito que requieren leyes especiales.

Para Véscovi⁽⁷¹⁾, las reglas de la impugnación no son sacramentales, al contrario, se sienta el principio que si resulta clara la deducción de la impugnación, se debe tener por bien cumplido el acto, aun cuando la parte equivoque el medio utilizado. En la doctrina es conocido como el principio de la canjeabilidad o fungibilidad del recurso, en virtud del cual si se interpone uno, queriendo oponer otro, debe admitirse este último, si corresponde, sustituyendo el usado por equivocación por la parte; salvo mala fe, error grosero o insuperable. Por supuesto, que la

(71) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 44.

aceptación del recurso debido, en lugar del erróneamente introducido, está sujeta al cumplimiento de los demás presupuestos de aquel, tales como el cumplimiento del plazo, etc.

En el arbitraje, como medio de garantizar la seriedad del uso de ciertos medios impugnativos, como los recursos de apelación o anulación de laudos arbitrales, requieren de algún requisito financiero, tal como un depósito en garantía o una fianza con el mismo fin (ver los artículos 65 y 72 de la LGA). Supeditar los medios procesales y la utilización del proceso a las exigencias económicas significa un principio de desigualdad, haciendo imposible el uso de ellos a quienes carecen de recursos. En el proceso civil, la exigencia de una tasa judicial constituye también otra de las formalidades a satisfacer para la procedencia de los recursos de apelación y casación. Si bien frente a la imposibilidad de los litigantes de poder asumir el costo de dichas tasas, se ha regulado el auxilio judicial, ello no deja de ser un elemento determinante para la admisibilidad de los recursos, más aún si muchos de ellos han sido objeto de rechazo por no ajustarse el contenido del monto de la tasa a la exigencia de la tarifa legal del cuadro de aranceles. A raíz de la modificación del artículo 367 del CPC (ver la Ley N° 27703), hoy se opta por otorgar un plazo no mayor de cinco días al litigante a fin de que reintegre el saldo restante de la tasa de apelación.

3. El plazo es otro de los requisitos objetivos para la admisibilidad de la apelación. Existe un plazo para cada medio de impugnación, el mismo que es perentorio, esto es, si se interpone fuera de él, carecerá de valor.

Los plazos se regulan conforme a dos principios, el de igualdad y uniformidad. Cuando nos referimos al primero evocamos el principio de igualdad ante la ley, por tanto, las partes deben tener las mismas posibilidades para recurrir. El plazo debe ser idéntico para todos y corre para cada uno, a partir de la notificación. El segundo principio busca uniformizar los plazos de interposición de las impugnaciones, para la mejor utilización de los medios y las mayores garantías para las partes.

De lo expresado líneas arriba en relación a lo perentorio del plazo para interponer medios de impugnación señalamos que a pesar de que el órgano judicial erróneamente concediera un recurso extemporáneo y la otra parte pretendiera convalidar dicha decisión con su silencio, ello vulnera el orden público, porque las partes estarían modificando los plazos legales para la interposición de los recursos. Los medios de impugnación, no pueden modificarse ni por el consentimiento de las partes, ni aun por la resolución del juez que concede un recurso indebido.

Otro aspecto a resaltar en relación a la oportunidad de la interposición del medio impugnatorio, es el que se interpone antes de la notificación del acto que se impugna. Un sector de la doctrina considera que no es incorrecto que la impugnación se presente antes de la notificación, si la parte tuvo ya conocimiento del acto.

Se entiende que representa exceso de formalismo rechazar el recurso por esa razón.

4. Otro elemento que recoge el artículo es el referente a la interposición del acto de impugnación. Estos se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario, como es el caso del recurso de queja que regula el artículo 403 del CPC, el que se interpone ante el superior del que denegó la apelación o la concedió en efecto distinto al pedido.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

ARTICULO 358

El impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva. El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 402.

Comentario

1. El acto procesal de impugnación es formal y consiste en la manifestación de voluntad de la parte o de terceros legitimados para que se revoque o anule el acto irregular e injusto. Las impugnaciones están sujetas al principio general de la iniciativa de parte, no opera de oficio, sino en virtud del pedido de la persona interesada. Este acto se divide en dos partes: la manifestación de voluntad y sus fundamentos o motivos. Con el derogado Código de 1912 la impugnación se podía expresar en dos etapas, la primera, con el simple acto de impugnar, que se limitaba a recurrir sin expresión de causa y luego, la segunda, complementaba con su fundamentación o sustentación expresando los motivos. Con la vigencia del Código Procesal del 93 se conjuga en un solo acto, en el que necesariamente al apelar se debe formular el agravio ante el que dictó el acto impugnado.

2. Uno de los presupuestos que se contempla para la procedencia de los recursos es que el impugnante precise el agravio. El agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral que contiene la resolución impugnada. El recurso dado para reparar los agravios es la apelación. Entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio. No se concede el recurso si no hay perjuicio, por más que exista error. Este debe ser determinante para el fallo, pues el simple error no justifica la impugnación sino el agravio que ese error genera.

Para Véscovi⁽⁷²⁾ se trata que el acto impugnado, desmejore o contradiga la expectativa de la parte en relación a la pretensión deducida en ese proceso. Esto implica que tampoco podrá recurrir quien ha sido favorecido por la sentencia en

(72) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 41.

su totalidad, invocando discrepancia con algún fundamento jurídico del fallo. Lo que interesa es el resultado concreto del acto, sus efectos prácticos respecto del derecho invocado y la situación jurídica concreta del interesado.

Señala Liebman⁽⁷³⁾, "si bien no se puede negar la existencia de un interés general en la anulación o en la reforma de las sentencias viciadas; la ley, sin embargo, condiciona su satisfacción al interés y a la iniciativa de la parte, que se consideran determinantes: si la parte vencida no reacciona y no impugna, quiere decir que la sentencia no aparece viciada a los ojos de la persona directamente interesada, o por lo menos que su vicio no es considerado tan grave como para justificar la prolongación de la lite. Y esto es lo que basta para que, aun desde el punto de vista del interés público, prevalezca la oportunidad de poner fin al proceso".

3. El impugnante debe fundamentar su pedido en el acto procesal en que lo interpone. No basta la declaración de impugnación; se requiere agregar los motivos o fundamentos de aquella. Su ausencia funciona como un requisito de inadmisibilidad.

En algunos sistemas, los fundamentos o motivos tienen autonomía de la declaración de impugnación y se expresan en un momento diferente, posterior y generalmente, ante el juez superior, mientras que el acto impugnativo se ha presentado ante el juez de primera instancia.

Estos fundamentos deben referirse al acto impugnado, para ser coherente con el perjuicio que invoca la parte para que su impugnación prospere. Tampoco pueden aceptarse como fundamentos los que señalen una discrepancia con una parte de los considerandos que no tengan ninguna incidencia sobre el fallo.

4. Otro de los presupuestos para la procedencia de los medios impugnatorios se orienta a precisar el vicio o error que lo motiva. Estos vicios suelen dividirse doctrinariamente en vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*. Según Liebman⁽⁷⁴⁾ en la sentencia se distinguen dos actos, la declaración, y su contenido, la decisión. El acto es inválido si existe un vicio en la actividad del juez (*error in procedendo*); en cambio el acto es injusto cuando existe error en el juicio (*error in iudicando*). Para Couture, esta distinción entre los citados errores conlleva a la consecuencia natural de considerar al *error in iudicando* como sentencia injusta promovida por el agravio de esta; y la sentencia que es fruto de *error in procedendo* constituye lo que se conoce con el nombre de nulidad.

Los primeros se conocen como los vicios de forma o de actividad, son las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso.

(73) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 449.

(74) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 445.

Este tipo de errores provoca la nulidad, la que conduce a la anulación del acto de infracción y como efecto secundario, que el proceso se retrotraiga desde que se cometió el error en adelante. Son errores *in procedendo* aquellos en que incurre el juez al cumplir las actividades de su oficio, ya sea en el curso del procedimiento, ya sea en la formación de la sentencia, cuando no observe las normas que regulan las formas y modalidades de su actuación; son defectos de construcción de la sentencia. Sobre el particular véase el siguiente caso⁽⁷⁵⁾: "Se demanda tres pretensiones: la nulidad del acto jurídico, la nulidad de la escritura pública de hipoteca y la indemnización; sin embargo, el juez no se pronuncia sobre cada una de las pretensiones de la demandante, motivo por el cual se incurre en nulidad al momento de expedir la sentencia (ver los incisos 2 y 4 del artículo 122 del CPC), por lo que se declara la nulidad de la sentencia, ordenando que el juez emita nuevo pronunciamiento".

En cuanto a los vicios *in iudicando* estos operan para denunciar sentencias injustas, pues se alega error sobre el fondo por aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable, o en la errónea aplicación de ella. Este vicio genera la corrección directa del error por el órgano revisor, para lo cual, revoca la decisión que provoca el agravio y coloca otra en su lugar. Los errores *in iudicando* son aquellos que pueden surgir por la decisión sobre el fondo de la demanda, para acogerla o rechazarla. Véase por ejemplo el siguiente caso resuelto en la Sala Civil⁽⁷⁶⁾: "si el demandante señala que el demandado ingresó y usó el inmueble de litis en atención al grado de familiaridad, lo que le permitió quedarse en dicho inmueble, configura el derecho de uso y habitación establecido por el propio demandante a favor de los demandados, instituto previsto por los artículos 1026 y 1027 del CC, el mismo que carece de plazo determinado por no haberse fijado este; que la posesión precaria tiene como nota distintiva la ausencia de título o el fenecimiento del mismo, entendido este como la causa que genera el derecho a poseer, de modo que existe posesión precaria cuando se trata de una posesión sin derecho o de mala fe; que en el caso de autos no representa tal figura, toda vez que conforme se ha señalado existe un derecho de uso y habitación, sin plazo determinado, el cual constituye el título de la demanda, situación que no hace viable la demanda, sin perjuicio que la demandante pueda ejercitar su derecho mediante el inicio de la acción correspondiente a fin de recuperar la posesión que alega haber conferido; por estas razones, la Sala revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda, reformándola a declarar infundada".

5. La última parte del artículo hace referencia al principio de legalidad que subsume al de adecuación de los medios impugnativos o recursos, según el cual,

(75) El caso citado aparece publicado en LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. T.5, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 359.

(76) El caso citado aparece publicado en LEDESMA, Marianella. *Op. cit.*, p.158.

para cada resolución hay un recurso especial. Los recursos son de orden público y no pueden modificarse ni por el consentimiento de las partes ni aun por la resolución del juez que concede un recurso indebido.



JURISPRUDENCIA

Los actos impugnatorios tienen requisitos de fondo y forma que deben ser cumplidos por la parte que los intenta (Exp. N° 771-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 380).

El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna. Contra la resolución procede únicamente el recurso de apelación, no pudiéndose sustituir por la articulación de nulidad que solo cabe contra el orden del procedimiento (Exp. N° 683-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 381).

INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS

ARTICULO 359

El incumplimiento de alguno de los requisitos determina la declaración de inadmisibilidad o de improcedencia del medio impugnatorio, mediante resolución debidamente fundamentada. Esta resolución solo es recurrible en queja en los casos del artículo 401.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

D.S. 017-93-JUS

arts. 50 inciso 6, 401.

arts. 288 inciso 10, 290.

Comentario

La impugnación es un acto procesal que puede ser declarado inadmisibile o improcedente si carece de forma o es defectuosa. Según la regla que contiene el artículo 128 del CPC: "El juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo".

Los medios impugnatorios son admisibles si se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario. También se atenderá a la formalidad y plazos previstos en este Código para cada uno; caso contrario, se declara su inadmisibilidad, señala el artículo 357 del CPC.

Con respecto al plazo de la impugnación diremos que constituye uno de los requisitos objetivos para la procedencia de la apelación. Existe un plazo para cada medio de impugnación, el mismo que es perentorio, esto es, si se interpone fuera de él, carecerá de valor.

Los plazos se regulan conforme a dos principios, el de igualdad y uniformidad. Con el principio de igualdad ante la ley, las partes deben tener las mismas posibilidades para recurrir. El plazo debe ser idéntico para todos y corre para cada uno, a partir de la notificación. El principio de uniformidad busca que todos los plazos de interposición de las impugnaciones sean uniformes, para la mejor utilización de los medios y las mayores garantías para las partes.

De lo expresado líneas arriba en relación a lo perentorio del plazo para interponer medios de impugnación señalamos que a pesar de que el órgano judicial erróneamente concediera un recurso extemporáneo y la otra parte pretendiera

convalidar dicha decisión con su silencio, ello vulnera el orden público, porque las partes estarían modificando los plazos legales para la interposición de los recursos. Los medios de impugnación no pueden modificarse ni por el consentimiento de las partes, ni aun por la resolución del juez que concede un recurso indebido. Esto nos lleva a decir que el plazo constituye un requisito de fondo del acto impugnatorio, de tal forma que su omisión justifica la improcedencia de este.

Otro de los presupuestos que se contempla para la procedencia de los recursos impugnatorios es la expresión del agravio. Este es un presupuesto tanto del recurso ordinario como extraordinario. No se concede el recurso si no hay perjuicio o el error no ha sido determinante para el fallo.

El impugnante debe fundamentar su pedido en el acto procesal en que lo interpone. No basta la declaración de impugnación; se requiere agregar los motivos o fundamentos de aquella. Su ausencia funciona como un requisito de fondo, esto es, la improcedencia.

Para la procedencia de los medios impugnatorios se debe precisar el vicio o error que la motiva. Estos vicios suelen dividirse doctrinariamente en vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*.

Los primeros se conocen como los vicios de forma o de actividad, son las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso. Este tipo de errores provocan la nulidad, la que conduce a la anulación del acto de infracción y como efecto secundario, que el proceso se retrotraiga desde que se cometió el error en adelante.

En cuanto a los vicios *in iudicando* estos operan para denunciar sentencias injustas, pues se alega error sobre el fondo por aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable, o en la errónea aplicación de ella. Este vicio genera la corrección directa del error por el órgano revisor, para lo cual, revoca la decisión que provoca el agravio y coloca otra en su lugar.

Otro supuesto que afecta la procedencia del medio impugnatorio recoge la última parte del artículo 358 del CPC, referida al principio de legalidad, que subsume al de adecuación de los medios impugnativos o recursos, según el cual, para cada resolución hay un recurso especial. Los recursos son de orden público y no pueden modificarse ni por el consentimiento de las partes ni aun por la resolución del juez que concede un recurso indebido.

Dentro de los supuestos de inadmisibilidad del recurso ubicamos a la ausencia del pago de la tasa judicial, de la firma del letrado, entre otros. Según el artículo 367 del CPC, la apelación se interpone dentro del plazo legal ante el juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa respectiva cuando esta fuera exigida.

**JURISPRUDENCIA**

La interposición de medios impugnatorios se encuentra regida por rigurosos requisitos de formalidad. Ante el incumplimiento de alguno de tales requisitos, el ordenamiento civil adjetivo no prevé subsanación desde que al ser el acto impugnatorio voluntario, constituye una carga de la parte el observar diligentemente las exigencias procesales. La falta de presentación del recibo de tasa judicial o el pago del valor diminuto por tal concepto da lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso, sin posibilidad de subsanación, por cuanto lo contrario implicaría una alteración de los plazos en que este debe ejercitarse, el cual por su propia naturaleza perentoria, caduca de manera automática (Exp. N° 132-2002, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 520).

El declarar inadmisibile cualquier recurso impugnatorio por falta de tasa judicial sin dar un plazo razonable para la subsanación, resulta un acto inconstitucional porque priva del derecho a la defensa, el derecho de acceso a los tribunales, a la instancia plural que forman parte del principio constitucional del debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene categoría de derecho fundamental (Exp. N° 911-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 530).

PROHIBICIÓN DE DOBLE RECURSO

ARTÍCULO 360

Está prohibido a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución.

CONCORDANCIA:

LEY 27444

art. 214.

Comentario

Los recursos se interponen contra las resoluciones judiciales conteniendo una declaración expresa de voluntad por parte del interesado, exteriorizada a través del acto de interposición. Esta impugnación está sujeta al ejercicio de determinados principios como el de la singularidad del recurso, que significa que en cada caso corresponde un recurso y no puede ser interpuesto sino uno por vez.

Este principio es consecuencia del sistema de legalidad de recursos que señala que los medios impugnativos deben estar determinados por ley y cuando corresponde uno, normalmente no se admite el otro. Opera aquí la adecuación de los medios impugnativos porque para cada resolución hay un recurso especial; sin embargo se exceptúa por texto expreso de la ley, el caso de la nulidad y la apelación. El artículo 382 del CPC señala: "el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada".

Bajo este contexto encontramos el siguiente caso: Se constata que la Sala Civil Superior impone a Indecopi una multa de dos Unidades de Referencia Procesal y sin perjuicio de ello, requiere a la citada entidad presente el expediente administrativo materia del proceso contencioso-administrativo; Indecopi plantea la nulidad de la mencionada resolución y asimismo, accesoriamente, fórmula apelación contra la misma resolución. La sala concluye por desestimar por improcedente la nulidad, señalando que la referida entidad es parte directa en el presente juicio y que por lo tanto, no resultaba necesario cursarle oficio para el cumplimiento de los mandatos recaídos en los presentes autos; y además desestima por improcedente la apelación formulada, precisándose que la imposición de la multa resulta inimpugnable y que aplicando extensivamente lo previsto en el artículo 422 del Código Procesal Civil, en el presente caso no se cuestiona el valor de la Unidad de Referencia Procesal.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema llega a la conclusión de que la entidad impugnante utilizó dos recursos (nulidad y apelación) contra una misma resolución, lo que se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento procesal civil, tal como lo prevé el artículo 360 del Código Procesal Civil (**Queja 337-2008-Lima, del 12 /03/2008**).



JURISPRUDENCIA

No es posible amparar la apelación de una resolución cuando la nulidad deducida fue desestimada, pues el artículo 360 del CPC establece la prohibición de la parte de interponer doble recurso contra una misma resolución (Exp. N° 61058-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 396).

Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo, siendo de aplicación a este proceso, sin excepción alguna, las reglas de procedimiento que consigna nuestro ordenamiento procesal. Habiéndose concedido recurso de apelación el juez no puede declarar la sustracción respecto de la resolución apelada. Está prohibido el doble recurso contra una misma resolución (Exp. N° 576-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 514).

RENUNCIA A RECURRIR

ARTICULO 361

Durante el transcurso del proceso, las partes pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin. Esta renuncia será admisible siempre que el derecho que sustenta la pretensión discutida sea renunciable y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. V.
C.P.C.	arts. 355, 365.

Comentario

El artículo en comentario regula la renuncia no a los efectos de un acto procesal ya ejecutado sino la renuncia a una facultad procesal que se tiene que dar antes de la realización del acto.

Nótese la diferencia entre desistirse del acto y desistirse de la facultad. En el primer caso, el desistimiento del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto (ver el artículo 342 del CPC); implica el abdicar a una actuación que ha comenzado a producirse. Por citar, en el desistimiento del recurso de apelación a pesar de que el acto procesal ya se ha realizado se renuncia a los efectos que le pudiere producir. El artículo 343 del CPC señala que si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión; situación diversa es la que regula el presente artículo pues implica renunciar a una facultad procesal que se da antes de la realización del acto.

Por otro lado debe advertirse que estos actos de disposición que hacen las partes a la facultad de recurrir, necesariamente deben ser aprobados o controlados por el juez para verificar que dicha renuncia no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa porque la facultad de las partes tiene zonas donde no puede operar, como los llamados derechos indisponibles, por tanto, no cabría admitir renuncia a la facultad de recurrir en los procesos de disolución de vínculo conyugal por más que sea el convenio de ambos cónyuges.

Véscovi⁽⁷⁷⁾, no considera válidos los convenios entre las partes que renuncian anticipadamente a dicha facultad, por ejemplo, que se diga en un contrato que el deudor renuncia a los recursos; sin embargo, para dicho autor es válida la renuncia al recurso ya interpuesto, lo que se realiza como un medio del desistimiento. Véscovi hace referencia al fenómeno de la deserción, que consiste en el abandono de la vía impugnativa iniciada, dejando de cumplir alguno de los requisitos posteriores que la ley exige, luego de presentada la impugnación. La renuncia tácita del recurso es la perención, caducidad, abandono de instancia, que deja firme la sentencia impugnada.

Por otro lado adviértase de la redacción del propio artículo que solo es admisible la renuncia anticipada a la facultad de interponer recurso de apelación, siempre que aquella afecte a ambas partes, porque si una de ellas conservara la correspondiente facultad resultaría quebrantado el principio de igualdad.

En relación a la posibilidad de renunciar a los recursos extraordinarios se aprecia opiniones que consideran válida la posibilidad de la renuncia, siempre que contenga la conformidad de las partes, sin embargo, Véscovi⁽⁷⁸⁾ no comparte dicha solución porque considera que en el recurso de casación son de aplicación los principios generales; señala: "los recursos, como el resto de las formas procesales, no son renunciables de antemano, salvo ley expresa que así lo autorice. Lo que sí se puede hacer es una renuncia, sea expresa o tácita, cuando el derecho al recurso ha nacido y la parte desea renunciarlo. Es decir, dentro del proceso y cuando ya le corre el plazo, pero no anticipadamente".

(77) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 53.

(78) VÉSCOVI, Enrique. *Op. cit.*, p. 227.

Capítulo II REPOSICIÓN

PROCEDENCIA

ARTÍCULO 362

El recurso de reposición procede contra los decretos a fin de que el juez los revoque.

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 121 párr. 1, 358.</i>
<i>LEY 26572</i>	<i>art. 58.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 51.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 288 inciso 10, 290.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>art. 215.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 348.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>arts. 238, 239.</i>

Comentario

El recurso de reposición o llamado de revocatoria es un medio de impugnación que busca obtener del mismo órgano e instancia que dictó la resolución, la subsanación de los agravios que aquella pudo haber inferido. El juez tiene la facultad de ordenar la reposición porque dichas providencias no pasan en autoridad de cosa juzgada, lo que hace que el propio juez modifique las resoluciones, siempre y cuando no haya operado la preclusión, esto es, no haga volver hacia atrás el proceso.

La competencia para conocer del recurso de reposición corresponde al mismo órgano judicial que dictó la resolución impugnada. Nótese que la redacción del Código hace referencia a la intervención del juez para la revocatoria, dejando de lado la posibilidad de que sea la sala civil la que pueda hacerlo, cuando estas intervienen como primera instancia. Véase el caso de las pretensiones de reconocimiento de sentencias extranjeras, responsabilidad civil de los jueces, recurso de anulación de laudos arbitrales, entre otros.

Lo fundamental en este tipo de recursos es que la revocatoria se obtenga en la misma instancia donde la resolución fue emitida, al margen que la revocatoria provenga de un juez o de un colegiado.

Tomando como referencia al tipo de órgano competente para resolver el recurso, nos ubicamos ante la instancia única o instancia plural. En el primer caso se ubica el recurso de reposición, porque se busca que sea el mismo órgano y la misma instancia la que revoque o reconsidere su decisión. Esto no significa que se requiere identidad física entre el juez que pronunció la resolución y aquel a quien corresponde resolver el recurso, porque puede darse la circunstancia que durante el lapso que transcurre entre el dictado del decreto y la impugnación opere un cambio en la persona del juez, sea por destitución, muerte, renuncia, licencia, etc. En este supuesto corresponderá al juez reemplazante la sustanciación y decisión del recurso.

Por otro lado, debe advertirse que este recurso solo opera contra decretos, esto es, resoluciones ordenatorias, de menor trascendencia, que solo tienden al desarrollo del proceso y son de simple trámite, tal como lo señala la primera parte del artículo 121 del CPC; ello justifica que la reposición esté excluida de un trámite complejo y la intervención de órganos judiciales superiores en grado al que dictó la decisión impugnada, tal como veremos en el artículo 363 del CPC.



JURISPRUDENCIA

Contra los decretos solo cabe interponer recurso de reposición, por ello resulta improcedente el recurso de apelación (Exp. N° 1146-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 383).

TRÁMITE

ARTÍCULO 363

El plazo para interponerlo es de tres días, contado desde la notificación de la resolución. Si interpuesto el recurso el juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisibles o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite. De considerarlo necesario, el juez conferirá traslado por tres días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.

Si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato, previo traslado a la parte contraria o en su rebeldía. El auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

D.S. 017-93-JUS arts. 288 inciso 10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 216, 217.

C.P.C. Colombia art. 349.

C.P.C.N. Argentina arts. 240, 241.

Comentario

La procedencia de la reposición aparece por exclusión y referida a resoluciones no susceptibles de apelación. Se admite para los actos de mero impulso procesal.

Los sujetos habilitados para interponer el recurso de reposición, no solo son las partes sino el tercero legitimado.

El Código señala que el plazo para interponer la reposición es de tres días, contado desde la notificación de la resolución, pero si la resolución se dicta en el curso de una audiencia, el recurso se interpone verbalmente en el mismo acto; pero puede darse el caso que el afectado por la resolución no haya estado presente en la audiencia que se expide, en este caso, se aplica el cómputo de los tres días como señala el presente artículo.

En cuanto a la forma de interponer el recurso podemos señalar que puede ser por escrito y de manera verbal, en cuyo caso se transcribe en el acta de la audiencia los términos de la impugnación.

En relación al trámite, no siempre es exigible el traslado cuando el juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisibles o improcedente. Igual sentido opera en los casos de reposición de oficio. Lo que se busca es que el propio juzgador reponga sus providencias en trámite. El recurso no tiene efecto suspensivo.

Una de las interrogantes que se plantea es determinar si los órganos judiciales se hallan habilitados para revocar, de oficio, sus propias resoluciones, sustituyéndose de tal manera a la posible actividad impugnatoria de las partes. Al respecto señala Palacio⁽⁷⁹⁾, que hay criterios que aceptan la intervención de oficio "cuando se trata de resoluciones aún no notificadas a las partes, pues en tales casos no existe un acto procesal efectivamente integrado ni plazo pendiente para impugnar o consentir la decisión. La misma potestad ha sido reconocida respecto de resoluciones ya notificadas cuando median circunstancias excepcionales como haberse dictado aquellas con visible error de hecho o con violación de formas que afecten el derecho de defensa, pero siempre que no haya mediado el consentimiento de las partes".

El recurso de reposición es un medio no devolutivo, lo que constituye una excepción dentro de los recursos. La finalidad es que el propio juzgador reponga sus providencias en trámite, sea a pedido de parte o de oficio. El juzgador tiene esa facultad porque dichas providencias no pasan en autoridad de cosa juzgada, lo que hace que el propio juez pueda rectificar dichas resoluciones siempre que no haya operado la preclusión, esto es, no se haga volver atrás el proceso.

El artículo en comentario señala que "el auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable". Esta redacción no hace referencia al sentido de la resolución que resuelve la reposición, de tal forma que pudiere aceptarse que esta sea inapelable para quien lo interpuso, situación que no lo sería respecto a la otra parte en el supuesto que aquel prospere. Una solución como la que regula el Código implicaría cercenar el derecho de la parte a quien favorecía la resolución revocada y que, por esa circunstancia, no pudo interponer contra ella ningún recurso. Más aún, hay posiciones que consideran que la resolución que hace lugar al recurso sería inapelable si la parte perjudicada por ella no hubiese contestado el traslado requerido.

En cuanto a los efectos de la reposición debemos señalar que causa ejecutoria, que no cabe la reposición de la reposición, tampoco ningún recurso contra la resolución que resuelve el recurso de reposición, sin embargo, debería admitirse la posibilidad de que la contraparte tenga derecho solo al recurso de apelación.

(79) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 57.

Capítulo III APELACIÓN

OBJETO

ARTÍCULO 364

El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 139 inciso 6.
C.P.C.	arts. 358, 382.
C.P. Const.	arts. 35, 36, 57, 58, 93.
LEY 26572	art. 60.
LEY 26702	art. 122.
D. LEG. 823	arts. 248, 250, 251.
D.S. 017-93-JUS	arts. 11, 40 inciso 1, 131.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 218.
C.P.C. Colombia	art. 350.
C.F.P.C. México	art. 231.

Comentario

1. La apelación es una expresión del sistema de instancia plural. Es conocida como un recurso ordinario, frente a lo extraordinario de la casación. Tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine la resolución que según el recurrente le atribuye un defecto de fondo, que se deduce para obtener su sustitución ante el juez superior.

Originalmente el recurso de apelación se dirigía a revisar los errores *in iudicando*, sean los de hecho como los de derecho. No se analizaban los errores *in procedendo*, porque estos se reservaban al recurso de nulidad. Con el transcurso del tiempo, estos recursos han sido afectados, produciéndose una subsunción de la nulidad en la apelación, por ello es que redacciones como la de nuestro Código permiten que a través del recurso de apelación se analicen ambos vicios. El artículo 382 del CPC en ese sentido señala: "el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada".

En cuanto al objeto de la apelación a que refiere la norma diremos que existen dos sistemas para ello. Uno que permite la total revisión de la primera instancia y el otro que solo controla la resolución. Frente a ellos nuestro Código se ubica en este último sistema al decir que "la apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine (...) la resolución que le produzca agravio".

El agravio en la resolución es la condición que la parte debe alegar para estar habilitada a interponer contra ella la apelación a fin de reparar dicho perjuicio, sea anulando o revocando total o parcialmente la decisión.

El agravio o perjuicio mide el interés que se requiere como presupuesto para apelar. Este debe ser actual y no eventual. La ausencia de agravio genera el rechazo de la apelación, sin embargo esto es discutible, pues no se advertiría cuál es el agravio que puede aducir quien se sometió a lo pretendido por su contraparte y renunció a toda contradicción, como en el caso del rebelde. Así como el interés es la medida de la acción, el agravio es de la apelación. El actor que resulta vencedor por inacción del demandado tampoco podría apelar, salvo cuestiones accesorias, como los gastos procesales.

2. Por otro lado, la norma señala que el recurso de apelación procede a solicitud de parte o de tercero legitimado. La legitimación para impugnar no solo proviene de quien tiene la condición de parte en el proceso, sino también de cualquiera de los integrantes del litisconsorcio, los terceros legitimados, las partes incidentales como los peritos y curadores procesales.

En el caso del litisconsorte necesario, cualquiera de sus integrantes tiene la condición de parte, por tanto, la duda que se plantea respecto a la apelación es si en caso apele cualquiera de sus integrantes, tal apelación beneficia o no a los demás. Frente a ello tenemos que invocar la comunidad de suertes, proveniente de la situación jurídica sustancial que se debate en el proceso, que inspira al litisconsorcio para señalar que la impugnación que realice un miembro del litisconsorcio afecta a todos sus miembros por igual, porque la relación jurídica es inescindible, por tanto, la apelación de uno favorece o desfavorece a los demás.

En cambio en el llamado litisconsorcio facultativo, el recurso de apelación es independiente y no afectan a los demás porque aquí no hay comunidad de suertes. La sentencia afecta de manera diferente; si bien ella es una sola se pronuncia por diversas pretensiones, que puede ser fundada para uno e infundada para otro; esto va a implicar que si uno apela y el otro no, la sentencia queda ejecutoriada respecto a este último. Hay una cosa juzgada parcial subjetiva.

Todos los terceros que han sido admitidos como tales, en el proceso, tendrán legitimación para apelar. La doctrina es afirmativa en admitir la apelación por terceros, que invocando un agravio tengan interés para recurrir. Finalmente, estos terceros podrían invocar la pretensión autónoma de la cosa juzgada obtenida por fraude o colusión, mediante la acción rescisoria de nulidad.

En cuanto a las partes accidentales como los peritos y los curadores procesales, estos deben ser considerados partes en la incidencia respectiva y como tales podrán apelar la resolución que resuelve dicha incidencia y no otra. El curador podrá apelar todo lo que se refiera a sus honorarios, pero no cuando se trata de una resolución que decide la distribución de las costas, lo mismo sucede, por ejemplo, con el perito, que podrá apelar la resolución de una incidencia que le afecta, pero no la que impone costas. Esto nos lleva a decir que solo tendrán legitimación para apelar en cuanto al punto que los afecta y en este caso, se prefiere calificarlos como parte en la incidencia, más que como terceros, a quienes por el interés que tienen sí se les admite ingresar en el proceso y no recurrir.

3. En estos últimos tiempos se ha desenterrado, en sede nacional, un viejo debate en relación a la necesidad del recurso de apelación en el proceso judicial. Gioviani Priori sostiene que la apelación es un instrumento de injusticias porque permite decisiones judiciales tardías. Sus consideraciones se expresan en el trabajo "Reflexiones en torno al doble grado de la jurisdicción" publicado en Revista *Advocatus*, Nº 9, 2003, Lima, p. 405, criterio que es refutado por Eugenia Ariano en otro trabajo presentado en la misma Revista intítulado: "Algunas reflexiones sobre las impugnaciones y el debido proceso" que recomendamos leer para apreciar la visión de ambos profesores en relación a la necesidad, de la existencia o no, de la revisión en grado⁽⁸⁰⁾.

Frente a ello tenemos que decir que el cuestionamiento a la existencia de una o dos instancias, no es de hoy. Ya se venía planteando si ¿es imprescindible recurrir ante un órgano superior que es quien tiene la última palabra para decidir el conflicto? Quienes sostienen la instancia única argumentan la mayor celeridad, agregan además que si las decisiones del colegiado de segunda instancia son las que predominan y son las que están mejor integradas, ¿por qué no se suprime la primera instancia?

Los que asumen la doble instancia consideran que frente a la celeridad concurren las garantías a un debido proceso. La impugnación surge de un ansia de justicia natural. La mayor experiencia de los magistrados superiores, no significa límite a las novedades jurisprudenciales. Se trata, no de atribuir una superioridad personal a los jueces de la segunda instancia, sino de brindar al justiciable de medios que puedan corregir los errores del fallo de primera instancia, con ello, se mirará con mayor certeza y confianza los actos de la jurisdicción.

(80) Frente a los trabajos recomendamos leer el comentario publicado por ARIANO, Eugenia. "Impugnaciones injustas: una abstracta polémica y un concreto caso", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 9, Nº 66, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2004, pp. 83-94.

**JURISPRUDENCIA**

El argumento de no haberseles notificado ni el concesorio ni la ejecución de la medida cautelar, no tiene una base real, según se advierte de fojas (...); argumentar la ausencia de notificación no origina la revocatoria o nulidad de la resolución cautelar (Apelación N° 339-2008-Lima, 26 de marzo de 2008, 1° Sala Civil Suprema Permanente).

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

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

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

No puede darse curso a una apelación que solo ha sido suscrita por el abogado patrocinante, quien no tiene mandato ni representación procesal del justiciable.

La interposición de un medio impugnatorio constituye un acto voluntario del justiciable, lo que significa que el recurso de apelación debió ser presentado por el justiciable y no solo por el abogado patrocinante (Exp. N° 1548-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 191-193).

Si bien el artículo 290 de la LOPJ autoriza al abogado a presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos en los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, tal facultad legal no comprende la interposición de un medio de apelación, por constituir actos voluntarios del justiciable (Exp. N° 1667-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 182-183).

El recurso de apelación constituye un medio que la ley otorga a las partes para impugnar las resoluciones judiciales cuando estas le perjudiquen. Si bien el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder judicial establece que los abogados pueden presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos sin necesidad de la intervención de su patrocinado, no menos cierto es que constituyendo el recurso de impugnación un acto voluntario del justiciable, quien lo interpone a su nombre, debe estar facultado para ello (Exp. N° 1156-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 550-551).

La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Debe declararse improcedente la apelación interpuesta por el abogado a quien no se le ha otorgado facultades para interponerla (Exp. N° 18-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 86-87).

La facultad contenida en el artículo 290 de la LOPJ para los abogados, no comprende a los casos que requiera poder especial ni a la interposición de un medio de impugnación, por constituir actos voluntarios al justiciable (Exp. N° 1581-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 134-135).

Debe desestimarse el recurso de apelación propuesto si es insuficiente el monto de la tasa judicial.

La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable, por lo que la abogada patrocinante no está facultada para interponerlo (Exp. N° 1975-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 242-243).

Si la demandada ha interpuesto recurso de apelación con la sola firma de su abogado, dicho recurso resulta ineficaz pues la manifestación de impugnar una resolución en los casos que establece la ley debe estar respaldada con la firma de quien la impugna.

La referida omisión no puede ser convalidada con aclaración posterior, pues no se puede presumir la existencia de facultades impugnatorias no conferidas explícitamente (Exp. N° 995-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 551-552).

PROCEDENCIA

ARTÍCULO 365

Procede apelación:

1. *Contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes;*
2. *Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya; y,*
3. *En los casos expresamente establecidos en este Código.*

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 121, 385, 361, 370, 376.</i>
<i>C.N.A.</i>	<i>art. 178.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 53.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>arts. 339, 340.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>art. 220.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 351.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 242.</i>

Comentario

1. La apelación es un recurso ordinario que se concede a la parte contra la resolución que le produzca agravio, con el propósito de obtener su revocación por el juez superior. Es una expresión del sistema de pluralidad de instancias. No opera bajo el sistema de instancia única o cuando se ha excluido de la impugnación por convenio entre partes (ver el artículo 361 del CPC).

El acto impugnado puede estar contenido en las sentencias y en los autos, pues como todo acto puede ser defectuoso o equivocado. Nuestro Código no admite la apelación contra los decretos. Estos pueden ser cuestionados a través de la reposición.

En relación a la sentencia diremos que es una resolución que se dicta al final del proceso para terminarlo y se pronuncia sobre el fondo de la pretensión procesal, sin embargo, hay sentencias que no se pronuncian sobre el fondo de la causa sino sobre otros aspectos. Así por ejemplo la que declara la ausencia de un presupuesto procesal. Esta sentencia también se debe entender como definitiva, para efectos de la apelación, aun cuando no termine la discusión y pueda ser esta posteriormente renovada.

En cuanto a los autos o llamados resoluciones interlocutorias son las que se dictan durante el desarrollo del proceso y resuelven una cuestión incidental.

Este tipo de resoluciones se ubica en un punto intermedio entre las sentencias definitivas y las providencias simples; sin embargo, todos los autos no son impugnables, porque puede darse el caso de que el Código las excluya como el caso del artículo 363 del CPC que señala: "el auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable".

Hay diversos tipos de autos, como los interlocutorios con fuerza definitiva, que, pese a que no deciden el fondo del asunto, igualmente hacen imposible la continuación del proceso, por citar, el que declara fundada la excepción de competencia.

2. El artículo de manera expresa niega la posibilidad de apelación a los autos "que se expidan en la tramitación de una articulación". Esto se explica de la siguiente manera: todo acto procesal tiene la posibilidad de la impugnación, como un mecanismo orientado a corregir errores en su producción. En ese sentido léase lo regulado en el artículo 355 del CPC que dice: "mediante los medios impugnatorios, las partes o terceros legitimados solicitan se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error".

Para ejercer la impugnación nuestro sistema procesal acoge tres mecanismos, el remedio, la pretensión autónoma y el recurso. El artículo 356 del CPC hace referencia a los recursos y remedios y el artículo 178 del CPC a la pretensión autónoma.

Una expresión de los remedios se ubican en las tachas u oposiciones, que también se dirigen contra los actos procesales no contenidos en resoluciones, como por citar, la impugnación a la ejecución de un lanzamiento o de un embargo. El efecto que se busca es un efecto nulificante del acto procesal impugnado, de ahí que la articulación basada en la llamada "nulidad procesal" también encierra un mecanismo de impugnación al procedimiento.

La otra posibilidad que se tiene para impugnar es el recurso. La última parte del artículo 356 del CPC al referirse a este dice: "los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de esta, se subsane el vicio o error alegado". Para nuestra legislación son recursos, la apelación, la reposición, la casación y la queja; esto implica que a través de ellos se puede ejercer la impugnación, según el acto a cuestionar y el efecto a buscar.

A lo señalado debemos precisar que constituye un principio en la impugnación la prohibición del doble recurso. Como expresamente dice el artículo 360 del CPC "está prohibido a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución". Este principio se reproduce en otros enunciados del Código como "el auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable" (ver el artículo 363 del CPC *in fine*); en igual sentido, "el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada" (ver el artículo 382 del CPC); esto implica que si un acto procesal ha sido impugnado por nulo, el auto que resuelva la nulidad agota la

impugnación y no procede la apelación contra dicha resolución, caso contrario, estaríamos generando intrínsecamente una doble revisión contra la resolución cuestionada de nulidad, en contraposición con lo que señala el artículo 360 del CPC que prohíbe a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución, lo que no impide que la parte perjudicada con el auto que ha resuelto la nulidad, y que no ha promovido esta, tenga la posibilidad de apelar de dicho auto, pues la regla del artículo 360 del CPC es que la doble impugnación la realice una misma parte, esto es, que se pida la nulidad del acto procesal y contra el resultado adverso de dicha nulidad, la propia parte que propició la nulidad pretenda impugnar esta por la vía recursiva (apelación); situación contraria sería si la parte que promovió la nulidad y logró con éxito el amparo de ella. Aquí, la impugnación vía recursiva, le correspondería a la parte afectada con dicha resolución.

Todos los autos no son impugnables, porque puede darse el caso que el Código expresamente las excluya, como el caso del citado artículo 363 del CPC. La norma excluye de apelación al mandato que dispone la prueba de oficio (ver el artículo 194 del CPC). Dicho mandato abre a debate la actuación probatoria, pero hay que precisar que es inimpugnable el mandato mas no el resultado de la prueba obtenida, porque necesariamente tiene que ser sometida al contradictorio para generar eficacia probatoria, como tal.

Otro caso de prohibición para recurrir encontramos en las sanciones pecuniarias. Como señala el artículo 422 del CPC, "las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa son inimpugnables", esta limitación está referida a la liquidación de multa, mas no a la condena; de esta, la que sí puede ser recurrida.



JURISPRUDENCIA

La resolución materia de revisión declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que desestimó el pedido de corrección de la resolución de fecha 16 de agosto de 2007, que a su vez confirmó el auto que rechazó el pedido de nulidad formulado por la recurrente, contra el segundo remate del inmueble materia de ejecución dentro del proceso que le sigue el banco ejecutante; que evidentemente se advierte que la resolución impugnada ha sido emitida dentro del trámite de una articulación, siendo ello así, en aplicación a lo previsto por el inciso 2 del artículo 365 del Código Procesal Civil, no cabía interponer medio impugnatorio alguno, por lo que la presente queja debe desestimarse (Queja N° 105-2006-Arequipa, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 29/01/2008).

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

Mediante los medios impugnatorios se puede lograr la anulación o revocatoria total o parcial de actos procesales presuntamente afectados por vicio o error. Solo procede la

apelación de resoluciones y no de la ejecución de sus efectos (Exp. N° N-593-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 385-386).

La nulidad se genera en un proceso por el quebrantamiento de las formas establecidas por ley. Cuando esta se denuncia, debe estar dirigida a cuestionar la infracción de formas y no el derecho mismo, el cual es susceptible de cuestionarse a través de la interposición del recurso de apelación (Exp. N° 1881-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 336).

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

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

Ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender el procedimiento coactivo. Cuando se interpone recurso de apelación se examinará únicamente si se ha cumplido el procedimiento coactivo conforme a ley, sin entrar al análisis del fondo del asunto o de la procedencia de la cobranza (Exp. N° 158-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 125-126).

Si bien el inciso 2 del artículo 365 del Código Procesal Civil establece que procede la apelación contra los autos, a excepción de aquellos que se expidan en la tramitación de una articulación, también resulta cierto que esta norma no alcanza a los autos que resuelven y ponen fin al trámite de una articulación. Procede conceder apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida contra el auto que pone fin al trámite de una articulación promovida por el recurrente (Exp. N° 453-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 518).

FUNDAMENTACIÓN DEL AGRAVIO

ARTICULO 366

El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 358.
LEY 26572	art. 65.
LEY 26636	art. 52.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina	arts. 252, 259, 265.
--------------------	----------------------

Comentario

1. Como señala el artículo 364 del CPC, la resolución que produce agravio es objeto de apelación, para lo cual, el presente artículo exige se precise la naturaleza de este. No es suficiente alegar un agravio con meros argumentos vagos y confusos, ni limitarse a citar ejecutorias y doctrina sin indicar su pertinencia al caso. Se requiere que se formule el sustento de la pretensión impugnatoria, sus fundamentos, sus razones y no se limite a una simple referencia a lo que surge de autos, caso contrario, nos encontraremos ante una fundamentación insuficiente que no justificaría la concesión del recurso. Para Véscovi⁽⁸¹⁾ el agravio debe expresar una crítica concreta y razonada. La indicación punto por punto, de los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyan a la sentencia. Una demostración de los motivos que se tienen para considerarla errónea, analizando la prueba, señalando los errores de apreciación y la aplicación del derecho, demostrando que está equivocada.

La fundamentación del agravio es importante porque limita los poderes del juez superior; fija el objeto de la alzada y por exclusión lo que no es objeto de impugnación adquiere autoridad de cosa juzgada. La expresión de agravios es la pretensión de la segunda instancia. Esta solo se abre por iniciativa de la parte que interpone el recurso y dentro de los límites de su pedido, todo ello como expresión del principio dispositivo que inspira al proceso civil. En ese sentido, léase la Casación N° 1203-99 que a continuación se cita, publicada en *El Peruano* el 06 de

(81) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 161.

diciembre de 1999: "es indispensable que el recurso de apelación contenga una fundamentación del agravio, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada y precisando su naturaleza, de tal modo que el agravio fija la pretensión de la Sala de revisión, pues la idea del perjuicio ha de entenderse como base objetiva del recurso, por ende, los alcances de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano superior para resolver, de forma congruente la materia objeto del recurso".

2. Referente al error, es importante distinguir entre el acto y su contenido en toda resolución impugnada, esto es, entre la declaración y la decisión; porque ello –según la naturaleza del error– nos va a permitir deslindar entre un acto inválido e injusto. Como explica Liebman, el acto puede ser inválido cuando la actividad del juez incurra en un vicio de procedimiento; en cambio es injusto cuando exista error en el juicio, esto es, un error *in indicando*. En este último extremo, señala Liebman, los errores *in iudicando* son aquellos que tienen su origen en la decisión que ha juzgado sobre el fondo de la demanda, para acogerla o rechazarla, y se distinguen a su vez en errores de hecho y de derecho, según el juez haya declarado la certeza del hecho en modo disforme de la verdad, o haya errado al valorarlo jurídicamente y al aplicar el mismo derecho. En estos casos la sentencia es injusta, esto es, divergente de aquella que habría debido ser, al dar razón a la una o a la otra parte. Como dice Liebman,⁽⁸²⁾ "puede ocurrir que el juez pronuncie expresamente en torno a un pretendido vicio de actividad discutido en el proceso y que decida sobre él erróneamente; esto no cambia la calificación del error que sigue siendo *in procedendo*, porque la decisión incide sobre el proceso como tal y no sobre el fondo porque su incidencia sobre el proceso no es diversa de la que tenía el vicio en sí mismo. Es relevante el acto del juez y el eventual error cometido por él al obrar, no la motivación que él haya dado".

Para Couture, esta distinción entre los citados errores conlleva a la consecuencia natural de considerar al error *in iudicando* como sentencia injusta promovida por el agravio de esta; y la sentencia que es fruto de error *in procedendo* constituye lo que se conoce con el nombre de nulidad. Esta distinción clásica que operaba se daba para justificar la existencia de ambos recursos de manera separada, para cuestionar la resolución impugnada, sin embargo, bajo la redacción del artículo 382 del CPC, opera la subsunción de la nulidad en la apelación, siempre y cuando "los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada".

3. Por otro lado, la fundamentación debe indicar el error de hecho y derecho de la resolución impugnada. El error de derecho es calificado por algunos autores como "la ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria; el desconocimiento

(82) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 445.

de la existencia de la norma, es decir, de la letra exacta de la ley, como de los efectos que de un principio legal o consuetudinario vigente se deducen". El error de derecho se puede manifestar por aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable, o en la errónea aplicación de ella. Este vicio genera la corrección directa del error por el órgano revisor, para lo cual, revoca la decisión que provoca el agravio y coloca otra en su lugar. Bajo ese contexto podemos apreciar, a manera de ejemplo, algunas sentencias que contienen errores de derecho corregidos en la apelación. Véase el siguiente caso resuelto en la Sala Civil de Lima⁽⁸³⁾ "si el demandante señala que el demandado ingresó y uso el inmueble de litis en atención al grado de familiaridad, lo que le permitió quedarse en dicho inmueble, configura el derecho de uso y habitación establecido por el propio demandante a favor de los demandados, instituto previsto por los artículos 1026 y 1027 del CC, el mismo que carece de plazo determinado por no haberse fijado este; que la posesión precaria tiene como nota distintiva la ausencia de título o el fenecimiento del mismo, entendido este como la causa que genera el derecho a poseer, de modo que existe posesión precaria cuando se trata de una posesión sin derecho o de mala fe; que siendo esto así, en el caso de autos no representa tal figura, toda vez que conforme se ha señalado existe un derecho de uso y habitación, sin plazo determinado, el cual constituye el título de la demanda, situación que no hace viable la demanda, sin perjuicio que la demandante pueda ejercitar su derecho mediante el inicio de la acción correspondiente a fin de recuperar la posesión que alega haber conferido; por estas razones, la Sala revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda, reformándola la declara infundada".

Otro caso sobre error de derecho se aprecia en el siguiente caso⁽⁸⁴⁾: "la reivindicación es el derecho mediante el cual, el propietario recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno a derecho; que el demandado alega tener la condición de propietario del bien reclamado y lo opone a los actores en mérito del contrato de compraventa; que existiendo un título de propiedad que la demandada opone al de los actores, ella no se encuentra en la condición de tercero ajeno al derecho, sin que en este proceso se pueda emitir pronunciamiento respecto al mejor derecho pues la naturaleza de la pretensión solo debe concurrir un acreedor de la propiedad y no varios como en el caso de autos, en el que ambas partes alegan la condición de propietarios de un mismo bien: revocaron la sentencia que declara fundada la demanda, reformándola declaran improcedente".

En lo referente al error de hecho, es el que proviene de un conocimiento imperfecto sobre los elementos de la pretensión procesal en discusión, o sobre algún

(83) El caso citado aparece publicado en LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. T.5, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 158.

(84) El caso citado aparece publicado en LEDESMA, Marianella. Op. cit., p. 173.

acontecimiento producido y que es materia de prueba en el proceso. En otras palabras, este error proviene de una mala apreciación o una falta de apreciación de la prueba o haberse dado por practicada una, que no lo fue y no obra en el proceso, o haberse dejado de ver una que obra en el expediente; esa mala apreciación debe referirse a la prueba en sí, a su contenido u objetividad, y no a las normas legales que la reglamenta, pues en este último caso habría error de derecho. Véase por ejemplo, en una pretensión dineraria, el error en el cómputo del plazo para la exigibilidad de la prestación o el monto de esta; en un proceso de desalojo, el error en la identificación del objeto de litigio; en un proceso de interdicción, el error en la identificación del sujeto por su apelativo y no por su nombre o confundir su apellido como su nombre. Otro supuesto de error de hecho recoge el siguiente caso:⁽⁸⁵⁾ “el actor señala que la demandada no le remitió la carta notarial para dar resuelto el contrato, cuando de la misma demanda aparece en el hecho 3.5 que la referida carta sí llegó pero se negó a recibirla, con lo que se contradice con la afirmación anterior que no le llegó; que habiendo la demandada cumplido con remitir la carta conforme a lo acordado por las partes al suscribir el contrato de prestación de servicios, el actor no puede pretender resolverlo, si antes ya lo hizo la empresa demandada: revocaron la sentencia, reformándola declararon improcedente”.

Devis Echandía, diferenciando entre el error de hecho y derecho señala: “el error de hecho se refiere a la apreciación que el juez hace de la fuerza de convicción de las pruebas, en relación a su contenido, o a dejar de ver una prueba que obra en el proceso o decir que existe una que no aparece allí; el error de derecho recae sobre la valoración jurídica que a la prueba le haya dado la ley, es decir, en cuanto a su conducencia que la ley determine para el caso o al cumplimiento de las formalidades legales para su decreto y recepción”.

4. Como señala el artículo 364 del CPC, el objeto de la apelación es la revisión de la resolución y la existencia de un agravio. Este agravio debe encontrarse en la parte dispositiva de la resolución y no en los considerandos de esta. Ello se explica porque el fallo es el que afecta a la parte, en cuanto contendrá un verdadero mandato que pasará en autoridad de cosa juzgada. Según Véscovi, si bien no cabe revisar los motivos de la decisión, ello es atendible si ellos se utilizan para interpretar el fallo, en cuyo caso se considera que lo integra implícitamente y a veces expresamente. Por citar, dice el autor, la condena al pago de daños y perjuicios, remitiéndose para su liquidación a las pautas señaladas en los considerandos.

(85) Ver Exp. N° 193-99 del 12/12/99, publicado en LEDESMA, Marianella. Op. cit., p. 222.



JURISPRUDENCIA

La Ley Procesal prescribe el cumplimiento a cabalidad con los requisitos de fondo lo cual significa la indicación de las razones por las que las normas denunciadas debieron aplicarse al caso concreto. Por tanto, la sola enumeración del agravio no satisface el requisito de la debida fundamentación (Cas. N° 611-97-Callao, El Peruano, 17/09/98, p. 1598).

Es indispensable que el recurso de apelación contenga una fundamentación del agravio, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada y precisando su naturaleza, de tal modo, que el agravio fija la pretensión de la sala de revisión, pues la idea del perjuicio ha de entenderse como base objetiva del recurso, por ende, los alcances de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano superior para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso (Cas. N° 1203-99-Lima, El Peruano, 06/12/99, p. 4212).

Si no se ha apelado la improcedencia a la exhibición de las actas de protesto, dicho argumento no puede ser utilizado como fundamento de la apelación (Exp. N° 3868-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 83).

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

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

El superior puede declarar la nulidad del concesorio de apelación si considera que no existe lesión o perjuicio que contradiga la pretensión del impugnante en el proceso (Exp. N° 19482-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).

La apelación se interpone dentro del plazo legal, ante el juez que expidió la resolución impugnada, debiendo dicho recurso contener los fundamentos o precisar el agravio, sin cuyo requisito serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes.

El juez no está facultado para conceder al apelante un plazo para subsanar las omisiones (Exp. N° 328-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 388).

La sentencia que declara infundada la demanda de divorcio no es objeto de consulta, sino de apelación por quien puede considerarse agraviado con dicho fallo (Exp. N° 3467-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 120).

Resulta intrascendente la impugnación propuesta sin demostrar por qué no está de acuerdo con la pensión fijada, ni adjuntar prueba que acredite que sus recursos económicos no le permiten acudir a ella (Exp. N° 5140-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 36-37).

El incumplimiento de la indicación del error de hecho o de derecho que se atribuye a la resolución, la imprecisión de la naturaleza del agravio que se reclama y la falta de sustentación de la pretensión impugnatoria, determina la improcedencia de la apelación y la consiguiente nulidad del concesorio (Exp. N° 2062-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 133-134).

La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable lo que importa que solo pueda ser presentado por el agraviado con la resolución.

El abogado sin poder especial no está facultado para impugnar una resolución (Exp. N° 453-94-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 552-553).

ADMISIBILIDAD E IMPROCEDENCIA

ARTÍCULO 367

La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa judicial respectiva cuando esta fuera exigible.

La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso.

Para los fines a que se refiere el artículo 357, se ordenará que el recurrente subsane en un plazo no mayor de cinco días, la omisión o defecto que se pudiera advertir en el recibo de pago de la tasa respectiva, en las cédulas de notificación, en la autorización del recurso por el Letrado Colegiado o en la firma del recurrente, si tiene domicilio en la ciudad sede del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación. De no subsanarse la omisión o defecto, se rechazará el recurso y será declarado inadmisibles.

Si el recurrente no tuviera domicilio procesal en la ciudad sede del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación, tramitará la causa de manera regular y será el juez quien ordene la correspondiente subsanación del error.

El superior también puede declarar inadmisibles o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. En este caso, además, declarará nulo el concesorio ().*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 401.
C.T.	arts. 143 a 152.
LEY 26572	arts. 62, 63, 64.
LEY 26636	art. 52 párr. 2.
D. LEG. 822	art. 204.
D.S. 017-93-JUS	arts. 288 inciso 10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	arts. 343, 348.
C.P.C. Colombia	arts. 352, 353.
C.P.C.N. Argentina	art. 245.

(*) Texto según el artículo único de la Ley N° 26691 de 30/11/1996.

Comentario

1. La apelación está sujeta a un plazo fatal o perentorio, cuyo vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para apelar. Lo perentorio del plazo hace que este sea improrrogable. Este plazo corre a partir del día siguiente al que se efectuó la notificación a cada parte. En caso de parte con varios sujetos, el plazo es particular a cada uno de los integrantes de esa parte, de tal manera, que si fueran notificados en días diferentes, correrá en forma distinta. Como los plazos de impugnación son perentorios, no requieren actividad ni de las partes ni del juez. Aun cuando un recurso de apelación hubiere sido concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, debe ser considerado ineficaz por el superior revisor si fue interpuesto después de transcurrido el plazo fijado para tal efecto.

Por otro lado, el juez competente, ante quien se interpone el recurso de apelación, es el propio apelado. Este es un requisito de forma indispensable porque si no se hace así, la parte perjudica su derecho y el recurso se declarará mal interpuesto.

Existen dos criterios sobre la competencia del juez. Un sector considera al que dictó la sentencia y otro al superior en grado. Este último se dice que responde a un sistema sencillo, porque se evitan el trámite ante el juez apelado e inclusive no se tiene necesidad del recurso de queja ante el superior. Frente a ello, nuestro Código se orienta por la primera posición, esto es, "interponer la apelación ante el juez que expidió la resolución impugnada".

Por otro lado, el ejercicio de la apelación está condicionado al pago de la tasa judicial. Sobre el particular se ha venido discutiendo en los últimos tiempos si los integrantes de un litisconsorcio necesario, al formular apelación tienen que adjuntar tantas tasas como sujetos apelen. Constituía una práctica desestimar los recursos impugnatorios si la impugnación era interpuesta por ambos cónyuges, pero acompañaban solo un recibo de pago de tasa judicial, que corresponde a uno de los litigantes y no a los dos que recurren.

En ese sentido, véase la Casación N° 2484-98 del 02 de noviembre de 1998 que señalaba: "el pago de las tasas judiciales se sustenta en la necesidad de promover una correcta conducta procesal, que desaliente el ejercicio irresponsable del litigio y el abuso del ejercicio de la tutela jurisdiccional. Las tasas judiciales integran las costas del proceso que pasarán a ser soportadas por la parte vencida en juicio, todo lo que impone a los jueces y auxiliares la obligación de exigir su pago. El CPC, exige el pago respectivo por cada uno de los recurrentes". En igual sentido se reproduce el criterio la Casación N° 04-99 del 19 de enero de 1999, sin embargo, en dichas casaciones obran votos singulares contrarios a la posición ya enunciada.

Sobre el particular, el Tribunal de Garantías Constitucionales en el Expediente N° 1383-2000-TC ha resuelto lo siguiente: "se lesiona los derechos de los justiciables a acceder a los recursos impugnatorios establecidos en la Ley Procesal, por cuanto, si se pagó una tasa judicial en lugar de dos, el pago de la misma legitima a quien sí cumplió con el requisito formal establecido por las normas procesales, el cual no puede verse perjudicado por el incumplimiento del otro codemandado. Adicionalmente debe tenerse presente que los accionantes tienen la calidad de esposos, siendo aplicables a ellos la legislación correspondiente al patrimonio autónomo" (ver resolución de fecha 14/08/2002 recaída en la acción de amparo interpuesta por Alberto Risco Licera y otra).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional en la acción de amparo N° 613-2003-AA/TC promovida en Lima por Pedro Miranda Vásquez y otra, ha expresado "pretender que los derechos a impugnar y por consiguiente de acceso a una instancia plural, se encuentran condicionados a criterios absolutamente formales, dentro de los que no cabe el sentido común o la elemental sensatez, es una prueba más de que el proceso cuestionado se encuentra viciado de una absoluta irregularidad".

El costo de las tasas judiciales se fija en atención a la naturaleza y cuantía del conflicto en discusión. Esto genera que algunos apelantes acompañan a su impugnación la tasa respectiva, pero por una cuantía indebida, generando una tasa con pago diminuto y por tanto la inadmisibilidad del recurso. Felizmente ello ha sido superado por la Ley N° 27703 del 20 de abril de 2000, que modificó el presente artículo a fin de otorgar un plazo para que el impugnante subsane el error en el pago de la tasa.

En esa línea de pensamiento aparecen ya algunas decisiones en casación, como la N° 667-2000-Lima, emitida el 14 noviembre de 2002, en la que se reafirma la inadmisibilidad de cualquier recurso impugnatorio por falta del requisito de la tasa judicial, concediendo un plazo, razonable, para la subsanación; resulta un acto constitucional que guarda concordancia con el derecho de defensa, derecho de acceso a los tribunales y a la instancia plural, los que forman parte del principio constitucional del debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional que tiene categoría de derecho fundamental, ello en razón a que la omisión de presentar tasa o presentar arancel judicial diminuto es subsanable.

2. En toda impugnación se examina, como primer acto, la admisibilidad o improcedencia de esta, para lo cual el juez inferior analiza, uno a uno, los presupuestos del recurso, como pago de la tasa, plazo, fundamentación y agravio. En caso de que ellos no se reúnan rechazarán el recurso dando lugar al recurso de queja. Si bien cuando no fundamenta el recurso este se desestima, surge la inquietud cuando la fundamentación se realiza pero de manera deficiente.

Al respecto se sostiene que al ser la expresión de agravios la medida de la segunda instancia, es necesario que ella se realice de manera razonada, refiriéndose

punto por punto a los cuestionamientos de la sentencia; sin embargo, hay otro sector que considera que los poderes del juez inferior para rechazar el recurso por falta de fundamentos debe ser limitado, y solo en casos extremos lo podrá hacer. Debe existir la tendencia a concederlo, dejando al juez superior que lo rechace por falta de objeto.

Por otro lado, la norma refiere que el recurso de apelación será de plano declarado inadmisibile o improcedente. Adviértase que no se requiere que se corra traslado al apelado para que se pronuncie sobre el cumplimiento de los requisitos requeridos. La concesión o denegación del recurso se hará sin escuchar a la otra parte.

Véscovi⁽⁷²⁾, considera que en la apelación hay diversos actos, uno de introducción del recurso, otro de fundamentación y el que concede. El primero y segundo son actos de parte, el tercero del juez. Esto nos permite apreciar que se trata de momentos procesales diversos. Recién cuando el juez inferior concede el recurso, se desprende este de la causa.

3. Nuestro Código permite la adhesión a la apelación. Consiste en la facultad del recurrido que no apeló, de adherirse a la recurrencia de su adversario. Esta debe cumplir con los mismos requisitos para la apelación. Implica acoplar la propia apelación a la ya deducida del contrario. La adhesión al recurso amplía el objeto del proceso en la segunda instancia, pues a los puntos que propone el apelante se agregan los que propone el apelado.

Se trata de un recurso subordinado o dependiente del otro. Esto es indudable, nadie duda que hay un mínimo de dependencia, dado que si no, estaríamos ante una apelación principal, y no adhesiva.

4. Los jueces superiores no se encuentran atados por la decisión del inferior en relación a la procedencia del recurso de apelación. Los jueces superiores tienen el poder de reexaminar la cuestión de la admisibilidad de los recursos.

Estos mantienen total potestad para decidir sobre la tramitación y concesión de la alzada. Esto permite decir que el reexamen a la apelación concedida, puede hacerse de oficio, aun cuando las partes no lo hubieren planteado. Ello se realiza en atención al principio de reserva legal y de la regla de orden público que regula los medios impugnatorios.

En el supuesto que se haya concedido el recurso de apelación, con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, nada impide que el juez superior lo declare ineficaz si fue interpuesto después de transcurrido el plazo legal fijado

(86) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 145.

porque las partes no pueden disponer de los plazos legales pero sí de la facultad de apelar.

Como se señala en la última parte del presente artículo, el superior puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación. Este control previo de admisibilidad tiene como objetivo deslindar la procedencia o no del recurso, verificando si se han cumplido los requisitos, principalmente de forma, exigidos por la legislación a ese efecto. El concesorio del medio impugnatorio puede ser revisado por el órgano ad quem, a quien se le asigna el poder definitivo de pronunciarse sobre el punto. Dicho pronunciamiento es interlocutorio porque no genera cosa juzgada. Solo opera el efecto preclusivo previsto para el desarrollo del procedimiento y la imposibilidad de volver atrás, cumplidas ciertas etapas.



JURISPRUDENCIA

No se contravienen normas que garantizan el derecho a un debido proceso cuando se declara inadmisibile un recurso de apelación por no acompañar el documento que acredite el pago íntegro del arancel judicial correspondiente (Cas. N° 1285-2000-Ucayali, El Peruano, 01/09/2000, p. 6187).

Al denegársele el medio impugnativo, por no acompañar el recibo por pago de la tasa a pesar de encontrarse inafecto, se le ha impedido que la instancia superior revise lo resuelto por el órgano jurisdiccional inferior, conculcándose con ello su derecho de defensa, elementos básicos, entre otros, que configuran el debido proceso (Cas. N° 1950-98-Cusco, El Peruano, 01/12/2000, p. 6641).

El hecho de que en el recibo se consigne el número de la libreta electoral del recurrente solo acredita la identidad de la persona que efectuó el pago lo que no implica que esto sirva para convalidar la falta de cumplimiento del requisito de forma de la apelación del proceso civil el que debe ser satisfecho por todos los recurrentes, en la medida que la tasa se acompaña por la impugnación formulada por todos y no por uno de los recurrentes, si son varios (Cas. N° 604-98-Puno, El Peruano, 26/11/98, p. 2114).

La admisibilidad apunta a los aspectos formales referidos a los modos procesales por medio de los cuales debe ejercitarse la impugnación, que en el caso del recurso de apelación se ubican en los aspectos de lugar, tiempo y forma, esto es, que el recurso impugnatorio se interpone ante el órgano jurisdiccional que pronunció el acto impugnado, en un plazo determinado, expresando agravios y adjuntando el recibo de pago de tasa correspondiente (Cas. N° 2063-97-Lambayeque, El Peruano, 26/11/98, p. 2131).

Los requisitos de admisibilidad se aprecian en el momento de la impugnación. El juez no puede prorrogar el término para interponer el recurso, porque equivaldría a conceder aquello que la ley ha querido limitar, tampoco puede agregar otros requisitos de forma (Cas. N° 2063-97-Lambayeque, El Peruano, 26/11/98, p. 2131).

El hecho de que en el exordio de la apelación después del nombre del recurrente aparezca el término "y otros", no debe llevar al juzgador a deducir que el recurso ha sido interpuesto por todos los demandantes, máxime si el escrito solo ha sido suscrito por uno de ellos; por

lo que la tasa judicial presentada por el recurrente no puede considerarse diminuta e insuficiente para cumplir con el requisito de admisibilidad de la apelación consistente en adjuntar el recibo de la tasa judicial respectiva (Cas. N° 769-99-Lima, El Peruano, 08/11/99, p. 3864).

Siendo el patrimonio autónomo como parte unitaria del proceso, se menoscabaría su naturaleza jurídica al exigirse el pago de la tasa judicial por cada uno de los impugnantes integrantes de ese patrimonio autónomo, siendo suficiente que se abone el pago de dicha tasa solo por el derecho de impugnación del citado patrimonio como parte única (Cas. N° 3333-99-Junín, El Peruano, 17/09/2000, p. 6314).

El defecto del acto de apoderamiento no hace ineficaz el acto impugnativo del apoderado cuando el propio representado ratifica el medio impugnatorio. La representación procesal tiene una forma pero dicha forma no constituye un fin en sí mismo sino que se explica en la medida en que el acto procesal alcance su finalidad (Cas. N° 2483-99-Amazonas, El Peruano, 19/08/2000, p. 6007).

Si bien la presentación de la tasa judicial constituye un requisito de admisibilidad del recurso de apelación, la presentación de dicha tasa por un monto diminuto no importa satisfacción del requisito, sino que deviene en inadmisibile (Exp. N° 2537-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 443-444).

El curador procesal es un auxiliar de la jurisdicción civil y no se encuentra obligado a pagar las tasas judiciales por ningún concepto, pues actúa por nombramiento del juez del proceso. El abogado designado para la parte o a quien se le concede auxilio judicial tiene las mismas facultades del curador procesal, por lo que también se encuentra exento del pago de tasas judiciales (Exp. N° 23302-2547-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 334-335).

Si solo se ha adjuntado un recibo por la tasa judicial, es inadmisibile por diminuta, toda vez, que ha debido acompañarse tantos recibos como impugnantes se refiera la apelación (Exp. N° 4231-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 142-144).

El patrimonio que nace con el matrimonio es representado conjuntamente por ambos esposos, conforme al artículo trescientos quince del Código Civil cuando se trata de actos de disposición, en consecuencia, ambos representan un patrimonio autónomo y actúan a nombre de este, luego es suficiente la presentación de una sola tasa para el concesorio del recurso de casación, con tanta mayor razón si ambos interponen el mismo y único recurso (Cas. N° 970-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.11-A.12).

La declaración de nulidad del concesorio de apelación solo puede producirse por ausencia de requisitos formales de este medio impugnatorio, no pudiendo motivarse en una apreciación de los efectos del pronunciamiento de fondo que emite el inferior, lo cual por el contrario obligaba a la sala revisora a examinar el agravio que infería dicho pronunciamiento, conforme lo establece el artículo trescientos sesenticuatro del Código Adjetivo invocado (Cas. N° 678-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 263, Abril 1998, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.14).

La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes.

El juez no está facultado para conceder prórrogas de plazo ni subsanación de omisiones que no estén específicamente establecidas en la ley (Exp. N° 613-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 367).

Si los tres fiadores de la obligación contenida en el pagaré adjuntan una sola tasa por la apelación, contravienen el artículo 367 del CPC, pues estos tienen derechos y obligaciones independientes uno del otro, no obstante la obligación solidaria asumida por ellos al suscribir el pagaré.

La condición de patrimonio autónomo de los apelantes justifica la presentación de una sola tasa (Exp. N° 97-60465, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 394).

Se extralimita de sus funciones el juez que concede un plazo adicional para que el apelante subsane la omisión en la fundamentación del agravio (Exp. N° 1371-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 128-129).

Los recursos de apelación que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán declarados inadmisibles o improcedentes, según el caso.

No existiendo el cargo que acredite la fecha de notificación de la sentencia apelada, debe entenderse que el recurso impugnatorio ha sido interpuesto oportunamente (Exp. N° 245-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 129-130).

En la apelación o en la adhesión que no se acompañe el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precise el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes según el caso.

Resulta improcedente el recurso de apelación que no precise los fundamentos de su apelación (Exp. N° 1349-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 131-132).

La obligación de acompañar el recibo de la tasa respectiva está condicionada a que corresponda a una sentencia (Exp. N° 34-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 132-133).

Si bien aparece extendida la tasa judicial a persona distinta del impugnante, ello no desnaturaliza el recurso, pues las obligaciones dinerarias no son intuito persona y por ende, no le interesa la entidad de quien hace el pago, sino el que haya animus solvendi (Exp. N° 280-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 194-196).

Debe declararse la improcedencia del recurso de apelación si no se cumple con indicar el perjuicio que le ocasiona la citada resolución y los errores de hecho o de derecho incurridos en la resolución apelada (Exp. N° 20-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 244-245).

La Ley Procesal no otorga al juez facultad para conceder plazos a los litigantes para la representación de las formalidades que deban contener los recursos impugnatorios.

Por el contrario, faculta a declarar la inadmisibilidad o la improcedencia, si se advierte que no se han cumplido con los requisitos para su concesión (Exp. N° 371-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 245-247).

Debe declararse inadmisibile el recurso impugnatorio si la tasa judicial aparece adulterada en los nombres, tiene además una fecha con posterioridad a la emisión de la sentencia de vista y consigna un valor inferior a la que debe adjuntarse (Exp. N° 398-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 549-550).

La resolución que concede la apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, no cumple con la formalidad procesal descrita en el artículo 122 del Código Procesal Civil, pues, en la parte inferior izquierda de la copia fotostática de la apelación se encuentra impresa una media firma, sin que sea posible determinar si corresponde al magistrado (Exp. N° 1341-2000, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 523).

Si la medida cautelar cuyo valor de la pretensión es de cuantía determinable, la tasa judicial por concepto de apelación debe sujetarse a dicha cuantía. Debe declararse la nulidad del concesorio de apelación si la tasa judicial recaudada por el apelante corresponde a la apelación de autos contenciosos cuyo valor de la pretensión es indeterminable (Exp. N° 51394-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 529).

Si bien el abogado no ha cumplido con pagar sus cuotas mensuales en el Colegio de Abogados de Lima, y no se encuentra hábil a la fecha de interponer el recurso de apelación, ello no es óbice para perjudicar a su patrocinado y declarar la nulidad del concesorio, tanto más que dicho hecho no es requisito de admisibilidad o improcedencia. El juez en ejecución de sentencia no puede dar valor a documento distinto del que figuró como anexo del contrato, materia de la demanda (Exp. N° 929-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 399).

EFECTOS

ARTICULO 368

El recurso de apelación se concede:

- 1. Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior.
Sin perjuicio de la suspensión, el juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.*
- 2. Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de esta.*

Al conceder la apelación, el juez precisará el efecto en que concede el recurso y si es diferida, en su caso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 90 párr. 3, 190 párr. 3, 353, 369, 371, 372, 377, 380, 383, 401.
C.N.A.	arts. 178, 179.
D.S. 017-93-JUS	art. 292 párr. 2.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	arts. 342, 347.
C.P.C.M. Iberoamérica	art. 221.
C.P.C. Colombia	art. 354.
C.P.C.N. Argentina	arts. 243, 244.

Comentario

1. La impugnación tiene por objeto revisar las decisiones en busca de justicia para corregir los errores que causan agravio. En esa revisión puede encontrarse respuestas enmarcadas bajo dos efectos: suspender o no la eficacia de la resolución impugnada.

La apelación con efecto suspensivo significa que el acto impugnado no puede ejecutarse, que queda este en suspenso por cuestionarse su ilicitud, hasta que sea resuelto el recurso que contra él se interpone. Si se da la garantía de la revisión por el órgano superior no resulta razonable que el acto impugnado se cumpla

porque la posterior revocación resultará inoperante, acaso sus efectos sean irreparables. No obstante ello, existe la posibilidad de ejecutar anticipadamente la sentencia apelada, como es el caso de alimentos que recoge el artículo 566 del CPC.

La afirmación hecha que la suspensión alcanza al acto impugnado, significa que no afecta los demás actos, ni el desarrollo del procedimiento mismo, salvo que la continuación de este sea incompatible con la impugnación o la posible revisión del acto. Así, si se impugna un medio probatorio, no será necesario detener el trámite de los demás medios. En igual sentido, la impugnación de la sentencia definitiva no impide al juez seguir conociendo otros aspectos del procedimiento, solo le impide ejecutar dicha sentencia. La norma al respecto señala que "el juez puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable". Una vez más, véase el caso de la ejecución anticipada de alimentos que regula el artículo 566 del CPC que opera aunque haya apelación. Para Vescovi, la suspensión se refiere a la ejecución de la sentencia apelada y a las decisiones conexas, para lo cual queda suspendida la jurisdicción del juez apelado; en cambio, dicha suspensión no se refiere a otros trámites, sean del propio recurso o no, por citar, el desistimiento del recurso, la muerte de una parte, etc.

2. Clásicamente, se atribuía a la apelación, el efecto suspensivo y devolutivo, según el caso; sin embargo, modernamente la doctrina ha desterrado la expresión devolutivo, para considerar como efecto lo suspensivo y no suspensivo. Como ya se ha señalado líneas arriba, la concesión del recurso con efecto suspensivo, impide al juez ejercer la jurisdicción hasta tanto el pronunciamiento no quede firme por el superior revisor, sin embargo, hay situaciones excepcionales como las que señala el artículo 372 del CPC que permiten que la concesión del recurso de apelación no impida la ejecución de lo resuelto. El fundamento de esa posibilidad de ejecución inmediata de lo resuelto, a pesar de la existencia del recurso de apelación se halla en razones de urgencia y necesidad que tornarían en irreparables los perjuicios derivados del lapso inevitable que deberá producirse hasta el pronunciamiento definitivo de la alzada.

En aras de una bien entendida celeridad procesal, se ha incorporado a la apelación concedida el efecto diferido de esta. Es necesario que los recursos sin efecto suspensivo deban consignar, además, si el efecto es diferido o no. Aquí, la apelación funciona como una reserva para el caso en que el expediente sea luego elevado en alzada, interpuesta la sentencia definitiva. Esta forma de recurrencia responde al principio de celeridad, evitando continuas interrupciones del procedimiento principal. Así, las incidencias en el proceso apeladas sin efecto suspensivo se resolverán conjuntamente con la sentencia u otra resolución final, evitando formar cuadernos separados por cada incidencia. Como señala la norma (ver el artículo 372 del CPC), cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad

en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

3. Especial comentario merece el "efecto extensivo o comunicante de la impugnación". Este efecto consiste en extender a la parte que no realizó el acto impugnativo, los efectos de esta, porque se halla en situación idéntica de aquel que presentó la impugnación. Este efecto se sustenta en el principio de la realidad, que se opone al de la personalidad del acto impugnativo y lo podemos encontrar en el proceso civil, en el caso del litisconsorcio necesario, donde la impugnación de uno de los sujetos favorece a los demás. Consiste en extender a la parte que no recurre los beneficios tomados de quien impugna, por cuanto aquel se encuentra en idéntica situación a la del recurrente.

El efecto extensivo surge de las propias normas legales, sin embargo, se torna discutible cuando no existe norma expresa al respecto. Sobre el particular, la doctrina moderna admite el efecto extensivo cuando la relación sustancial, objeto del proceso, no puede dividirse, como sería el caso de la pluralidad de titulares. Véase sobre el particular, la nulidad del matrimonio (artículo 275 del CC). Se trata de una relación jurídica inescindible cuya titularidad recae en los contratantes del matrimonio cuestionado, si frente a una sentencia adversa que declara la nulidad del matrimonio apela uno de los litigantes, el marido por citar, los beneficios de esa impugnación se extiende a la mujer que no apeló. Según Clara Olmedo, el efecto extensivo participa de las siguientes características: el favorecido con el efecto no puede renunciar a él: de lo contrario se destruiría el fundamento de la comunicación del recurso. Este efecto no solo comprende el resultado favorable que se obtenga de la impugnación interpuesta, esto es la sentencia infundada, sino también el beneficio de las consecuencias de ella, como la suspensión de la ejecución del acto procesal impugnado. Señala Gozaini⁽⁸⁷⁾: "La extensión supone la no impugnación de lo resuelto por el favorecido con aquella, pero este debe tener, en abstracto, la posibilidad legal de impugnar y al mismo tiempo debe haberse producido la caducidad por transcurso del término. Mientras el colitigante o coimputado conserve la facultad de recurrir no cabe la extensión de la impugnación de otro, ni se le puede privar de su derecho y la defensa en forma que lo considere conveniente".

(87) GOZAINI, Osvaldo. "Teoría general de la impugnación", en: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 49.

APELACIÓN DIFERIDA

ARTÍCULO 369

Además de los casos en que este Código lo disponga, de oficio o a pedido de parte, el juez puede ordenar que se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo, a fin de que sea resuelta por el superior conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el juez señale. La decisión motivada del juez es inimpugnable.

La falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez determina la ineficacia de la apelación diferida.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 368 inciso 2, 494, 757, 691.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 221.
C.P.C.N. Argentina art. 247.

Comentario

1. El recurso de apelación se concede en efecto diferido cuando la resolución de aquel se posterga hasta el momento en que el expediente se remita ante el órgano superior para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva. Constituye una especie de reserva del recurso. Es una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva.

El fundamento de la apelación en efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que en desmedro de la celeridad procesal sufre el procedimiento de primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas.

2. Como señala el artículo 368 el recurso de apelación se concede con o sin efecto suspensivo. El carácter diferido solo se apreciará en los casos de apelación sin efecto suspensivo. En ese supuesto, señala la norma "el juez ordena se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo".

Ello es entendible pues, tanto en el efecto diferido como en el devolutivo, la interposición y concesión del recurso no permite al juez desprenderse del conocimiento de la causa.

3. La apelación en efecto diferido solo procede cuando aquella deba concederse sin efecto suspensivo y cuando además el Código prevea específicamente ese efecto con referencia a la resolución que se trate. Por citar, en los casos que regulan los artículos 755, 691, 556, 494. Cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, en aplicación del artículo 372 del CPC debe entenderse que es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

En el supuesto de que el juez hubiere otorgado un efecto distinto a la apelación, esto es, difiriéndolo cuando debió hacerlo en efecto inmediato, o viceversa, es posible admitir el recurso de queja para corregir tal efecto.

4. Por otro lado, la eficacia de la apelación diferida está condicionada a la posterior apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez; caso contrario, es ineficaz la diferida. Sobre el particular, resulta importante apreciar la Casación N° 2028-2001-Huaura, publicada en *El Peruano*, 1 de marzo de 2004. En ella el colegiado supremo establece que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue y, en tal sentido, el artículo 369 del CPC no distingue quién debe interponer la apelación de resolución o sentencia señalada por el juez que permitirá resolver, a su vez, las apelaciones diferidas.

En este orden de ideas, al haber sido apelada la sentencia de primera instancia por uno de los codemandados, debieron resolverse las apelaciones concedidas en calidad de diferidas, por más que fueran interpuestas por persona diferente. Es más, no puede exigirse que sea el recurrente quien apele la sentencia para que se resuelvan sus apelaciones pendientes, pues en el presente caso la sentencia de primera instancia le fue favorable.



JURISPRUDENCIA

Una vez reservada el trámite de una apelación sin efecto suspensivo y recurrida la sentencia por medio de la apelación es obligación de la segunda instancia absolver el grado y resolver aquella apelación diferida.

La omisión de este pronunciamiento es perjudicial para quien válidamente ejercitó la apelación diferida y cuya contravención afecta la forma de los actos procesales prevista en los incisos tres y cuatro del artículo ciento veintidós y numeral trescientos setentinueve del Código Procesal Civil, así como trasgrede el principio de motivación de resoluciones judiciales preceptuada en el inciso seis del artículo cincuenta y último párrafo del artículo ciento veintiuno del Código acotado (Cas. N° 350-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.10-A.11).

Si bien el artículo 369 del CPC concede al juez la facultad discrecional de ordenar de oficio o a pedido de parte, reservar el trámite de una apelación sin efecto suspensivo; sin embargo, esta potestad debe ejercerse en consideración a razones atendibles que justifiquen la utilización de este mecanismo procesal como medio idóneo para hacer más fluida la tramitación del proceso (Exp. N° 2497-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 393).

Quando el juez concede apelación de una resolución con el carácter de diferida, tiene que precisar con que resolución el colegiado debe resolver la impugnación. Si omite ello, es nula la elevación porque no hay grado que absolver (Exp. N° 11241-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 395).

En los procesos de ejecución de garantía, la apelación concedida sin efecto suspensivo, se considera que es la apelación diferida y sujeto a trámite previsto en el artículo 369 del CPC (Exp. N° 48-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 126-127).

Quando el juez concede apelación de una resolución con el carácter de diferido debe precisar con qué resolución debe el juez superior resolver la impugnación (Exp. N° 1581-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 135-136).

El trámite de las apelaciones concedidas con la calidad de diferida y sin efecto suspensivo, deben reservarse únicamente para ser resueltas por el superior, conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el juez señale (Exp. N° 73-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 241-242).

COMPETENCIA DEL JUEZ SUPERIOR

ARTICULO 370

El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa.

Cuando la apelación es de un auto, la competencia del superior solo alcanza a este y a su tramitación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 5, 6, 7, 121, 122, 172, 365.
C.P. Const. arts. 35, 36, 57, 58, 93.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 341.
C.P.C. Colombia arts. 356, 357.
C.P.C.N. Argentina art. 251.

Comentario

1. El artículo en comentario regula la limitación de la competencia del juez superior frente a la apelación. Esta limitación lleva a que solo se pronuncie sobre los agravios que la sentencia recurrida le ha causado al apelante. El agravio es la medida de la apelación. Viene a ser la expresión del principio dispositivo que rige en el proceso civil a diferencia del sistema inquisitivo que establece un control automático por el órgano superior de todas sentencias, como ocurre en el caso de los procesos penales.

La competencia del juez superior va a estar marcada por dos criterios: pronunciarse solo sobre los puntos recurridos y resolver sin causar perjuicio al apelante (*reformatio in peius*). El primer criterio trae como consecuencia la admisión de la cosa juzgada parcial en los puntos que no han sido materia de impugnación.

En cuanto al segundo criterio se advierte que si apela una sola de las partes no procede fallar en su contra, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Nuestro sistema procesal admite la adhesión a la impugnación, esto es, que quien no ha impugnado, teniendo legitimación para recurrir, pueda hacerla como adhesión al reclamo de la otra parte. Es una especie de recurrencia condicionada a que el camino de la impugnación haya sido abierto por la otra parte; pues conforme refiere la última parte del artículo 343 del CPC,

el desistimiento posterior de la apelación no deja firme el acto impugnado por la adhesión interpuesta.

Para Peyrano⁽⁸⁸⁾ la *reformatio in peius* consiste en atribuirle una competencia revisora restringida a los aspectos de la resolución impugnada que le resultan desfavorables a la quejosa. Por ende, el superior no puede modificar lo resuelto por el juez en sentido favorable a las pretensiones del impugnante, a menos que su contraparte recurriera de esa parte de la resolución del inferior. Este particular funcionamiento de la alzada configura el denominado en doctrina "sistema de personalidad del recurso".

La vigencia del principio dispositivo, en la alzada es cuestionado por el "principio de la comunidad de apelación" en virtud del cual el superior, cuyo primer deber sería hacer respetar las leyes, aun ante el silencio de las partes, está facultado para revisar de oficio todos los aspectos de la resolución recurrida y no solo aquellos de los que se ha agraviado al apelante o el adherente, como asimismo, para modificarla en lo que le resulte favorable al apelante. En ese sentido, ha señalado la casación publicada en mayo de 2004, que no es reforma en peor integrar los intereses impuestos por mandato legal a la indemnización fijada en la apelación de sentencia: "si bien es cierto, no se fijó como punto controvertido, ni aparecía en el petitorio de la demanda o la audiencia, el pago de intereses, este se desprende del artículo 1985 del Código Civil (el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño) siendo su inclusión en la sentencia de primera instancia una omisión del juez que debía ser subsanada por la Sala Superior integrándose la sentencia apelada".

2. Las pretensiones en el proceso tienen límites objetivos expresados en el objeto y la causa como también límites subjetivos referidos a las partes. El juez debe fallar, en atención a la congruencia procesal, dentro de esos límites. En igual forma, el objeto del proceso en la segunda instancia será el mismo de la primera instancia fijado por el actor en su pretensión y delimitado por las afirmaciones o negaciones del demandado, por tanto, la apelación solo puede actuar dentro de las pretensiones de las partes y el material fáctico de la primera instancia, salvo la posibilidad de la prueba en segunda instancia conforme lo señala el artículo 374 del CPC.

La revisión por el juez superior de la resolución impugnada implica que, a través del efecto devolutivo, se traslade el poder de decisión del juez inferior al superior, pero dentro de determinados límites. Uno de ellos es el objeto del proceso en segunda instancia, el mismo que no puede ser distinto al de la primera instancia; sin embargo, dicha limitación no alcanza a aquellas cuestiones que habiendo sido

(88) PEYRANO, Jorge. *El proceso civil: principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 68.

articuladas en la primera instancia no han sido consideradas por el juez en la parte dispositiva de la sentencia, a pesar de haberse referido en la motivación. En ese supuesto, la norma prevé la posibilidad de la integración de la resolución apelada en la parte resolutoria.

Situación distinta es el caso que el juez superior juzgue una cuestión no resuelta por el inferior. Al actuar de ese modo se estaría permitiendo que se obvie una instancia, por ello, algunos criterios en la judicatura prefieren anular el fallo y reenviar la decisión del inferior. También puede operar que la parte afectada con la incongruencia del fallo recurra al desistimiento de la pretensión no resuelta que regula el artículo 345 del CPC.

Tampoco cabe revisar en apelación los extremos de la sentencia consentida por las partes. En la Casación N° 1480-03-Arequipa del 22 de octubre de 2003 se dice: "Se viola flagrantemente el derecho a la cosa juzgada cuando la segunda instancia se pronuncia acerca de un extremo sobre el cual ya existía pronunciamiento anterior consentido por las partes (...) la Sala Suprema señala que la cosa juzgada tiene nivel constitucional y que ninguna autoridad puede dejar sin efectos resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada. Agrega que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando las partes dejan transcurrir los plazos sin formular medios impugnatorios contra ella".

Por otro lado, debe advertirse en la competencia del juez de apelaciones lo regulado en el artículo 382 del Código, en el sentido de incluir en la apelación la nulidad, por lo que este juez podrá examinar de oficio las que deriven de la sentencia impugnada por el recurso de apelación.

3. La potestad de administrar justicia no solo encierra para el magistrado facultades sino deberes que respetar tanto en el aspecto jurisdiccional como en la conducta funcional que debe asumir. La actividad jurisdiccional exige el respeto a los principios procesales de igualdad, economía y legalidad. Además el juez tiene el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe. Dentro este contexto puede coexistir inconductas jurisdiccionales y disciplinarias.

Desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1911 hasta hoy se han venido considerando los siguientes supuestos como inconducta funcional: incurrir en desobediencia a los superiores; faltar de palabra o escrito a estos u otros jueces; faltar a los abogados; abusar de su autoridad con los subalternos y con los que intervengan en el proceso; ser negligente en el cumplimiento de sus deberes; observar una irregular conducta moral; tener vicios que afecten su prestigio y comprometan la respetabilidad del cargo; intervenir en manifestaciones de carácter político; gestionar ante otros jueces la tramitación o resolución de algún asunto en litigio; publicar escritos defendiendo su conducta sin permiso de sus superiores; retardar las providencias; dejar de sancionar infracciones de sus subalternos que den lugar a responsabilidad disciplinaria.

La actividad judicial permite trabajar dos mecanismos de control, de distinta naturaleza: el jurisdiccional y el disciplinario. El primero lo ubicamos a través de los recursos impugnatorios ordinarios y extraordinarios que pueden utilizar los justiciables ante decisiones que le causen agravio en un proceso judicial. El órgano legitimado para dilucidar los cuestionamientos será el superior jerárquico al órgano emisor. La revisión de la actividad jurisdiccional de los juzgados de paz le corresponde a los juzgados especializados. Como ya hemos señalado la naturaleza de este control es exclusivamente jurisdiccional y se orienta a corregir o contrarrestar el error en las decisiones impugnadas.

Con preocupación se advierte que es una práctica generalizada en los litigantes extender las razones que se esgrimen ante los mecanismos ordinarios de jurisdicción, a las quejas de hecho, que se interponen para los controles disciplinarios del juez. En la revisión al encontrarse responsabilidad del juez por actos u omisiones de índole jurisdiccional, se permite además que este sea pasible de sanción por el juez revisor al mismo tiempo que enmienda el agravio producido en la sentencia.

En el segundo, la conducta funcional conlleva una responsabilidad disciplinaria. Este se caracteriza por su naturaleza administrativa y por ser una modalidad del derecho sancionador, derivada de la relación del juez con la organización de la jurisdicción. La responsabilidad disciplinaria no puede incidir en la actividad jurisdiccional propiamente dicha. Como señala Piedad González⁽⁸⁹⁾ "el juez puede equivocarse -intencional o culposa- (...) desde luego el remedio de esa patología no puede venir por la línea disciplinaria, sino a través de los recursos o la exigencia de otra forma de responsabilidad, reservando lo disciplinario a su estricto campo".

La potestad disciplinaria no puede expandirse para sancionar las diferencias entre tribunales sobre la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico: "su legitimidad solo nace de su empleo como un medio de tutela del ciudadano contra posibles degeneraciones del aparato judicial en el ámbito de su corrección externa y eficaz, pero no en el de las decisiones jurisdiccionales, que han de ser controladas por otras vías como las de los recursos o las responsabilidades civil y penal del juez"⁽⁹⁰⁾.

Las personas legitimadas para realizar el control disciplinario son magistrados de mayor jerarquía que intervienen a pedido de los quejosos o de oficio, por disposición del propio órgano contralor.

La idea central en este comentario lleva a recordar la misión que tienen los jueces en la revisión: la sanción disciplinaria a la vulneración de los deberes procesales,

(89) GONZÁLES, Piedad. *Independencia del juez y control de su actividad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 203.

(90) MOVILLA ÁLVAREZ. *Responsabilidad del juez*, p. 162, citado por GONZÁLES, Piedad. Op. cit., p. 203.

como la motivación de las resoluciones, la celeridad procesal, etc. En esa línea encontramos algunos pronunciamientos que la Sala Civil Suprema Permanente ha desarrollado.

Se constata que la recurrente emitió la sentencia de separación convencional, declarando la separación legal de los cónyuges accionantes. Dicha sentencia fue materia de revisión por la sala superior, en virtud de que fue elevada en consulta al haber declarado el divorcio de los referidos cónyuges que corre a fojas diecinueve. La sala superior al absolver el grado de la consulta declaró la nulidad de lo actuado, en atención a que constató que el auxiliar jurisdiccional no había cumplido con suscribir la sentencia y por consiguiente, dispuso que la recurrente en su calidad de juez debía de tomar la medida pertinente. Posteriormente, se volvió a sentenciar la causa, declarándose la disolución del vínculo matrimonial de las partes en litis. La resolución de vista declaró la nulidad de la aludida sentencia porque constató que la magistrada recurrente no había cumplido con subsanar la deficiencia procesal advertida en la resolución de vista de fecha diecinueve de octubre de dos mil uno, corriente a fojas veintidós y por lo tanto, le impone la medida disciplinaria submateria. El artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que “el apercibimiento se aplica en los casos de omisión, retraso o descuido en la tramitación de los procesos. Es dictado por el superior inmediato”. De lo expuesto se arriba a la conclusión de que sí existe responsabilidad en la magistrada recurrente respecto de los hechos que se le atribuyen, pues es evidente que antes de la imposición de la medida disciplinaria submateria, la sala superior ordenó al juzgado a que cumpla con subsanar la deficiencia procesal incurrida respecto de la falta de firma del secretario de la causa, lo que no fue subsanado en los términos expuestos por la indicada sala superior. Por lo que ha quedado plenamente evidenciado en autos el descuido en la tramitación del juicio.



JURISPRUDENCIA

No constituye una circunstancia alegada por el demandado, el hecho de que este tenga un ingreso mínimo debido a que ejerce la actividad de abogado en forma libre, según lo ha declarado la sentencia recurrida (a fin de sustentar una reducción en la condena impuesta); por tanto, se ha transgredido el principio de congruencia, pues el colegiado ha introducido hechos que no han sido alegados por las partes, incurriendo así en causal de nulidad de la de vista, incurriendo también en una deficiencia en la motivación de la sentencia, presentando una motivación aparente, para pretender modificar el porcentaje de equivalencia de la pensión de alimentos establecida en la primera instancia, en base a fundamentos no alegados por las partes, incurriéndose así en el supuesto de nulidad procesal (Casación N° 2495-2007-Tacna, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 04/03/2008).

Es nulo el oficio de elevación del recurso de apelación si se ha omitido notificar al code demandado, lo que no ha permitido que este tome conocimiento de la sentencia que declara fundada en parte el extremo de su pretensión, así como del concesorio de apelación (Exp. N° 3863-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 353).

Si bien la apelante no niega su responsabilidad, pues solo se limita a cuestionar el excesivo monto fijado por indemnización, debe tenerse en cuenta que la afectación de bienes inmateriales debe traducirse en una reparación pecuniaria.

A pesar de que en el proceso penal la accionante no se ha constituido en parte civil, ella ha procedido al cobro de las cantidades consignadas, situación que debe llevar a deducir las cantidades pagadas del monto indemnizatorio (Exp. N° 2024-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 266).

Si la ejecutada solo estaba obligada a satisfacer el monto de la deuda de su garantizada, sea vía remate del bien o efectuando el pago dinerario, al haberse producido eventualmente el pago, la ejecución se vería satisfecha al haberse cumplido la finalidad sustancial del crédito hipotecario. Este razonamiento no es transgresor del mandato de pago, contenido en el admisorio, el mismo que se mantiene; sin embargo, resulta inejecutable vía remate del bien hipotecado, pues este bien solo responde hasta por la suma garantizada.

Si el banco ejecutante consintió la decisión, la resolución apelada que desestima el pedido de cobrar en este proceso sumas adicionales al monto consignado, resulta coherente con el razonamiento no impugnado por la apelante, por tanto, no procede el pronunciamiento del Colegiado, porque tiene limitada su competencia revisora, a tenor del artículo 370 del CPC (Exp. N° 2349-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 198).

Cuando la demandante interpone recurso de apelación y no media impugnación de la misma por parte del demandado, el juez superior no deberá empeorar la situación del apelante, dado que el tribunal superior, al resolver la apelación no tiene más poderes que los asignados por el propio recurso, no encontrándose autorizado a modificar el extremo no recurrido de la sentencia (Cas. N° 2838-99-Cusco, El Peruano, 04/07/2000, p. 5526).

La sentencia de primera instancia fue inhibitoria, dado que el órgano inferior al declarar improcedente la demanda no resolvió el fondo de la litis, mientras que la sentencia de vista, modificando la apelada, sí contiene un fallo de mérito, al declarar infundada la demanda, la misma que una vez que sea consentida y ejecutoriada adquiere la santidad de cosa juzgada; por lo que esta sentencia de vista deviene en nula, al resultar más desfavorable al recurrente y al no haberse el demandado adherido a la apelación (Cas. N° 1250-99-Junín, El Peruano, 30/11/99, p. 4196).

Ante la interposición de una apelación, la instancia de revisión está facultada para efectuar una segunda calificación de dicho recurso, a fin de corroborar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia respectivos. Sin embargo, tal calificación debe efectuarse en la primera oportunidad que se tiene para hacerlo; por lo que, si la sala de revisión ha corrido traslado del recurso, tenido por admitidos los medios probatorios presentados y señalado vista para la causa, no puede, luego de los actuados judiciales mencionados, anular el concesorio de la apelación y declarar inadmisibile el recurso, porque la oportunidad para verificar el cumplimiento de los referidos requisitos ha precluido (Cas. N° 815-99-Lima, El Peruano, 02/11/99, p. 3844).

Cuando una sentencia es apelada, el juez de revisiones, en la opción de confirmarla, lo puede hacer: a) por sus propios fundamentos, en cuyo caso debe expresarlo así, no siendo necesario repetir la fundamentación; b) por sus propios fundamentos y los adicionales que formule, en cuyo caso debe expresar: "por sus fundamentos y considerando además"; y, c) por fundamentos distintos, en cuyo caso no hace referencia a los fundamentos de la apelada, y expresa los propios, que deben cubrir los hechos y el derecho, pues esa sentencia sustituye totalmente la apelada (Cas. N° 552-99-San Román, El Peruano, 19/11/99, p. 3772).

Dentro de un sistema de libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la valoración de los medios probatorios efectuados por el inferior, tiene expedida su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser esta una función discrecional del juez, que puede ejercer cuando de los medios probatorios ofrecidos por las partes no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de controversia (Cas. N° 671-99-Chincha, El Peruano, 01/09/99, p. 3409).

Concedida la apelación, el superior, por principio de plenitud, tiene las mismas facultades que el inferior, de tal manera que puede examinar la demanda en todos sus aspectos, analizar nuevamente la prueba, aun admitir y analizar cuestiones no consideradas por el inferior. Pero esa regla general queda limitada en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues entonces el revisor solo podrá pronunciarse sobre lo que es materia del mismo, y circunscribirá el debate a los extremos apelados (Cas. N° 857-98-Lima, El Peruano, 29/12/98, p. 2289).

El superior jerárquico, para evitar la declaración de insubsistencia de una resolución, podrá integrar aquellas, que habiendo omitido pronunciamiento sobre cierto punto del fallo, contienen fundamentos suficientes para completarla, pero esa facultad no es permitida al inferior (Cas. N° 2166-97-Lima, El Peruano, 16/10/98, p. 1984).

La sentencia no puede ser emitida por quien no ha estado presente en la audiencia de la vista de la causa y donde se producen los informes orales, porque la votación solo puede ser realizada por los magistrados que sí intervinieron en dichos actos (Cas. N° 2564-98-Lima, El Peruano, 19/08/99, p. 3229).

Es nula la sentencia, si el juez ha omitido pronunciarse sobre una de las pretensiones procesales demandadas,

No es posible integrarla, si no se considera en la parte considerativa de la misma, pues si se hiciera se quebrantaría el principio de pluralidad de instancias, que es una de las garantías de la administración de justicia (Exp. N° 964-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 349).

No deben coexistir simultánea y separadamente, dos procesos judiciales que persiguen por un lado, se sancione el delito contra el patrimonio y de otro, la declaración de validez de los contratos de compraventa de los bienes que se afirman sustraídos.

El proceso penal prevalece sobre el civil por la naturaleza pública del derecho material que es objeto del primero.

La Sala Civil de la Corte Superior debe reservar la absolución del grado hasta que concluya el proceso penal (Exp. N° 1283-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 554-555).

Merece declarar la nulidad de la sentencia si los fundamentos expuestos por el juez en la parte considerativa de la apelada, son contradictorios (Exp. N° 526-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 209-210).

La sentencia que no se pronuncia por todas las pretensiones contenidas en la demanda, no solo implica un pronunciamiento relativo sino que además al no hacer un análisis de fondo, no puede ser materia de integración por el colegiado (Exp. N° N-435-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 326).

(...) La nulidad de una sentencia se debe declarar al observar la presencia de un vicio insubsanable, más (sic) no por la apreciación de los fundamentos en que se sustenta la decisión, caso en el cual, si hay coincidencia se debe confirmar y si hay discrepancia en

base a la nueva apreciación del juzgador de mérito en revisión, se deberá revocar y declarar el derecho que corresponda.

(...) Que, en consecuencia, se ha afectado el derecho al debido proceso, al omitir el pronunciamiento de fondo, y declarar una nulidad como consecuencia de la apreciación probatoria (Cas. N° 2784-98, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 179-181*).

Puede integrarse la recurrida si ha omitido consignar que el adeudo puesto a cobro por la actora debe ser abonado solidariamente por la codemandada (Exp. N° 700-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 234*).

Cuando la juez ha omitido pronunciarse sobre la contradicción, no obstante que ha formulado las consideraciones respectivas, procede completar el fallo (Exp. N° 692-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 235-236*).

Si la sentencia materia de grado ha sido apelada solo por la parte demandante, el colegiado debe pronunciarse únicamente respecto de los extremos apelados que causan agravio a dicha parte (Exp. N° N-364-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 384*).

(...) Fundándose la tacha en aspectos formales del pagaré respecto de los cuales se pronuncia el juez originario en el segundo considerando de su sentencia, la omisión relativa a la misma, no acarrea nulidad, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil la resolución pronunciada puede ser integrada (Exp. N° 1465-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 369*).

La sala civil al absolver el grado no puede modificar el monto indemnizatorio aumentándolo, si el actor no apeló de la sentencia.

Si bien la denuncia de un delito constituye el ejercicio legal de un derecho, también lo es que la difusión por los medios de comunicación social de los hechos en que se apoya cuando los mismos son objeto de tratamiento policial o judicial para su esclarecimiento, causan detrimento moral al denunciado que no fue condenado por los supuestos hechos que se le imputó, por lo que ese daño corresponde ser indemnizado (Exp. N° 877-93-Áncash, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 454-455*).

La falta de motivación en la sentencia debe ser sancionada. No puede convalidarse por el colegiado porque se afectaría la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, pues se argumentarían situaciones no consideradas por las partes al apelar; que de afectar sus intereses, estas no podrían impugnar para su reexamen (Exp. N° 4129-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 351*).

En cuanto a la extensión conceptual del principio de congruencia, partiendo hacia el concepto procesal de sentencia, dicho principio también debe ser entendido en la congruencia interna que debe existir entre la parte considerativa y resolutive de una resolución judicial, caso contrario, la resolución sería nula (Cas. N° 209-99-Lambayeque, El Peruano, 07/04/2000, p. 4975).

El monto indemnizatorio debe regularse prudencialmente. Corresponde incrementar el monto teniendo en cuenta la situación particular de la demandante, quien sufrió la pérdida de su único hijo, el cual contaba con 28 años de edad y cuya muerte sobreviniera a raíz del accidente de tránsito, ocasionando a la demandante un daño moral irreparable. Corresponde incrementar el monto teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1985 del Código Civil por tratarse de una responsabilidad extracontractual (Exp. N° 68-2002, Cuarta Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 318*).

PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN CON EFECTO SUSPENSIVO

ARTICULO 371

Procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, y en los demás casos previstos en este Código.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 353, 368 inciso 1, 383, 450, 465, 493, 494, 502, 512, 530 par. 4, 531 párr. 3, 556, 558, 621, 626, 664, 676, 691, 718, 720, 722 párr. 2, 755, 756, 808.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 222.

Comentario

1. La apelación es un recurso que responde a un procedimiento técnico de revisión, que surge a raíz de la impugnación formulada por la parte lesionada o agraviada con una sentencia injusta. La norma hace referencia a los supuestos para la procedencia de la apelación con efecto suspensivo.

Emitidas las resoluciones que hace referencia el artículo, se abre una nueva etapa del procedimiento, durante el cual, quedan a merced de la impugnación de las partes o los terceros.

Un primer referente son las sentencias y los autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación. En este último extremo véase lo regulado en los artículos 450 y 465 del Código Procesal Civil en relación a las excepciones y el saneamiento, también reproducidas en los artículos 494 y 556 del citado Código. También apréciase el caso de la conclusión en el proceso por retracto y en los procesos no contenciosos, regulados en los artículos 505 y 755; la improcedencia de la demanda en los casos de responsabilidad civil de los jueces y en ejecución de garantías (artículos 512 y 720).

Existen casos ajenos a los supuestos citados que el propio Código Procesal les concede efecto suspensivo. Al respecto véase lo regulado en el artículo 808 del Código en relación a la venta inmediata del objeto de la prestación cuando sea susceptible de deterioro; la resolución que contiene la conversión de la recaudación (artículo 664); la devolución de la asignación anticipada (artículo 676); la sanción al secretario y juez en las medidas cautelares (artículo 626) y el mandato que declara fundada la contradicción (artículos 718 y 722).

Como se advierte líneas arriba, el efecto suspensivo procede en resoluciones que ponen fin al proceso, como regla general, salvo las excepciones que el propio Código señala. A partir de la impugnación, la resolución queda provisionalmente privada de sus efectos, salvo en casos excepcionales, en que es posible prescindir de la suspensión de los efectos del fallo impugnado, como en la ejecución anticipada de alimentos que regula el artículo 566 del CPC. Nótese que ese tipo de efecto no opera cuando la apelación se concede sin efecto suspensivo. Cuando la apelación con efecto suspensivo culmina con la resolución de vista o por desistimiento del apelante, el acto impugnado reasume su eficacia.

2. Sobre la naturaleza del acto impugnado se exponen diversas opiniones en la doctrina. Se le aprecia como un acto sometido a condición suspensiva, el plazo para impugnar. Dentro de ese plazo, la sentencia o auto, son actos jurídicos sometidos a condición suspensiva. Si el recurso no fue interpuesto, la condición no se cumple y el acto se considera puro y simple desde el día de su emisión.

Otros afirman que es un acto de condición resolutoria pues es posible su rescisión, como el supuesto regulado en el artículo 178 del Código; existen otros criterios que consideran que no se trata de una verdadera sentencia, sino de una mera situación jurídica que puede devenir en sentencia, pues todavía no se está en presencia de una declaración de certeza. Carnelutti la considera como un acto imperativo, pero no inmutable, lo que permite explicar la ejecución provisional de la sentencia; también se dice que es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia pero con efectos limitados y parciales mientras pueda ser modificada. Frente a estas diversas posiciones, el Código Procesal señala "la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior" (ver el artículo 368 del CPC).

PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN SIN EFECTO SUSPENSIVO

ARTÍCULO 372

Las apelaciones sin efecto suspensivo proceden en los casos expresamente establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo.

Cuando este Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 90, 190, 368 inciso 2, 369, 377, 380, 383, 417, 442 párr. 2, 494, 528 inciso 3, 556, 568, 617, 618, 621, 632, 633 párr. 2, 637, 660, 691, 697, 722, 755.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia

art. 361.

Comentario

El recurso de apelación sin efecto suspensivo procede bajo dos supuestos: por un criterio de exclusión y por un criterio de legalidad.

Decimos ello porque todos aquellos casos en que no opera la apelación con efecto suspensivo procede concederla, por exclusión, sin efecto suspensivo. En ese sentido veáse lo regulado en el artículo 494 del Código.

También procede cuando el Código hace referencia expresa a ellos, por ejemplo, en el caso que se declare infundada la contradicción en los procesos no contenciosos, según el artículo 755, procede la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida; en el proceso de ejecución de garantías, la contradicción que se rechaza por no ajustarse a las causales señaladas en el artículo 722 del Código es apelable –según dicho artículo– sin efecto suspensivo; el mandado ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo según el artículo 697 del Código; el doble pago ante la retención incumplida en la medida cautelar es apelable sin efecto suspensivo según el artículo 660 del Código; la apelación contra la medida cautelar se concede sin efecto suspensivo según el artículo 637 del Código; la resolución que subroga al veedor es apelable sin efecto suspensivo según el artículo 633 del Código; la decisión en relación a la retribución del órgano de auxilio judicial es apelable sin efecto suspensivo conforme lo señala el artículo 632 del Código; la resolución que decida la fijación de los gastos procesales y multa por

medida cautelar innecesaria es apelable sin efecto suspensivo según el artículo 621 del Código; en el caso de las medidas anticipadas, señala el artículo 618, que la resolución que enajena o convierte los bienes afectados son apeladas también sin efecto suspensivo; en igual sentido opera la apelación a la variación de la medida cautelar (ver el artículo 617 del CPC); en el proceso de alimentos, la liquidación de las pensiones devengadas es apelable sin efecto suspensivo (ver el artículo 568 del CPC); también lo es la observación a la liquidación de costas, como prevé el artículo 417 del Código.

La idea rectora en la apelación es no atribuirle un efecto suspensivo cuando el Código no haga referencia al efecto ni a la calidad de esta; en este último caso, debe considerarse sin la calidad de diferida. En ese sentido, véase el caso citado del artículo 417 del Código.



JURISPRUDENCIA

Es procedente la apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida cuando el auto declara la improcedencia del allanamiento a una de las pretensiones (Exp. N° N-534-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 393).

PLAZO Y TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

ARTICULO 373

La apelación contra las sentencias se interpone dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación.

Concedida apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición distinta de este Código. Esta actividad es de responsabilidad del auxiliar jurisdiccional.

En los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días.

Al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días.

Con la absolución de la otra parte o del apelante si hubo adhesión, el proceso queda expedito para ser resuelto, con la declaración del juez superior en tal sentido, señalando día y hora para la vista de la causa.

El desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 56, 147, 357, 478 inciso 13, 491 inciso 12, 16 DF.
C.P. Const.	arts. 35, 36, 57, 58, 93.
C.N.A.	art. 179.
D. LEG. 822	art. 205.
D.S. 017-93-JUS	arts. 129 a 149, 259 incs. 2 y 3.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	arts. 223, 224.
C.P.C.N. Argentina	art. 250.

Comentario

1. El plazo es uno de los requisitos objetivos para la admisibilidad de la apelación. Existe un plazo para cada medio de impugnación. Tratándose de sentencias, la apelación se interpone dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, por citar, en los procesos contenciosos el plazo para apelar la sentencia es de diez días (ver el artículo 478 inciso 13) en los procesos abreviados le corresponde cinco días (ver el artículo 491 inciso 12).

Los plazos se regulan conforme a dos principios, el de igualdad y uniformidad.

Cuando nos referimos al primero evocamos el principio de igualdad ante la ley, por tanto, las partes deben tener las mismas posibilidades para recurrir. El plazo debe ser idéntico para todos y corre para cada uno, a partir de la notificación.

El segundo principio busca uniformizar los plazos de interposición de las impugnaciones, para la mejor utilización de los medios y las mayores garantías para las partes.

De lo expresado líneas arriba en relación a lo perentorio del plazo para interponer medios de impugnación señalamos que a pesar de que el órgano judicial erróneamente concediera un recurso extemporáneo y la otra parte pretendiera convalidar dicha decisión con su silencio, ello vulnera el orden público, porque las partes estarían modificando los plazos legales para la interposición de los recursos. Los medios de impugnación no pueden modificarse ni por el consentimiento de las partes, ni aun por la resolución del juez que concede un recurso indebido.

2. Concedida la apelación se abre una nueva etapa del procedimiento, durante la cual la sentencia cuestionada de injusta, queda provisionalmente privada de sus efectos. Se debe apreciar la impugnación en la segunda instancia como una expresión de justicia natural. No se trata de una revisión total del proceso sino de la sentencia. Tampoco se trata de atribuir una superioridad personal a los jueces de segunda instancia, sino de resguardar al Poder Judicial en su unidad, mirándolo con mayor respeto y confianza.

El acto procesal de la impugnación está sometido a formalidades, no solo de tiempo, sino de lugar y en general de diversas formalidades. En un proceso con pretensiones complejas subjetivas cualquiera de las partes puede presentar la impugnación.

En esta etapa debe respetarse el principio del contradictorio oyéndose a la contraparte frente a la impugnación de una. En los procesos de conocimiento y abreviados el superior confiere traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días. En el escrito de contestación al recurso de apelación, el apelado debe rebatir los argumentos del apelante; inclusive se ha sostenido que no tiene ni necesidad de reiterar los argumentos por los cuales ha triunfado o que han sido recogidos en la sentencia

3. En esta etapa se permite adherirse al recurso, pero fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días. La adhesión es una especie de recurrencia condicionada, pues requiere que la vía impugnativa haya sido abierta con antelación por la otra parte.

Existen argumentos a favor y en contra de la adhesión. Los detractores sostienen que quien se considera perjudicado debe apelar y no esperar la apelación del

otro; los partidarios de la adhesión sostienen que quien no usó de la apelación, no lo hace solamente por considerar la sentencia justa y beneficiosa, sino también a veces por el deseo de concluir el litigio y no exponer el negocio a nuevas contingencias, ahorrándose gastos y molestias.

La adhesión es catalogada con cierta dependencia del principal y también con cierta autonomía. La dependencia permite que si no se apela no hay adhesión; la oportunidad para adherirse es cuando se contesta el traslado de la apelación. Aunque se haya vencido el plazo para la contraparte, al recurrir una de ellas, se abre para la otra un nuevo plazo, al contestar el traslado.

La adhesión no se refiere a los puntos traídos a la segunda instancia por el apelante, sino que plantea nuevos puntos, esto es, reclama respecto de los agravios que a él, como adherente, causó la sentencia. Hay por tanto dos recursos, dos expresiones de agravios y sus contestaciones.

El carácter dependiente de la adhesión se ve trastocado con el desistimiento de la apelación, el mismo que no afecta a la adhesión, en atención a su autonomía. Si el recurso carece de existencia porque fue introducido fuera del plazo entonces la adhesión cae, porque ella nació como consecuencia de aquel recurso.

Para Vescovi⁽⁹¹⁾, es una posibilidad que se da a quien no ha usado determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, introduciendo su impugnación sobre la base de los agravios que también a él causa la resolución.

Una de las etapas finales del procedimiento es la realización de la vista de la causa, que puede ser enriquecido con un informe *in voce* de las partes o sus abogados ante el pleno del colegiado superior.



JURISPRUDENCIA

El auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, dentro de cinco días de notificado el concesionario de una apelación sin efecto suspensivo, deberá remitir al superior copia completa y legible de las piezas indicadas por el juez; por lo que el incumplimiento del auxiliar jurisdiccional no puede llevar a la conclusión de que el apelante ha actuado con negligencia o renuencia a formar el cuaderno incidental, habida cuenta que esta es obligación del auxiliar jurisdiccional y para ello el apelante ha abonado el arancel correspondiente (Cas. N° 972-99-Arequipa, El Peruano, 28/11/99, p. 4179).

(91) VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 177.

MEDIOS PROBATORIOS EN LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

ARTICULO 374

Solo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluída la etapa de postulación del proceso; y*
- 2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.*

Es inimpugnabile la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 429, 476, 489.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 360.
C.P.C.N. Argentina arts. 260, 263.

Comentario

A pesar de que la segunda instancia se orienta a la revisión de la sentencia, se admite de manera excepcional y bajo una interpretación restrictiva, la posibilidad de introducir nuevas pruebas, bajo la justificación de los supuestos que señalan los dos incisos de la norma.

El inciso primero hace referencia a la apertura a prueba de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluída la etapa de postulación del proceso.

La alegación de hechos con posterioridad a la traba de la litis es excepcional y procede en tanto los mismos sean conducentes y se encuadren en los términos de la litis y el objeto de la pretensión.

Se califica como hecho nuevo el acontecimiento que llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado en los términos de la causa y objeto de la pretensión deducida en el proceso. La admisibilidad de un hecho nuevo en primera instancia se encuentra subordinada a que se haya producido con posterioridad a la etapa de postulación del proceso, o que, aun siendo anterior, hubiese llegado recién a conocimiento de la parte en ese momento, tenga relación con la cuestión que se ventila, y hubiese sido alegado oportunamente (véase el inciso 2 del artículo 374 del CPC).

Como ya se ha señalado, en forma excepcional se admite la apertura a prueba en segunda instancia, siempre que se refiera a hechos relevantes. Aquellas probanzas deben recaer en documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso; sin embargo, se permite ingresar documentos, con fecha anterior, siempre y cuando la parte que la inserta —pese a su diligencia— no pudo agregar al proceso porque desconocía o porque no tuvo la posibilidad de obtenerlos con anterioridad.

En estos últimos casos, no es suficiente alegarlo sino —como señala la norma— debe comprobarse su desconocimiento o imposibilidad de obtención; sin embargo, para facilitar su incorporación se podría recurrir al juramento o a la afirmación que la parte formule acerca de dicho desconocimiento, el mismo que pueda ser susceptible de desvirtuarse —mediante prueba en contrario— que pueda producir la parte, a quien el documento se oponga.

Nótese que la norma exige la concurrencia de medios probatorios referidos a hechos relevantes o circunstancias decisivas, pues no se admite el diligenciamiento de lo que se puede calificar de pruebas superfluas. Cuando la norma refiere a “hechos relevantes acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso”, ello implica que se refiera a hechos que no cambien la pretensión, pues el principio de congruencia exige correlación entre las pretensiones de las partes y la sentencia.

Las personas legitimadas para ofrecer los medios probatorios siguen siendo las partes y los terceros. Los medios probatorios referidos a los hechos relevantes requieren para ser introducidos u ofrecidos en segunda instancia, probarse que acaecieron “con fecha posterior al inicio del proceso”.

Este ofrecimiento debe realizarse en el escrito de formulación de apelación o de absolucón de agravios. Se excluye de esta posibilidad a los procesos sumarisimos (en ese sentido, véase el inciso 3 del artículo 559 del CPC).

El ofrecimiento puede ser aceptado como rechazado, contra este último no cabe impugnación. Si fuera admitida la actuación de pruebas será realizada en una audiencia especial dirigida por un juez ajeno al juez de apelaciones. Si el superior es un órgano colegiado, dicha audiencia será dirigida por el juez menos antiguo.

Por último, puede darse el caso, en segunda instancia, que ambas partes estén de acuerdo en la incorporación extemporánea de la prueba documental, ello obligaría al órgano judicial a considerarlos necesariamente como elementos probatorios.



JURISPRUDENCIA

El recurrente sostiene que el a quo corrió traslado del citado escrito y su anexo respectivo a la parte demandada, a efecto de que se pronuncie sobre el nuevo medio probatorio, no habiendo sido este tachado ni observado por los demandantes, lo que significa que el referido medio probatorio tiene plena validez; por lo que la sala debió admitirlo por mandato del artículo 374 del Código Procesal Civil. Analizada dicha denuncia, se tiene que esta carece de base real, pues la norma invocada prevé el ofrecimiento de medios probatorios en apelación de sentencia solo en los procesos de conocimiento y abreviado; empero se verifica que el aludido poder fue ofrecido como instrumental mediante escrito y no como medio probatorio. Asimismo se advierte que ha precluido su derecho para cuestionar la no admisión de la citada prueba por el colegiado; esto es, al momento en que se emitió la resolución número uno, en la que solo señala fecha para la vista de la causa; razones por las cuales, también debe ser desestimada la citada denuncia (Cas. N° 721-2008-Lima, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 02/04/2008).

Conforme es de verse del escrito de apelación, la parte demandante al interponer dicho medio impugnatorio ofrece como parte de su prueba los documentos, los cuales son admitidos por la sala superior, prescindiéndose de convocar a una audiencia de pruebas por tener todas las presentadas el carácter de documental. Que, a pesar de ello, aparece de la parte considerativa de la sentencia de vista (tercer considerando) que la sala superior manifiesta que dicha prueba documental no puede ser valorada al momento de resolver por haber sido ofrecidas fuera de las oportunidades postulatorias; ya que de lo contrario, se desnaturalizaría el proceso (Cas. N° 65-2008-Ica, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 29/04/2008).

(...) La parte demandante ofreció medios probatorios en su escrito de apelación (...) y el demandado en el de absolucón de agravios (...).

(...) Que, sin embargo, la sala civil (...) ha incumplido lo dispuesto en el artículo trescientos setenticuatro (del CPC) (...), porque no se ha pronunciado sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de dichos medios probatorios, a lo que estaba obligada, incurriendo en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiuno del Código acotado (...) (Cas. N° 1574-99-Huánuco, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 395-397).

Si el ejecutado no ha propuesto los medios de prueba que pretende ejercer con su apelación, precluye la oportunidad que tuvo para hacerlo.

No se permite el ofrecimiento de medios probatorios en la formulación de la apelación o en la absolucón de agravios (Exp. N° 1376-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 148-149).

Merece declarar la nulidad de la sentencia expedida sin haber declarado la prescindencia de una prueba admitida.

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta (Exp. N° 317-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 210-211).

Solo en los procesos de conocimiento y abreviados, las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito en que se fórmula apelación o se expresan agravios y en los que contempla el artículo 374 del CPC.

Los medios probatorios en la acción de desalojo deben ser presentados oportunamente con la demanda, por tratarse de un proceso sumarísimo (Exp. N° 132-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 389).

(...) El artículo trescientos setenticuatro del acotado Cuerpo de Leyes (CPC) dispone que solo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer (sic) medios probatorios en el escrito de apelación o en el de absolución de agravios y únicamente cuando se cumplan las condiciones previstas en los dos incisos de dicha norma; empero, los documentos presentados por el recurrente en segunda instancia no satisfacen dichos requisitos por lo que no constituyen medios probatorios extemporáneos susceptibles de ser valorados en esta litis (Cas. N° 864-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 382-383).

(...) Encontrándose estos autos en segunda (sic) instancia, la recurrente reiteró su pedido para que la prueba en mención (cartas) sea tomada en cuenta al momento de resolver, sin embargo, la sala no la admitió ni la rechazó y menos fue valorada en su mérito probatorio, de modo que en esta forma no solo se ha ignorado el precepto contenido en el citado numeral (artículo 374 del CPC), sino también se ha limitado el derecho que tiene todo litigante para demostrar la razón de sus afirmaciones (Cas. N° 1750-99-Lambayeque, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 388-389).

(...) Como prescribe el artículo trescientos setenticuatro del Código Procesal Civil, en los procesos de conocimiento y abreviados las partes pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación, en los dos supuestos que indica, sobre los que la sala de revisiones debió pronunciarse, como prescribe el último párrafo de la norma citada.

(...) Que, esa omisión configura una infracción procesal que conlleva indefensión para el recurrente, y afecta su derecho al debido proceso, por lo que debe ser sancionada con su nulidad (...) (Exp. N° 1064-99-Lima, Sala N° ... Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 390-391).

El artículo trescientos setenticuatro del Código Procesal Civil permite que en los procesos de conocimiento y abreviados, las partes puedan ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de la absolución de agravios, en los casos que señala en sus incisos primero y segundo, pero determina que es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos y si fueran admitidos se tiene que fijar fecha para la audiencia respectiva.

(...) Que, esto significa que cuando una parte ofrece medios probatorios en un proceso de conocimiento o abreviado en su escrito de formulación de la apelación o en el de la absolución de agravios de toda manera tiene que existir una resolución de la Corte Superior que admite o no dichos medios probatorios (Cas. N° 2104-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 392-394).

Resulta intrascendente la impugnación propuesta sin demostrar por qué no está de acuerdo con la pensión fijada, ni adjuntar prueba que acredite que sus recursos económicos no le permiten acudir a ella (Exp. N° 5140-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 36-37).

Los actos procesales deben ser ejecutados en las etapas correspondientes. Si el derecho a contradecir el mandato de ejecución ha precluido, no puede sustituirse este por el recurso de apelación, en el que se acompañan copias simples de recibos de pago, pues los medios probatorios en apelación de sentencias está limitado únicamente a procesos de conocimiento y abreviado (Exp. N° 1198-01, Primera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 764).

VISTA DE LA CAUSA E INFORME ORAL

ARTÍCULO 375

En los procesos de conocimiento y abreviados, la designación de la fecha para la vista de la causa se notifica a las partes diez días antes de su realización.

En los demás procesos, se notifica con anticipación de cinco días. Solamente procede informe oral cuando la apelación se ha concedido con efecto suspensivo.

Dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista, el abogado que desee informar lo comunicará por escrito, indicando si la parte informará sobre hechos. La comunicación se considera aceptada por el solo hecho de su presentación, sin que se requiera citación complementaria. No se admite aplazamiento.

Las disposiciones de este artículo se aplican a todos los órganos jurisdiccionales civiles que cumplen función de segunda instancia.

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 377, 386 inciso 1, 394.</i>
<i>C.P. Const.</i>	<i>arts. 35, 36, 57, 58, 93.</i>
<i>D. LEG. 822</i>	<i>art. 206.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 131 a 134, 136, 155, 289 inciso 5.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 264.</i>
---------------------------	------------------

Comentario

1. El presente artículo se dedica a regular la vista de la causa y el informe oral. La vista es la audiencia ante los colegiados, en la cual se examina una causa, se debate acerca de la misma y se deja al voto para su decisión. Es la declaración que hace el juez o el colegiado de haber estudiado todo un expediente. Expresa que el juez concluyó la vista de una causa, revisó y analizó todo lo actuado y está listo para dictar el fallo. Implica una participación de conocimiento más extensa que comprende integralmente todas las etapas desarrolladas en el proceso.

Es importante tener presente en esta etapa el contenido de la siguiente Casación Nº 815-99-Lima, publicada en el diario *El Peruano* el 02 noviembre de 1999, p. 3844: "ante la interposición de una apelación, la instancia de revisión está facultada para efectuar una segunda calificación de dicho recurso, a fin de corroborar

el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia respectivos. Sin embargo, tal calificación debe efectuarse en la primera oportunidad que se tiene para hacerlo; por lo que, si la sala de revisión ha corrido traslado del recurso, tenido por admitido los medios probatorios presentados y señalado vista para la causa, no puede, luego de los actuados judiciales mencionados, anular el concesorio de la apelación y declarar inadmisibile el recurso, porque la oportunidad para verificar el cumplimiento de los referidos requisitos ha precluido”.

2. La vista de la causa es la antesala para el informe oral. Decimos ello porque las partes o el abogado que desee informar comunicará por escrito de su interés, dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista de la causa.

Es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan. Por su parte, los litigantes también pueden formular oralmente alegatos sobre hechos, en la instancia respectiva y en los casos que la ley le faculte.

El procedimiento para el informe oral está condicionado a la vía procedimental. Tratándose de procesos de conocimiento y abreviados, la designación de la fecha para la vista de la causa se notifica a las partes diez días antes de su realización. En los demás procesos, se notifica con anticipación de cinco días.

El informe oral reviste de ciertas particularidades, como su no aplazamiento en caso de haber sido concedido y su improcedencia para apelaciones sin efecto suspensivo.

La intervención del abogado en el proceso está guiada por dos sistemas que la doctrina denomina patrocinio libre o patrocinio obligatorio. Nuestro Código procesal se ubica en este último, de tal forma que todos los actos procesales de defensa hacen necesaria la intervención letrada. La carga de patrocinio se justifica por el mecanismo complejo del proceso, que hace imprescindible que tales actos los realicen los abogados, pues son los llamados a auxiliar a las partes en sus alegaciones. El hecho que se haya adoptado el sistema del patrocinio obligatorio, no hace que los informes *in voce* se practiquen exclusivamente por abogados, porque nuestro Código permite la intervención de la parte litigante para el informe *in voce*. Esa intervención permite distinguir entre el informe de hechos y el informe de derecho, restringiendo a las partes solo a la exposición de los hechos de su pretensión.

El informe *in voce* es un acto procesal de índole constitucional, esencial en el trámite, porque consagra la efectividad del debido proceso. Tiene una especial preponderancia en los sistemas donde prima la escritura, porque se busca que con el uso de la palabra se entienda mejor el caso litigioso y por tanto se resuelva con un mayor sentido de justicia.

Podetti⁽⁹²⁾ refiriéndose a la realización del informe *in voce* señala: “un buen alegato oral debe ser breve, conciso y concreto. Conviene empezar con una esquemática exposición de los hechos controvertidos, destacando a quien correspondía su prueba, para analizar luego y con relación a cada hecho, las pruebas aportadas. El letrado debe procurar, con su exposición convencer al juez de que la prueba, en sus aspectos particulares y en su conjunto, ha sido favorable a las pretensiones del litigante a quien patrocina. Es obvio que, en razón que la persona a la cual va dirigido el alegato, el juez, es también un técnico del Derecho y el director de los procedimientos cumplidos, la discusión del derecho aplicable, cuando se haga, debe ser precisa y la merituación de la prueba, concreta. Las divagaciones, las generalidades, la exposición de doctrinas conocidas, las repeticiones y otros vicios del orador común, deben ser cuidadosamente excluidos de un alegato forense, porque perjudica a quien cae en ellos en lugar de beneficiarlo”.



JURISPRUDENCIA

Los organismos de instancia no están obligados a expresar en sus resoluciones las alegaciones vertidas en el informe oral, pues los agravios contra la resolución apelada se expresan en el correspondiente recurso de apelación (Cas. N° 351-2008-Arequipa, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 14/03/2008).

La recurrente denuncia casatoriamente la contravención de normas que garantizan la observancia del debido proceso, señalando, que al emitirse la resolución de vista se ha infringido lo previsto en los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y artículo 289 inciso 5 de Ley Orgánica del Poder Judicial, pues precisa que el a quo le impidió informar oralmente previo a emitir la sentencia de primera instancia, lo que a su parecer, constituye una causal de nulidad, conforme lo previsto en el artículo 171 del Código Procesal Civil. Agrega, asimismo, que la Sala Civil Superior al emitir la resolución de vista no ha emitido pronunciamiento sobre dicha irregularidad procesal, siendo que en el presente caso se ha debido tener en cuenta las normas del debido proceso, aplicándose la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa antes de emitirse pronunciamiento sobre el fondo del asunto.(...) Empero, la alegación expuesta carece de base real, pues oportunamente se le concedió al recurrente el uso de la palabra y si no ejerció tal derecho, mal puede argüir que lo resuelto infrinja el principio procesal de tutela jurisdiccional en los términos planteados (...) no evidenciándose la violación al debido proceso en los términos denunciados, el recurso impugnatorio propuesto por la referida causal debe desestimarse por improcedente (Cas. 383-2008-La Libertad, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 19/03/2008).

(92) PODETTI, *Tratado de proceso laboral*, T.1, p. 315, citado por RILLO CANALE Óscar, “Informe *in voce*”, en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, p. 745.

PLAZO Y TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE AUTOS CON EFECTO SUSPENSIVO

ARTÍCULO 376

La apelación contra los autos a ser concedida con efecto suspensivo, se interpone dentro de los siguientes plazos:

1. Tres días si el auto es pronunciado fuera de audiencia. Este es también el plazo para adherirse y para su contestación, si la hubiera; o
2. En la misma audiencia, si el auto fuera expedido en ella, pero su fundamentación y demás requisitos serán cumplidos en el mismo plazo que el inciso anterior.

El secretario de juzgado enviará el expediente al superior dentro de cinco días de concedida la apelación o la adhesión, en su caso, bajo responsabilidad.

Dentro de cinco días de recibido, el superior comunicará a las partes que los autos están expedidos para ser resueltos y señalará día y hora para la vista de la causa.

Es inadmisibile la alegación de hechos nuevos.

La resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 56, 365 inciso 2, 367, 371, 375, 494, 558, 691.
C.N.A.	art. 179.
D.S. 017-93-JUS	arts. 129, 259 incs. 2, 3, 4, 5 y 7.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 359.
C.F.P.C. México	arts. 233, 234, 235, 237-258.

Comentario

La presente norma regula el procedimiento de la apelación con efecto suspensivo contra los autos.

Uno de los supuestos a observar es el plazo para interponer la apelación. Ella está condicionada a si la resolución impugnada se ha pronunciado fuera o dentro de la audiencia. En el primer caso, el recurrente debe apelar contra el auto dentro de tres días de notificado el auto; pero, cuando se pronuncia dentro de la audiencia,

debe hacerlo en ese mismo acto, reservándose la fundamentación y demás requisitos para ser cumplidos en similar plazo al anterior supuesto.

Este enunciado deslegitimaría de apelar a la parte que no ha concurrido a la audiencia respectiva, pues la oportunidad para impugnar ha precluido con la conclusión de dicha audiencia y su inasistencia podría tomarse como consentimiento del auto emitido.

Adviertáse que los plazos para la impugnación son perentorios, fatales, pues legalmente no admiten prórroga; y que estos plazos son extensivos para la adhesión.

Por otro lado, cuando se concede apelación con efecto suspensivo, se impide la ejecución de la resolución, la misma que queda suspendida hasta la notificación que ordene se cumpla lo dispuesto por el superior.

Concedida la apelación, tanto el secretario de juzgado como el superior colegiado tienen la carga de enviar el expediente y comunicar a las partes que los autos se encuentran listos para ser resueltos, para lo cual, señala fecha para la vista de la causa. En la vista, el juez expresa que ha revisado y analizado todo lo actuado y que está listo para dictar el fallo.

La vista de la causa es la antesala para el informe oral. Decimos ello porque las partes o el abogado que desee informar comunicará por escrito de su interés, dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista de la causa (ver el artículo 375 del CPC).

Nótese que la resolución impugnada no es una sentencia sino un auto y que solo opera el pedido de informe oral, si se ha concedido apelación contra dicho auto, con efecto suspensivo (ver el artículo 375 del Código Procesal). El informe oral es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan. Por su parte, los litigantes también pueden formular oralmente alegatos, en la instancia respectiva y en los casos que la ley le faculte.

Una de las restricciones que opera en este tipo de impugnaciones es la prohibición de alegar hechos nuevos, en esta etapa del procedimiento.



JURISPRUDENCIA

La apelación promovida por el demandado que no asistió por cuenta propia a la audiencia, no obstante haber sido notificado, es improcedente. Esta debió ser presentada en la audiencia misma (Exp. N° 59-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 394-395).

No es posible aplicar las formas sustanciales solemnes a un acto de ejecución típicamente procesal como es el remate judicial de un bien.

Los actos jurídicos procesales se gobiernan por disposiciones y principios propios, como son los de subsanación, convalidación y trascendencia de la nulidad (Exp. N° 122-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 372-373).

La apelación se interpone dentro del plazo legal, ante el juez que expidió la resolución impugnada, debiendo dicho recurso contener los fundamentos o precisar el agravio, sin cuyo requisito serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes.

El juez no está facultado para conceder al apelante un plazo para subsanar las omisiones (Exp. N° 328-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 388).

En los casos que señala el artículo 376 CPC no procede que el juez deniegue la apelación interpuesta contra el auto dictado en audiencia, bajo el argumento de que el apelante no ha cumplido con fundamentarla.

La queja de derecho deberá ser interpuesta al tercer día de ocurrida la denegatoria de apelación (Exp. N° N-594-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 395).

La apelación contra los autos dictados en la misma audiencia a ser concedidos con efecto suspensivo, deben interponerse en la misma, fundamentándose y acompañando el recibo de la tasa respectiva, en el plazo de tres días (Exp. N° 1283-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 181-182).

Si la resolución impugnada se expidió en audiencia, en el mismo acto debió ser apelada, conforme a lo previsto en el artículo 376 inciso 2 del Código Procesal Civil y que al no haber ocurrido así, el recurso debe ser rechazado (Exp. N° 01-4252-1414, Segunda Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 525).

TRÁMITE DE LA APELACIÓN SIN EFECTO SUSPENSIVO

ARTÍCULO 377

La apelación se interpone dentro de los mismos plazos previstos en el artículo anterior. En la misma resolución que concede la apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, el juez precisará los actuados que deben ser enviados al superior, considerando los propuestos por el recurrente al apelar.

Dentro de tercer día de notificado el concesorio, la otra parte puede adherirse a la apelación y, de considerarlo, pedir al juez que agregue al cuaderno de apelación los actuados que estime conveniente, previo pago de la tasa respectiva.

El auxiliar jurisdiccional, dentro de cinco días de notificado el concesorio, bajo responsabilidad, remitirá al superior, por facsímil u otro medio, copia completa y legible de las piezas indicadas por el juez, además del oficio de remisión firmado por este, agregando el original al expediente principal, dejando constancia de la fecha del envío.

Una vez el cuaderno ante el superior, este comunicará a las partes que los autos están expeditos para ser resueltos. En este trámite no procede informe oral, ni ninguna otra actividad procesal. Sin perjuicio de ello, el superior podrá de oficio citar a los abogados a fin que informen o respondan sobre cuestiones específicas contenidas en la resolución apelada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

D.S. 017-93-JUS

arts. 368 inciso 2, 372, 375.

art. 139.

Comentario

1. Los plazos para la apelación de los autos, con o sin efecto suspensivo, son únicos. Tres días si el auto es pronunciado fuera de audiencia y en la misma audiencia, si el auto es expedido en ella. Estos plazos son extensivos para la adhesión y para su contestación si la hubiera.

Como se advierte, nuestro Código permite la adhesión a la apelación. Consiste en la facultad de la parte que no apeló, de adherirse a la recurrencia de su adversario.

Esta debe cumplir con los mismos requisitos para la apelación. Implica acoplar la propia apelación a la ya deducida del contrario. El plazo para la adhesión se establece dentro del tercer día de notificado el concesorio. La adhesión al recurso amplía el objeto del proceso en la segunda instancia pues a los puntos que propone el apelante se agregan los que propone el apelado.

Se trata de un recurso subordinado o dependiente del otro. Esto es indudable, nadie duda que hay un mínimo de dependencia, dado que si no, estaríamos ante una apelación principal, y no adhesiva.

2. La norma dispone que el auxiliar jurisdiccional remita por facsímil u otro medio, copia completa y legible de las piezas indicadas por el juez para la formación del cuaderno de apelación, para lo cual se establece plazos breves para ello, esto es, cinco días de notificado el concesorio, bajo responsabilidad.

Ello es coherente porque busca evitar que indirectamente, mediante la simple retención o demora en formar y remitir el expediente, el órgano superior, ante el cual se apela, no comience a actuar. Por otro lado, apreciése que la tramitación para este tipo de apelaciones opera sin la calidad de diferida.

La norma también se pronuncia acerca de las piezas que se deben enviar al superior en el cuaderno. Entre copiar todo el expediente y solo tomar copias o testimonios de los que guarden relación con la apelación, propuestos por el recurrente al apelar y por el juez, se ha optado por este último. Sobre el particular, léase la Casación Nº 972-99-Arequipa publicada en *El Peruano* el 28 de noviembre de 1999, p. 4179 que señala: "el auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, dentro de cinco días de notificado el concesorio de una apelación sin efecto suspensivo, deberá remitir al superior copia completa y legible de las piezas indicadas por el juez; por lo que el incumplimiento del auxiliar jurisdiccional no puede llevar a la conclusión que el apelante ha actuado con negligencia o renuencia a formar el cuaderno incidental, habida cuenta que esta es obligación del auxiliar jurisdiccional y para ello el apelante ha abonado el arancel correspondiente".

3. El informe *in voce* es entendido como la exposición final o alegato que hace el abogado ante el juez unipersonal o colegiado, previo a la resolución del asunto que es materia del grado o apelación. Adviértase que este informe no solo puede ser realizado por el abogado sino por las partes. Solo cuando la intervención verse sobre cuestiones de derecho le corresponde en exclusividad al abogado hacer dicho informe, permitiéndose a las personas no letradas, partes en el proceso, informen sobre hechos.

El informe *in voce* no es procedente en este tipo de apelaciones, sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, sin embargo, es facultad del juez de apelaciones citar, de oficio, a los abogados a fin de que informen o respondan sobre cuestiones específicas contenidas en la resolución apelada.

**JURISPRUDENCIA**

La apelación se interpone dentro del plazo legal, ante el juez que expidió la resolución impugnada, debiendo dicho recurso contener los fundamentos o precisar el agravio, sin cuyo requisito serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes.

El juez no está facultado para conceder al apelante un plazo para subsanar las omisiones (Exp. N° 328-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 388).

Una vez reservado el trámite de una apelación sin efecto suspensivo y recurrida la sentencia por medio de la apelación es obligación de la segunda instancia absolver el grado y resolver aquella apelación diferida.

La omisión de este pronunciamiento es perjudicial para quien válidamente ejerció la apelación diferida y cuya contravención afecta la forma de los actos procesales (...) así como trasgrede el principio de motivación de resoluciones judiciales (Cas. N° 350-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.10-A.11).

El juez al imponer a la parte recurrente la obligación de indicar piezas procesales para formación del cuaderno de apelación sin efecto suspensivo, configura una causal de invalidez del acto procesal puesto que a través de este se exige el cumplimiento de una conducta que la Ley Procesal no manda. Conforme lo preceptúa el artículo 377 del Código Procesal Civil, en la misma resolución que concede la apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, es el juez quien precisará los actuados que deben ser enviados al superior (Exp. N° 1268-2002, Tercera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 532).

ACTOS CONTRA LA SENTENCIA EXPEDIDA EN SEGUNDA INSTANCIA

ARTICULO 378

Contra las sentencias de segunda instancia solo proceden el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos de forma y fondo para su admisión.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 384, 385, 387, 388, 406, 407.
D.S. 017-93-JUS arts. 11 párr. 3, 129 a 146, 148 a 150.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 272.

Comentario

1. La aclaración es un mecanismo que opera de oficio o a pedido de parte para obtener que el mismo órgano judicial que dictó la resolución aclare algún concepto oscuro o dudoso expresado en ella.

Es una excepción a la regla general que establece que una vez dictada una resolución, ella no puede ser modificada. El pedido de aclaración no está sujeto a ningún plazo para que opere. Este debe interponerse antes de que la resolución cuestionada cause ejecutoria.

Se considera como elemento material para la aclaración al concepto oscuro o dudoso. Se trata solo de corregir la expresión y no lograr que por este medio se pueda modificar el alcance o el contenido de la decisión.

Los motivos de la corrección son los errores materiales y la subsanación de omisiones, esto nos lleva a decir, que la corrección tiene carácter limitado.

Cuando se habla de corrección de errores materiales, se habla de errores numéricos y ortográficos, como cálculos numéricos y equivocaciones en las referencias de las personas, por citar, se debe decir actor y se le dice procesado.

La corrección importa una revisión de la sentencia, no para adecuarla a la intención del juez sino a lo que este debió hacer y no hizo, dejando de resolver una cuestión que se hallaba en los puntos controvertidos.

2. La casación es un recurso extraordinario porque surge como último remedio agotada la impugnación ordinaria. Para su interposición se exige motivos

determinados, formalidades especiales y no el simple agravio. Es un recurso restrictivo porque se limitan los poderes del tribunal, a los motivos de impugnación propuestos por las partes. También se limitan a las sentencias y resoluciones referidas en el artículo 385 del Código, contra las cuales cabe el recurso de casación.

El recurso de casación no tiene por propósito formar un nuevo juicio jurisdiccional para resolver una controversia jurídica, sino el de controlar el juicio ya producido con el carácter de definitivo, al que se le califica de viciado por algún error previsto por la ley como causal del recurso.

Para la procedencia del recurso se exige que se invoquen y se fundamenten las causales de casación descritas en el artículo 386 del Código, puesto que ellas no podrán ser sustituidas por el tribunal.

CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ARTICULO 379

Consentida la sentencia de segunda instancia que contiene un mandato y, devuelto el expediente al juez de la demanda, la sentencia adquiere la calidad de título de ejecución judicial, procediéndose conforme a lo regulado en el Capítulo V, Título V de la Sección Quinta de este Código.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 713, 725 a 748.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 362.

Comentario

La impugnación de la sentencia impide la ejecución de esta, suspendiéndola por estar cuestionada. Ello es coherente porque sí ofrece la pluralidad de instancias como garantía de justicia a fin de que el órgano superior revise la apelada; el acto impugnado no puede ejecutarse porque si posteriormente se revoca la sentencia, resultaría ineficaz dicha garantía.

Esta situación ha motivado diversas opiniones sobre la sentencia impugnada, como considerarla un acto sometido a condición suspensiva; una mera situación jurídica que puede devenir en sentencia; un acto imperativo pero no inmutable.

Couture considera la decisión revisiva como la definitiva, por ello, cuando la sentencia de segunda instancia confirma la de primera instancia, revalida esta, pero si la revoca la anterior se colige que no tuvo realmente validez. En consecuencia, mientras la sentencia está recurrida no tiene ninguna eficacia, porque todavía no hay una declaración de certeza en el campo del Derecho.

Cuando se agote la condición suspensiva, se libere del impedimento que obstaculiza la eficacia de la sentencia, esta adquiere la calidad de título de ejecución judicial. Al respecto vale precisar lo que señala la doctrina, que si la sentencia de segunda instancia confirma la apelada, no será constitutiva sino declarativa; en cambio, si revoca la apelada será constitutiva.

Para Véscovi, cuando el fallo de primera instancia resulta confirmado, la función jurisdiccional solo puede darse por cumplida a partir de la sentencia de segunda

instancia. Hasta ese momento solo existe la voluntad originaria; y solo a partir de él se reúnen ambas voluntades necesarias para completar el acto jurídico.

En el caso de que la sentencia de segunda instancia fuere revocada operan los efectos constitutivos del fallo de segunda instancia. Según el referido autor, nada hay de la sentencia de primera instancia que pertenezca a la segunda, ya que los resultados de ambas son opuestos. Solamente debe subrayarse el carácter necesario de la sentencia de primera instancia para la producción de la cosa juzgada.

Conforme se aprecia de la norma en comentario, una sentencia adquiere la calidad de título de ejecución judicial consentida esta en segunda instancia. Ello es atendible porque el proceso tiene dos instancias, tal como lo señala el artículo X del Título Preliminar del CPC; esto significa que no cabe una tercera instancia para la revisión de la sentencia de vista; sin embargo, concurre la posibilidad del recurso de casación siempre y cuando se trate de resoluciones que detalla el artículo 385 del CPC. Por otro lado, es importante precisar, si bien la sentencia adquiere la calidad de título de ejecución, no necesariamente dichos títulos ingresan a la ejecución forzada. Solo cuando los títulos contienen prestaciones de condena se puede recurrir a la ejecución forzada para la satisfacción del derecho que contiene; situación que no es extensiva a las sentencias declarativas o constitutivas. Además, debe tenerse en cuenta que todo título de ejecución judicial para que sea tal, debe contener las características que describe el artículo 689 del CPC: prestaciones ciertas, expresas y exigibles, caso contrario, no tendrá tal condición la sentencia firme.

NULIDAD O REVOCACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN APELADA SIN EFECTO SUSPENSIVO

ARTÍCULO 380

La nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo, determina la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia, debiendo el juez de la demanda precisar las actuaciones que quedan sin efecto, atendiendo a lo resuelto por el superior.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 173, 368 inciso 2.

Comentario

1. La norma regula las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad y los actos a los cuales alcanza esa decisión. El efecto fundamental de toda nulidad es la ineficacia del acto o de las actuaciones que abarca directa o indirectamente; esto significa que la nulidad no solo determina la ineficacia del acto, sino de todo lo actuado, debiendo el juez de la demanda precisar las actuaciones que quedan sin efecto, según los criterios que haya expresado el superior en la resolución de vista.

2. El acto nulo carece de idoneidad para producir el efecto jurídico que le es propio y además, el acto produce la nulidad de los actos subsiguientes. Como el proceso está compuesto por actos interdependientes que se encadenan unos a otros; opera aquí el principio de la comunicabilidad de los efectos de la nulidad, que va a generar lo que en la teoría se denomina "nulidad en cascada".

La nulidad propia de un acto se proyecta sobre los actos posteriores o consecuentes, que reconocen en aquel su antecedente, en virtud de la "transitividad" que entre ellos existe. Ubicado el acto anulado, cabe analizar qué efectos producirá sobre los actos anteriores o antecedentes, los posteriores o consecuentes, y los independientes. Es por ello, que la norma en comentario, deja al juez de la demanda precisar las actuaciones que quedan sin efecto, según los criterios que haya expresado el superior en la resolución de vista.

3. En ese análisis el juez no debe dejar de apreciar el "principio de conservación" que busca mantener en lo posible los efectos de los actos cumplidos. Si el

vicio impide un determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que sea idóneo.

Para Véscovi⁽⁹³⁾ concurren límites subjetivos como objetivos y lo explica así:

El subjetivo se refiere a los intervinientes en el acto. El acto puede ser nulo para unos y no para otros, por ejemplo, la notificación hecha a la persona jurídica y a la persona física en un mismo domicilio, puede ser nula para la una y no para la otra (nula para la que no tiene ese domicilio y no para la otra que lo tiene).

En cuanto a los límites objetivos de nulidad procesal señala Véscovi⁽⁹⁴⁾, que se halla sometido a ciertas condiciones: a) que el acto reflejo sea consecutivo y no anterior. La nulidad no se produce hacia atrás, sino hacia delante. Lo impediría el principio de la preclusión procesal; además sería ilógico: si la nulidad es refleja, se deriva del acto anterior. Así, el emplazamiento nulo no anula la demanda ni sus efectos; y b) el acto sucesivo sea dependiente y no independiente del que se ha anulado. La nulidad de una prueba no acarrea la de otra anterior ni la posterior independiente. La nulidad en la designación del perito no afecta la recepción de la prueba testimonial, aunque sí el informe pericial.

4. En el análisis que hace el juez para deslindar sobre qué actos producirá los efectos el acto anulado, debe tenerse en consideración que la declaración de nulidad de un acto procesal no afecta a los actos anteriores (ver el artículo 173 del CPC). Hay razones de economía y celeridad procesal que justifican ello, además del principio de interpretación restricta de las nulidades.

Por otro lado, cuando los actos sean consecuencia del anulado, la declaración de nulidad se extiende a ellos siempre y cuando sean dependientes del acto nulo (ver el artículo 173 del CPC); por ejemplo, la nulidad de la notificación de la demanda alcanza al auto que declara la rebeldía del demandado.

En otras palabras y parafraseando lo que señala el artículo 173 del CPC, la extensión de la nulidad alcanzará a los actos cumplidos que no pueden considerarse independientes de la actividad invalidada; a contrario sensu, los efectos del acto anulado no se proyectan a los actos posteriores independientes; por citar, la actuación de medios probatorios que son independientes entre sí, declarada la nulidad de uno de ellos, no afecta a los restantes, aunque sean posteriores.

Es importante señalar que en casos del llamado litisconsorcio facultativo, la nulidad del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de aquella; aquí es factible hacer ese deslinde por lo divisible de los actos procesales en el derecho material que se discute.

(93) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 316-317.

(94) *Ibidem*.

COSTAS Y COSTOS EN SEGUNDA INSTANCIA

ARTICULO 381

Cuando la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera, se condenará al apelante con las costas y costos. En los demás casos, se fijará la condena en atención a los términos de la revocatoria y la conducta de las partes en la segunda instancia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. IV, 410 y ss.

Comentario

1. Existen dos sistemas que legislan los gastos procesales. Uno de ellos es el sistema objetivo, que funda la condena en la derrota procesal, encontrándose algunas modalidades según la instancia o características del proceso. Se parte del presupuesto de la derrota, de manera que la sentencia debe contener la decisión expresa en tal sentido.

Nuestro Código acoge este sistema al exigir la devolución automática del gasto al vencido; en cambio, en el sistema subjetivo, llamado también de albedrío judicial, los gastos se imponen al litigante de mala fe o temerario, dejando la apreciación casuística de la norma al criterio del juez, con la consiguiente facultad de no imponer costas, cuando estime que el vencido procedió de buena fe.

La doctrina ha discutido el fundamento de los gastos (costas y costos). Al inicio consideró que el pago equivalía a una pena porque con el proceso judicial se causaba a la otra parte litigante un daño injusto y por tanto había el deber de repararlo. Chiovenda criticó esta posición pues consideró que el proceso es un medio lícito que la sociedad tiene para la defensa de sus derechos y quien lo usa lo hace en ejercicio de su derecho y los gastos que ocasione a su adversario no pueden constituir un daño que deba resarcirse, puesto que no se producen injustamente, porque se necesita del pronunciamiento del juez para que este declare formalmente el derecho, que no existió antes y por tanto no podía haber sido conocido por el perdedor.

Posteriormente los teóricos del tema han presentado la **doctrina del resarcimiento** basada en la idea de la culpa. Esta tesis ha sido objetada porque es difícil probar la culpa y porque el hecho de vencer en el proceso no significa que la culpa haya existido, en todos los casos.

La teoría de la culpa ha sido reemplazada por la **tesis moderna del vencimiento**. Con este sistema se evita calificar el comportamiento del litigante llamado a reembolsar los gastos de su contrario, solo se necesita para que prospere los costos que el obligado haya sido vencido.

Chiovenda consideró que el fundamento de esta condena se ubica en el **reconocimiento del derecho**, puesto que todo lo que fue necesario para lograr ese reconocimiento es disminución del derecho que debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que este no sufra detrimento por causa de la controversia.

Por tanto, podemos concluir que la regla general para la condena de costas y costos es que el sujeto pasivo obligado al pago, sea la parte vencida. Esta fórmula es la que regula nuestro sistema procesal, a través del artículo 412 en comentario.

Hemos descrito todo el panorama que precede para advertir que la tesis del vencimiento como presupuesto para la condena de gastos procesales es replanteada en el presente artículo. La primera parte reafirma la tesis objetiva de nuestro Código al señalar la condena de gastos al apelante cuya sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera instancia. Por otro lado, véase lo que señala el artículo 412 del Código, "la condena de los gastos procesales se establece por cada instancia, pero, si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación".

La tesis objetiva pareciera transtocarse en la segunda parte del artículo, cuando deja la fijación de la condena en atención a "la conducta de las partes en segunda instancia". Operaría un criterio subjetivo para valorar la conducta, que podría conllevar a imponer al litigante de mala fe o temerario los gastos; o, podría generar el no imponer costas, cuando estime que el vencido procedió de buena fe. Podrían concurrir criterios subjetivos en el juez al valorar la conducta de las partes, subjetividad que ha sido superada para dar paso a lo objetivo del vencimiento.

Por último, debemos también recordar que las costas y costos tienen la exclusividad de provenir del proceso y para ser exigibles no es suficiente la derrota, sino que es vital que exista una declaración judicial que condene al pago. A partir de esa condena, el juez podrá regular los montos, tanto respecto de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso. Dichos gastos serán exigibles ante el juez de la demanda.

2. Apréciese que la norma recoge un sistema dual de reembolso de los gastos procesales. El carácter objetivo se agota cuando la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera. En este caso, el apelante es condenado con los gastos procesales. El otro supuesto está influenciado por el carácter subjetivo del reembolso, bajo dos opciones: se confirme parcialmente la condena y se analice la conducta de las partes asumidas en la segunda instancia.

APELACIÓN Y NULIDAD

ARTÍCULO 382

El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 177, 364.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 219.

C.P.C.N. Argentina art. 253.

Comentario

1. Originalmente los medios impugnatorios se dirigían a revisar los errores *in iudicando*, sean los de hecho como los de derecho. No se analizaban los errores *in procedendo*, porque estos se reservaban al recurso de nulidad. Estos recursos con el transcurso de los tiempos han sido afectados, produciéndose una subsunción de la nulidad en la apelación, por ello las redacciones modernas, como la del Código Procesal, permiten el análisis de ambos vicios en la apelación.

Según Liebman⁽⁹⁵⁾ en la sentencia se distinguen dos actos, la declaración y su contenido, la decisión. El acto es inválido si existe un vicio en la actividad del juez (error *in procedendo*); en cambio, el acto es injusto cuando existe error en el juicio (error *in iudicando*). Para Couture, esta distinción entre los citados errores conlleva a la consecuencia natural de considerar al error *in iudicando* como sentencia injusta promovida por el agravio de esta; y la sentencia que es fruto de error *in procedendo* constituye lo que se conoce con el nombre de nulidad. Esta distinción clásica que se daba para justificar la existencia de ambos recursos de manera separada, ha sido suspendida.

Bajo la redacción de la norma en comentario, opera la subsunción de la nulidad en la apelación, siempre y cuando "los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada".

2. La nulidad, señala Couture⁽⁹⁶⁾, es la desviación en los medios de proceder; estos medios de proceder no son nunca fines en sí mismos, ya que el procedimiento

(95) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 445.

(96) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 347.

por el procedimiento no se concibe. Solo se concibe como posibilidad formal de obtención de ciertos fines. El recurso dado para reparar la nulidad es la anulación; en cambio, cuando se argumenta la existencia de agravio, estamos ante un acto injusto que merece repararse. El recurso dado para reparar los agravios es la apelación. Entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio.

Juan Monroy sostiene que las razones para que no se haya tenido precisada la diferencia entre uno y otro medio impugnatorio está en el nombre del "recurso de nulidad" que recogía el derogado Código de Procedimientos Civiles para un recurso que tenía muy poco de nulidad y más de revisión. Resulta como antecedente nacional muy interesante la apreciación que brinda Monroy⁽⁹⁷⁾ sobre el tratamiento del recurso de nulidad, por ello, para una apreciación fidedigna de su pensamiento, se transcribe así: "El Comité de Reforma Procesal que entre 1904 y 1908 elaboró el actual Código de Procedimientos Civiles vigente desde 1912, discutió la posibilidad de convertir a la Corte Suprema en Corte de Casación o Tribunal de tercera instancia. El relativo desarrollo alcanzado por la cultura jurídica en el país, expresado en las limitaciones de los vocales que conformaban las cortes superiores, fue la razón que tuvo en cuenta el comité para decidir que la corte sea un tribunal de tercera instancia, vieja institución originada en los derechos germánicos. Sin embargo, puesto el comité en situación de regular la actuación de la Corte Suprema, mantuvo el criterio de convertirla en una instancia de revisión. Sin embargo, la norma que así lo debió expresar, utilizó categorías procesales propias de una regulación casatoria, originando una situación anormal que solo la costumbre ha permitido su aceptación sin que repugne el desequilibrio entre la institución y la manera como está regulada.

Cuando la Corte Suprema declara no haber nulidad respecto de una decisión venida en revisión lo que está haciendo no es, como parece del concepto, referirse únicamente a los aspectos procesales de la resolución impugnada, sino al fondo de esta. Por otro lado, si declara haber nulidad no significa necesariamente que está anulando la decisión impugnada, sino que simplemente está revocando su eficacia. Esto no es tan cierto que, cuando así lo declara, la corte adicionalmente sustituye la decisión por una propia.

Entonces, cuando la Corte Suprema se refiere a la nulidad de la resolución impugnada, no se está refiriendo necesariamente a su nulidad en el sentido que conocemos la institución, como eliminación de los efectos de un acto por incumplimiento de los requisitos formales para su constitución y eficacia. Sin embargo, esta misma afirmación es relativa, es decir, que hay casos, los menos, en los que

(97) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil", en: *Ius et veritas*, Año 3, N° 5, Lima, 1992, pp. 29-30.

la Corte Suprema al declarar haber nulidad está en efecto pronunciándose respecto de un defecto formal, insubsanable que exige la nueva realización del acto, retrotrayendo el proceso al momento en que se produjo el vicio. Como el concepto procesal de nulidad es unívoco, la única manera de explicar lo que ocurrió es que el legislador de 1912 concibió la función de la Corte Suprema en alemán, pero la reguló en francés”.

3. La impugnación está sujeta al ejercicio de determinados principios como el de la singularidad del recurso, que significa que en cada caso corresponde un recurso y no puede ser interpuesto sino uno por vez. El artículo 360 del CPC en ese sentido señala “está prohibido a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución”.

La singularidad del recurso es consecuencia del sistema de legalidad de recursos que señala que los medios impugnativos deben estar determinados por ley y cuando corresponde uno, normalmente no se admite el otro. El principio de legalidad subsume al de adecuación de los medios impugnativos según el cual para cada resolución hay un recurso especial, sin embargo hay excepciones que resultan por texto expreso de ley, como la que regula el presente artículo al disponer que la nulidad debe ir unida al de apelación por razones especiales, como que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.



JURISPRUDENCIA

No obstante que en caso de defecto procesal de representación, se podría interponer medio impugnatorio contra aquel defecto por la parte o terceros legitimados para que se anule o revoque total o parcialmente esa representación supuestamente afectada por vicio o error, si la parte no ha hecho uso de impugnación, este no puede ser sustituido por un pedido de nulidad si es que aquella omisión no influye en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (Cas. N° 3200-99-La Libertad, El Peruano, 21/07/2000, p. 5644).

No pueden sustituirse los recursos impugnatorios previstos en la ley por articulaciones de nulidad, ya que estas se refieren, al orden del procedimiento (Exp. N° 1692-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 392).

Es infundada la acción de nulidad de resolución, si el actor no ha cumplido con el requisito de impugnar la resolución que le causa agravio (Exp. N° 1271-1-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 363).

Habiéndose sentenciado la causa, cualquier nulidad procesal que esta parte considere se hubiere cometido, debe ser invocada como fundamento de la apelación de la sentencia y no como articulación de nulidad (Exp. N° 671-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 320).

No pueden sustituirse los recursos que la ley franquea contra las resoluciones, por artículos de nulidad que solo caben contra el orden del procedimiento (Exp. N° 138-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 240-241).

El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna. Contra la resolución procede únicamente el recurso de apelación, no pudiéndose sustituir por la articulación de nulidad que solo cabe contra el orden del procedimiento (Exp. N° 683-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 381).

La nulidad se genera en un proceso por el quebrantamiento de las formas establecidas por ley. Cuando esta se denuncia, debe estar dirigida a cuestionar la infracción de formas y no el derecho mismo, el cual es susceptible de cuestionarse a través de la interposición del recurso de apelación (Exp. N° 1881-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 336).

Las partes no pueden sustituir los medios impugnatorios que la ley franquea por remedios o recursos de nulidad. Contra el auto de pago, no procede nulidad sino apelación, es decir, que la parte no adecuó el medio empleado al acto procesal que impugna máxime si el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, conforme lo prevé el artículo 383 del Código Procesal Civil (Exp. N° 1188-01, Cuarta Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 513).

DEVOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE

ARTÍCULO 383

Resuelta la apelación con efecto suspensivo, se devolverá el expediente al juez de la demanda, dentro de diez días de notificada la resolución, bajo responsabilidad del auxiliar de justicia respectivo. Resuelta la apelación sin efecto suspensivo, el secretario del superior notifica la resolución a las partes dentro de tercer día de expedida. En el mismo plazo, bajo responsabilidad, remite al juez de la demanda copia de lo resuelto, por facsímil o por el medio más rápido posible. El cuaderno de apelación con el original de la resolución respectiva, se conserva en el archivo del superior, devolviéndose con el principal solo cuando se resuelva la apelación que ponga fin al proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 56, 368 inciso 1, 371, 372.
D.S. 017-93-JUS	art. 259 inciso 7.

Comentario

El presente artículo ordena la tramitación de la apelación ya resuelta. La apelación puede generar o no la suspensión del acto procesal impugnado. El artículo 368 del CPC sobre el particular refiere que al conceder la apelación el juez precisará el efecto en que concede el recurso y si es diferida, en su caso.

Esta precisión es importante porque fija el modo como se va a materializar el trámite de la apelación. Si se concede con efecto suspensivo, permitirá que se eleve el expediente original al superior jerárquico para la revisión de la resolución impugnada; situación distinta es si no se concede con efecto suspensivo, porque aquí el secretario del proceso formará un cuaderno especial, a manera de un falso expediente, que contendrá la reproducción de las principales piezas del proceso y de la resolución materia de impugnación para la revisión del juez superior.

En atención al modo como se ha materializado la revisión de la resolución impugnada, sea a través del expediente original o de la reproducción de este, se procederá a la devolución de estos. Cuando se trate del expediente principal, el auxiliar de justicia lo devuelve al juez de la demanda, dentro del plazo de 10 días de notificada la resolución; en cambio, cuando se trate de la reproducción de este (cuaderno de apelación), el auxiliar solo remite al juez de la demanda copia de lo resuelto, por el medio más rápido. Como señala la norma, el cuaderno no se

Capítulo IV CASACIÓN

FINES DE LA CASACIÓN

ARTÍCULO 384

El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. En los casos previstos en la Ley General de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. ()*

CONCORDANCIAS:

C.	arts. 139 inciso 6, 141.
C.P.C.	arts. III, 48, 378.
LEY 26636	art. 54.
D.S. 017-93-JUS	arts. 11, 129 a 146, 148 a 150.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 365.
-----------------	-----------

Comentario

1. La casación es un recurso en el que prima el interés público porque busca garantizar la vigencia de la ley y ser un órgano contralor del juzgador en los casos de violación de la norma jurídica o la jurisprudencia vinculante. La casación implica una impugnación limitada, admisible solamente si se denuncian determinados vicios o errores solamente de derecho, que detalla el artículo 386 del CPC, recaídos en las resoluciones que señala el artículo 385 del CPC. Como señala Ortells Ramos,⁽⁹⁸⁾ "es un recurso extraordinario contra algunas sentencias definitivas o resoluciones a ellas equiparadas, no susceptibles de otro recurso, mediante el cual se pide del Tribunal Supremo, único en el Estado, la anulación de la sentencia a causa de errores de derecho contenidos en la misma o de errores en la actividad procesal que ha precedido a su emisión".

(*) Párrafo añadido por el D. Leg. N° 1071 del 28/06/2008.

(98) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional. Proceso civil*. T. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 343.

Este recurso es extraordinario porque surge como último remedio agotada la impugnación ordinaria y solo permite controlar los errores de derecho en la actividad procesal y en el enjuiciamiento de fondo. Para su interposición se exige motivos determinados, formalidades especiales y no el simple agravio; además, opera restrictivamente, sobre determinadas resoluciones que detalla el artículo 385 del CPC.

El ámbito sobre el que se pronunciará la Corte de Casación será solo por los motivos legales señalados en el artículo 386 del CPC y dentro de los propuestos por el recurrente. Como se aprecia del referido artículo 386 del CPC, la regla general es la violación de la ley material o sustancial y esta puede quebrantarse bajo tres supuestos: falta de aplicación o por su aplicación indebida o por interpretación errónea. Esta violación debe resultar de las decisiones de la sentencia, porque los errores en las motivaciones que no influyen en aquellas son inocuos y no es pertinente atacarlos en casación, pero sí influyen en la decisión o la complementan, debiendo tenerse en cuenta para escoger los cargos.

Esta formalidad en la exigencia de precisar si la violación de la norma sustancial ocurrió por falta de aplicación o por su aplicación indebida o por interpretación errónea, ha sido superada por otras experiencias legislativas agrupándolas solo en dos especies: por infracción de la ley y por quebramiento de forma. En el primer caso se busca examinar la labor de interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el juez de instancia para decir el caso; y, en el segundo, tiene la función de controlar la validez de la actividad procesal precedente a la sentencia.

La corte de casación viene operando con exagerado rigor este aspecto formal que merece una urgente modificación, sin embargo, debemos dejar en claro, como señala Devis Echandía,⁽⁹⁹⁾ "la facultad de la corte de examinar el proceso está limitada por esas causales, a diferencia de lo que sucede cuando se conoce en segunda instancia por apelación. Puede ocurrir que la corte considere injusta o antijurídica la sentencia y que encuentre motivos suficientes para revocarla si obrara como tribunal de instancias; pero si no encuentra alegada en la demanda la respectiva causal y el motivo pertinente, no puede hacerlo".

Otro de los requisitos para la casación es el quebrantamiento de las normas "que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales" (ver el inciso 3 del artículo 386 del CPC); formas, como la falta de claridad, precisión y separación de pronunciamientos siempre que redunden en la indeterminación del fallo; infracción del deber de congruencia, en cualquiera de sus modalidades; falta absoluta

(99) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. 3, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, p. 401.

de motivación de la sentencia o motivación insuficiente entre otros. Véase sobre el particular la Casación N° 1186-2000-Huaura publicada en el diario *El Peruano* del 30 de noviembre de 2000, p. 6452, sobre la omisión en el pronunciamiento de una sentencia de vista: "es garantía de la administración de justicia para las partes, conocer qué magistrado va a sentenciar su proceso para pedir el uso de la palabra si lo considera necesario, tal como lo establece el artículo 155 de la LOPJ para hacer valer la recusación; que el juez no solo conoció todo el proceso, sino que incluso puso en conocimiento de las partes que iba a expedir sentencia, pero dicho fallo fue emitido por otro juez, que no se avocó al conocimiento de la causa y no expidió ninguna resolución antes de emitir la sentencia que pudiera hacer presumir o conocer que iba a intervenir en el proceso; que a pesar de que el recurso de apelación se hizo presente de esta irregularidad procesal, la sentencia de vista no se ha pronunciado al respecto (...) declara fundado el recurso de casación y en consecuencia declara nula la sentencia de vista de fecha e insubsistente la apelada de fecha debiendo expedirse nuevo fallo con arreglo a ley".

2. Como señala la norma en comentario, se le atribuye dos fines, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia. Para la función de unificar la jurisprudencia requiere de un único órgano de casación nacional, cual es, la Corte Suprema de Justicia. Conforme lo señala el artículo 400 del Código dicha función es ejercida por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República. La sentencia que se dicta en el recurso limita su eficacia a formar jurisprudencia sobre el caso resuelto en la sentencia que dio pie al mismo, pero no incide en modo alguno sobre la cosa juzgada que esta sentencia ha producido, ni sobre ningún otro efecto de la misma.

Sobre la función de la casación Liebman reconoce la existencia de dos distintos remedios, que se condicionan y sostienen recíprocamente, un medio de impugnación ofrecido a la parte vencida contra una sentencia viciada por una violación del derecho; y un dispositivo de defensa del ordenamiento jurídico dirigido a reprimir la violación de la ley en las sentencias de los jueces y a afirmar la exacta y uniforme interpretación del derecho. Señala Liebman⁽¹⁰⁰⁾ "las dos diversas exigencias encuentran su punto de coincidencia en el vencimiento de uno de los litigantes por violación de ley y se confían por eso, compuestas en unidad al recurso del vencido, dirigido a obtener de juez supremo la victoria en la causa y, al mismo tiempo, la represión de la ofensa causada al ordenamiento. Esta coincidencia de intereses es tanto más comprensible, cuando la violación de la ley adquiere socialmente una mayor gravedad cuando el sujeto interesado la denuncia y pide su reparación".

(100) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 498.

En cuanto a la legitimidad para recurrir, se le atribuye no solo a quien figure como actor o demandado en el proceso, sino que también le corresponde dicha actividad al tercero legitimado, tomando como base la regla general que señala el artículo 355 del CPC, sin embargo, un sector de la doctrina no se inclina por aceptarlo, por considerar dudosa la legitimidad sobre todo del tercero coadyuvante para interponer la casación. Otro requisito a considerar es que el recurrente puede resultar perjudicado por la sentencia o resolución recurrida y además que no haya consentido la resolución previamente adversa en primera instancia, cuando ella fuere confirmada por la resolución objeto del recurso (ver el inciso 1 del artículo 388 del CPC).

3. Otro aspecto a resaltar es lo regulado en el artículo 361 del Código sobre la renuncia a recurrir, esto es, no a los efectos de un acto procesal ya ejecutado sino la renuncia a una facultad procesal que se tiene que dar antes de la realización del acto. Al respecto surge la inquietud acerca de la posibilidad de renunciar a los recursos extraordinarios. Frente a ello se aprecia opiniones que consideran válida la posibilidad de la renuncia, siempre que contenga la conformidad de las partes, sin embargo, Véscovi⁽¹⁰¹⁾ no comparte dicha solución porque considera que en el recurso de casación son de aplicación los principios generales; señala "los recursos, como el resto de las formas procesales, no son renunciables de antemano, salvo ley expresa que así lo autorice. Lo que sí se puede hacer es una renuncia, sea expresa o tácita, cuando el derecho al recurso ha nacido y la parte desea renunciarlo. Es decir, dentro del proceso y cuando ya le corre el plazo, pero no anticipadamente".

4. Con la nueva Ley Arbitral (D. Leg. N° 1071) se ha precisado el rol del recurso de casación frente a los laudos arbitrales sometidos al recurso de anulación. La salas de la Corte Suprema conocen de las resoluciones emitidas por las Salas Civiles de la Corte Superior siempre y cuando se haya declarado la nulidad parcial o total del laudo. Esta situación, que aparecía regulada en la derogada Ley N° 26572, se vuelve a reproducir en el inciso 5 del artículo 64 de la nueva Ley Arbitral (D. Leg. N° 1071).

El recurso de anulación es un medio de impugnación sometido a motivación muy concreta y limitada porque no se puede analizar, a través de él, la justicia del laudo ni el modo más o menos acertado de la aplicación de la ley material. Está vedada la posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto y tiene por exclusiva finalidad controlar el exceso de poder de los árbitros, sin que quepa, en forma alguna, la revisión del fondo de la controversia. El control tampoco puede implicar una revisión formal exhaustiva, porque, como bien explica Griffith Dawson, lo que se requiere es buscar un equilibrio entre la finalidad del proceso arbitral y la necesidad

(101) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 227.

de reservar al Poder Judicial una competencia de supervisión para corregir serias injusticias, lo que se denomina "condiciones mínimas que deben observarse en todo proceso arbitral". Estas condiciones mínimas que controlen el exceso de poder de los árbitros deben limitarse a cuestiones fundamentales porque, de lo contrario, "las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites de apelación que el acuerdo arbitral apunta precisamente a eliminar" (GRIFFITH DAWSON, Frank. "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: asistencia o intervención?", en *Ius et veritas*, Revista de Derecho PUCP, N° 15, Lima, 1997, p. 206).

Como ya se ha señalado, el recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por la pureza del procedimiento arbitral y su procedencia, pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial solo por las causales establecidas en el inciso 1 del artículo 63 del D. Leg. N° 1071. Agotado el recurso de anulación en sede judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir en casación ante la Corte Suprema, pero bajo una condición: que el laudo sometido al recuso de anulación se haya declarado fundado, sea parcial o total.

El recurso de casación tiene aquí una finalidad específica: la revisión de las resoluciones de las cortes superiores para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral (ver el inciso 1 del artículo 63 del D. Leg. N° 1071) y de las causales de denegación del reconocimiento (ver el artículo 75 del D. Leg. N° 1071) y ejecución de laudos extranjeros. Debe precisarse que la revisión judicial de la actividad arbitral no se agota en el recurso extraordinario de casación, sino que a partir de los precedentes vinculantes fijados en el caso Cantuarias (STC N° 6167-2005-PHC/TC-Lima) se ha diseñado el camino del control constitucional a través del amparo contra los laudos, luego de haberse agotado los recursos de anulación y casación en sede judicial. Posteriormente, en el caso Proime Contratistas Generales S.A. (STC N° 04195-2006-AA/TC), el Tribunal ha señalado una serie de reglas para el control de las decisiones judiciales recaídas en el control de los laudos.

5. En la teoría de la impugnación los actos procesales pueden ser cuestionados a través de remedios, recursos y pretensión autónoma. Nuestra legislación opta por asumir la impugnación del laudo a través de los recursos: apelación y anulación. En este último caso, será en el Poder Judicial donde se verificará la revisión provocada por la parte afectada con el laudo, el mismo que podrá continuar en revisión extraordinaria ante la Corte Suprema, siempre y cuando se hubiere declarado la nulidad total o parcial del laudo. Como se aprecia, la revisión no se hará en su sede originaria sino que se traslada a un escenario distinto, como es, el ámbito judicial donde el juez realizará una tarea de supervigilancia sobre lo realizado por los árbitros. Ello resulta coherente con la oportunidad establecida

por el Tribunal Constitucional para dicha revisión post laudo. La revisión a través del recurso no implica una pretensión impugnatoria autónoma en la que se establezca alguna relación procesal, sino que sobre la relación procesal ya entablada se busca verificar la existencia de los errores y corregirlos en la medida que generen agravio o indefensión, precisando que los errores no están orientados al fondo del derecho declarado sino a la validez formal del arbitraje desarrollado, de ahí que resulte incongruente que se pretenda incorporar –en el procedimiento promovido para la anulación– a los árbitros que emitieron el laudo. Ellos no asumen ningún rol de defensa a lo ya desarrollado en el procedimiento y expresado en el laudo, por tanto, no están legitimados para ser citados, emplazados, ni integrados en la revisión, con el fin de defender la validez del laudo emitido. En caso se pretendiera integrar en la revisión a los miembros del Tribunal arbitral, cuyo laudo se impugna, dicho pedido debe desestimarse porque la revisión no involucra la participación de los árbitros.

La Sala Civil Suprema ha establecido que “no debe soslayarse que lo contemplado en el artículo 61 de la LGA es un ‘recurso’ de anulación contra el laudo arbitral interpuesto ante el Poder Judicial, sustentado en causales taxativas expresamente establecidas en dicha ley, y no una ‘demanda’ de anulación de laudo, toda vez que el laudo arbitral es producto de la jurisdicción arbitral que tiene rango constitucional (...); de ahí que, de un lado el laudo arbitral es definitivo y tiene el carácter de cosa juzgada (...) y de otro lado, el recurso de anulación solo faculta al órgano jurisdiccional a la revisión de su validez conforme a las causales previstas en el artículo 73 de la LGA sin entrar al fondo de la controversia” (en los seguidos por *Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada en la Queja N° 4230-07-Lima*, resolución de fecha 18 septiembre de 2007). En esa línea de pensamiento aparece el siguiente pronunciamiento: “Estando a que el recurso de anulación de laudo arbitral, entendido o equiparado como un medio de impugnación, y no como una demanda, puesto que, sin atacar el fondo de la controversia, tiene por objeto la revisión de la validez, se concluye que no le es aplicable el artículo 426 del CPC como pretende el recurrente” (en los seguidos por *EsSalud con Medic Land S.A. sobre anulación de laudo*, Expediente N° 1452-2001, Primera Sala Comercial de Lima).



JURISPRUDENCIA

El recurso de casación debe ser desestimado, por cuanto el recurrente pretende que este Supremo Tribunal revalore las pruebas a que hace referencia, labor que resulta ajena a los fines asignados al recurso de casación por el artículo 384 del Código Procesal Civil; tanto más si algunas de las pruebas –las más determinantes– a que hace referencia fueron tomadas en cuenta por las instancias de mérito, quienes determinaron que aquellas no enervaron el derecho de propiedad de la demandante, por lo que carece de base cierta lo afirmado (Cas. N° 927-2008-Lima Norte, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 11/04/2008).

La labor casatoria se limitará a verificar la corrección formal de los razonamientos en los que esta se funda, con total prescindencia del contenido de las proposiciones y más específicamente se limitará a verificar si en la resolución de vista existen dos juicios que se anulan porque uno afirma y el otro niega la misma cosa, pues si una sentencia tiene pretensión de verdad, no se puede aceptar que al mismo tiempo convivan razonamientos excluyentes, ya que se produciría la anulación según las reglas del buen pensar (Cas. N° 2474-99-La Libertad, El Peruano, 11/01/2000, p. 4526).

Se debe establecer en la resolución casatoria si al expedirse la sentencia impugnada se ha interpretado erróneamente la norma material, debiendo precisar que se incurre en violación de la ley cuando el juzgador aplica al caso concreto la norma, pero a ella le otorga un sentido diferente (Cas. N° 784-97, El Peruano, 18/10/98, p. 1982).

Toda regla de Derecho necesita de la interpretación para su aplicación, y aun el que sostenga lo contrario, por considerar que la letra es clara, está practicando una interpretación gramatical que, por prescindir de las reglas de la hermenéutica, lo conducirá inevitablemente a un error; precisamente la casación tiene como uno de sus fines uniformar la interpretación de las normas materiales del derecho, de tal manera que negar la interpretación es negar los fines de la casación (Cas. N° 2380-98-Lima, El Peruano, 18/12/99, p. 4321).

El recurso de casación es un recurso extraordinario, pues solo procede en los casos taxativamente señalados en la ley, y es de iure, esto es de derecho, pues solo versa sobre la correcta aplicación de la ley sobre los hechos que los jueces de instancia han establecido como consecuencia de la actividad probatoria (Cas. N° 1456-99-Lambayeque, El Peruano, 31/10/99, p. 3833).

La casación debe cumplir una de sus más importantes finalidades, cual es velar por la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y, a través de ella, uniformar la jurisprudencia nacional, lo cual importa la obligación de la Corte Suprema de Justicia de corregir los errores de jure o in iudicando que se perciba en las resoluciones que son objeto de casación y no dejarlos latentes, porque con ello se crearía el desconcierto y la desorientación sobre cual es la correcta aplicación e interpretación de la ley (Cas. N° 82-97-Chincha, El Peruano, 01/09/99, p. 3398).

Siendo inimpugnable la decisión que ordena la actuación de medios probatorios de oficio, y dependiendo esta de la apreciación del juez que la dispone, no es posible en vía de casación revisar la necesidad de actuar el medio probatorio; sin embargo, la Corte Suprema sí puede revisar la forma en que dicho medio probatorio debe actuarse a fin de cautelar que no se viole disposiciones procesales de orden público (Cas. N° 1819-98-Lima, El Peruano, 29/08/99, p. 3369).

(...) Son fines del recurso de casación la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, quedando excluidas las cuestiones de hecho, así como la incorrecta apreciación de las pruebas por el juzgador, ya que por no constituir tercera instancia, estas no volverán a ser meritadas (Cas. N° 2135-98-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinos-troza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 412-413).

(...) La valoración de las pruebas no es objeto de control del recurso de casación, de allí que no se puede pretender llevar a cabo a través de este un nuevo examen crítico de las pruebas aportadas al proceso y que en su oportunidad sirvieron para fundar la convicción

del juzgador y la demostración de los hechos alegados (...) (Cas. N° 3192-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 407-408*).

(...) No está en la esfera de las facultades de la corte de casación provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, ni revalorar las pruebas que formaron la convicción del tribunal de mérito (...) (Cas. N° 264-2000-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 409-410*).

(...) Atribuir un sentido determinado a un hecho conforme al mérito probatorio que se extraiga de una determinada prueba constituye una facultad del juzgador prevista en la Ley Procesal que se hace de acuerdo al sistema de valoración conjunta y razonada de la prueba (sana crítica o de libre valoración) que ha sido adoptado por nuestro ordenamiento procesal, por lo que la conclusión tácita a que arriba el juzgador sobre los hechos no pueden (sic) ser reexaminada en esta sede por no ser actividad constitutiva del recurso de casación, de ahí que también son excluidos aquellos hechos que los impugnantes estiman probados, salvo que se denuncie en la forma técnicamente apropiada, la infracción del proceso de formación del razonamiento judicial llamada también (errores in cogitando), lo que sí constituye una cuestión de derecho pasible de control casatorio (...) (Cas. N° 137-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 414-415*).

(...) Siendo la decisión que ordena la actuación de medios probatorios de oficio inimpugnabile y dependiendo esta de la apreciación del juez que la dispone, no es posible en esta vía (casatoria) revisar la necesidad de actuar el medio probatorio por la Corte Superior.

(...) que sin embargo, la corte sí puede revisar la forma en que dicho medio probatorio debe actuarse a fin de cautelar que no se viole disposiciones procesales de orden público (Cas. N° 1819-98-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 418-419*).

(...) El recurso de casación es de derecho, esto es que solo versa sobre la aplicación del derecho a los hechos que se han establecido por los jueces de mérito, de tal manera que toda alegación sobre los hechos y la apreciación probatoria es ajena a su finalidad (...) (Cas. N° 1746-99-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 405-406*).

(...) La inadecuada valoración de las pruebas no es materia de recurso de casación (...) (Cas. N° 2265-98-Huaura, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 411*).

RESOLUCIONES CONTRA LAS QUE PROCEDE EL RECURSO

ARTICULO 385

Solo procede el recurso de casación contra:

- 1. Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores;*
- 2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y,*
- 3. Las resoluciones que la ley señale.*

CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>art. 141.</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 121, 365, 378, 387 inciso 1.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 55.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>arts. 360, 361, 362.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>art. 238.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 368.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 289.</i>

Comentario

1. Una de las características de la casación es su carácter limitado, esto es, que no es viable contra todas las resoluciones judiciales, sino contra aquellas que el ordenamiento jurídico precise. En ese sentido, el presente artículo recoge la idea general que la casación procede contra sentencias definitivas y las interlocutorias en apelación que pongan fin al proceso.

Conforme apreciamos del inciso primero, cuando la impugnación se refiere a las sentencias definitivas, estas deben haber sido expedidas en revisión por las cortes superiores y no por otros órganos como los juzgados de primera instancia. Nótese que nuestro sistema procesal exige más allá que se trate de sentencias de segunda instancia, que sean dictadas por las cortes superiores en revisión.

2. Para Couture la improcedencia de la casación opera contra la sentencia que no causa estado, criterio que se ha asimilado a aquella que no pasa en autoridad de cosa juzgada o que solo pasa en autoridad de cosa juzgada formal y no material, puesto que su contenido puede ser revisado en cuanto se produzca un cambio en la situación de hecho que reguló la sentencia, por ejemplo la sentencia de alimentos, el régimen de visitas, etc. También están excluidas las sentencias recaídas en los procesos de declaración voluntaria, como veremos más adelante.

Algunas interpretaciones doctrinales excluyen del control en casación a las sentencias dictadas en el proceso de ejecución. Véscovi⁽¹⁰²⁾ considera que a falta de norma expresa, se debe regir por la regla general y aceptar el recurso en dicha etapa, contra las sentencias casables.

Las sentencias casables son en general dictadas en última instancia. Ello se justifica porque es un recurso último, que se debe admitir cuando ya los demás recursos están agotados. No obstante ello, nuestro sistema admite la casación *per saltum*, (ver el artículo 389 del Código) que implica saltar los otros recursos o instancias, admitiendo, con acuerdo de partes, que una sentencia de primera instancia se impugne directamente ante la corte de casación.

Cuando la impugnación se refiera a un auto interlocutorio, debe tener fuerza definitiva, esto es, que hagan imposible la prosecución del proceso. Por ejemplo, el auto que confirma la resolución del juez que ampara una excepción que da por concluido el proceso (ver el artículo 451 del CPC).

La medida cautelar por ser provisional y anticipada, no admite recurso con efecto suspensivo. En ese sentido, toda sentencia de carácter provisional se excluye de la casación.

Las resoluciones recaídas en procedimientos no contenciosos son consideradas para un sector de la judicatura pasibles del recurso de casación. En ese sentido véase lo resuelto en la Casación N° 639-96-Huánuco del 16 de setiembre de 1996 que señaló que no procede el recurso de casación contra la resolución que desestima el pedido de remoción de administrador judicial de bienes, porque dicho pedido no pone fin al proceso, pues puede renovarse en cada oportunidad que se presenten los presupuestos que señala la ley. Carrión Lugo sustenta la improcedencia del recurso de casación en atención a que el procedimiento no contencioso no tiene la naturaleza de un proceso, por tanto, sus resoluciones finales no deben ser objeto de casación.

3. Hay resoluciones contra las cuales procede interponer recurso de casación por disposición expresa de la ley, como sería el caso de la impugnación de la resolución que declara anulado total o parcialmente el laudo arbitral (ver el artículo 77 de la Ley N° 26572).

(102) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 278-279.

**JURISPRUDENCIA**

No procede la casación, no solo porque la confirmatoria del auto de quiebra no pone fin al proceso sino que al contrario da inicio al mismo, sino también porque no es aplicable la forma supletoria de un medio de impugnación no previsto, habiéndose ya cumplido con el requisito constitucional de la instancia plural (Exp. N° 1064-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 184-185).

Si bien el artículo seiscientos treinticinco del Código Procesal Civil, dispone que los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para que se forme un cuaderno especial, no puede soslayarse que dicha medida se dicta antes de iniciar el proceso o dentro de este, es decir que de todas maneras existe respecto de ella un proceso principal; en consecuencia cuando el inciso segundo del artículo trescientos ochenticinco del Código Adjetivo establece que el recurso de casación procede contra los autos expedidos por las cortes superiores que en revisión ponen fin al proceso, se está refiriendo al proceso principal (Cas. N° 1278-96-Cono Norte-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.20-A.21).

El Código Procesal no ha previsto el recurso de casación como medio impugnatorio contra las resoluciones que emitan las salas civiles en revisión de lo resuelto por el juez especializado (Cas. N° 1397-96-Ica, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.18-A.19).

CAUSALES

ARTICULO 386

Son causales para interponer recurso de casación:

- 1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;*
- 2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o,*
- 3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.*

Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236 de la Constitución. ()*

CONCORDANCIAS:

C.	arts. 51, 141.
C.P.C.	arts. 1, 378, 388 inciso 2, 389 últ. párr., 396 incs. 1 y 2, 397, 400.
C.D.I.P.	arts. 412, 413.
LEY 26636	art. 54.
D.S. 017-93-JUS	art. 14.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 240.
C.P.C. Colombia	art. 368.

Comentario

1. La casación es un recurso que vela por el interés de la sociedad de allí que el objeto de la casación no se oriente a enmendar el agravio de la sentencia, sino busca la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional.

Como señala el Código Procesal, el recurso de casación nace para el control de las infracciones que las sentencias y autos puedan cometer en la aplicación del derecho. En ese sentido, la corte de casación toma el hecho narrado por el juez o tenido por probado, para reexaminar, si la calificación jurídica es apropiada a aquel hecho así descrito.

(*) Confróntese con el artículo 51 de la Constitución Política de 1993.

Si bien la casación se orienta a corregir el error de derecho, debemos señalar que dicho error debe ser esencial o decisivo sobre el fallo, es lo que la doctrina ha llamado la "eficacia causal del error", el mismo que es necesario para ser revisado en casación, que dichos errores hayan influido en la decisión.

2. Como vemos, la norma hace referencia a "la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; la inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales".

Esto nos lleva a presentar a la violación de la norma de derecho material y de la doctrina jurisprudencial expresada bajo tres maneras: por la falta de aplicación, por indebida aplicación y por interpretación errónea. No es suficiente argumentar la violación de la norma material, sino que debe precisarse bajo cual de los supuestos que enuncian los incisos 1 y 2 se acoge la casación, caso contrario operará la improcedencia de esta. A través de estas causales se busca examinar la labor de interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el juez de instancia para decidir el caso; en cambio cuando se invoca el inciso 3 se busca controlar la validez de la actividad procesal precedente a la sentencia, con la consecuencia, que en caso de infracción de ciertas formas esenciales, se anule todo o parte de dicha actividad y la sentencia misma, prescindiendo de la conformidad o no de esta con el derecho material (véase lo regulado sobre el particular en el artículo 396 del CPC).

Devis Echandía⁽¹⁰³⁾ definiendo los modos de violación de la ley sustancial señala que la violación por falta de aplicación de la norma legal ocurre "cuando siendo clara y aplicable al caso, el tribunal se abstuvo de aplicarla, en su totalidad o parcialmente, por lo cual se lesionó un derecho o se dejó de aceptar una excepción, según la parte que haya recurrido. La falta de aplicación debe ocurrir a pesar de que los hechos regulados por la norma estén probados, el tribunal así lo reconozca y el recurrente no lo discuta, pues no lo están, la norma no puede ser aplicada y su violación es imposible por este motivo, y si están probados pero el tribunal los desconoce, se tratará de un error acerca de su prueba o indirectamente de violación, de la norma legal, lo que configura un motivo diferente".

La aplicación indebida señala Devis Echandía, tiene lugar cuando "la norma legal es clara, como en el caso anterior, pero ocurre por uno de estos motivos: 1) porque se aplica a un hecho debidamente probado pero no regulado por esa norma; 2) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndole producir los efectos contemplados en tal norma, en su totalidad, cuando apenas era

(103) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. 3, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, p. 412.

pertinente su aplicación parcial; 3) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derechos u obligaciones que no se consagran en ella, sin exponer una errada interpretación del texto”.

La interpretación errónea se determina porque “existe una norma legal cuyo contenido o significado se presta a distintas interpretaciones y el tribunal al aplicarlo, siendo aplicable al caso (pues si no lo es habría indebida aplicación) le da una interpretación que no corresponde a su verdadero espíritu. Es decir, esa interpretación errónea se refiere a la doctrina sostenida por el tribunal con motivo del contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia de la cuestión de hecho o sea sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma”. Señala Devis Echandía⁽¹⁰⁴⁾ “se distingue este caso de los de indebida aplicación, pues al paso que en estos se aplica total o parcialmente mal, en relación con los hechos probados que debe regular, sin exponer una errada interpretación, en aquel el tribunal fórmula expresamente una interpretación reñida con su verdadero contenido prescindiendo de los hechos que se pretende regular con ella. Claro está que cuando la redacción del texto legal es de por sí confusa, su violación por interpretación errónea es más posible, pero la hay también cuando la confusión está en el entendimiento que de ella tuvo el sentenciador de instancia”.

Como ya hemos señalado, no solo la infracción a la ley material justifica recurrir a la casación sino también cuando se vulnera la doctrina jurisprudencial, sin embargo en nuestro país, ella es inexistente. A pesar de ello, existen casaciones que se plantean precisamente bajo el argumento de la aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial, como la N° 2348-03-Sullana, publicada el 30 de abril del 2004, la misma que es desestimada, porque a la fecha no existe doctrina jurisprudencial en la forma que establece el artículo 400 del CPC.

3. Las infracciones pueden darse tanto en el fondo como en la forma, esto es, que puede producirse tanto al juzgar (*in iudicando*), como las que describen los incisos 1 y 2; como en el procedimiento (*in procedendo*) a que refiere el inciso 3. Dicha infracción debe referirse a la violación del derecho (normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia).

Las causales que tienen que ver con los errores *in iudicando* en la que se aplica una norma indebidamente o simplemente no se aplica la norma, según Carrión Lugo⁽¹⁰⁵⁾ se identifican así: “cuando la resolución es contraria al texto claro de la ley; cuando en la resolución se ha aplicado la norma pertinente al caso, pero a ella se le ha otorgado un sentido diferente por una errónea interpretación de la Ley; cuando hay inaplicación de la ley material como los siguientes supuestos:

(104) Ídem.

(105) CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*, Grijley, Lima, 1997, p. 22.

que se aplique al asunto en controversia una norma impertinente, dejando de observar la norma verdaderamente aplicable al caso, ya sea porque el juez ignora la existencia de la norma jurídica en vigor o porque se resiste a entender que ella tiene preeminencia sobre la norma nacional y no aplica esta; que se aplique una norma que ya no está en vigencia o que nunca la estuvo, dejando de aplicar la que está en vigor; que por error en la calificación de los hechos se subsumen estos en una norma jurídica impertinente y no en la que realmente le corresponde; que no se aplique la Ley pertinente por cualquier razón y en su lugar, no se aplique ninguna norma para resolver”.

En cuanto a las causales que tienen que ver con los errores *in procedendo*, Carrión Lugo⁽¹⁰⁶⁾ considera a las que en la sustanciación de la causa han contraído una norma que garantiza el derecho al debido proceso o proceso lícito y cuando en la secuela del proceso se han infringido formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Doctrinariamente se considera al error *in cogitando* como una causal para promover el recurso de casación. Este error se orienta al control de logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales, error que ha motivado algunos pronunciamientos en casación como la recaída en el expediente N° 552-99, San Román, del 16 de julio de 1999 que refiere “la labor casatoria se contraerá a verificar la corrección formal de los razonamientos de la sentencia impugnada, esto es, que su parte considerativa no contenga proposiciones que por opuestas se anulen, porque una afirme y la otra niegue la misma cosa; ya que si una sentencia es una pretensión de verdad, no puede contener razonamientos excluyentes, pues si uno de ellos es verdadero, el otro necesariamente es falso, conforme al principio de no contradicción”.

Esta causal que atribuye la falta de congruencia en los fundamentos de la sentencia impugnada, debe entenderse como la falta de coherencia o relación de un razonamiento con otro, y de estos con el sentido de la resolución cuestionada. Para Carrión Lugo⁽¹⁰⁷⁾ este error *in cogitando* puede expresarse en la deficiente, aparente o falta de fundamentación en la resolución judicial; en la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de una resolución; y la decisión infra, ultra o extrapetita contenida en la resolución.

4. Por otro lado, la casación es un recurso de carácter extraordinario cuya procedencia está sujeta a causales legalmente determinadas. Precisamente el presente artículo establece a texto expreso en *númerus clausus* los motivos de impugnación. Ello permite que los poderes de la Corte de Casación aparezcan

(106) *idem*.

(107) CARRIÓN LUGO, Jorge. Op. cit., p. 23.

limitados por dicha enumeración y por la pretensión del recurrente, pudiéndose fallar solamente respecto de los motivos impugnados.

Una apreciación general de las causales establecidas para la procedencia de la casación nos lleva a decir que solo son juzgables a través de este recurso los errores de derecho mas no los de hecho. El error de hecho consiste en una falsa descripción del estado de cosas, mientras que el error de derecho se origina cuando se aplica indebidamente la norma a dicha situación. Es importante diferenciar los hechos y el derecho, por ello, la norma procesal en el artículo 424 incisos 6 y 7 exige la descripción de los hechos y el fundamento de derecho.

En casación lo que se efectúa es un juzgamiento sobre el juicio de los hechos realizado por el colegiado de mérito y no un juzgamiento de los hechos aportados al proceso, porque ello es tarea del organismo jurisdiccional. En ese sentido Carrión Lugo⁽¹⁰⁸⁾ señala "el tribunal de casación no debe examinar los hechos fijados por el organismo de mérito ni para modificarlos, completarlos o desconocerlos. En todo caso, está autorizado para examinarlos con el fin de verificar, si el organismo de fallo ha aplicado correctamente o no la Ley sobre tales hechos al resolver la causa. Los hechos que deben respetarse son los determinados en la sentencia recurrida, donde se consignan las conclusiones respecto a la valoración efectuada sobre los elementos probatorios utilizados y sobre los hechos aportados al proceso".

Como ya se ha señalado líneas arriba, la casación no puede orientarse hacia la consideración de errores de hecho, pues si fuera así se estaría operando una transformación del recurso extraordinario hacia el ordinario, convirtiéndose en una verdadera tercera instancia; sin embargo, algunas opiniones en la doctrina advierten la posibilidad que el órgano de casación entre a revisar errores de hecho, especialmente al controlar la apreciación de la prueba, cuando la equivocación del juzgador resulta evidente al punto de provocar el dictado de una sentencia absurda y contraria a los fines esenciales del derecho y de la justicia. En este sentido, las conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho Procesal en 1996 señalaron que el recurso de casación debe extender su control a la calificación y evaluación de los elementos probatorios aportados al proceso por las instancias de mérito, en el supuesto que sea manifiesta la arbitrariedad o el absurdo en la apreciación de las pruebas, así como también a la correcta observancia de los criterios de valoración establecidos por la ley.

Por otro lado, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 087-2003-Lambayeque, publicada en *El Peruano*, 1 de marzo de 2004, que bajo la causal de aplicación indebida no procede la denuncia

(108) CARRIÓN LUGO, Jorge. Op. cit., p. 60.

de normas constitucionales en sede casatoria, pues la Constitución contiene solo preceptos genéricos. En tal sentido, solo procede evaluar la aplicación de normas constitucionales en los casos de incompatibilidad de aquella con normas legales ordinarias. Asimismo, señaló que solo procede evaluar la aplicación de normas constitucionales en los casos de incompatibilidad de la Carta Magna con normas legales ordinarias, es decir, procede la observancia de la Constitución para el ejercicio del control difuso (prefiriendo a la norma de mayor jerarquía, la Constitución, frente a las de jerarquía inferior, la ley); sin embargo, no cabe la invocación directa de los dispositivos constitucionales.

La interpretación errónea de una norma de derecho material, en relación a los artículos 1412 y 1549 CC, ha motivado el pronunciamiento de la Sala Civil Permanente, en la **Cas. N° 4977-2007-Lima**, en los siguientes términos: "la interpretación errónea de la norma es una forma de violarla; en efecto, interpretar es averiguar el sentido de la ley, buscar lo que expresa la ley, establecer la *ratio legis* de ella; (...) que, el artículo 1549 del Código Civil, denunciado por la impugnante, establece como obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia del bien; (...) la compraventa conforme a la definición contenida en el artículo 1529 del Código Civil es un contrato obligacional, por ende, mediante este contrato no se transfiere la propiedad del bien objeto del contrato, sino que surgen obligaciones a cargo de las partes contratantes; por un lado, surge la obligación del vendedor de transferir la propiedad de un bien y, por otro lado, surge la obligación del comprador de pagar el precio del bien en dinero; (...) por la declaración de voluntad de los contratantes se tendrá por celebrado el contrato de compraventa, más no así la transferencia de la propiedad; dado que esta tendrá lugar con la ejecución de la obligación contraída (es decir, con el perfeccionamiento de la compraventa) y; en consecuencia, la transferencia operará no con el consentimiento en mérito del cual surgió la obligación de transferir, sino con el cumplimiento o ejecución de dicha obligación; (...) que, el perfeccionamiento de la transferencia implica actos que permiten colocar al comprador o adquirente en la calidad de propietario del bien, esto es, que pueda gozar de los derechos y obligaciones inherentes al propietario del bien, lo cual incluye gozar de los atributos de la propiedad, en los términos recogidos en el artículo 923 del mencionado Código sustantivo; (...) que con relación al momento del perfeccionamiento de la transferencia, debe señalarse que aún cuando este momento sea diferente del momento de la celebración del contrato, no se trata de un nuevo contrato o un nuevo negocio jurídico, diferente del de compraventa, sino que la traslación de la propiedad es el efecto del contrato de compraventa, encontrándose por ende comprendido en la venta del bien; (...) en el caso de autos, conforme es de verse en la cláusula octava de la minuta de compraventa, presentada como recaudo de la demanda, los vendedores (hoy demandantes) se reservan la propiedad de los inmuebles materia del contrato, hasta que los compradores (hoy demandados) terminen de cancelar el íntegro del precio pactado en la cláusula cuarta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1583 del Código Civil; (...) de lo anteriormente expuesto, se puede

colegir que si como consecuencia de un contrato de compraventa la transferencia de propiedad del bien queda reservada hasta el momento en que se efectúe la cancelación total del precio pactado (como en el caso sub litis), la obligación esencial del vendedor de perfeccionar dicha transferencia quedará también supeditada al pago del precio, por lo que, mientras no se cumpla esta obligación no podrá otorgarse la escritura pública que permita el perfeccionamiento de la transferencia; (...) que, la reserva de propiedad a la que se hace referencia deberá entenderse en el sentido más adecuado a la naturaleza y objeto del acto, es decir, de conformidad con el precepto del numeral 1583 del Código Civil, el cual establece que en virtud del pacto de reserva de propiedad se suspende la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien hasta que el comprador haya pagado todo o una parte del precio convenido, teniendo como consecuencia que el comprador adquiera automáticamente el derecho a la propiedad del bien una vez pagado el importe del precio concertado; (...) que de otro lado, si bien el artículo 1412 del Código Civil, también denunciado por el demandado determina que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida; y que por tratarse de un contrato consensual el contrato de compraventa ha quedado perfeccionado desde el momento en que se produjo la aceptación, tal formalización se estaría yendo en contra de la bilateralidad de los contratos; (...) que, con respecto a lo anteriormente expuesto, se debe referir que la Casación N° 3758-2002-Lima, ha dispuesto que si como consecuencia de un contrato de compraventa la transferencia de propiedad del bien queda reservada hasta el momento en que efectúe la cancelación total del precio pactado, la obligación esencial del vendedor de perfeccionar dicha transferencia quedará también supedita al pago del precio, por lo que, mientras no se cumpla esta obligación no podrá otorgarse la escritura pública que permita el perfeccionamiento de la transferencia”.

En la **Casación N° 5123-2007-Lima**, del 13 de marzo de 2008, se establece que “la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material se presenta generalmente cuando existe error en el diagnóstico de los hechos obrantes en el proceso materia de juzgamiento, aplicándose por tanto una norma impertinente y dejándose de aplicar la norma correspondiente. En ese sentido, habrá aplicación indebida de una norma de derecho sustantivo cuando se presenten los supuestos siguientes: a) Cuando se aplica al caso una norma que no lo regula, dejando de observar la norma verdaderamente aplicable, la cual es violada lógicamente por inaplicación. Es decir, se aplica una norma impertinente en vez de la que jurídicamente corresponde. b) Cuando se aplica al caso materia del litigio una norma derogada en sustitución de la vigente. c) Cuando no se aplica una norma jurídica nacional por entender que la norma aplicable es la extranjera. d) Igualmente, dentro de esta causal se inscribe la causal consistente en la aplicación indebida del principio relativo a la jerarquía de las normas, contenido en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado”.



JURISPRUDENCIA

En materia casatoria si es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso; teniéndose en cuenta que este supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio; que el artículo 149 de la LOPJ señala; que los vocales tienen la obligación de emitir su voto en todas las causas en cuya vista hubiesen intervenido, aún en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción; señalando, también que en los mencionados casos dicho voto forma parte de la resolución, no siendo necesaria la firma de esta por el vocal referido; que no apareciendo constancia alguna de parte de la Secretaría o Relatoría de la Sala Superior de que el Presidente del Colegiado se haya encontrado incurso en alguno de los presupuestos antes mencionados, la sentencia materia de impugnación deviene en nula por no contener los tres votos conformes para hacer resolución, tratándose de una sentencia que pone fin a la instancia (Cas. N° 3981-Lima, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 06/03/2008).

El recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter extraordinario y formalísimo, que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que este medio impugnatorio tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido su fundamentación debe ser clara, precisa y concreta, indicando la causal pertinente y el requisito de fondo en que se sustenta; de la fundamentación expuesta en el recurso de casación se advierte que este adolece de claridad y precisión, en efecto, no se indica qué pruebas supuestamente no han sido valoradas y en qué medida haría cambiar la situación de precario del recurrente, tanto más si lo que pretende el recurrente con esta argumentación es una revaloración probatoria, labor que es ajena en sede casatoria; asimismo, el cuestionamiento del no pronunciamiento sobre las excepciones formuladas, debió hacerse valer desde que dichas excepciones no fueron admitidas a trámite, por lo que todo pedido referido a ellas deviene en extemporáneo, más aún si los referidos medios de defensa no fueron formulados oportunamente; por estas razones se declara la improcedencia del recurso (Cas. N° 471-2008-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 24/03/2008).

La denuncia formulada por la recurrente debe ser desestimada, por cuanto invoca la causal prevista en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil, sin embargo no indica de manera precisa cuál es la norma material erróneamente interpretada o aplicada indebidamente; asimismo, arguye que el juez obvió determinar que la recurrente es la cónyuge culpable, con lo que se pretende la revaloración de los medios probatorios, lo cual en sede casatoria no está permitido; en ese sentido, el recurso propuesto adolece de una debida fundamentación por lo que debe ser desestimado (Cas. N° 243-2008-La Libertad, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 10/03/2008).

La impugnante denuncia casatoriamente la causal establecida en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil, señalando que se han aplicado indebidamente los incisos 2, 3 y 5 del artículo 245 del Código Adjetivo; sin considerar que el recurso de casación por la presente causal solo está reservado para normas de índole material o sustantivo; entendiéndose como tales a todas aquellas normas generales y abstractas que regulan y establecen derechos y obligaciones, mas no a aquellas que determinan la forma de hacerlos valer ante el órgano jurisdiccional; por ende, la indebida aplicación de normas de carácter procesal no es causal para la interposición del recurso de casación; no siendo atendible(s) sus argumentos (Cas. N° 811-2008-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 07/04/2008).

La Corte de Casación no constituye una instancia más en la que se pueda provocar un examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia recurrida, quedando

excluida de su labor lo referente a la valoración del caudal probatorio y los aspectos fácticos del proceso; salvo casos específicos, determinados taxativamente en la ley o que se alegue y se evidencie actividad contraria a las reglas de la lógica y faltas a la *sindéresis* (Cas. N° 705-2008, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 31/03/2008).

La interpretación en términos generales, debe entenderse como la facultad de indagar, explicar, desentrañar o comprender el sentido de algo; si se habla de interpretación jurídica en particular, es evidente que esa facultad tiene que estar referida necesariamente al elemento jurídico y objetivo por excelencia, elemento que por principio no es otro que la norma; por tanto, el operador al interpretar, deberá desentrañar, indagar, buscar, comprender el mensaje normativo que una determinada regla de derecho tiene expresada, y, en muchos casos, también asignarle un sentido a la norma objeto de interpretación (Apelación N° 2631-2007-Lima, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 15/04/2008).

Del análisis de la sentencia recurrida se advierte que, esta no presenta una motivada suficiente en hechos y derecho que sustente el establecimiento del daño emergente, apreciándose de la recurrida que no define si se está ante un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva, pues, en un primer momento le resta importancia a la responsabilidad subjetiva, para luego hacer alusiones a la misma (considerando noveno de la recurrida). También se advierte que, la Sala Superior concluye en la existencia de daño emergente y fija su monto, pero por un lado, no se establece de manera concreta qué criterios de hecho la llevan a establecer la existencia del daño emergente, y por otro lado, al momento de fijar el monto indemnizatorio, al estar frente a cuestiones de orden económico susceptibles de ser medidas y cuantificadas, la Sala Superior se sustenta en meras conjeturas, no presentando mayor fundamentación que la de indicar el "modo prudente y en función de los sucedáneos de los medios de prueba", lo cual no constituye la fundamentación exigida conforme se ha indicado en el segundo considerando de esta decisión suprema; habiéndose así incurrido en un supuesto de nulidad procesal, según lo indicado en el segundo considerando de esta decisión suprema (Cas. N° 177-2008-Lima, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 29/04/2008).

Aún cuando expresamente no existe una resolución de avocamiento del juez que emitió la sentencia de primera instancia, se verifica, que el citado magistrado había conocido del presente proceso, emitiendo resoluciones que fueron debidamente notificadas a las partes sin que se haya objetado la intervención del citado juez, por consiguiente, el sustento fáctico de la mencionada alegación deviene en extemporánea y en todo caso debió hacerse valer oportunamente en el interior del juicio, es que en virtud del principio de preclusión procesal, ya no es posible retrotraer el proceso a una etapa procesal que se encuentra superada, lo que ha ocurrido en el presente caso, motivo por el cual debe desestimarse el recurso de casación admitido (Cas. N° 3903-2007-Apurímac, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 18/10/2007).

La causal de contravención de normas garantiza el derecho al debido proceso y la infracción de las normas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales debe referirse al proceso materia de autos, y no del acompañado; máxime si este planteamiento conduciría a una revaloración de la prueba presentada en autos, lo que es ajeno a este especial medio de defensa (Cas. N° 3104-99-La Libertad, El Peruano, 08/04/2000, p. 5016).

Se advierte que se cuestiona el criterio valorativo del Colegiado Superior respecto de los medios probatorios actuados, lo que colisiona con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación que está reservado únicamente al análisis de cuestiones de derecho (Cas. N° 1321-98-Ica, El Peruano, 11/08/2000, p. 5822).

Que no es posible invocar tres causales distintas sobre una misma norma, ya que cada una de ellas es excluyente de las otras, teniendo un contenido y significación diferentes. Su planteamiento simultáneo es implicante y contradictorio, afectando la precisión y

claridad con que debe formularse este tipo de recursos (Cas. N° 90998-Junín, El Peruano, 28/03/2000, p. 4893).

La entidad edilicia recurrente no invoca de modo claro y preciso la causal que sustenta su recurso, se parte de una base errónea del artículo 178 del Código Procesal Civil, lo que no constituye causal de casación, no bastando indicar normas sino que estas sean adecuadamente fundamentadas invocando la causal respectiva que permita a este tribunal casatorio expedir una sentencia acorde a los fines de este recurso extraordinario (Cas. N° 2378- 98-Lima, El Peruano, 09/08/2000, p. 5796).

La acción redhibitoria, por la que el adquirente puede solicitar la resolución del contrato en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, norma que es de evidente contenido procesal, no puede alegarse como causal casatoria aduciendo inaplicación de la misma (Cas. N° 1417-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2198)

Si previo a la casación, en los fallos no se ha comprobado que el título valor haya sido llenado contraviniendo acuerdos expresos convenidos, lo que determina que esta valoración de hechos no pueda modificarse por tratarse la casación de asuntos de iure o de derecho (Cas. N° 1084-98-Lima, El Peruano, 25/11/98, p. 2098).

Por aplicación indebida se entiende en general a aquellos errores de derecho provenientes del error en la calificación jurídica de los hechos correctamente comprobados y al error sobre la elección de la norma a ellos aplicable (Cas. N° 1011-97-Lima, El Peruano, 26/11/98, p. 2121).

No son susceptibles de revisar en casación las conclusiones relativas a los hechos determinados en la sentencia impugnada en base a la apreciación razonada de la prueba (Cas. N° 1076-97-Lima, El Peruano, 13/09/98, p. 1583).

La causal de inaplicación supone que el juzgador ha dejado de aplicar la norma pertinente para la solución del caso concreto por desconocimiento; en cambio, la aplicación indebida supone que el juzgador ha elegido una norma impertinente para la solución del caso concreto (Cas. N° 403-95-Lima, El Peruano, 15/08/99, p. 3191).

En lo referente a la causal de aplicación indebida de normas de derecho material, cabe precisar que las mismas regulan el plazo de prescripción y caducidad tienen naturaleza procesal, no siendo viable invocar la causal de aplicación indebida respecto de normas con contenido procesal (Cas. N° 515-99-Lima, El Peruano, 01/09/99, p. 3404).

Nuestro ordenamiento jurídico no distingue entre formas esenciales y no esenciales del proceso como motivos de casación, sin embargo, se faculta al juez a declarar de oficio las nulidades insubsanables para la eficacia y validez de los actos procesales, por lo que queda a la Sala de Casación definir en cada caso la gravedad de estas violaciones para justificar su decisión (Cas. N° 658-Lima, El Peruano, 21/09/98, p. 1625).

La sala casatoria, habiendo aclarado repetidas veces las características fundamentales del vicio in iudicando, que implica la inaplicación del derecho pertinente u otros temas de fondo, se lo suele confundir en diversas resoluciones expedidas con el vicio in procedendo en que se incurre cuando el juzgador comete errores durante la tramitación del proceso o durante la expedición de la sentencia, como temas de forma (Cas. N° 393-97-Ucayali, El Peruano, 12/12/98, p. 2235).

No debe confundirse principio de literalidad de los títulos valores con principio literal de interpretación. El principio de literalidad de los títulos valores hará que el juzgador aprecie si el documento cartular tiene o no los requisitos formales que le son propios, conforme a ley. No necesariamente se restringirá a la invocación nominal y gramatical de la norma, toda vez que podría ser por sí sola insuficiente, sino a su sentido jurídico comprendiéndola

como parte de un todo de tal manera que satisfaga los principios del derecho cambiario sin transgredir su naturaleza (Cas. N° 1917-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2207).

El juicio de hecho consiste en una declaración histórica, que el juez de instancia elabora sobre la base de los hechos alegados y la prueba actuada por las partes, y que por tanto es particular del caso y hasta irrepetible; mientras que el juicio de derecho corresponde a la subsunción de la norma que el juzgador considera aplicable a los hechos que se han determinado (Cas. N° 582-99-Cusco, El Peruano, 19/11/99, p. 3775)

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

Cuando se invoca la aplicación indebida de una norma de derecho material, no cabe invocar la causal de interpretación errónea, por que resultan implicantes, por eso la Ley señala con la claridad y precisión en el artículo trescientos ochetiseis la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material (Cas. N° 1018-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.20-A.21).

La Corte Suprema tiene reservada la facultad casatoria en caso de advertir graves irregularidades en la aplicación de la Ley. Ello importa una facultad extraordinaria de orden público para preservar la validez del proceso judicial en su dimensión procesal y sustancial (Exp. N° 1247-94-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 126-128).

Las causales de casación son autónomas. La aplicación indebida de una norma de derecho material supone su impertinencia al relato fáctico establecido en la instancia mientras que la interpretación errónea debe ser invocada cuando a la norma pertinente se le da un sentido o alcance que no le corresponde; en consecuencia, resulta contradictorio invocar ambas causales copulativamente (Cas. N° 962-2000-Lima, El Peruano, 30/08/2000, p. 6151).

La causal de interpretación errónea debe estar referida a aquellas normas materiales que sirvieron de sustento al fallo jurisdiccional, y no a los considerandos de la sentencia impugnada, siendo así, la denuncia deviene en improcedente (Cas. N° 801-2000-Arequipa, El Peruano, 19/08/2000, p. 5995).

(...) Pese a los reiterados pedidos del Colegiado para la exhibición, dicho acto no se ha cumplido y la Sala de mérito emite sentencia sin que se cumpla dicha exhibición, omitiendo dejarla sin efecto o haciendo referencia a esa falta en el texto de la sentencia; constituyendo ese proceder la afectación al debido proceso (Cas. N° 1671-96-Cajamarca, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 260-261).

(...) La no admisión de un medio probatorio, por sí sola, no configura una violación del derecho al debido proceso, pues la prueba debe referirse a la materia en controversia, esto es ser pertinente, pues de otro modo es desestimada por el juez, como lo autoriza el artículo ciento noventa del Código Procesal Civil (Cas. N° 2988-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 85-87).

La causal de interpretación errónea de una norma de derecho material se refiere al error en la determinación del recto sentido de la norma, con prescindencia del material fáctico de la causa, por lo que no puede confundirse esta causal con la adecuación de esta norma al hecho que el recurrente estima probado (Cas. N° 576-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.14-A.16).

(...) Estando al carácter de esas pruebas (sobre las que se omitió pronunciamiento) que no pueden influir de modo alguno en la decisión jurisdiccional es de aplicación el artículo ciento setentidós cuarto párrafo del Código Procesal Civil, que prescribe que, no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la casación (si entiéndase resolución) o en las consecuencias del acto procesal, cuya ratio legis es el ahorro o economía procesal para no repetir actos procesales en forma innecesaria o inconducente (Cas. N° 876-99-Apurímac, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 92-94*).

La aplicación indebida y la interpretación errónea de una norma de derecho material, son conceptos diferentes e incompatibles entre sí, con mayor razón no se pueden invocar acumulativamente, en el mismo cargo y en relación a la misma norma la inaplicación de ella, desde que mal puede haberse dejado de aplicar una misma norma o interpretar una norma que no fue aplicada o aplicada indebidamente (Cas. N° 21-95-Callao, Editora Normas Legales S.A., Tomo 249, Febrero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.22-A.23).

Es improcedente invocar al amparo de las causales de interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material la violación de normas procesales, pues estas causales solo están referidas a normas sustantivas (Cas. N° 214-96-Ucayali, Editora Normas Legales S.A., Tomo 253, Junio 1997, Trujillo-Perú, pp. A.27-A.28).

(...) En vía de casación no se puede volver a hacer un análisis de la prueba actuada en el proceso, pues la competencia de la Sala se reduce a conocer de las cuestiones de iure o de derecho y de los vicios in procedendo que le sean planteados en la forma prevista en la Ley procesal (...) (Cas. N° 1695-99-San Román, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 403-404*).

(...) Quien argumenta una contravención al debido proceso debe acreditar haber efectuado el reclamo diligente y oportuno cuando esta se produjo (...) (Cas. N° 134-2000-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 420-421*).

La sentencia de vista ha negado el pago de intereses y gastos, por no haber sido demandados, pero como sí han sido objeto del petitorio, existe contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, porque no se puede negar como objeto de la demanda, lo que ha sido materia del petitorio (Cas. N° 756-95-Cusco, Editora Normas Legales S.A., Tomo 251, Abril 1997, Trujillo-Perú, pp. A.22-A.23).

Tal como lo señala la más moderna doctrina, representada, entre otros, por autores como Jorge Peyrano, Augusto Morello, y Taruffo, sea posible el control del razonamiento jurídico realizado por los jueces inferiores para analizar si este es formalmente correcto desde el punto de vista lógico y en caso de ser defectuoso o deficiente su cuestionamiento debe ser encausado bajo la causal a que se refiere el inciso tres del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil (Cas. N° 334-96-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 263, Abril 1998, Trujillo-Perú, pp. A.14-A.15).

Por aplicación indebida debe entenderse la elección de una norma equivocada para resolver un caso concreto; es decir, supuesta una correcta valoración de los hechos que el juzgador considere probados, y, una vez que han sido establecidos estos hechos, se ocasiona el defecto (error o equivocación) de aplicar a ellos (atribuyéndoles una significación jurídica que no tiene) una norma jurídica improcedente.

La interpretación errónea se refiere a la equivocación o error acerca del contenido de la norma por el desconocimiento de los principios de interpretación de las leyes, por tanto interpretar erróneamente un precepto legal, es en casación, aplicarlo al caso litigado por ser pertinente pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde (Cas. N° 92-94-La Libertad,

REQUISITOS DE FORMA

ARTICULO 387

El recurso de casación se interpone:

1. *Contra las resoluciones enumeradas en el artículo 385;*
2. *Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, acompañando el recibo de pago de la tasa respectiva; y*
3. *Ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada.*

CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>art. 141.</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 357, 378, 385, 390, 391.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 5 inciso b.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>arts. 241, 243, 244.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 372, 374.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>arts. 288, 292, 293.</i>

Comentario

La interposición del recurso de casación está sujeto a ciertos formalismos como verificar si el acto impugnado se refiere a la sentencia definitiva o al auto interlocutorio, pero con fuerza de definitiva, esto es, que hace imposible la prosecución del proceso.

Existen además otros requisitos de tiempo y lugar. Referido a lo primero señalamos que existe un término perentorio para interponer este recurso. Se trata de un plazo particular establecido en 10 días; sin embargo, en la casación por salto, regulada en el artículo 389 del Código, el recurso de casación contra la sentencia del juez se interpondrá dentro del plazo que el código señala para apelar esta, es decir, 10 días para el de conocimiento, 5 días para el abreviado, tres días para el sumarísimo y 5 días para el de ejecución.

Este recurso se interpone por escrito y debe estar firmado por el abogado. Algunos sistemas, en el que no se ubica nuestro país, restringen la intervención de los abogados condicionados a cierta experiencia profesional y a tener una especial preparación para ejercer dicha actividad.

En cuanto al lugar, la norma establece que se debe interponer ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada.

La interposición del recurso debe estar acompañada del recibo de pago de la tasa respectiva, cuyo monto es bastante oneroso; ello porque se sostiene que con este requisito se evita que se introduzca este recurso sin un sereno y meditado estudio. En este sentido el trabajo de campo realizado por Adelaida Bolívar⁽¹⁰⁹⁾ corrobora lo señalado al concluir que "el alto costo de los aranceles judiciales está negando el acceso al ejercicio del recurso de casación y por ende, a la justicia, a un sector mayoritario de nuestra población, que es precisamente la de menor capacidad económica".

En algunos casos como el arbitraje se exige una fianza o depósito en garantía, para interponer recurso de anulación o apelación, el mismo que no será extensivo si se interpone el recurso de casación contra la resolución que declara nulo el laudo arbitral.

Hacer extensiva estas fianzas a que se refiere el artículo 72, inciso 4, de la LGA al recurso de casación conllevaría a ser considerado como una violación al derecho constitucional de defensa; sin embargo, no se cuestiona exigir una fianza para permitir que, pese a que el recurso tenga efecto suspensivo, se pida la ejecución inmediata de la sentencia a través de una medida cautelar.

(109) BOLÍVAR, Adelaida y ARIAS, Carlos. *La casación civil 1994-1995*, Cusco editores, Lima, 1996, p. 35.

REQUISITOS DE FONDO

ARTÍCULO 386

Son requisitos de fondo del recurso de casación:

1. *Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso;*
2. *Que se fundamente con claridad y precisión, expresando en cuál de las causales descritas en el artículo 386 se sustenta y, según sea el caso:*
 - 2.1. *Cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de la norma de derecho material;*
 - 2.2. *Cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso; o,*
 - 2.3. *En qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida.*

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	arts. 1, 378, 386, 392.
LEY 28636	art. 57.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 366.
C.P.C.M. Iberoamérica	art. 242.
C.P.C. Colombia	art. 369.

Comentario

La procedencia del recurso de casación está condicionado a satisfacer ciertos requisitos de contenido objetivo y subjetivo.

En cuanto al primer requisito, lo podemos ubicar en el inciso 2 del presente artículo, al exigir la fundamentación con claridad y precisión de las causales descritas en el artículo 386 del Código. Esta fundamentación debe señalar como debe ser la debida aplicación, o cuál la interpretación correcta de la norma de derecho material, cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso y en qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso.

Esto nos lleva a decir del carácter restrictivo del recuso porque se exige precisar cual es la violación legal que sustenta el recurso y en que disposición de la ley se asienta la recurrencia. Ello porque como ya se ha señalado, no basta la existencia del agravio.

Para Véscovi resulta necesario que el escrito de introducción del medio de impugnación contenga el fundamento necesario y suficiente para sustentar el recurso. Implica que el recurso se baste a sí mismo, y no necesite ser suplido por otros escritos, sin perjuicio que se admita la presentación de escritos complementarios o de memoriales con análoga finalidad. Con el mismo fundamento se ha rechazado lo que se cataloga como fundamentación promiscua, en cuanto esa sustentación es variada, contradictoria, o referida a otros motivos.

Encontramos coherente la exigencia que refiere el inciso 2 del artículo porque el recurso de casación no tiene por propósito formar un nuevo juicio jurisdiccional para resolver una controversia jurídica, sino el de controlar el juicio ya producido con el carácter de definitivo, al que se le califica de viciado por algún error *in iure* previsto por la Ley como causal del recurso. De ahí que para la procedencia del recurso se exige se invoquen y se fundamenten las causales de casación descritas en el artículo 386 del Código, puesto que ellas no podrán ser sustituidas por el tribunal; sin embargo, ello es superado por algunos criterios jurisdiccionales que manejan algunas salas de casación de la Corte Suprema, como el ocurrido en la casación N° 1362-02-Callao⁽¹¹⁰⁾ en la que operó una casación de oficio, tomando el colegiado fundamentos no alegados por el recurrente. El recurso de casación fue declarado procedente por denunciar la aplicación indebida de normas de derecho material; sin embargo, la Sala de Casación consideró que no podía pronunciarse válidamente sobre el fondo de la controversia porque la sentencia de vista, carecía de motivación debida, argumento que jamás fue invocado por el recurrente.

Es importante satisfacer esta exigencia a cabalidad porque antes de la vista de la causa, la Sala Suprema aprecia si la calificación primaria de admisibilidad ha satisfecho los requisitos establecidos en el presente artículo. El incumplimiento de algunos de ellos da lugar a la improcedencia del recurso (ver el artículo 392 del CPC).

El otro supuesto a contemplar para la procedencia del recurso de casación se ubica en el inciso 1 de este artículo. Constituye un requisito subjetivo, porque expresa el interés del recurrente, para lo cual se requerirá la calidad de parte o tercero legitimado en el proceso (ver el artículo 355 del CPC) y el haber sufrido un agravio de la sentencia recurrida sin lo cual carecerá de interés para recurrir. En ese sentido, resulta coherente la exigencia de la norma para que el recurrente no deba haber consentido la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso.

(110) Ver *El Peruano*, 3 de febrero de 2003, reproducido en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, N° 55, Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2003, p. 159.



JURISPRUDENCIA

Las instancias de mérito han concludido que no existe norma procesal que obligue al ejecutante dar conocimiento previo a su deudor de la liquidación del saldo deudor, y la recurrente no señala norma procesal que así lo disponga; la resolución que contiene el mandato de ejecución es el correlativo a su numeración; y carece de base real que no se hubiese identificado el bien materia de la ejecución de garantía. En suma, no se cumple con el requisito de procedencia regulado en el numeral 2.3 del inciso 2 artículo 388 del Código Procesal Civil (Cas. N° 277-2008-Arequipa, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 10/03/2008).

(...) se declaró rebelde a la recurrente; luego esta inasistió a la audiencia de saneamiento procesal y conciliación conforme se verifica del acta en que se emitieron las Resoluciones que declaran el saneamiento del proceso, admite los medios probatorios, y dispone el juzgamiento anticipado; considerando que todos los medios probatorios ofrecidos por las partes son documentos. El cuestionamiento al juzgamiento anticipado al proceso recién se realizó al apelar la sentencia; como se verifica del acta de la Audiencia antes citada, la recurrente inasistió a dicha diligencia, por lo que el auto de saneamiento quedó consentido, y no se ha desvirtuado, sino que se ratifica que las pruebas no requerían actuación, por lo que la denuncia carece de base real. Además, la Resolución que dispuso el juzgamiento anticipado quedó consentida, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 175 inciso 4 del Código Procesal Civil. Así expuesto no se cumple con el requisito de procedencia regulado en el numeral 2.3 del inciso 2 del artículo 388 del referido Código Adjetivo (Cas. N° 213-2008-Puno, 1° Sala Civil Permanente Suprema, del 06/03/2008).

Que uno de los requisitos de fondo para la viabilidad del presente medio impugnatorio, exige que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; verificando los requisitos de fondo previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil, específicamente el señalado en el inciso 1, se evidencia que la empresa recurrente no cumple con el indicado requisito, por cuanto, ha consentido –no apeló– la resolución adversa de primera instancia, la misma que fue confirmando por la Sala de mérito (Cas. N° 925-2008-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 11 de abril de 2008).

Analizados los fundamentos del agravio descrito en el considerando precedente, se advierte que las alegaciones del recurso en el extremo referente a la admisión del medio probatorio consistente en la exhibición ofrecida por la impugnante, están referidos a un acto procesal realizado por el demandante, lo que no puede servir de sustento a la recurrente para denunciarlo a través de su recurso casatorio, pues ello no le produce agravio, toda vez que la Sala de mérito ha declarado nulo el concesorio del recurso de apelación de fojas ciento treinta y tres interpuesto por el actor, al considerar que carece de interés para apelar al haber cumplido con el mandato de exhibición. En cuanto al extremo impugnado que deja a salvo el derecho de la coejecutada, a fin de que lo haga valer en la vía correspondiente, se advierte que, al haber determinado el Colegiado Superior en el cuarto considerando de la sentencia de mérito, que la codemandada está cuestionando vicios de la voluntad en la celebración del acto jurídico de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, dichos cargos están referidos a cuestiones de probanza, por lo que no corresponde ser examinados en casación, por no ser esta una tercera instancia jurisdiccional ordinaria; en consecuencia, no se configura la causal in procedendo denunciada (Cas. N° 201-2008-Arequipa, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 05/03/2008)

Analizados los fundamentos del agravio descrito en el considerando precedente, las alegaciones del recurso en este extremo están orientadas a una cuestión de probanza respecto a la existencia de la obligación demandada, que no corresponde ser examinado en casación por no ser esta sede una tercera instancia jurisdiccional ordinaria; máxime, si del cuarto considerando de la recurrida, la Sala de mérito, ha determinado: "que con relación a los

recibos por honorarios que en copia legalizada obran a fojas cincuenta y tres y siguientes y en original a fojas sesenta y ocho y siguientes, dejan entrever que entre las partes existió más de una relación obligacional, consideración que tiene su sustento en los medios probatorios" –según refiere el Colegiado Superior– agregando "que las amortizaciones fuera del plazo se han de tener en consideración mediante liquidación a efectuarse antes de la entrega de suma de dinero alguna al demandante o en su defecto antes de efectuarse adjudicación a favor del mismo" (sexto considerando); de manera que el Colegiado Superior ha resuelto en función a los agravios, errores de hecho y de derecho alegados en la pretensión impugnatoria de la recurrente, por consiguiente, tampoco son atendibles las alegaciones contenidas en este extremo del recurso (Cas. N° 845-2008-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 08/04/2008).

Las alegaciones precedentes carecen de base real; dado que, la recurrente denuncia un vicio procesal que ha convalidado tácitamente de conformidad con el tercer párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil, pues no se puede alegar afectación al debido proceso respecto de hechos que en su oportunidad se guardó silencio, precluyendo toda posibilidad de hacerlo en casación; máxime cuando no acredita que formuló su pedido en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo; pues, como se puede observar en el escrito de contestación de la demanda, la hoy recurrente no cuestiona el referido requisito de procedibilidad de la demanda; más aún, si ella agrega que la causal de divorcio por la separación de hecho se ha interrumpido, lo que es ambiguo e impreciso, porque estaría intrínsecamente aceptando que se ha cumplido con el requisito de procedibilidad cuestionado; en todo caso, este último no corresponde ser evaluado en sede casatoria por no constituir esta Sala de Casación una tercera instancia jurisdiccional ordinaria; no siendo atendibles sus alegaciones (Cas. N° 755-2008-Ica, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 03/04/2008).

Cuando se propone más de una denuncia casatoria debe precisarse puntualmente cada una de las causales observando a plenitud lo previsto en el artículo 388 del Código Adjetivo. Siendo el caso que, cuando una denuncia casatoria verse sobre diversos agravios se debe discriminar correctamente cada uno de los puntos en que se haga consistir el medio impugnatorio propuesto. En el presente caso, la impugnante denuncia la referida causal in procedendo en forma ambigua sin observar a cabalidad lo expresado precedentemente. No obstante lo cual, de su fundamentación no fluye con nitidez que la resolución impugnada haya infringido en modo alguno las normas legales antes enunciadas, pues en principio la resolución de vista se ha pronunciado sobre lo que es materia de la controversia y la recurrente ha ejercido su derecho a la defensa, evidenciándose que en el fondo lo que se cuestiona es la valoración a la que ha arribado la Sala Superior al dirimir la litis, lo que no puede debatirse en casación (Cas. N° 841-2008-Lima, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 08/03/2008).

Examinada la fundamentación esgrimida se verifica que la misma incide en el reexamen de los hechos aducidos en el desarrollo de la litis, lo que resulta inviable en casación, en atención a la naturaleza de iure del presente medio impugnatorio. Por lo demás, al dirimirse la litis, las instancias de mérito ya han determinado quien es el causante de la violencia familiar en agravio de las víctimas, lo que ha sido compulsado mediante el material probatorio aportado oportunamente al juicio; en tal virtud, ya no es posible revertir dicha situación fáctica que ha sido comprobada por las instancias inferiores. Por lo que no evidenciándose violación al debido proceso ni infracción procesal en los términos denunciados, el recurso impugnatorio interpuesto debe rechazarse por improcedente (Cas. N° 347-2008-Lima Norte, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 14/03/2008).

El impugnante denuncia casatoriamente la interpretación errónea del inciso 2 del artículo 1996 del Código Civil; no obstante que la Sala Superior no ha aplicado dicha norma; consecuentemente, no se puede interpretar erróneamente lo que no ha sido aplicado. En todo caso, si bien el recurrente señala en su recurso como debería ser la correcta interpretación del inciso 3 del artículo 1996 de Código Civil; aun así, no ha considerado que, el recurso de casación por la presente causal solo está reservado para normas de índole material o

sustantivo; indistintamente del cuerpo legal en que se encuentren; entendiéndose como tal a todas aquellas normas generales y abstractas que regulan y establecen derechos y obligaciones, más no aquellas que determinan la forma de hacerlos valer ante el órgano jurisdiccional; no siendo atendibles sus alegaciones (Cas. N° 521-2008-Piura, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 27/03/2008).

La valoración de la conducta procesal del recurrente y su abogado, por ser de naturaleza fáctica, no corresponde ser analizada en casación (Cas. N° 2943-99-Ucayali, El Peruano, 04/02/2000, p. 4640).

La sentencia de vista en mérito a la prueba efectuada ha establecido que ha existido un comportamiento fraudulento de los condenados, para conseguir una sentencia favorable en el proceso de títulos supletorios, por lo que para desvirtuar esta conclusión tendría que hacerse una revalorización de la prueba, lo que no está permitido en la casación que solo versa sobre cuestiones de iure o de derecho (Cas. N° 16-2000-Ancash, El Peruano, 08/04/2000, p. 5046).

La apreciación probatoria no es revisable en casación. La sentencia de vista recoge los fundamentos de la apelada y agrega otros adicionales, con lo que se cumple la garantía constitucional de la fundamentación en los hechos y en el derecho (Cas. N° 3170-99-Cusco, El Peruano, 08/04/2000, p. 5020).

Los agravios denunciados en vía de casación deben estar referidos a la resolución recurrida y no a otras resoluciones (Cas. N° 1077-2000-Ica, El Peruano, 23/08/2000, p. 6050).

La impugnante lo que en el fondo pretende es una nueva valoración de la prueba actuada, orientada a determinar la existencia o no de la falta grave imputada al actor (ausencias injustificadas) y a partir de allí establecer la procedencia o no de la indemnización por despido arbitrario; actividad probatoria que es ajena a los fines esenciales del recurso de casación (Cas. N° 723-2000-Lima, El Peruano, 30/11/2000, p. 6446).

Siendo el recurso de casación eminentemente formal, quien recurre a ella debe satisfacer adecuadamente los requisitos de fondo que señala la ley procesal, no pudiendo la Corte suplir los defectos de formulación del recurso, pues ello implicaría la violación del principio de la igualdad de las partes en el proceso (Cas. N° 559-97-Ancash, El Peruano, 15/06/99, p. 3002).

(...) No se afecta el derecho de igualdad cuando por ejercicio de la valoración probatoria se llega a la convicción de favorecer a una de las partes atribuyéndole el respectivo derecho que le corresponde (...) (Cas. N° 1645-97-Huánuco, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 177-178).

El error de juzgamiento proveniente de una errónea apreciación de los hechos no es susceptible de analizarse en vía de casación (Cas. N° 260-95-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo 253, Junio 1997, Trujillo-Perú, pp. A.28-A.29).

Para una debida fundamentación del recurso de casación es necesario que exista una precisa relación de causalidad entre el vicio denunciado como agravio y el contenido de la resolución impugnada (Cas. N° 204-96-Huánuco, Editora Normas Legales S.A., Tomo 253, Junio 1997, Trujillo-Perú, pp. A.26-A.27).

La interpretación efectuada por los jueces de mérito respecto de determinado contrato privado es una cuestión de hecho de la cual no se pueden extraer conclusiones de alcance general y por tanto no es susceptible de ventilarse en vía de casación (Cas. N° 1382-96-La Libertad, Editora Normas Legales S.A., Tomo 255, Agosto 1997, Trujillo-Perú, pp. A.17-A.18).

CASACIÓN POR SALTO

ARTÍCULO 389

Procede el recurso de casación contra las sentencias de primera instancia, cuando las partes expresan su acuerdo de prescindir del recurso de apelación, en escrito con firmas legalizadas ante el Secretario de Juzgado.

Este acuerdo solo es procedente en los procesos civiles en los que no se contengan derechos irrenunciables. En este caso el recurso solo podrá sustentarse en los incisos 1 y 2 del artículo 386 y deberá interponerse dentro del plazo que la ley concede para apelar de la sentencia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 364, 373, 385, 386 incs. 1 y 2.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 367.

Comentario

Las sentencias casables son en general dictadas en última instancia. Ello se justifica porque es un recurso último, que se debe admitir cuando ya los demás recursos están agotados. No obstante ello, nuestro sistema admite la casación *per saltum*, que implica saltar los otros recursos o instancias, admitiendo, con acuerdo de partes, que una sentencia de primera instancia se impugne directamente ante la Corte de Casación.

El artículo en comentario regula la renuncia no a los efectos de un acto procesal ya ejecutado sino la renuncia a una facultad procesal que se tiene que dar antes de la realización del acto. Debe advertirse que estos actos de disposición que hacen las partes a la facultad de recurrir, necesariamente debe ser aprobada o controlada por el juez para verificar que dicha renuncia no afecte derechos irrenunciables.

Por otro lado adviertase de la redacción del propio artículo que solo es admisible la casación por salto, siempre que aquella afecte a ambas partes, porque si una de ellas conservara la correspondiente facultad resultaría quebrantado el principio de igualdad.

El recurso se interpondrá dentro del plazo que el código señala para apelar la sentencia, es decir, 10 días para el de conocimiento, 5 días para el abreviado, tres días para el sumarísimo y 5 días para el de ejecución.

La casación por salto solo es procedente si se sustenta en errores *in iudicando* referidas a la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial. Esto implica que jamás podrá alegarse ni la invalidez de los actos procesales ni la falta de un debido proceso como causal para la procedencia del recurso de casación.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO

ARTÍCULO 390

El órgano jurisdiccional ante el cual se interpone el recurso, apreciará la observancia de los requisitos establecidos en el artículo 387. El incumplimiento de alguno de ellos dará lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso.

CONCORDANCIAS:

C. art. 141.
C.P.C. arts. 387, 401.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 365.

Comentario

El recurso de casación se rodea de formalidades especiales las mismas que se encuentran enumeradas en el artículo 387 del Código.

Dicho recurso está sometido a un doble control de admisibilidad. En un primer momento por la sala de apelación, ante quien se interpone el recurso y luego por el colegiado supremo encargado de su resolución; sin embargo, debemos señalar que todo recurso es sometido a un control de admisibilidad por el juez ante el cual se interpone y luego ante el que lo juzga, el superior en grado, el cual tiene la posibilidad de declarar su inadmisibilidad.

Véase en ese sentido lo regulado en la última parte del artículo 367 del Código que prevee la posibilidad del control pero sin que exista un procedimiento previo y especial para tal efecto, situación que sí contempla el recurso extraordinario, para evitar el uso abusivo de este medio y evitar el ingreso de un excesivo número de recursos. La Sala Suprema somete a un examen previo en el cual se analiza exclusivamente si se ha satisfecho las exigencias del artículo 367, como una calificación de grado en un procedimiento especial.

Este reexamen sobre la admisibilidad del recurso se sustenta en el principio de reserva legal y el orden público; ello permite que el juez superior tenga el poder de reexaminar la cuestión de la admisibilidad de los recursos; a pesar del examen realizado por el juez que concedió el recurso. Los colegiados no quedan atados por la decisión del juez inferior porque mantienen potestad decisoria, aún de oficio, a pesar de que las partes no denuncien los defectos del concesorio de apelación.

Por otro lado debemos señalar que en toda impugnación no solo se examina la admisibilidad del recurso sino la fundabilidad de este. Ambos requisitos se someten

a control de tribunales diferentes. La admisibilidad lo verifica el juez inferior, sin perjuicio de la facultad del reexamen del órgano superior y la fundabilidad de este.

Como ya se ha señalado líneas arriba, la fase de admisibilidad constituye una etapa previa en la que se verifican requisitos formales y se condiciona la entrada del recurso para un pronunciamiento de fondo. Entre los requisitos formales que concurren se considera al tiempo, esto es, debe interponerse el recurso dentro del plazo legal; el lugar es otro de ellos. Implica que se interpone ante el órgano judicial competente y la presentación del pago de la tasa respectiva.



JURISPRUDENCIA

Cuando se invocan motivos por quebrantamiento de forma y por infracción de ley, se impone examinar primero aquellos porque su acogimiento exime del conocimiento de estos. Sería inútil entrar en los motivos de fondo cuando el resultado de la casación obligue a declarar nulidad (Cas. N° 1739-98-Lambayeque, El Peruano, 21/12/98, p. 2271).

Es nulo el concesorio del recurso de casación si es interpuesto por el abogado del demandante sin que tenga representación judicial según el artículo 80 del Código Procesal Civil (Cas. N° 115-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 553-554).

NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE ADMITE EL RECURSO

ARTICULO 391

Antes de la vista de la causa, la Sala de Casación respectiva anulará la resolución que admite el recurso, si considera que no se ha cumplido con alguno de los requisitos de forma.

Para los fines a que se refiere el artículo 390 y el párrafo anterior del presente artículo, si el recurrente tuviere domicilio en la sede de la Sala de Casación, se ordenará que subsane en un plazo no mayor de cinco días, la omisión o defecto que se pudiera advertir en el recibo de pago de la tasa respectiva, en las cédulas de notificación, en la autorización del recurso por Letrado Colegiado o en la firma del recurrente. Si el recurrente no cumpliera con lo ordenado, se rechazará el recurso y, en su caso, se anulará la resolución que admita el recurso.

Si el recurrente no tuviera fijado domicilio procesal en la sede de la Sala de Casación, esta tramitará la causa de manera regular y la Sala o el juez correspondiente ordenará la subsanación respectiva. ()*

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	art. 387.
D.S. 017-93-JUS	arts. 288 inciso 10, 290.

Comentario

En este tipo de recursos extraordinarios se establece un previo control de admisibilidad del recurso. Uno realizado por la Sala Civil de la Corte Superior, ante quien se interpone el recurso, y luego ante el colegiado supremo encargado de la revisión.

El sistema del doble control funciona como un filtro de los recursos con defectos de inadmisibilidad. Se orienta a evitar el uso abusivo de este medio, contrastando el ingreso a las salas de casación de un excesivo número de recursos; para lo cual se somete a un examen previo, en el cual se analizan exclusivamente

(*) Texto según el artículo 2 de la Ley Nº 277703 de 20/04/2002.

los requisitos de forma y fondo, señalados en los artículos 387 y 388 del Código, como una calificación de grado en un procedimiento especial.

Lo particular del caso radica en que la resolución que admite el recurso de casación será nula si no ha cumplido con alguno de los requisitos de forma, detallados en el artículo 387; situación que no es extensiva cuando se cuestiona los requisitos de fondo del recurso, el que si merece un pronunciamiento de la Sala Suprema, declarando la improcedencia debidamente fundamentada.

La Sala de Casación al considerar que no se ha cumplido con alguno de los requisitos de forma emite la resolución declarando la nulidad de la admisión del pedido de casación. Como se advierte de la primera parte de la redacción del artículo 393, el control de admisibilidad, le compete al mismo órgano que decidirá sobre el recurso de casación, pero bajo un procedimiento previo. La norma señala que "declarado admisible el recurso, la sala tiene 20 días para apreciar y decidir su procedibilidad".

En este sentido y siguiendo la redacción de la segunda parte del artículo 393, "si declara procedente el recurso, fija el día y la hora para la vista de la causa"; caso contrario, procederá a anular la resolución que admite el recurso porque considera que no se ha cumplido con alguno de los requisitos de forma.

Esta resolución de nulidad es calificada como declarativa, lo que implica que tenga efecto retroactivo, desde que la sentencia impugnada fue dictada. No existe en la resolución de nulidad ningún pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, sino que se limita a restablecer la eficacia de la decisión de la Sala Superior que estaba suspendida por la mera interposición del recurso. Esta resolución readquiere su eficacia al cesar el efecto suspensivo como consecuencia del rechazo del recurso en la Sala Suprema.



JURISPRUDENCIA

El recurso interpuesto no cumple con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 387 de la norma adjetiva acotada; pues, cuando el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Civil establece la procedencia del recurso de casación contra los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; se refiere a los autos que ponen término a la causa principal, de manera que, si bien el procedimiento cautelar es autónomo frente al proceso principal, conforme se observa del artículo 635 del Código adjetivo, también es cierto que es accesorio o instrumental de otro proceso al que accede para asegurar su eficacia; en ese sentido lo entiende también, nuestro Código Procesal Civil, cuando en su artículo 608 señala que todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinado a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; estableciéndose así, su naturaleza accesorio frente a la principal; y en forma más precisa en su artículo 612 donde de manera puntual, se señalan tales características; en consecuencia, la recurrida no pone fin al proceso principal, y estando a la facultad conferida por el artículo 391 del Código Procesal Civil: se declara nulo el concesorio e inadmisibles el recurso de casación (Cas. N° 711-2008-Junín, 1° Sala Civil Permanente, 01/04/2008).

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO

ARTICULO 392

Igualmente, antes de la vista de la causa, la sala aprecia el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 388. El incumplimiento de alguno de ellos da lugar a la declaración de improcedencia debidamente fundamentada.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	arts. 388, 401.
D.S. 017-93-JUS	arts. 288 inciso 10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 239.
-----------------------	-----------

Comentario

El recurso de casación se rodea de formalidades especiales, como exigir motivos determinados y concretos para su procedencia y no el simple agravio. Esas exigencias están reguladas en el artículo 388 del Código en forma taxativa y en un número clausus.

Nótese que no es suficiente invocar las causales previstas en el inciso 2 del artículo 388 sino que tienen que fundamentarse con claridad y precisión expresando cómo debe ser la debida aplicación o la correcta interpretación de la norma, cuál debe ser la norma de derecho material aplicable y en qué ha consistido la afectación al debido proceso.

Esta exigencia no tiene problema cuando el recurrente no adjunta ninguna fundamentación, porque se rechaza de plano el pedido; sin embargo, el problema se hace difícil cuando efectivamente se presenta la fundamentación pero de manera deficiente.

Este reexamen sobre la admisibilidad del recurso se sustenta en el principio de reserva legal y el orden público; ello permite que la Sala Suprema tenga el poder de reexaminar la admisibilidad de los recursos; a pesar del examen realizado por el inferior que concedió el recurso. Los colegiados no quedan atados por la decisión del juez inferior porque mantienen potestad decisoria, aún de oficio; a pesar de que las partes no denuncien los defectos del concesorio.

La respuesta que brinda la jurisdicción a la procedencia del recurso de casación la podemos apreciar en el trabajo de campo realizado por Adelaida Bolívar⁽¹¹¹⁾ en el que concluye que "el 96% de los recursos de casación resueltos en el año 1994 y el 83% en el año 1995, se declararon improcedentes e inadmisibles. Ello indica que los alcances del mismo no son debidamente conocidos por los abogados y otros operadores del derecho, siendo necesaria una mayor difusión de este recurso en todos los ámbitos académicos". La respuesta del colegiado supremo frente a la casación tendría una justificante en la esmerada cultura jurídica que requiere para su ejercicio, como lo señala Carrión Lugo⁽¹¹²⁾ hay países donde solo pueden ejercer la casación los juristas previamente seleccionados por su formidable cultura y experiencia.



JURISPRUDENCIA

El recurso no puede ser amparado, toda vez que hace referencia indirecta a normas de naturaleza procesal que no pueden ser analizadas en el marco de una causal sustantiva en la que se discute el fondo de la controversia; por lo demás, la denuncia carece de sustento y base real pues si bien es cierto se solicitó la variación de la demanda de divorcio a una de separación, se le requirió para que precise su petición, lo cual no cumplió, y más aún el demandante ha seguido el trámite del proceso en función a su demanda originaria de divorcio, no habiendo objetado dicho trámite en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, esto es, en la audiencia de conciliación, y recién lo hizo al interponer el recurso de apelación, por lo que en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil se declara improcedente el recurso interpuesto (Cas. N° 435-2008-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 24/03/2008).

En sede de casación, no procede las aseveraciones abstractas, de modo que si la declaración de nulidad del acto impugnado no afecta la validez y eficacia de la resolución no privándola de sus presupuestos ni alterando sus requisitos de forma y contenido, corresponde no casar la sentencia (Cas. N° 2508-99-Lima, El Peruano, 01/06/2000, p. 5445).

(111) BOLÍVAR Adelaida y ARIAS, Carlos. *La casación civil 1994-1995*, Cusco editores, Lima, 1996, p. 35.

(112) CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Grijley, Lima, 1997, pp.12-13.

TRAMITACIÓN DEL RECURSO

ARTÍCULO 393

La interposición del recurso suspende la ejecución de la sentencia. Declarado admisible el recurso, la Sala tiene veinte días para apreciar y decidir su procedibilidad. La resolución que declara procedente el recurso, fija el día y la hora para la vista del caso. La fecha fijada no será antes de los quince días de notificada la resolución con que se informa a los interesados.

CONCORDANCIAS:

C. art. 141.
D.S. 017-93-JUS arts. 129 a 146, 148 a 150.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 246.
C.P.C. Colombia art. 373.
C.P.C.N. Argentina arts. 294-298.

Comentario

1. Al igual que el recurso de apelación, la interposición del recurso de casación tiene efecto suspensivo. Esta situación ha hecho que se aprecie a la casación como una tercera instancia en el proceso, situación que no es cierta porque como ya se ha señalado al comentar el artículo 386 del Código, la casación se interpone, de manera extraordinaria, para velar por la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y uniformizar la jurisprudencia.

Hay que advertir que no obstante la norma señala que "la interposición del recurso, suspende la ejecución de la sentencia" haciendo una interpretación de la norma, debemos entender que la suspensión opera con el consesorio del recurso y no con la mera interposición de este. Carrión Lugo⁽¹¹³⁾ sobre el particular señala "puede darse el caso que la Sala de Casación, en vía de recurso de queja, conceda el recurso de casación. En ese momento recién se suspende la ejecución de la resolución impugnada. No cuando el litigante presentó su escrito interponiendo el recurso de casación. Como consecuencia, si nos ponemos en el supuesto que la resolución cuestionada estuviera ejecutándose o ya se hubiera ejecutado, estos

(113) CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*, Grijley, Lima, 1997, pp. 193-194.

actos procesales tienen que anularse en virtud de la resolución concesoria del recurso de casación. Por ello es que el Código Procesal establece que la interposición del recurso de queja por denegatoria del recurso de casación, no suspende la tramitación del proceso principal y que, excepcionalmente, a pedido de parte y previa presentación de contracautela fijada prudencialmente, el juez de la demanda puede suspender el proceso principal, dentro de ello la ejecución de la resolución impugnada en casación (ver el artículo 405 del CPC)".

Lo enunciado líneas arriba nos lleva a colegir que la suspensión de la ejecución por la interposición del recurso de casación impide la formación de la cosa juzgada; sin embargo, como señala el citado Carrión Lugo, se constata en la práctica que no obstante la manifiesta improcedencia del recurso se beneficia con la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas por un prolongado tiempo que linda con el ejercicio abusivo del derecho.

En otros sistemas el recurso no tiene efecto suspensivo, al menos se puede lograr la ejecución de la sentencia aunque sea prestando caución o fianza. Ello parece ser la tendencia moderna pero en nuestro sistema procesal podemos encontrar una solución a ello a través de la medida cautelar regulada en el artículo 615 del Código, que permite la medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada.

La interposición del recurso también produce un efecto preclusivo de agotar esa vía, lo que significa que si aún no ha transcurrido el plazo para impugnar, no se podrán alegar nuevas causales, ni motivos, para sustentar el recurso de casación; salvo algún requisito externo, como la firma del letrado.

2. Como se advierte de la redacción de la primera parte del artículo 393, el control de admisibilidad, le compete al mismo órgano que decidirá sobre el recurso de casación, pero en un procedimiento previo. La norma señala "declarado admisible el recurso, la Sala tiene 20 días para apreciar y decidir su procedibilidad".

En el procedimiento para calificar la admisibilidad del recurso, la sala no oye a la contraparte, pues solo confiere traslado luego de admitir el recurso. Esto no significa que se trate de un procedimiento unilateral que vulnere el contradictorio; sino que es un control de admisibilidad del recurso, una calificación de grado, en el que se verifica la naturaleza de la resolución susceptible de impugnación y el sujeto legitimado para ello; esto es, aprecia el interés de quien sustenta el recurso con relación al agravio que la resolución impugnada le produce. Además verifica el cumplimiento de los requisitos formales de modo, tiempo y lugar. En esta etapa de control de admisibilidad la sala suprema no debe entrar a calificar el fondo del recurso.

3. Por otro lado, si la sala ha declarado procedente el recurso, debe señalar fecha para la vista de la causa. Esta vista se materializa a través de una audiencia ante el colegiado, en la cual se examina el caso, se debate acerca del mismo y se deja al voto para su decisión. Es la declaración que hace el colegiado de haber estudiado todo el expediente; expresa que el colegiado ha concluido la vista del caso, revisándolo y analizando todo lo actuado; y que está listo para dictar la decisión final. Implica una participación de conocimiento más extensa que comprende integralmente todas las etapas desarrolladas en el proceso.

Como señala la norma, la fecha fijada para la vista del caso está sujeta a una condición temporal, esto es, no podrá realizarse antes de los quince días de notificada la resolución con que se informa a los interesados.

En esta etapa debe destacarse la particular discusión si la sala de casación luego de admitir el recurso, puede posteriormente, al estudiar el fondo, rechazarlo no por razones de mérito sino de admisibilidad, lo que implicaría volver sobre su decisión anterior. Al respecto, hay posiciones encontradas, pero con una tendencia mayoritaria a aceptar que sí se puede asumir una resolución de forma, como la final.

ACTIVIDAD PROCESAL DE LAS PARTES

ARTICULO 394

Durante la tramitación del recurso, la actividad procesal de las partes se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa.

El único medio de prueba procedente es el de documentos que acrediten la existencia de doctrina jurisprudencial; o de la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado.

Si se nombra o cambia representante procesal, debe acreditarse tal situación.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	arts. 63, 190, 334, 375, 400.
D.S. 017-93-JUS	arts. 131, 132, 136.

Comentario

La actividad procesal de las partes durante la tramitación del recurso de casación es restringida a la presentación de informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa.

El informe oral debe entenderse como la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan.

El informe *in voce* es un acto procesal de índole constitucional, esencial en el trámite porque consagra la efectividad del debido proceso. Tiene una especial preponderancia en los sistemas donde prima la escritura, porque se busca que con el uso de la palabra se entienda mejor el caso litigioso y por tanto se resuelva con un mayor sentido de justicia.

Otro aspecto a destacar es que solo procede en estos recursos la prueba documental pero orientada solo a acreditar la existencia de la doctrina jurisprudencial; o de la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado. Ello es atendible porque el objetivo de este recurso es velar por la correcta aplicación del derecho objetivo y de la doctrina jurisprudencial.

En relación a la doctrina jurisprudencial debemos señalar que existen dos mecanismos para la generación de dicha jurisprudencia: la que prevé el artículo 22 de la LOPJ, esto es que las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia deben ordenar la publicación trimestral en el diario oficial *El Peruano* de las ejecutorias que fijan principios que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales; y la que señala el artículo 400 del CPC, esto es que por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República y con mayoría absoluta de los asistentes al pleno, pueden adoptar una decisión sobre algún caso concreto, la que constituye doctrina legal, la que va a ser vinculante para los organismos jurisdiccionales del Estado.

Sobre el particular diremos que la Corte Suprema de la República, en el año 1999, celebró el Primer y único Pleno Casatorio de jurisprudencia vinculante, el mismo que ha tenido poca difusión en la judicatura nacional.

En relación a la posibilidad de renunciar a los recursos extraordinarios se aprecian opiniones que consideran válida la posibilidad de la renuncia, siempre que contenga la conformidad de las partes; sin embargo, Véscovi⁽¹¹⁴⁾ no comparte dicha solución porque considera que en el recurso de casación son de aplicación los principios generales; señala que "los recursos, como el resto de las formas procesales, no son renunciables de antemano, salvo ley expresa que así lo autorice. Lo que sí se puede hacer es una renuncia, sea expresa o tácita, cuando el derecho al recurso ha nacido y la parte desea renunciarlo. Es decir, dentro del proceso y cuando ya le corre el plazo, pero no anticipadamente".



JURISPRUDENCIA

(...) No son atendibles en casación aquellas defensas que no se formularon con la contradicción, ni es posible apreciar alguna, menos admitir prueba nueva como establece el artículo trescientos noventicuatro del Código Procesal acotado (CPC) (...) (Cas. N° 1160-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 416-417).

(114) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 227.

PLAZO PARA SENTENCIAR

ARTICULO 395

La Sala expedirá sentencia dentro de cincuenta días contados desde la vista de la causa.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
D.S. 017-93-JUS	arts. 140 a 146, 148, 149.

Comentario

La norma regula el plazo deliberatorio, esto es, el lapso que se concede para que, dentro de él se adopte una determinación o resolución de trascendencia jurídica.

Existe un plazo legal para la emisión de la sentencia, dicho plazo es de 50 días, el mismo que corresponde también a los procesos de conocimiento (ver el inciso 12 del artículo 478 del CPC); sin embargo, dichos plazos se diferencian en el modo de su cómputo.

En el caso de los procesos de conocimiento opera a partir de la conclusión de la audiencia a que refiere el artículo 210 del Código; en cambio el plazo deliberatorio de la casación, corre desde la vista de la causa, esto es, cuando la Sala declara haber estudiado y analizado el proceso y noticia estar lista para emitir el fallo. La vista es la audiencia ante los colegiados, en la cual se examina una causa, se debate acerca de la misma y se deja al voto para su decisión. Es la declaración que hace el juez o el colegiado después de haber estudiado todo un expediente. Expresa que el juez concluyó la vista de una causa, revisó y analizó todo lo actuado y está listo para dictar el fallo. Implica una participación de conocimiento más extenso, que comprende integralmente todas las etapas desarrolladas en el proceso. La vista de la causa es importante además porque es la antesala para el informe oral. Decimos ello porque las partes o el abogado que desee informar comunicarán por escrito de su interés, dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista de la causa (ver el artículo 394 del CPC).

En esta etapa la Sala de Casación, si ha declarado procedente el recurso, está obligada a expedir sentencia sobre el fondo del recurso, en el cual puede declarar fundado o infundado el medio impugnatorio. En cuanto al primer supuesto, véase lo desarrollado en el artículo 396 y siguiente; sin embargo, en cuanto al pronunciamiento infundado léase la Casación N° 576-00-Lima, publicada en *El Peruano* el 30 de noviembre de 2000, p. 6447; en la que se aprecia, pese a haberse declarado

procedente el recurso de casación por la causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por haber omitido la sala superior de revisión resolver la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, la sala de casación declara infundado el recurso contra la citada sentencia de vista, pues, el recurrente se ha limitado a señalar la omisión, sin precisar el perjuicio que ha sufrido; esto es, sin perjuicio no hay nulidad, de tal manera que quién fórmula el pedido debe acreditar estar perjudicado con el acto viciado, señalando el daño sufrido y precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado; además que como señala la citada casación, las nulidades superfluas o sin interés se excluyen.

Carrión Lugo⁽¹¹⁵⁾ señala que la sala tiene la oportunidad de dictar una o dos sentencias. "Pronunciará una sola sentencia, por un lado, cuando declara infundado el recurso, cualquiera sea la causal invocada, y por otro lado, cuando declara fundado el medio impugnatorio referido al aspecto formal del proceso.

Pronunciará dos sentencias, una, cuando de primera intención casa la resolución impugnada (sentencia casatoria); y entonces, la misma sala de casación, convirtiéndose inmediatamente en sala jurisdiccional mediante una segunda sentencia (sentencia de fondo) sustituye a la que casó y se pronuncia sobre el fondo del litigio.

Estas dos últimas sentencias formalmente pueden refundirse en una sola; es decir, pueden pronunciarse en una misma resolución. En este último supuesto se produce lo que en doctrina se denomina el no reenvío. El detalle y los efectos procesales de cada uno de estos pronunciamientos son desarrollados en el artículo 396 siguiente.

(115) CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Grijley, Lima, 1997, p. 196.

SENTENCIA FUNDADA Y EFECTOS DEL RECURSO

ARTICULO 396

Si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión de la siguiente manera:

1. *Si se trata de las causales precisadas en los puntos 1. y 2. del artículo 386, resuelve además según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior.*
2. *Si se trata de la causal precisada en el inciso 3. del artículo 386 según sea el caso:*
 - 2.1. *Ordena que el órgano jurisdiccional inferior expida un nuevo fallo.*
 - 2.2. *Declara insubsistente lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria.*
 - 2.3. *Declara insubsistente la sentencia apelada y que el juez que la expidió lo haga nuevamente.*
 - 2.4. *Declara insubsistente la sentencia apelada y nulo lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria.*
 - 2.5. *Declara insubsistente la sentencia apelada, nulo lo actuado e inadmisibile o improcedente la demanda.*

En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tendrá fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 128, 171, 173, 386.
LEY 26636 art. 58.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 245.
C.P.C. Colombia arts. 371, 375.
C.P.C.N. Argentina arts. 299, 300, 301.

Comentario

1. En la casación —señala Liebman⁽¹¹⁶⁾— concurren fusionados dos distintos remedios, que se condicionan y sostienen recíprocamente: un medio de impugnación

(116) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 498.

ofrecido a la parte vencida contra una sentencia viciada por una violación del derecho; y un dispositivo de defensa del ordenamiento jurídico dirigido a reprimir la violación de la ley en las sentencias de los jueces y a afirmar la exacta y uniforme interpretación del derecho. Bajo esta premisa resulta del todo coherente lo regulado en el presente artículo, pues, no solo es el resultado de una respuesta ante una sentencia viciada sino la defensa del derecho vulnerado.

Tomando como referencia el contenido de la sentencia, la casación se puede declarar infundada o fundada, esto significa que opera una sentencia declarativa, cuando no se ampara, cuando se rechaza la casación; en cambio, cuando la sala acoge el recurso decretando la casación (anulación) de la sentencia impugnada, estamos ante una sentencia constitutiva.

Cuando se casa sobre el fondo, bajo los supuestos de los incisos 1 y 2 del artículo 386 del CPC, la Sala de Casación debe sustituir la sentencia del inferior por la que corresponde dictar. Aquí no opera el reenvío, como sí en el supuesto de la afectación de los errores *in procedendo*.

La primera sentencia que anula se califica de constitutiva; la segunda, podrá ser declarativa, constitutiva o de condena según el contenido. Véase por citar la siguiente Casación N° 3643-2000-Cañete⁽¹¹⁷⁾, en la que se declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia nula la sentencia de vista; y actuando en sede de instancia, la sala en casación revocó la sentencia apelada, reformándola declaró improcedente la demanda y fundada la reconvencción; en consecuencia, que la demandada tiene mejor derecho de propiedad que el actor respecto del predio de litis. La sentencia constitutiva es la que anula la sentencia de vista y la segunda sentencia, que declara el mejor derecho a la demandada, es declarativa. Nótese que en la sentencia constitutiva, el objeto ha sido el error de derecho, la norma violada, mal interpretada; en la segunda sentencia, el objeto es el del principal, sobre el que se ha pronunciado el juez inferior. Como se advierte del artículo en comentario, la misma sala, está facultada a sustituir la sentencia impugnada por la correcta, cuando se refiere a causales de fondo, descritas en los incisos 1 y 2 del artículo 386 del CPC. En este caso, se suprime el reenvío; sin embargo, cuando se trata de la causal precisada en el inciso 3 del artículo 386, la sentencia que acoge la casación declara la nulidad de la sentencia impugnada sin sustituirla por la que se considera adecuada, reenviando el asunto al órgano competente. La sentencia casatoria tendrá fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior, tal como lo señala la última parte del artículo en comentario, debiendo fallar aplicando la ley tal como la ha interpretado la corte de casación. Como se advierte la sala de casación al declarar fundado el recurso, debe adecuar su decisión a los

(117) Casación publicada en *El Peruano* el 02/12/2003, p. 11228.

dos supuestos que regula el presente artículo; esto es, actuar en sede de reenvío ante la violación de la ley material; o actuar con reenvío cuando se afecta la forma.

2. El recurso de casación por motivos de fondo no se dirige de modo inmediato a obtener (como es la apelación) un nuevo pronunciamiento sobre el objeto del proceso. El objeto propio de la casación son los motivos por los que ha sido interpuesta y su específica finalidad es resolver sobre la estimación o desestimación de los mismos. Si el recurso es estimado, la sentencia es casada o anulada y es preciso resolver nuevamente sobre el objeto de litis. Esta resolución, corresponde a la propia Sala Suprema, quien actúa ya no como sala de casación sino como sala de instancia, y se contiene formalmente en la misma sentencia de casación. Aquí no opera el reenvío, esto es, la remisión del asunto al tribunal de instancia para que dicte la sentencia.

Cuando se casa en atención a la forma, según sea el caso, puede ordenar que la Sala Civil Superior emita nueva resolución. También puede ordenar la renovación de lo actuado a nivel de la Sala Civil Superior, cuando la irregularidad se haya cometido en esa instancia. Otro supuesto es ordenar al juez civil emita nueva resolución porque su fallo adolece de incongruencia procesal. También puede ordenar insubsistente la apelada y nulo todo lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que motivó la casación; por ejemplo, el haberse vulnerado el debido proceso por omitir notificar al demandado. Procede que la sala, luego de haber casado la sentencia impugnada, declare insubsistente la sentencia apelada, nulo lo actuado e inadmisibile o improcedente la demanda. Lo importante en este supuesto es que la sentencia casatoria tiene que sustentarse en causales de improcedencia o inadmisibilidad de la demanda, a que refieren los artículos 426 y 427 del Código.

3. El inciso 2 del artículo 386 CPC hace referencia a los siguientes supuestos:
1) Cuando ordena que el órgano jurisdiccional inferior expida nuevo fallo. Véase al respecto la casación N° 3435-01-Junín⁽¹¹⁸⁾ que dice: "de autos se verifica que se concede recurso de apelación, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, pese a ello al momento de expedir sentencia la Sala Superior omite resolver dicha apelación, no pudiendo considerarse como acto subsanable, pues, la sentencia carece de motivación al respecto; en atención a los errores procesales el recurso debe declararse fundado, en consecuencia nula la sentencia de vista y ordena que la Sala Superior expida nuevo fallo, resolviendo todos los puntos que han sido materia de apelación". En similar sentido, léase las casaciones 3435-01-Junín, 857-01-Lima, 685-01-Apurímac, 1262-02-La Libertad, 718-02-San Martín, 062-01-Huánuco, 093-01-La Libertad, 789-02-Ica⁽¹¹⁹⁾.

(118) Casación publicada en *El Peruano*, el 02/12/03 pp.11224-11225.

(119) Publicadas en *El Peruano*, el 02/12/2003, pp. 11224, 11242, 11237, 11259, 11269, 11274, 11275, 11277.

2) Cuando declara insubsistente lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria, como los que refieren los siguientes casos: Casación N° 753-01-Ica⁽¹²⁰⁾, en un proceso de ejecución de garantías, al no haberse notificado en el domicilio real de la ejecutada, quien tiene la calidad de litisconsorte necesario y además la sala de mérito no haberse pronunciado sobre la nulidad que la recurrente dedujo en su oportunidad, se ha incurrido en causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; por lo que se ampara el recurso de casación, se declara nula la sentencia de vista e insubsistente lo actuado y se ordena que el juez proceda a efectuar la notificación del auto a la litisconsorte. En similar sentido léase la Casación N° 3912-01-Arequipa⁽¹²¹⁾.

3) Declara insubsistente la sentencia apelada y que el juez que la expidió lo haga nuevamente. Sobre esta causal léase la siguiente Casación N° 1186-2000, Huaura⁽¹²²⁾, "es garantía de la administración de justicia para las partes, conocer qué magistrados van a sentenciar su proceso, para pedir el uso de la palabra si lo consideran necesario, tal como lo establece el artículo 155 de la LOPJ o para hacer valer la recusación; que el juez (...), no solo conoció todo el proceso sino que incluso puso en conocimiento de las partes que iba a expedir sentencia, pero dicho fallo fue emitido por otro juez quien no se avocó al conocimiento de la causa y no expidió ninguna resolución antes de emitir la sentencia, que pudiera hacer presumir o conocer, que iba a intervenir en el proceso; situación que justifica declarar fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista e insubsistente la apelada, debiendo expedirse nuevo fallo por el juez". En similar sentido, véase las siguientes casaciones: N°s 230-2002, 036-1999 y 604-03-Ucayali⁽¹²³⁾.

4) Declara insubsistente la sentencia apelada y nulo lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria. Véanse al respecto la Casación N° 370-01-Camaná⁽¹²⁴⁾ que declara fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista, insubsistente la apelada y dispone que el juez de la causa expida nuevo fallo, actuando previamente una pericia en el predio en controversia sobre la inspección judicial ya actuada. "Conforme se aprecia en la instrumental, a cada heredero se le entrega en forma específica una parte del predio y si bien no se especifica los linderos y medidas perimétricas de cada una de dichas áreas, de la diligencia de inspección judicial cuya acta corre a fojas (...) se constata que la superficie ocupada por el demandado es una extensión aproximada de topo y medio, conforme indica el actor en su demanda, por lo que no puede alegarse una situación de un condominio sin partición, cuando a cada heredero se le

(120) Casación publicada en *El Peruano*, 02/12/03 p.11239.

(121) Casación publicada en *El Peruano*, 02/12/03 p.11241.

(122) Casación publicada en *El Peruano*, 30/11/2000, p. 6451.

(123) Publicadas en *El Peruano*, 02/12/2003, pp. 11291, 11285 y 11119.

(124) Publicada en *El Peruano*, 02/12/2003, pp. 11249 y 11250.

asignó una parte del predio; que al haberse realizado las observaciones por el abogado del demandado, en cuanto al lindero oeste, alegando no estar debidamente definido; el juez haciendo uso de facultad que le confiere el artículo 194 del CPC debió ordenar de oficio un dictamen pericial con especialistas en la materia, para los efectos de llegar a una cabal identificación del predio objeto de desalojo, y determinar si la extensión ocupada por el emplazado es la parte que le fue entregada en herencia. Al haberse fijado como tercer punto controvertido en la continuación de la audiencia 'determinar la calidad de propietarios del predio por parte de los demandados'; que, en consecuencia para la certeza judicial, corresponde que el juez disponga, se actúe pericia al respecto, en el predio en controversia sobre la base de la inspección judicial practicada, reabriendo con tal objeto la audiencia de pruebas, con arreglo a los artículos 265 y 266 del CPC".

4. Uno de los efectos que genera la sentencia fundada es el reenvío. Nuestro Código, adoptando al sistema español, solo permite el reenvío en caso de casación en la forma (ver el inciso 3 del artículo 386 del Código); mientras que si hay casación en el fondo, a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 386 del código, es la propia sala de casación, la que anula la primera sentencia y dicta otra en su lugar, actuando así en sede de instancia.

Algunos autores consideran que en cierto modo la casación actúa como órgano de tercera instancia; sin embargo, hay criterios contrarios a ella, como las que expresa Carrión Lugo⁽¹²⁵⁾ "al haberse anulado la sentencia de la sala superior en virtud de la casación, realmente desaparece esta última decisión. La resolución que la sala de casación emita sobre el fondo del litigio se constituye en resolución de segunda instancia, producto si se quiere de una apelación renovada. Esta resolución sí es definitiva".

5. En cuanto a la sentencia de fondo, debemos precisar que su contenido debe referirse a la causal planteada. Los poderes de la sala de casación quedan fijados dentro de los límites del recurso. No puede acoger, una que no sea de las reclamadas por el recurrente en su pretensión recursiva, ni menos podrá admitir alguna que solicite la contraparte, salvo que esta sea a la vez recurrente.

Es necesario ser cuidadoso en distinguir entre las causales en que se basa el medio impugnativo y la facultad de la sala de casación de suplir el derecho (*iura novit curia*). Esto significa que si bien la sala puede variar los fundamentos de derecho, lo debe hacer dentro de las causales invocadas en el recurso.

En ese sentido, Carrión⁽¹²⁶⁾ señala que "la sala de casación al haber declarado que procede el recurso por una causal de derecho material; si al sentenciar declara

(125) CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Grijley, Lima, 1997, p. 198.

(126) *ibidem*.

fundado el recurso, en su pronunciamiento sobre el fondo de la controversia que el Código le obliga, tendrá que fallar sin lugar a dudas recogiendo la posición del recurrente planteado en su recurso impugnatorio. Es que la resolución casatoria le pone una camisa de fuerza a la propia sala de casación para pronunciarse sobre el fondo del litigio”.

Consideramos que el criterio expuesto, no siempre es compartido por el colegiado de casación. Veamos el caso a que refiere la Casación N° 1362-02-Callao⁽¹²⁷⁾ en la operó una casación de oficio; decimos ello porque tomó fundamentos no alegados por el recurrente. El recurso de casación fue declarado procedente por denunciar la aplicación indebida de normas de derecho material; sin embargo, la sala de casación consideró que no podía pronunciarse válidamente sobre el fondo de la controversia porque la sentencia de vista, carecía de motivación debida, argumento que jamás fue invocado por el recurrente.

6. En la casación de fondo se plantea la posibilidad de resolver parcialmente la litis, especialmente si hay varias pretensiones en litigio. En este supuesto, considera Véscovi⁽¹²⁸⁾, habría que admitir frente a una cosa juzgada parcial, que parte de la sentencia, lo no anulado, lo no casado, ha mantenido sus efectos; esto es, con efecto retroactivo y que la otra parte que recién se resuelve pasa en autoridad de cosa juzgada a partir de la fecha de la sentencia de la corte.

La cuestión es que los puntos, resueltos y no resueltos, sustituidos y mantenidos sean separables, pues si no se producen problemas de difícil solución, por lo que la prudencia de la corte en sus decisiones será fundamental. Sobre el particular véase la Casación N° 376-03-Cerro de Pasco⁽¹²⁹⁾ que señala: la sentencia de mérito al ordenar el pago de la indemnización petitionada, en forma solidaria a todos los emplazados en el proceso, ha inaplicado el artículo 1361 del CC que prescribe que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y del numeral 325 inciso 4 de la Ley N° 26702 que prohíbe a las empresas de seguros pagar indemnizaciones por siniestros en exceso de lo pactado; por lo que declara fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revoca la apelada y reformándola declara fundada en parte, ordenando que la compañía de seguros pague hasta el monto pactado en el contrato de seguros con la empresa asegurada demandada. En similar sentido también véase la Casación N° 621-01-Lima⁽¹³⁰⁾.

(127) Ver *El Peruano*, 3 de febrero de 2003, reproducida en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, N° 55, Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2003, p.159.

(128) VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 292.

(129) Casación publicada en *El Peruano*, lunes 1 de diciembre de 2003, p. 11128.

(130) Publicada el 2 de diciembre de 2003 en *El Peruano*, p. 11299.

7. Una especial situación constituye si el recurso invoca un error de fondo y otro de forma. En este caso, primero se pronuncia sobre el último (*error in procedendo*) y solo si se rechaza la infracción formal (si no hay que reenviar, sin pronunciarse sobre el fondo) la corte entra a pronunciarse sobre el fondo, en la forma prevista.

Por otro lado, en caso de pluralidad de sujetos, debe distinguirse si estamos ante un litisconsorcio necesario o voluntario porque, en este último caso, alcanzará solo a los impugnantes; en cambio, en un litisconsorcio necesario, la sentencia dictada con respecto a uno solo de ellos afectará a los demás. Opera en este tipo de litisconsorcio el efecto extensivo de los recursos.

La sentencia casatoria tendrá fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior. Como se aprecia, la norma atribuye a la sentencia de la casación de una eficacia vinculante inmediata frente al juez de reenvío, obligando a ajustarse sin más a la enseñanza de la corte sobre el punto de derecho. Sobre el particular Liebman⁽¹³¹⁾ señalaba que el cometido del juez de reenvío es el de pronunciar una nueva decisión que se sobreponga a la casada, ocupando el puesto de ella. "Al proveer a esta obra de reconstrucción, el juez de reenvío encuentra ya preparados y debe utilizar determinados materiales proporcionados por las fases precedentes del procedimiento: de un lado, el principio de derecho enunciado por la casación, que lo vincula en la decisión de la cuestión de derecho; de otro lado, ciertas apreciaciones contenidas en la sentencia casada, las cuales sobreviven su anulación (...) se debe concluir que el juicio de reenvío no es la repetición del juicio de apelación y que no está destinado 'a confirmar o reformar la sentencia de primer grado' como se sostiene; el mismo es, en cambio, una fase nueva del proceso, teniendo la función de dar al mismo una nueva decisión, obtenida recogiendo y fundiendo en una unidad todos los elementos que se han venido formando en las fases anteriores y que han quedado válidos, no obstante la casación de la sentencia o por efecto de ella".

Si la casación ha anulado solo parcialmente la sentencia, el juicio de reenvío tiene naturalmente por objeto aquella sola parte de la controversia respecto de la cual ha tenido lugar la anulación.



JURISPRUDENCIA

Cuando una casación falla declarando nula la resolución impugnada, lo que está señalando es que en la sentencia cuestionada se ha configurado un error in procedendo, por lo cual el juez de mérito debe realizar un nuevo examen de la misma. Cuando el juez de

(131) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 530.

instancia dispone actuaciones procesales diferentes a las ordenadas por el superior no solo está desconociendo las funciones de la casación sino que está infringiendo el principio dispositivo pues está actuando de oficio sobre aquello que no fue materia de impugnación oportuna y ya quedó convalidado o precluido (Cas. N° 2798-99-Arequipa, El Peruano, 07/04/2000, p. 4996).

Cuando se invocan motivos por quebrantamiento de forma y por infracción de la ley, se debe examinar primero aquellos, ya que de ser fundados, el resultado de la casación obligará a reponer los autos al estado en que se encontraban antes de cometerse el defecto procesal denunciado y sería inútil examinar el fondo (Cas. N° 631-96-Lima, El Peruano, 18/09/98, p. 1601).

En instancia casatoria, ante una controversia por el mismo derecho, en vía de conocimiento y existiendo una falta de idoneidad en las pruebas para oponer el mejor derecho, no existe la posibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo, pero si la necesidad de corregir el fallo para evitar daños irreparables, en tal virtud, se deberá casar la eventual sentencia de vista y, anulándola, rectificar el error de forma (Cas. N° 224-2000, El Peruano, 25/08/2000, p. 6098).

SENTENCIA INFUNDADA

ARTÍCULO 397

La sentencia debe motivar los fundamentos por los que declara infundado el recurso cuando no se hayan presentado ninguna de las causales previstas en el artículo 386.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho. Sin embargo, debe hacer la correspondiente rectificación.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 386.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 376.

Comentario

Una de las posibilidades que tiene la sala de casación es declarar infundado el recurso. Esta sentencia que desestima el recurso es de naturaleza declarativa y tiene efecto retroactivo, desde que la sentencia impugnada fue dictada. No se pronuncia sobre la cuestión de fondo, sino que se limita a dejar en vigor la decisión de la sala superior, la misma que estaba suspendida y readquiere su eficacia al cesar el efecto suspensivo como consecuencia del rechazo del recurso.

Otro aspecto que se advierte de la norma, es que esta incide en el deber de motivar los fundamentos por los que declara infundado el recurso; sin embargo, consideramos que dicho deber es extensivo a todas las sentencias. En ese sentido, resulta coherente invocar lo regulado en la última parte del artículo 121 del Código, cuando señala que mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida.

Sobre el particular hay que señalar que la doctrina distingue entre la motivación y la fundamentación. Aquella consiste en la evaluación de los hechos y la valoración de los medios probatorios; en cambio, la fundamentación se refiere a la aplicación del Derecho al caso concreto. Hacemos esta distinción porque la norma considera que la sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho. Nótese que la impugnación opera no a las motivaciones sino a la parte dispositiva de la sentencia.

En este caso, a la sala de casación solo le corresponderá hacer la correspondiente rectificación; situación distinta será cuando se haya cometido un error *in cogitando*, esto es, cuando se resuelve vulnerando las reglas elementales del razonamiento lógico, por citar, amparar simultáneamente la exclusión de nombre y la reconvención de filiación extramatrimonial, por ser ambas implicantes entre sí (ver en ese sentido la Casación N° 1449-2001, Piura-Tumbes, del 22 de marzo de 2002).

MULTA POR RECURSO INADMISIBLE, IMPROCEDENTE O INFUNDADO

ARTICULO 398

Si el recurso fuese denegado por razones de inadmisibilidad o improcedencia, la Sala que lo denegó condenará a quien lo interpuso al pago de una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

Si concedido el recurso la sentencia no fue casada, el recurrente pagará una multa de una Unidad de Referencia Procesal. La referida multa se duplicará si el recurso fue interpuesto contra una resolución que confirmaba la apelada.

El pago de la multa será exigido por el juez de la demanda.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	arts. IV, 390, 392, 397, 399, 420 a 423.
LEY 26636	art. 59 párr. 2.

Comentario

Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen en razón de haberse denegado el recurso de casación. Busca asegurar el orden y la correcta tramitación de los procesos. La multa no debe considerarse como indemnización por los perjuicios generados con la interposición del recurso de casación. Es fijada por los jueces en atención a dos criterios: no haberse concedido el recurso por razones de inadmisibilidad o improcedencia y habiéndose concedido, la sentencia no es casada.

Hay que diferenciar la multa que regula el presente artículo con las que se refiere el artículo 53 del Código. Aquellas miran al pasado y tienen carácter repressivo y no conminatorio.

La multa debe pagarse —conforme lo señala el artículo 423 del Código— inmediatamente después de impuesta; en caso contrario, devengan intereses legales y su exigencia es realizada de oficio por el juez de la demanda al concluir el proceso, tan pronto quede ejecutoriada la resolución que aprueba la liquidación.

Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención al resultado de la casación interpuesta. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio,

como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio, como es el caso de la casación. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

COSTAS Y COSTOS POR RECURSO INADMISIBLE, IMPROCEDENTE O INFUNDADO

ARTICULO 399

Si el recurso fuese declarado inadmisibile, improcedente o infundado, quien lo interpuso sufrirá la condena de costas y costos originados en la tramitación del recurso.

Las costas y costos serán fijados y exigidos por el juez de la demanda.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	arts. 390, 392, 397, 398, 410 a 419.
LEY 26636	art. 59.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 249.
-----------------------	-----------

Comentario

Los gastos procesales, entendidos como los costos y costas en el proceso se rigen por el principio general de la condena, esto es, que la parte vencida es la que asume la carga del desembolso. Bajo ese principio, se condiciona la condena a la parte que interpuso el recurso declarado inadmisibile, improcedente o infundado; esto es, que la imposición de gastos corresponde a aquel cuyo recurso ha sido desechado.

Conforme lo señala el artículo 412 del Código, la condena de los gastos procesales se establece por cada instancia; pero, si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la corte de casación.

Las costas y costos tienen la exclusividad de provenir del proceso y para ser exigibles no es suficiente la derrota, sino, que es vital que exista una declaración judicial que condene al pago. A partir de esa condena, el juez podrá regular los montos, tanto respecto de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso. Dichos gastos son considerados como una obligación y serán exigibles ante el juez de la demanda a la parte perdedora del recurso casatorio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

ARTICULO 400

Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 141.
C.P.C.	arts. 50 inciso 4, 384, 386 inciso 1 y 2, 394.
D.S. 017-93-JUS	art. 22.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 250.
C.P.C. Colombia	art. 370.
C.P.C.N. Argentina	art. 302.

Comentario

1. El recurso casatorio constituye uno de los aportes de mayor trascendencia que recoge el Código Procesal Civil. La razón de esa trascendencia la podríamos ubicar en el interés social que embarga a dicha institución, como es contar con magistrados que realicen una correcta interpretación y aplicación de la ley al ejercer la función judicial. Pero no solo la casación se orienta únicamente y exclusivamente al ejercicio de una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico sino que además busca la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (ver el artículo 384 del CPC). Sobre el

particular el profesor español Manuel Serra Domínguez considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias.

2. Se dice que cuando el juez dirime un conflicto busca la aplicación de la norma jurídica al caso concreto. En ese transcurrir va a realizar una labor previa de interpretación de las normas jurídicas que no son siempre susceptibles de una única aprehensión intelectual. Así pues ante unos mismos hechos y basándose en los mismos textos legales, la labor de coordinación normativa podría ser diferente. Un magistrado puede citar un determinado texto legal poniéndolo en conexión con otros preceptos y llegar a conclusiones diferentes a las de otro juez que se inspire en criterios diversos.

Precisamente, ante la discrepancia en la interpretación de la ley se debe tender a invocar determinados criterios o modelos que se imponen como fruto de la experiencia judicial y que se recoge en la llamada doctrina jurisprudencial o doctrina legal.

Por ello compartimos la idea que esgrimen algunos jusprocesalistas en el sentido de que a la jurisprudencia se le conoce como fuente complementaria del Derecho, porque va a operar creativamente en situaciones de conflicto no cubiertas por el Derecho positivo. Por la jurisprudencia las normas abstractas y generales que forman parte del Derecho positivo van a obtener un significado particular al aplicarse al caso concreto materia de decisión.

Con esto no queremos decir que la mera emisión de fallos judiciales generará la jurisprudencia, sino que es necesario que estas decisiones judiciales guarden entre sí una línea de continuidad y coherencia de forma tal que expresen sustancialmente el modo uniforme de cómo se viene aplicando el derecho. En ese sentido resulta importante compartir el pensamiento de Liebman⁽¹³²⁾, quien señala "las decisiones de la corte, aun sin producir ningún vínculo para los jueces llamados a juzgar en casos análogos, representan sin embargo 'precedentes' que tienen un gran peso e influyen de hecho poderosamente sobre la actividad de todos los otros órganos judiciales. La enseñanza de la corte de casación contribuye juntamente con la de la doctrina, a elaborar la interpretación del derecho vigente, que los tribunales siguen y aplican a los mil casos diversos que cada día son sometidos a su juicio. La fórmula rígida de la ley viene de este modo adaptada y ajustada a la infinita variedad de los casos concretos y, en el correr del tiempo, a la continua evolución de las condiciones económico-sociales y de las necesidades prácticas de la vida".

(132) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 499.

3. Para nuestro sistema judicial, la jurisprudencia con carácter vinculante tiene dos vertientes reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Civil.

3.1 El artículo 22 de la referida Ley Orgánica señala: "Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial *El Peruano* de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan (...)".

En atención a ello, venimos apreciado con mucha complacencia, la publicación de diversos precedentes vinculantes en el ámbito penal (ver *El Peruano* del martes 25 de marzo de 2008) en la que los vocales integrantes de las salas penales (permanente y transitoria) de la Corte Suprema, reunidos en Pleno Jurisdiccional han señalado por unanimidad los principios jurisprudenciales con carácter vinculante, que constituyen doctrina legal de la Corte Suprema⁽¹³³⁾. Es importante precisar que los vocales que participan y suscriben los acuerdos plenarios son exclusivamente, los integrantes de las penales de la Corte Suprema, al margen que sean jueces titulares o provisionales en el colegiado; ello es un indicador interesante (la especialidad por parte de quienes definen la doctrina legal) para legitimar jurídicamente su resultado.

3.2 En el caso del Código Procesal Civil, el artículo 400 señala: "Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

(133) A la fecha se han celebrado nueve acuerdos plenarios, para lo cual, es importante destacar la metodología utilizada. Conforme expresa el punto 3 del Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 "se delimitó, con carácter preparatorio, el ámbito de las ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas el año pasado. A continuación el equipo de trabajo designado, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada sala un conjunto de ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las ejecutorias que estimaron procedentes. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las ejecutorias que se mencionan en la parte resolutive del presente Acuerdo Plenario (...)".

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado”.

Precisamente, el Pleno Casatorio Civil (Casación 1465-2007-Cajamarca), ha sido trabajado en atención a lo regulado por el Código Procesal. De la lectura del referido artículo 400 podemos apreciar que la doctrina legal se puede desarrollar en la Corte Suprema, bajo dos escenarios. El primero, nos ubica en una casación en giro, pendiente de definición; el segundo, una Casación definida, bajo la interpretación o aplicación de una norma legal en forma contraria a lo que asume otro colegiado, sobre el mismo tema.

Ariano⁽¹³⁴⁾, al comentar la falta de precisión en la redacción del artículo 400 del CPC señala: “(...) un concreto recurso de casación puede ser discutido y resuelto por la Sala Plena de la Corte Suprema si es que así lo pide ‘una de las salas’ (se entiende civil). Los casos en que ello procedería serían dos, a saber: ‘en atención a la naturaleza de la decisión a tomar’ (quizá se quiso decir que el recurso plantea una cuestión jurídica importante) y cuando ‘se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado’ (quizá se quiso decir que la ‘otra sala’ está interpretando o aplicando una norma en sentido disconforme al de la sala que ‘pide’ que el recurso sea resuelto en Sala Plena)”.

Como se podrá apreciar, la doctrina legal en nuestro país se construye a través de diversos procedimientos, regulados por la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil. Esto permite mostrar diferencias en la creación de la jurisprudencia vinculante, así pues, a la fecha tenemos precedentes en materia penal, obtenidos bajo las reglas de la Ley Orgánica y que son el resultado del pronunciamiento de los integrantes de las salas penales de la Corte Suprema, lo que nos permite mirar dichos criterios con mayor confiabilidad por tratarse de criterios altamente especializados.

Además, se toman las resoluciones emitidas por las salas especializadas, luego de haberse definido la situación jurídica en debate ante el Supremo Tribunal; por tanto, la vinculación que se establezca a partir de dichos acuerdos plenarios tendrá efectos *ex nunc*. Aún más, debe precisarse que dicha actividad no encierra una función jurisdiccional propiamente dicha, sino el cumplimiento de una función de normativa-judicial, encomendada por ley, exclusivamente a los jueces integrantes de las salas especializadas de la Corte Suprema. En ese sentido resulta coherente lo que invoca el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22: “Corresponde a

(134) ARIANO, Eugenia. “¿Qué opina usted de la aplicación por primera vez del artículo 400 del CPC?”, en: *La Ley*, Gaceta Jurídica, Diciembre, 2007, p.11.

las salas especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la república; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor de la seguridad jurídica”.

A diferencia de lo que regula la Ley Orgánica para la creación de la jurisprudencia vinculante, el Código Procesal Civil establece un mecanismo que lo podemos sistematizar bajo dos escenarios: a) cuando la doctrina jurisprudencia se busque en atención a la existencia de una casación pendiente de definir⁽¹³⁵⁾; esto es, como señala el texto de la norma, en atención “a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto”; y b) cuando la casación se ha definido pero “se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado”.

Por la redacción de la norma, podemos inferir, que el primer supuesto invoca un acto facultativo a recurrir por el colegiado, previamente a definir la casación; en el segundo caso, la norma es categórica al hacer referencia a la “obligatoriedad” del Pleno Casatorio. Además, el Código Procesal, precisa que serán **los vocales en Sala Plena** los que discutirán y resolverán la casación en giro, sometida a su decisión⁽¹³⁶⁾.

Lo descrito hasta el momento, nos lleva a sostener lo siguiente: a) las fuentes generadoras de jurisprudencia vinculante no son uniformes; b) los precedentes (que no tienen su origen en el Código Procesal) cuentan con el privilegio de la especialidad y el efecto *ex nunc*; a diferencia del que se origina en las normas del Código Procesal, que es emitida por los integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema y no –exclusivamente– por los integrantes de las salas especializadas; c) la doctrina jurisprudencial trabajada bajo las reglas del Código Procesal, tiene un efecto directo sobre la casación en giro, por definir, a diferencia de la generada por la Ley Orgánica, cuyo vinculante es *ex nunc*; y d) al permitir el Código Procesal la generación de jurisprudencia vinculante a partir del traslado del proceso en giro

(135) Precisamente, el Pleno Casatorio de fecha 22 de enero del 2008 se ubica en este supuesto, pues, fue promovido para definir la casación pendiente en el Expediente N° 1465-2007-Cajamarca. Aún más, se lee en el texto del Pleno Casatorio Civil (punto 82) lo siguiente: En la razón emitida por la señora Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República, se hace alusión que se han remitido juntamente con este proceso las Casaciones N° 1463-2007, seguido por Bartolomé Pérez Lozano y otros contra la Minera Yanacocha S. R. L., Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar; N° 1811-2007, seguido por José Azañero Chuquiruna y otros contra los mismos demandados, y N° 1813-2007, seguido por Margarita Cabanillas Miranda y otros; también contra las mismas partes, expedientes que deben devolverse a su sala de origen para que procedan de acuerdo al precedente fijado en este Pleno Casatorio.

(136) Para generar doctrina jurisprudencial vinculante, la decisión que se tome en Sala Plena será con mayoría absoluta de los asistentes al pleno; permitiendo que los abogados, si hubieren informado oralmente a la vista de la causa, puedan ser citados para el Pleno Casatorio.

a la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema, no solo afecta el principio del juez natural sino que se contraría el mandato constitucional que dice "ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones" (inciso 2 del artículo 139 de la Constitución del Estado), al buscar que sea la Sala Plena la que se avoque al conocimiento de la causa en giro ante las salas civiles de la Corte Suprema; hay que recordar que la Sala Plena de la Corte Suprema no ejerce función jurisdiccional; pues, tanto la Constitución del Estado y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, son congruentes en señalar que "los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su Ley Orgánica"⁽¹³⁷⁾. La propia Ley Orgánica considera que en la organización del Poder Judicial concurren órganos jurisdiccionales y órganos de gestión, ubicando en este último rubro a la Sala Plena de la Corte Suprema (ver el artículo 79 de la LOPJ).

El artículo 400 del CPC, al referirse a esta forma de generar la jurisprudencia vinculante acoge dos situaciones: la del proceso en giro, pendiente de definir una resolución recurrida en casación; y la de un proceso concluido pero que ha generado una jurisprudencia contradictoria a otra sala especializada de la Corte Suprema.

Para sostener la inconstitucionalidad del artículo 400 en este trabajo⁽¹³⁸⁾, nos ubicamos en el primer supuesto, y decimos que los derechos que se vulneran son al juez natural; pues, la casación es definida por un órgano ajeno a la Sala Civil Permanente de la Suprema, como es la Sala Plena de la Corte Suprema. Se tolera además que se avoque la Sala Plena a la causa en giro y que interfiera en la decisión final; así como que delibere y defina la casación un órgano de gestión administrativa, que no ejerce función jurisdiccional.

La Sala Plena no genera jurisprudencia vinculante; pues, únicamente las salas especializadas de la Corte Suprema, a la luz del artículo 22 de la LPOJ están facultadas para ello. La Sala Plena asume (en relación a los fallos de las Salas de la Corte Suprema) **un rol de difusión y publicidad de estos**. Tiene las atribuciones de "sistematizar y difundir la jurisprudencia de las salas especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las ejecutorias

(137) Ver el artículo 143 de la Constitución del Estado. En ese sentido, el artículo 26 LOPJ señala que son órganos del Poder Judicial: 1) La Corte Suprema de Justicia de la República, 2) Las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales, 3) los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas, 4) los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede, y 5) los juzgados de paz.

(138) Ariano también sostiene la inconstitucionalidad del pleno. Señala: "la convocatoria y realización del llamado 'pleno casatorio' tendiente a resolver un recurso concreto, lejos de festejarse (dije ya que funjo de aguafiestas), constituye un supuesto de desviación de la 'jurisdicción predeterminada por la ley' (o sea del llamado 'juez natural') y como tal un supuesto, para la Sala Plena de la Corte Suprema, de 'avocación' indebida de causa pendiente ante un órgano jurisdiccional del Poder Judicial, con todas las repercusiones que ello da lugar respecto a la validez de lo que allí se resuelva (sin dejar de decir de las consecuencias penales que establece el artículo 410 CP)". *Ibidem*.

que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales”⁽¹³⁹⁾. Por tanto, coincidimos con Ariano⁽¹⁴⁰⁾ cuando señala que “la Sala Plena de la Corte Suprema **no es un órgano jurisdiccional de la república**, sino, como dice la Constitución vigente ‘el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial’, con funciones administrativas (artículo 80 de la LOPJ) y en ningún caso jurisdiccionales. Ergo, mal podría un órgano administrativo (por más que sea el ‘máximo’) del Poder Judicial resolver un caso concreto, o sea comportarse como un órgano jurisdiccional, sin serlo”.

4. Los jueces no solo se vinculan con los precedentes de obligatorio cumplimiento, que provengan del Tribunal Constitucional, de las salas especializadas de la Corte Suprema en Acuerdo Plenario y del Pleno Casatorio, sino que también se vinculan con sus propias decisiones emitidas en otros casos de similar naturaleza. El principio del *stare decisis*⁽¹⁴¹⁾, que tiene influencia del derecho anglosajón, justifica dicha vinculación del propio juez con sus propias decisiones para hoy y para el futuro. La mayoría de los sistemas jurídicos reconocen que la jurisprudencia reiterada debe de alguna forma vincular a los jueces; pues, si bien son independientes, es necesario evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles o que dicten sentencias contradictorias de forma caótica.

Si bien la redacción del artículo 22 de la LOPJ señala que las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento, permite que un juez pueda apartarse de dichos precedentes vinculantes, de manera excepcional y justificando las razones por las que se aparta de ello. Textualmente dice el artículo 22 “en caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan (...)”. En igual sentido se aprecia en los precedentes de las acciones de garantía. El artículo 9 de la Ley N° 23506 señalaba que los jueces pueden fallar en nuevos casos apartándose del precedente, explicando las razones de hecho y derecho en que sustentan la nueva resolución, en igual sentido reproduce el artículo VII del TP del Código Procesal Constitucional.

5. Teniendo claro los derroteros legales por donde debe enrumbarse la creación de la jurisprudencia, podemos afirmar que la publicación de los fallos judiciales de la Corte Suprema de la República en materia de casación no es considerada jurisprudencia con fuerza obligatoria vinculante para todos los organismos jurisdiccionales. Decimos ello tomando como referencia la última parte del artículo

(139) Ver el inciso 3 del artículo 80 de la LOPJ.

(140) Ibidem.

(141) Esta doctrina es propia del derecho anglosajón, y no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia.

400 del CPC que dice: "todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican (...) aunque no establezcan doctrina jurisprudencial".

Es necesario que los fallos que sientan doctrina jurisprudencial sean conocidos por otras personas además de los litigantes y el tribunal. A cada instante, en la vida jurídica, los prácticos del derecho tienen necesidad de conocer de la jurisprudencia que les suministrará las precisiones que la ley no da. Recordemos que la inaplicación de la doctrina jurisprudencial constituye causal para interponer recurso de casación (ver el artículo 386 inciso 2 del CPC).

Según el artículo en comentario, el texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial.

El tema de la difusión de las resoluciones judiciales es de urgente necesidad para la uniformidad y armonía que debe existir en la aplicación de las leyes; para lo cual se requiere dar publicidad permanente y ordenada a las decisiones de las instancias judiciales que contribuyan a la jurisprudencia nacional. Por ello, el Presidente de la República, don José Pardo decretó con fecha 1 de Abril de 1905 el establecimiento de los "Anales Judiciales del Perú" encomendado su organización al Presidente de la Corte Suprema, comisionando al Dr. Augusto S. Albarra-cín para que con arreglo a las instrucciones del Ministerio de Justicia coleccionara en folletos sucesivos los fallos de la Corte Suprema de la República precedidos de las respectivas vistas fiscales, desde 1871, año en que apareció la colección formada por el doctor Alfredo Gastón, hasta 1904 inclusive. Pero el fallecimiento del doctor Albarra-cín obligó al Presidente Pardo designar a P. Fuentes Castro para continuar con el objetivo.

6. Una de las ideas recurrentes que se viene sosteniendo por más de una década, es la ausencia de precedentes vinculantes generados por la Corte Suprema.

Los fallos emitidos por la Corte Suprema, en el caso de las ejecutorias en casación son objeto de publicación, sin que ellos generen efecto vinculante; pues no constituyen doctrina jurisprudencial sino referentes jurisdiccionales y que en aplicación del artículo 400 del CPC: "El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedentes el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad"⁽¹⁴²⁾.

(142) En nuestro país, el tema de la divulgación de los fallos judiciales, en sus orígenes, no estaba orientado a la divulgación de principios jurisprudenciales; pues, estos han sido incorporados con la Ley Orgánica de 1991; sin embargo, debe resaltarse desde un punto de vista histórico que fue el Presidente de la República don José Pardo, quien decreto con fecha 1 de abril de 1905 el establecimiento de los Anales Judiciales del Perú, como edición que colecciona los sucesivos fallos de la Corte Suprema de la República, desde 1871.

Bajo ese escenario, a pesar de que existen dos fuentes normativas que rigen el procedimiento para generar jurisprudencia vinculante, no es frecuente encontrarla. En estos últimos meses, hemos apreciado con especial complacencia los Acuerdos Plenarios realizados por las salas especializadas en lo penal, para fijar los precedentes en su especialidad bajo los alcances del artículo 22 de la LOPJ. El área especialidad en lo civil, no recurre a este procedimiento de la LOPJ, por considerar aplicable las reglas del Código Procesal Civil (artículo 400). Hemos mostrado en este trabajo las vicisitudes que genera esta actividad y sobre todo, los cuestionamientos a su inconstitucionalidad; lo que no debe ser motivo para dejar de trabajar por la unificación de la jurisprudencia. Hay otros derroteros, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, hacia donde debería encaminarse la buena voluntad de los vocales de las salas especializadas en lo civil de la Corte Suprema para fijar dichos precedentes. Ella debe ser la fuente que guíe dicha actividad, en atención a la confrontación que presenta con el procedimiento que regula el artículo 400 del CPC.

No se puede aceptar, que en aras de generar jurisprudencia vinculante, se traslade la casación en giro, a un órgano no jurisdiccional (como es la Sala Plena) para que lo defina; se altere al juez natural del proceso con ese traslado y se avoque en el conocimiento de una causa a un órgano que carece de competencia para ello; ¿no estamos afectando las reglas del proceso justo, bajo el argumento de la jurisprudencia vinculante? Considero que el camino hacia donde mirar está trazado por la Ley Orgánica del Poder Judicial; de tal manera, que todos los estamentos jurisdiccionales especializados de la Corte Suprema, tengan un solo mecanismo uniforme, para generar la tan reclamada jurisprudencia vinculante.



JURISPRUDENCIA

En cuanto a la aplicación indebida de la Doctrina Jurisprudencial, la ejecutoria suprema a que se refiere la recurrente carece de los requisitos que reclama el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil (Cas. N° 1953-97-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.2-A.3).

Capítulo V QUEJA

OBJETO

ARTÍCULO 401

El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente un recurso de apelación o de casación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 359, 367, 368, 390, 392.
C.T.	art. 155.
C.P. Const.	art. 19.
LEY 26636	art. 60.
LEY 27444	art. 158.

Comentario

El recurso de queja opera con sistemas de instancia plural. Es un recurso ordinario concedido al litigante que ha deducido apelación o casación y se agravia por la denegación de estos. A diferencia de la apelación que se otorga para reparar el error *in iudicando* o *in procedendo*, la queja busca reparar el error respecto de la inadmisibilidad de una apelación, esto es, busca obtener la apelación denegada. A decir de Véscovi, se trata de un recurso muy especial puesto que es un medio para obtener la concesión por el superior, de otro recurso.

Otro supuesto que regula la norma para la queja es cuando se concede apelación en efecto distinto al solicitado, por citar, se concede apelación sin efecto suspensivo y con carácter diferido, y se alega que corresponde con efecto suspensivo. Hay un cuestionamiento no a la concesión sino al errado efecto concedido.

Como se ha señalado líneas arriba, la queja opera ante la denegatoria del recurso de apelación o de casación; sin embargo, debemos señalar –a pesar de que nuestro Código no lo regula– también procede la queja a manera de suplica al superior contra el inferior por retardo.

Esta versión de queja tiene por fin reclamar contra el juzgador por la demora en hacer justicia, concretamente en dictar resolución violando los plazos que todas las leyes conceden con ese fin. Frente a las expresiones de queja expuesta, hay una tendencia a usar la que proviene por denegación del recurso.



JURISPRUDENCIA

La demandante pretende también la nulidad de la Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas número 257-2002-EF/10, copiada a fojas noventitres y vuelta, de fecha veinte de junio de dos mil dos, que declaró improcedente el recurso de queja interpuesto por la demandante contra la precitada Resolución del Tribunal Fiscal. (...) La ley no concede recurso de queja contra la decisión final del Tribunal Fiscal, sino que el contribuyente está facultado para incoar una demanda contencioso-administrativa, según lo precisa el artículo 157 antes citado. Por tanto, la interposición y tramitación del mencionado recurso de queja no suspendió ni interrumpió el plazo para plantear una demanda contencioso-administrativa, porque como se ha señalado, es de caducidad, siendo de aplicación el artículo 427 inciso 3 del Código Procesal Civil (Apelación N° 1467-2007-Lima, del 17 de marzo del 2008. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema).

En ese orden de ideas, se advierte que, contra la resolución denegatoria del recurso de apelación, la demandada solo podía recurrir en queja, por ser el medio impugnatorio idóneo, conforme lo dispone el artículo 401 del Código Procesal Civil; y no recurrir en nulidad, en vía de remedio procesal a fojas noventa y siete; pues, la parte in fine del artículo 358 del Código Adjetivo señala que el impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna (Apelación N° 4083-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 03/03/2008).

Es fundada la queja por denegatoria del recurso de apelación si el recurrente ha cumplido con precisar su agravio y fundamentar su apelación. Al juez no le corresponde establecer si los agravios invocados por el apelante son o no válidos (Exp. N° 1152-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 431).

En los casos que señala el artículo 376 del CPC no procede que el juez deniegue la apelación interpuesta contra el auto dictado en audiencia, bajo el argumento de que el apelante no ha cumplido con fundamentarla.

La queja de derecho deberá ser interpuesta al tercer día de ocurrida la denegatoria de apelación (Exp. N° N-594-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 395).

Si el quejoso no ha cumplido con fundamentar debidamente la naturaleza del agravio, no es amparable la queja.

Si la queja es infundada, procede la condena de costas y costos del recurso así como el pago de una multa al quejoso (Exp. N° 72-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 397).

El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibles o improcedentes el recurso de apelación o de casación interpuesto.

Procede amparar la queja cuando las partes no hayan tenido la oportunidad de impugnar la improcedencia de la apelación, declarada en Audiencia por no encontrarse presente en dicha diligencia (Exp. N° 616-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 399).

El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna. El medio impugnatorio pertinente para cuestionar una resolución que deniega un recurso de apelación, es el recurso de queja (Exp. N° 59-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 396).

No obstante el demandado al no haber recibido personalmente la cédula de notificación con la sentencia, sino su hijo, el mismo que además es codemandado y domicilia en la misma dirección conjuntamente con su padre, se infiere que el demandado sí tuvo conocimiento oportuno de la expedición de la sentencia.

Solo procede el recurso de queja contra la resolución que deniega la apelación (Exp. N° 1369-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 94-95).

En el recurso de queja no solamente se reexamina la inadmisibilidad o improcedencia del recurso de apelación o casación derogado sino también los efectos concedidos (Exp. N° 814-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 137-138).

No obstante la naturaleza especial del procedimiento coactivo, ni este ni ningún proceso administrativo o judicial puede estar en oposición a la pluralidad de instancias consagrada en el artículo 139 de la Constitución del Estado.

Resulta arbitraria la negativa del ejecutor coactivo al no conceder recurso de apelación bajo el argumento que el apelante no es parte en el proceso; no obstante haberse embargado el patrimonio de este (Exp. N° 06-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 138-140).

El recurso de queja se dirige al examen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente el recurso de apelación o casación.

Al juzgador le corresponde resolver sobre la cuestión inherente al auto que no concedió la apelación o casación planteada en la instancia inferior, no pudiendo sustentar su decisión en hechos o motivaciones diferentes a la articulación (Exp. N° 1848-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 248-250).

Si bien contra la resolución que declara inadmisibile la apelación debe interponerse el recurso de queja y no solicitar su nulidad, no puede el juez, amparándose en formalidades, rechazar la nulidad planteada sustentando que lo correcto era que interpusiera apelación y no nulidad (Exp. N° 2932-02-B, Sexta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 516).

Debe ampararse el pedido para que se conceda apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, a fin de que el superior se pronuncie sobre la misma antes que se emita sentencia y no que sea resuelta conjuntamente con ella, como lo sería si fuera con la calidad de diferida. Además, entraparía el proceso, en la medida que para emitir sentencia previamente debería efectuar la pericia ordenada de oficio y por ende el pago de los honorarios profesionales de los peritos; mientras que el procurador público señala estar exento del pago de dichos honorarios (Exp. N° 103-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 533).

Si bien el artículo 101 del Código Procesal Civil precisa la inimpugnabilidad de la decisión que admite la intervención, solo es aplicable para el caso de la intervención de terceros, mas no para el caso de litisconsorte necesario. Toda norma que restringe derechos debe estar señalada expresamente en la Ley, la cual no se aplica por analogía, de conformidad con el artículo IV TP del Código Civil, por tanto, procede amparar la queja interpuesta por denegatoria de apelación (Exp. N° 19-2001, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 536).

ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

ARTICULO 402

Al escrito que contiene el recurso se acompaña, además del recibo que acredita el pago de la tasa correspondiente, copia simple con el sello y la firma del abogado del recurrente en cada una, y bajo responsabilidad de su autenticidad, de los siguientes actuados:

- 1. Escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación.*
- 2. Resolución recurrida.*
- 3. Escrito en que se recurre.*
- 4. Resolución denegatoria.*

El escrito en que se interpone la queja debe contener los fundamentos para la concesión del recurso denegado. Asimismo, precisará las fechas en que se notificó la resolución recurrida, se interpuso el recurso y quedó notificada la denegatoria de este.

CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 130, 131, 132, 357, 358.
D.S. 017-93-JUS arts. 288 inciso 10, 290.*

LEGISLACIÓN COMPARADA:

*C.P.C.M. Iberoamérica art. 232.
C.P.C. Colombia art. 377.*

Comentario

La norma en comentario regula los presupuestos para la admisibilidad del recurso de queja, sin alejarse de los lineamientos generales, como la exigencia de la tasa judicial y la fundamentación de su pedido. Además, conforme lo señala el artículo "en el escrito en que se interpone la queja debe contener los fundamentos para la concesión del recurso denegado".

El presupuesto especial para este recurso es la negativa al recurso de apelación o de casación; por ello, la norma exige que se acompañe copia de la resolución denegatoria, porque si no hay resolución judicial expresa en ese sentido, no corresponde la queja.

Cuando la norma exige se precise las fechas en que se notificó la resolución recurrida, se interpuso el recurso y quedó notificada la denegatoria de este, lo

hace para deslindar la oportunidad en que se interpuso el recurso de apelación o casación y justificar la denegatoria por extemporáneo.

Como la queja se interpone ante el superior del que denegó la apelación, ello impide que esta judicatura tenga a la vista el expediente en que se ha denegado el recurso; por ello, se ha visto necesario involucrar al abogado del recurrente para que verifique y autentique la veracidad de estos, para lo cual debe el abogado sellar y rubricar en cada uno de los actuados que se presentan a la queja.

La norma exige que el escrito en que se interpone la queja debe contener los fundamentos para la concesión del recurso denegado; esto es, impone la necesidad que el recurrente suministre al superior las razones por las cuales considera erróneo el criterio asumido en la resolución denegatoria.

Por último señalamos que no solo la queja opera por la denegatoria del recurso de apelación o casación, sino contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado. A pesar de ello, la norma en comentario, no hace referencia a los actuados especiales, asumiendo solo la regulación de la queja por la denegatoria del recurso.



JURISPRUDENCIA

El artículo 401 del Código Procesal Civil establece que el recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente un recurso de apelación o de casación; que, en el presente caso, del recurso se advierte que el quejoso ha interpuesto queja de hecho y no de derecho, al señalar que fórmula él mismo contra la resolución de vista, la cual confirma la resolución que resuelve rechazar la demanda de prescripción adquisitiva, por lo que la citada resolución no se encuentra dentro de los alcances del artículo 401 del Código Adjetivo; por tal razón no se puede amparar su recurso; y siendo, además, que el quejoso no ha cumplido con la formalidad prescrita por el artículo 402 del mismo cuerpo legal, al no haber cumplido con consignar el sello y firma del abogado del recurrente en cada uno de los actuados correspondientes; sin perjuicio de que pueda renovar su demanda, cumpliendo en su oportunidad con los requisitos de ley, por lo que se declara improcedente la queja interpuesta (Queja N° 209-2008-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 07/03/2008).

Es inadmisibile el recurso de queja si se presenta extemporáneamente y no indica los fundamentos para la concesión del recurso denegado (Exp. N° 59-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 396).

Habiéndose declarado improcedente la apelación; no obstante que se ha precisado la naturaleza del agravio, así como se ha fundamentado la misma, debe ampararse la queja (Exp. N° 54-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 398).

El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente el recurso de apelación o de casación interpuesto.

Procede amparar la queja cuando las partes no hayan tenido la oportunidad de impugnar la improcedencia de la apelación, declarada en Audiencia por no encontrarse presente en dicha diligencia (Exp. N° 616-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 399).

De conformidad con el artículo 49 y 11 de la LOPJ la decisión del juzgado especializado constituye cosa juzgada, por lo que habiéndose cumplido la doble instancia, resulta improcedente la queja de derecho (Exp. N° 37-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 136-137).

Procede amparar el recurso de queja si se demuestra que se ha interpuesto la apelación dentro del término de Ley y la resolución impugnada agravia los intereses de quien lo ejerce (Exp. N° 10-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 140-141).

Debe declararse inadmisibles el recurso de queja si no se ha precisado la fecha de la notificación de la denegatoria de apelación, si se ha omitido adjuntar la copia simple del escrito que motivó la recurrida, y no ha sellado y firmado cada uno de los actuados acompañados el abogado de la recurrente (Exp. N° 120-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 141-142).

Al haberse expedido en último grado un fallo, no resulta viable admitir contra este, queja de derecho, no obstante que el artículo 11 de la LOPJ señala que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión en instancia superior (Exp. N° 76-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 143-144).

Si el quejoso no ha cumplido con fundamentar debidamente la naturaleza del agravio, no es amparable la queja.

Si la queja es infundada, procede la condena de costas y costos del recurso así como al pago de una multa al quejoso (Exp. N° 72-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 397).

Resulta infundada la queja si el proceso se ha iniciado en el Juzgado de Paz Letrado y ha sido conocido en grado de apelación por el Juzgado Especializado en lo Civil (Exp. N° 525-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 264-265).

Debe ampararse el recurso de queja si se resuelve no la desafectación de la medida cautelar, como se solicitaba, sino la suspensión de esta.

La desafectación es totalmente distinta a la suspensión. Esta última es irrecurrible (Exp. N° 192-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 247-248).

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

INTERPOSICIÓN

ARTÍCULO 403

La queja se interpone ante el superior del que denegó la apelación o la concedió en efecto distinto al pedido, o ante la corte de casación en el caso respectivo. El plazo para interponerla es de tres días contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso o de la que lo concede en efecto distinto al solicitado.

Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, puede el peticionante solicitar al juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado, que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial.

El juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro de segundo día hábil, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 357.
C.P. Const. art. 19.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 233.
C.P.C. Colombia art. 378.
C.P.C.N. Argentina art. 282.

Comentario

La regla general de la competencia para este tipo de recursos es el superior en grado del que denegó la apelación o la concedió en efecto distinto al pedido; sin embargo, la norma admite una excepción de ámbito territorial, en distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, para que el peticionante solicite al juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado, que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial. Tratándose de la denegatoria del recurso de casación, la queja se interpone ante la corte de casación.

Podetti define a este recurso como una vía o medio para que el tribunal ad quem, revise la decisión del a quo sobre la admisibilidad del recurso de apelación y también de los extraordinarios.

La competencia del superior para conocer de la queja se atribuye al control que este va a realizar sobre la denegación del recurso de apelación del inferior o el haberlo concedido en un efecto distinto. Como este recurso se interpone ante el

superior en grado, por eso se llama directo; sin embargo como ya señalamos se interpone de manera excepcional ante el mismo inferior que negó la apelación y se dispone que este lo eleve al superior.

En relación a la competencia del juez superior Palacio⁽¹⁴³⁾ considera que "si la queja quedara subordinada a la voluntad del juez apelado, lo probable es que el instituto quedara desnaturalizado. Por un lado, el amor propio excesivo conduciría a la conclusión de considerar justa la sentencia y no someterse a la autoridad de un mayor juez. Por otro lado, en un plano moral superior, existe la posibilidad de que el juez, sin amor propio excesivo, pero con sincero convencimiento, crea que es beneficioso para la causa de la justicia no suspender los efectos de su fallo y rige el recurso por sincera convicción de hacer el bien".

Recapitulando lo señalado líneas arriba podemos decir que el artículo regula los requisitos de forma de la queja, al señalar al juez competente, quien ordinariamente es el superior a quien corresponde conocer de la apelación.

Por otro lado se exige un plazo breve para interponer la queja, tres días, contados desde el día siguiente a la notificación de la denegatoria del recurso o la concesión en efecto distinto.



JURISPRUDENCIA

El plazo para interponer la queja de derecho es de tres días, contados desde el día siguiente a la notificación con la resolución que deniega el recurso o de la que concede un efecto distinto al solicitado (Exp. N° 94-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 250-251).

(143) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., pp. 128-130.

TRAMITACIÓN DEL RECURSO

ARTÍCULO 404

Interpuesto el recurso, el juez superior puede rechazarlo si se omite algún requisito de admisibilidad o de procedencia. De lo contrario, procederá a resolverlo sin trámite. Sin embargo, puede solicitar al juez inferior, copia, por facsímil u otro medio, de los actuados que estime necesarios, pero en ningún caso el envío de los autos principales. Las copias serán remitidas por el mismo medio.

Si se declara fundada la queja, el superior concede el recurso y precisa el efecto si se trata de la apelación, comunicando al inferior su decisión para que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda. Esta comunicación se realiza sin perjuicio de la notificación a las partes.

El cuaderno de queja se mantendrá en el archivo del juez superior, agregándose el original de la resolución que resuelve la queja con la constancia de la fecha del envío.

Si se declara infundada, se comunicará al juez inferior y se notificará a las partes en la forma prevista en el párrafo anterior. Adicionalmente se condenará al recurrente al pago de las costas y costos del recurso y al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53 inciso 1, 402.
C.P. Const. art. 19.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 234, 235.
C.P.C.N. Argentina arts. 283-287.

Comentario

1. El artículo en comentario regula el procedimiento a seguir frente al recurso de queja. Como ya señala el artículo 403 del CPC, el órgano competente para conocer el recurso de queja es el superior en grado al juez. Este luego de hacer un estudio sobre la admisibilidad y procedencia del recurso, puede amparar o rechazar la queja.

Si la resolución que resuelve la queja la declara fundada, el superior debe avocarse al conocimiento de la causa en apelación solicitando los autos al inferior para que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda.

Este pronunciamiento no solo busca admitir el recurso de apelación erróneamente denegado; sino continuar con el trámite de este. Retoma el procedimiento que fuera interrumpido con la negativa del juez.

Uno de los presupuestos a considerar en la queja es que el impugnante tiene que haber sido parte en el proceso; sin embargo, las disposiciones generales de los medios impugnatorios nos permiten admitir la presencia de terceros legitimados para poder incoar la queja.

2. Un aspecto a resaltar es que la norma permite que el juez superior se pronuncie sin sustanciación alguna, si el recurso ha sido bien o mal denegado; es decir, con prescindencia de la intervención o citación de la otra parte.

El juez decide sobre los recaudos acompañados por el recurrente; sin embargo, puede solicitar al inferior copia de los actuados que estime necesarios, pero de ninguna manera podrá pedir el envío del expediente principal. Este pedido de copias al juez inferior debe tomarse como una simple facultad del superior, pero de ninguna manera puede cubrir el descuido del recurrente de no haber presentado las copias correspondientes al recurso de queja, porque ello significaría romper el equilibrio de las partes, beneficiando a una en perjuicio de la otra.

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

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



JURISPRUDENCIA

El recurso de queja tiene como objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibles o improcedentes un recurso de apelación o el concesorio en efecto distinto al solicitado.

El recurso de queja por su naturaleza debe ser objeto de un pronunciamiento inmediato, puesto que lo contrario importaría mantener en incertidumbre un fallo que, al no haber sido debidamente impugnado constituye cosa juzgada (Exp. N° N-746-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 400)

EFFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

ARTICULO 405

La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

Excepcionalmente, a pedido de parte y previa prestación de contracautela fijada prudencialmente, el juez de la demanda puede suspender el proceso principal, a través de resolución fundamentada e irrecurrible.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 318, 320, 610 inciso 4.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 236, 237.

Comentario

1. La finalidad de la queja se agota en que el superior declare si la apelación fue bien o mal denegada, o en efecto distinto al solicitado; por ello, la mera interposición del recurso de queja no suspende la tramitación del principal, a diferencia de la casación que sí acepta dicho efecto (ver el artículo 393 del CPC).

La competencia del juez que denegó la apelación no se afecta; por lo tanto, deberá continuar con la tramitación del proceso hasta tanto el juez superior revoque la resolución denegatoria.

2. El artículo otorga los mecanismos para contrarrestar las consecuencias que puede generar el haber concedido un recurso de apelación o casación en efecto distinto al solicitado. Por citar, si el recurso se concedió en efecto devolutivo debiendo habérselo hecho en efecto suspensivo, corresponde solicitar las medidas conducentes a evitar la ejecución de la resolución recurrida. Una de ellas es pedir la suspensión del proceso principal a que hace referencia la norma. Nos encontramos ante el caso de una suspensión judicial donde serán la discrecionalidad del juez y la prestación de la contracautela que otorgue la parte, las que permitan la paralización del proceso principal. Nótese que la resolución que dispone la suspensión del proceso es irrecurrible, efecto tan igual al que se le otorga a la interrupción (ver el artículo 317 del CPC).

**JURISPRUDENCIA**

Si el quejoso no ha cumplido con fundamentar debidamente la naturaleza del agravio, no es amparable la queja.

Si la queja es infundada, procede la condena de costas y costos del recurso así como el pago de una multa al quejoso (Exp. N° 72-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 397).

TÍTULO XIII

ACLARACIÓN Y CORRECCIÓN DE RESOLUCIONES

ACLARACIÓN

ARTICULO 406

El juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 122, 378.
LEY 26572 arts. 52 párr. 5, 55.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 214.
C.P.C. Colombia arts. 309-312.
C.F.P.C. México arts. 223-226.

Comentario

1. La aclaración es un mecanismo que opera de oficio o a pedido de parte para obtener del mismo órgano judicial que dictó la resolución en cuestionamiento, la aclaración de algún concepto oscuro o dudoso expresado en ella; esto quiere decir que ilumina algún punto oscuro del pronunciamiento.

Es una excepción a la regla general que establece que una vez dictada una resolución, ella no puede ser modificada. El pedido de aclaración no está sujeto a ningún plazo para que opere. Este debe interponerse antes que la resolución cuestionada cause ejecutoria.

Tampoco tiene por objeto la rescisión o sustitución de la resolución por otra, sino lo que busca es interpretarla, ponerla de acuerdo con la intención del juzgador, subsanar una deficiencia de expresión.

2. Sobre la naturaleza jurídica de la aclaratoria se formulan dos posiciones, una que le atribuye la condición de recurso y otra la de un incidente producido durante la etapa de formación de la resolución. Frente a estas posiciones, nuestro Código Procesal no considera a la aclaratoria como recurso porque este tiene como finalidad la rescisión de una resolución judicial y su reemplazo por otra, en cambio, mediante la aclaratoria no se aspira a ese resultado ni a modificar un error de fondo o de contenido. No busca corregir un aspecto de la volición sino de la expresión del pronunciamiento judicial.

Para Palacio⁽¹⁴⁴⁾ la aclaración es un recurso porque tiende a la revisión de una resolución judicial y su resultado puede traducirse en una modificación de dicha resolución. Si bien ella no es admisible para enmendar un error de contenido, sino de oscuridad en la expresión, ello no es extensivo a motivos como los referentes al nombre o calidad de las partes o los de cálculo, cuya enmienda afecta el contenido de la decisión. En ese sentido, considera Palacio a la aclaratoria como recurso porque tiende, de algún grado, a modificar —en su sustancia y forma— la resolución. Frente a ello señalamos que nuestro Código Procesal permite la aclaración “sin que esta altere el contenido sustancial de la decisión”.

3. El artículo en comentario considera como el elemento material al concepto oscuro o dudoso. Se trata solo de corregir la expresión y no lograr que por este medio se pueda modificar el alcance o el contenido de la decisión. Palacio⁽¹⁴⁵⁾ definiendo “concepto oscuro” señala que debe entenderse cualquier discordancia que aparezca entre una declaración contenida en el pronunciamiento y los vocablos utilizados para expresarla. Se trata de una deficiencia meramente idiomática, o sea de una imprecisión terminológica que dificulte o imposibilite la inteligencia de lo decidido y no debe confundirse con las equivocaciones, cuya enmienda corresponde intentar a través de otros recursos.

4. En cuanto a las personas legitimadas para invocar la aclaratoria, señalamos a las partes y al juez; esto implica que pueda operar a pedido de parte o de oficio. Nótese que el artículo en comentario no hace referencia a la posibilidad que un tercero pudiese interponer dicho pedido, como lo es con los medios impugnatorios. Frente a ello, Palacio⁽¹⁴⁶⁾ considera que no cabe descartar la posibilidad excepcional de su interposición por un tercero, lo que podría ocurrir si a raíz de un

(144) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 68.

(145) PALACIO, Lino. *Op. cit.*, p. 71.

(146) PALACIO, Lino. *Op. cit.*, p. 68.

error material se incluyese el nombre de aquel en una resolución susceptible de ocasionarle un perjuicio.

5. En relación al tipo de resolución que pueden ser materia de aclaración, el artículo en comentario no hace distinciones, ni limita su admisibilidad, por tanto, diremos que todas las resoluciones pueden ser pasibles de aclaración. Esta debe dirigirse contra la parte decisoria de la resolución o que influya en ella, esto es, cuando la aclaración busque subsanar una contradicción entre la parte resolutive y considerandos.

6. Debe advertirse que el artículo en comentario omite hacer referencia al efecto interruptivo del plazo para interponer recurso de apelación; al respecto nos inclinamos por la interrupción porque la resolución a emitirse forma una unidad inescindible con la resolución aclarada, por tanto, la resolución aclaratoria no es susceptible de producir efectos procesales autónomos. La resolución que desestima el pedido de aclaratoria no es susceptible de otros recursos.



JURISPRUDENCIA

Quando se hubiera solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los 10 días de notificada la resolución correspondiente (Exp. N° 116-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 550-551).

Procede el recurso de aclaración en los siguientes casos: en errores materiales, conceptos oscuros y omisiones sobre algunas de las pretensiones discutidas en el pleito (Exp. N° 325-93-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 564-565).

CORRECCIÓN

ARTÍCULO 407

Antes que la resolución cause ejecutoria, el juez puede, de oficio o a pedido de parte y sin trámite alguno, corregir cualquier error material evidente que contenga. Los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución.

Mediante la corrección las partes también piden al juez que complete la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos.

La resolución que desestima la corrección solicitada es inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 123 últ. párr., 378.
C.T.	art. 153.
LEY 26572	arts. 52 párr. 5, 54.
LEY 27444	art. 201.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	arts. 287, 288, 289.
---------------	----------------------

Comentario

1. La discusión sobre la naturaleza jurídica de la aclaración no puede serle ajena a la corrección. Como se ha señalado en el artículo 406 del CPC, un sector de la doctrina considera a la aclaración como un recurso, situación que no asume nuestro del CPC, pues este se orienta a que el mismo órgano judicial que dictó una resolución subsane las deficiencias de orden material o conceptual que la afecten, o bien la integre de conformidad con las cuestiones oportunamente introducidas al proceso como materia de debate, supliendo las omisiones que adolece el pronunciamiento.

El pedido de aclaración y corrección de resoluciones no está sujeto a ningún plazo para que opere. Este debe interponerse antes que la resolución cuestionada cause ejecutoria.

2. Tomando como referencia el artículo en comentario, apreciamos que los motivos de la corrección son los errores materiales y la subsanación de omisiones, esto nos lleva a decir que la corrección tiene carácter limitado.

Cuando se habla de corrección de errores materiales se habla de errores numéricos y ortográficos, como cálculos numéricos y equivocaciones en las referencias de las personas, por citar, se debe decir actor y se dice reo. Para Palacio⁽¹⁴⁷⁾ configuran errores materiales los errores de copia o los aritméticos, o bien los equívocos en que haya incurrido el órgano judicial respecto de los nombres y calidades de las partes, como serían el referirse al actor como si se tratara del demandado, o en atribuir carácter de locador al que era locatario, y la contradicción que puede darse entre los considerandos y la parte dispositiva de la resolución, por citar, si la sentencia en sus considerandos clara y expresamente rechazó el rubro de intereses debe aclararse la parte dispositiva que por error material, luego de fijar la suma a pagar, añade las palabras "con intereses".

Cuando se busca subsanar una omisión en el pronunciamiento no se trata de corregir una deficiencia expresiva o material, sino de integrar una resolución primitiva mediante un nuevo acto de voluntad, representado por la decisión de la cuestión omitida. Esto lleva a decir que la corrección en caso de prosperar va a ser, quiérase o no, una modificación de la sentencia, por la inclusión de algún punto que no estaba resuelto expresamente en ella. Debe integrarse el objeto de litis por principio de congruencia. Según Couture⁽¹⁴⁸⁾ debe tratarse de un error involuntario del tribunal y no de una omisión por una pretensión que resulta denegada.

Palacio⁽¹⁴⁹⁾, al referirse a la subsanación de omisiones, considera que esta abarca tanto cuestiones accesorias (como imposición de costas, regulación de honorarios, pago de intereses) cuanto pretensiones y oposiciones articuladas por las partes (como la pretensión de daños y perjuicios acumulada a otra pretensión de excepción de prescripción). "Si en la sentencia se incurrió en una omisión respecto de una pretensión deducida oportunamente por la parte actora acerca de la inclusión del rubro correspondiente a depreciación monetaria en el monto de la condena, debe aclararse esa sentencia en el sentido de que teniendo en cuenta la naturaleza del proceso por daños y perjuicios y el tiempo transcurrido corresponde incrementar aquel monto en un veinticinco por ciento. Procede si la alzada omitió pronunciarse sobre una de las cuestiones planteadas, que fue impetrada por la recurrente en el escrito de expresión de agravios, pero si la cuestión relativa a la depreciación monetaria no fue formulada durante el trámite del juicio, no puede ser considerada por este mecanismo".

3. Como señala la norma, a través de la corrección se busca que el juez de oficio o a pedido de parte corrija una resolución judicial para que se salve un error material o se supla una omisión.

(147) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 69.

(148) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 76.

(149) PALACIO, Lino. Op. cit., pp. 71-72.

Excluye la petición de terceros, a diferencia de los medios impugnatorios, que sí lo pueden interponer, en tanto sean legitimados.

La corrección importa una revisión de la sentencia, no para adecuarla a la intención del juez sino a lo que este debió hacer y no hizo dejando de resolver una cuestión que se hallaba en los puntos controvertidos.

El plazo es particular y corre a partir de la notificación para cada una de las partes. Debe ser solicitado por escrito y expresar las razones de la petición, invocando el perjuicio derivado de la parte dispositiva del fallo según las reglas generales.

Es una resolución interlocutoria que se va a integrar en forma inseparable con la sentencia corregida. Es esencial porque no puede producir ningún efecto procesal aisladamente, de tal forma que si se anula o deja sin efecto la sentencia corregida, lo será junto con la que corrige.



JURISPRUDENCIA

Quando se hubiera solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los 10 días de notificada la resolución correspondiente (Exp. N° 116-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 550-551).

El principio de congruencia señala que el juez no tiene la facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor y concederle más de lo pretendido en su escrito de demanda. No procede en vía de corrección la cancelación del asiento, pues ello implicaría una modificación del petitorio de la demanda así como de la sentencia emitida. El artículo 407 del Código Procesal Civil señala los supuestos sobre los cuales procede las correcciones de resoluciones, esto es, cuando se incurre en errores numéricos y ortográficos y no para modificar el contenido de la sentencia (Exp. N° 109-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 410).

TÍTULO XIV

CONSULTA

PROCEDENCIA DE LA CONSULTA

ARTÍCULO 408

La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

- 1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador;*
- 2. La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal;*
- 3. Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y,*
- 4. Las demás que la ley señala.*

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

CONCORDANCIAS:

C.	arts. 51, 138.
C.C.	arts. 96, 109, 132, 566, 595.
C.P.C.	arts. 61, 82 párr. 4, 508.
C.P. Const.	art. 95.
D.S. 017-93-JUS	art. 14.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 386.
-----------------	-----------

Comentario

1. Uno de los principios rectores del proceso civil es el dispositivo. Este se apoya en la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales solo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los propios particulares; distinto es en aquellos casos en que se halla comprometido un interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas

contener la actividad de los órganos del poder público, como sería el caso en las relaciones de familia, tutela del derecho a los trabajadores, etc.

2. El principio dispositivo, en el desarrollo del proceso, tiene diversas expresiones. Una de ellas es la legitimidad para recurrir; esto explica que las decisiones judiciales solo pueden ser revisadas en la medida en que la parte que considere haber sufrido un agravio con la decisión, la haya impugnado; aquí no opera la apelación automática, sin embargo, operan las consultas oficiosas en los casos que expresamente señala la norma.

Como dice Devis Echandía⁽¹⁵⁰⁾, “de los principios de la impugnación y de la contradicción o audiencia bilateral, se deduce el de las dos instancias. Para que ese derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor y este las excepciones de aquel, la doctrina y la legislación universales han establecido la organización jerárquica en la administración de justicia, con el fin de que, como regla general, todo proceso sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía si los interesados lo requieren oportunamente mediante el recurso de apelación y en algunos casos por consulta forzosa”.

3. La norma en comentario regula precisamente la consulta forzada. Importa que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin la cual no causaría ejecutoria. “Como expone Edgar Escobar López⁽¹⁵¹⁾, que los recursos y la consulta buscan un mismo resultado, cual es la revisión de la decisión judicial por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada; sin embargo, la consulta, a diferencia de los recursos, no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes, sino que es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna, que determinadas resoluciones deban ser revisadas por el superior”

La consulta se asemeja a la apelación en que el trámite ante el superior es idéntico, pero difiere de su naturaleza en que la consulta se ordena de oficio, mientras que la apelación exige que la interponga el interesado. Coinciden en que tanto la apelación como la consulta rigen el sistema de la *reformatio in peius*, que obra a favor de la parte que la ley ha establecido ese grado de competencia.

Finalmente, la apelación no suple la consulta, pues aunque tenga el mismo trámite, son de naturaleza diferente y sus objetivos distintos, por cuanto, la primera

(150) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. 1, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, p. 55.

(151) ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. “Regulación legal de la consulta en el proceso penal”, en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, N°s 21 y 22, Medellín, 1990, p. 102, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, V.II, Grijley, Lima, 1999, p. 774.

es un recurso que se surte en favor de quien lo interpuso, mientras que la segunda es para la parte que la ley ha consagrado.

En consecuencia, si se concede, tramita y decide la apelación a instancia de la parte contraria a la beneficiada con la consulta, la decisión no queda firme, por ser ese grado de competencia, la consulta, necesario para su ejecutoria; situación diferente es si se omite conceder la consulta, pero la parte en cuyo favor debía emitirse de oficio la consulta, es la que interpone el recurso de apelación. Aquí se subsana la irregularidad, por cuanto la *reformatio in peius* obra respecto de esa parte, cumpliéndose así el objetivo previsto por la norma.

4. Líneas arriba, hemos señalado que hay casos en que se halla comprometido un interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público, como serían los casos que recogen los incisos 1 y 3 de la norma en comentario. Véase en este último supuesto la consulta realizada por la Sala de Familia de Lima a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema⁽¹⁵²⁾, al haber declarado la inaplicabilidad del artículo 400 del CC, señalando preferir la norma constitucional que regula los derechos del niño previstos en el artículo 2.1, así como el de los padres a que se les reconozca y ejerzan su paternidad, dispositivos de orden internacional que protegen y velan por el interés superior del niño. La sala suprema aprobó la consulta, reconociendo el principio de jerarquía normativa. Consideró que al estar en discusión la filiación extramatrimonial de un menor reconocido por quien se atribuye la condición de padre biológico, se hace necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía con el interés superior del niño.

Existen otras circunstancias que justifican la consulta oficiosa, cuando “la decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal”. Véase que la designación de curador procesal opera por diversos motivos, parte de ellos se encuentran descritos en el artículo 61 del CPC. Frente a esta causal es acertada la opinión de Peyrano⁽¹⁵³⁾, cuando “estructura una suerte de recurso de apelación automático contra sentencias dictadas contra personas inciertas o cuyo domicilio es desconocido. Así se pretende obviar toda complacencia de los profesionales designados defensores de oficio para con sus colegas, y también el desinterés con que frecuentemente se desempeña dicho cargo”.

Por consiguiente, habrá lugar a la consulta cuando la sentencia de primera instancia sea adversa a cualquiera de esas dos partes. No hay lugar a surtirla si la providencia es favorable.

(152) Ambas resoluciones aparecen publicadas en LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. T. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 144-148.

(153) PEYRANO, Jorge. Op. cit., p. 123.

También procede la consulta cuando en los casos de títulos supletorios, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, el dictamen del Ministerio Público fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada. Ver en este sentido lo señalado en el artículo 508 del CPC.

En conclusión, una excepción al principio dispositivo que regula la impugnación es la apelación automática o *ex officio*, que aparece respecto de ciertas partes a quienes se quiere proteger o privilegiar. Dicho recurso aparece con el nombre de consulta, es decir, que sin impugnación de parte se abre la instancia revisiva. Esto aparece como un principio de excepcionalidad frente a la personalidad del recurso, el cual presupone el interés del recurrente, como presupuesto.



JURISPRUDENCIA

Al realizar una interpretación doctrinaria de la norma, la consulta es un mecanismo legal obligatorio destinado a la revisión de oficio de determinadas resoluciones judiciales. Asimismo, representa el último acto procesal de aquellos procesos que por mandato de la ley deben ser susceptibles de revisión ante el Colegiado (Cas. N° 2279-99-Callao, El Peruano, 17/09/2000, p. 6299).

Si en el proceso la parte emplazada estuvo representada por un curador procesal, procede la consulta de la resolución que no ha sido apelada, en atención al inciso 2 del artículo 408 del CPC (Exp. N° 2440-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 397).

Los actos vejatorios realizados con gran crueldad por uno de los cónyuges contra el otro, con el propósito de hacerle sufrir innecesariamente y, que por su continuidad, hacen imposible la vida en común, califican la sevicia o violencia física y psicológica. Si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, dicha sentencia será consultada al Superior (Exp. N° 145-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 91-92).

La sentencia que declara el divorcio será apelada o consultada. En la consulta no hay grado que absolver sino sencillamente el examen o conformidad con lo resuelto por la Sala, si no ha mediado errores de fondo que subsanar.

Para la aprobación o desaprobación del fallo consultado no se requiere del interés privado sino del interés social (Exp. N° 436-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 574-577).

La sentencia que declara infundada la demanda de divorcio no es objeto de consulta, sino de apelación por quien puede considerarse agraviado con dicho fallo (Exp. N° 3467-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 120).

No puede solicitarse la disolución del vínculo matrimonial, antes de seis meses de notificada la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial. Es nula la sentencia consultada al no haberse cumplido con el plazo establecido por ley (Exp. N° 1681-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 97).

TRÁMITE DE LA CONSULTA

ARTÍCULO 409

Cuando proceda la consulta, el expediente es elevado de oficio. El auxiliar jurisdiccional enviará el expediente al superior dentro de cinco días, bajo responsabilidad.

La resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa. No procede el pedido de informe oral.

Durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 56, 503.

D.S. 017-93-JUS

art. 14.

Comentario

Como ya se ha señalado en el artículo precedente, la consulta opera porque el legislador considera necesaria la revisión de la sentencia por el superior, sin lo cual no hay ejecutoria.

No se trata de un recurso porque nadie lo interpone. El juez de oficio dispone que se eleve el expediente al superior en grado, correspondiendo al auxiliar jurisdiccional materializar la elevación del expediente ante el superior.

El plazo para resolver la consulta corre desde la vista de la causa, esto es, cuando el consultor superior declara haber estudiado y analizado el proceso y noticia estar listo para emitir el fallo. La vista es la audiencia ante los colegiados, en la cual se examina una causa, se debate acerca de la misma y se deja al voto para su decisión. Es la declaración que hace el juez o el colegiado de haber estudiado todo el expediente. Expresa que el juez concluyó la vista de una causa, revisó y analizó todo lo actuado y está listo para dictar el fallo. Implica una participación de conocimiento más extenso, que comprende integralmente todas las etapas desarrolladas en el proceso.

La vista de la causa es importante porque es la antesala para el informe oral, en los casos que esta sea provocada por los mecanismos de impugnación, situación que no es aplicable a la consulta, pues en esta última no hay impugnación que resolver ni agravio denunciado que reparar que justifique el informe oral, para ilustrar mejor el caso y por ende la argumentación de la impugnación en cuestión.

Como lo señala la norma, en la consulta no procede el informe oral como tampoco se permite la incorporación –en esa instancia– de medios probatorios, situación esta última que sí está permitida en algunos casos de apelación de sentencias (ver el artículo 374 del CPC); sin embargo, la consulta coincide con la apelación en los efectos suspensivos sobre la ejecución de la sentencia. Véase en ese sentido la redacción de la última parte del presente artículo con el efecto que otorga el artículo 371 del CPC a la apelación de sentencia.

En la consulta, la intervención de la instancia consultada se orientará a aprobar o desaprobado lo declarado por la primera instancia. Como señala la Casación N° 1895-2003-Arequipa, del 28 de octubre de 2004, publicada en *El Peruano* el 28 de febrero de 2005, el término “aprobar” no puede ser empleado para efectos de estimar un recurso de apelación, pues dicha denominación pertenece al trámite de la consulta. Un expediente es elevado a consulta a fin de que sea aprobado o desaprobado en razón de apreciarse o no alguna infracción legal procesal o sustantiva; mientras que en virtud del recurso de apelación, el colegiado debe pronunciarse sobre los extremos del expediente, sea para confirmar o revocar la decisión impugnada.

TÍTULO XV
COSTAS Y COSTOS

COSTAS

ARTICULO 410

Las costas están constituidas por los tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. VIII, 4, 13, 45, 81 párr. 2, 183, 187 párr. 2, 399, 404 párr. 4, 411, 418, 464, 621.</i>
<i>C.P. Const.</i>	<i>arts. III, 16, 56.</i>
<i>LEY 26887</i>	<i>art. 137.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 90.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 392.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 68.</i>

 **Comentario**

1. Un sector de la doctrina ingresa a distinguir los gastos procesales entre costas y costos, comprendiendo las primeras a los gastos de tramitación judicial (tasas judiciales, cédulas, honorarios del auxilio judicial, etc.) y los segundos los honorarios del abogado que interviene en el proceso. Dicha distinción es considerada obsoleta, pues se tiende hacia la no distinción por considerarlo inútil. No obstante ello, nuestro Código Procesal Civil se aúna a distinguirlos en los artículos 410 y 411.

Las costas, al igual que los costos, son parte de los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, que le deben ser reembolsados por la otra parte, en virtud de un mandato judicial.

Estos gastos (costos y costas) pertenecen al campo del Derecho Procesal, puesto que la obligación de pagarlas nace de la intervención de las partes en el proceso. El título en que se funda es una sentencia judicial y su monto debe ser fijado en ejecución de sentencia.

El tema de los gastos procesales debe apreciarse bajo la clasificación de los imperativos jurídicos y que se expresan en el proceso como deberes, obligaciones y cargas. Deberes son aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés. En el caso de los gastos procesales estas son prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso, sin embargo debemos precisar, a diferencia de lo que sostiene Couture, que estas obligaciones no tienen una naturaleza indemnizatoria, todo lo contrario, se limita al reembolso del gasto realizado en el proceso para la defensa del derecho conculcado. En cambio, para Couture⁽¹⁵⁴⁾ existe además una responsabilidad procesal, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso genera una obligación de reparación, la cual se hace efectiva mediante la condena de costas.

2. El artículo 24 de la LOPJ señala que la administración de justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley, encontrándose específicamente exonerados de ese pagos, los litigantes de algunas zonas geográficas de la República. Sobre el particular aparece la Resolución Administrativa N° 1067-CME-PJ, del 30 de diciembre de 1999, que determina las zonas exoneradas de pago bajo la justificación que las condiciones geográficas y económicas de algunos distritos del país generan una serie de dificultades administrativas que obstaculizan el acceso a la justicia de las personas naturales que buscan tutela jurisdiccional. Los beneficios de la exoneración del pago de tasas judiciales son, en lo fundamental, de carácter social, ya que se estará liberando a las personas naturales que se encuentran en situación económica de extrema pobreza y que buscan tutela jurisdiccional ante el Poder Judicial de asumir costos para el ejercicio de su derecho.



JURISPRUDENCIA

El importe por la publicación en el diario El Peruano efectuada para un remate que fue declarado nulo por una infracción no imputable a la demandada, la que no fue alertada oportunamente por el accionante a fin de evitar el gasto, no debe ser considerado a cargo del demandado (Exp. N° 77-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 146-147).

El juez fija el honorario de los peritos, correspondiendo su pago a la parte que ofreció la prueba.

Los honorarios constituyen costas judiciales que serán necesariamente reembolsadas por la parte vencida (Exp. N° 515-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 361).

(154) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 211.

COSTOS

ARTICULO 411

Son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 4, 13, 45, 81 párr. 2, 183, 187 párr. 2, 381, 399, 404 párr. 4, 410, 418, 464, 621.

LEY 26887 art. 137.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 93.

C.P.C. Colombia arts. 307, 308.

Comentario

1. Los costos del proceso forman parte de lo denominado gastos procesales.

Comprende los desembolsos efectuados directamente al abogado para la persecución y defensa del derecho.

Los costos pertenecen al campo del Derecho Procesal puesto que la obligación de pagarlas nace de la intervención de las partes en el proceso; el título en que se fundan es una sentencia judicial! y su monto debe ser fijado en ejecución de sentencia.

Debemos precisar que no se trata de un pago propiamente dicho sino de un "reembolso", puesto que el vencido restituye al adversario las sumas que este ha empleado en defender su derecho.

La consideración abstracta de estos gastos ha dado lugar a esbozar tres soluciones: que cada litigante pague sus propios gastos; que el vencido reintegre o no los gastos conforme a condiciones determinadas; y que tales gastos recaigan sobre el vencido en su integridad. Frente a estas posiciones, nuestro Código opta por la última, tomando como criterio objetivo el vencimiento.

2. La intervención del abogado es vital para el proceso judicial porque, en un sistema como el nuestro, la justicia no podría funcionar si el juez tan solo tuviera contacto directo con la impericia jurídica de los litigantes. El abogado es un precioso colaborador porque recoge los materiales del litigio, traduce en lenguaje técnico las expresiones del cliente y las presenta en forma clara y precisa.

La intervención del abogado en el proceso sirve para librar al juez de la ignorancia de los hechos pretendidos y eliminar la mala fe de los contrincantes.

El ejercicio de la abogacía se desarrolla bajo dos sistemas: el libre ejercicio y la abogacía del Estado. Este último argumenta que dado el carácter público de su función, se debe transformar a todos los abogados en empleados del Estado, retribuidos con estipendio fijo, lo que llevaría a que no se interesen en multiplicar o dilatar un pleito para aumentar sus ganancias profesionales; sin embargo, se cuestiona este sistema porque la mentalidad crítica y combativa del abogado no puede ser la de un empleado. La defensa de las causas constituye una contienda en la que está en juego la reputación profesional y no una monótona rutina de oficina.

Nuestro sistema jurídico es partidario del sistema de la abogacía libre o como la doctrina lo denomina, "el ejercicio privado de las funciones públicas". Su justificante radica en que el abogado es un elemento integrante de la organización judicial, un órgano intermedio entre el juez y la parte, en el cual el interés privado de alcanzar una sentencia favorable y el interés público de alcanzar una sentencia justa se encuentran y se concilian. La función del abogado se torna pública en tanto actúe como servidor del Derecho.

3. El artículo 294 de la LOPJ y el artículo en comentario hacen referencia a un porcentaje que se designa de los costos del proceso para ser destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial. Mediante la **Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ** publicada en *El Peruano* el 1 de noviembre de 2007, ha regulado que para el vencedor pueda retirar el monto dinerario por costos procesales que hubiera abonado el vencido, el juez debe verificar que se haya cumplido previamente con el pago o la retención al Colegio de Abogados del porcentaje del 5% que establece el artículo 411 del CPC. Para acreditar el pago podrá hacerse con el comprobante o con la certificación expedida por el Colegio de Abogados de la jurisdicción que acredite el empoce respectivo.



JURISPRUDENCIA

En ningún caso el honorario profesional del abogado puede ser inferior a una UIT.

Al fijar las costas personales tomando en referencia la UIT, debe considerarse la UIT vigente al momento de interponer la demanda (Exp. N° 2453-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp 147-148).

Habiendo asumido el accionante personalmente su defensa, no puede este acreditar los gastos incurridos por concepto de honorarios profesionales, razón por la cual deben regularse estos prudencialmente (Exp. N° 117-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 149-150).

El artículo 411 del Código Procesal Civil no hace alusión a tarifas referenciales como el cuadro mínimo de honorarios del Colegio de Abogados, por lo que no distinguiendo donde la Ley no distingue, procede aprobar los costos liquidados y acreditados con el recibo de honorarios profesionales expedidos por el letrado patrocinante.

No acreditando las partes que hayan pactado el porcentaje por interés compensatorio, debe considerarse para los efectos de la liquidación de intereses, la tasa de interés legal señalada por el Banco Central de Reserva del Perú (Exp. N° 130-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 254-255).

El pago por concepto de honorarios profesionales está relacionado con el cobro de los costos del proceso.

Ellos deben fijarse en moneda nacional teniendo en cuenta la entidad de la causa y las instancias en las que fueron tramitados los autos (Exp. N° 1845-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 442).

PRINCIPIO DE LA CONDENA EN COSTAS Y COSTOS

ARTÍCULO 412

El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración.

La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la corte de casación.

Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor.

En los casos en que se hubiera concedido auxilio judicial a la parte ganadora, corresponderá a la vencida el reembolso de tasas judiciales al Poder Judicial. ()*

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 13, 45, 81 párr. 2, 182, 381, 415, 457, 502 párr. 2, 624.</i>
<i>C.P. Const.</i>	<i>arts. III, 16, 56.</i>
<i>LEY 26887</i>	<i>art. 137.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 91.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>arts. 66, 69.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 77.</i>
<i>AC.F.P.C. México</i>	<i>arts. 7, 8, 9, 10.</i>

Comentario

1. Hay dos sistemas que legislan los gastos procesales. Un sistema automático, que es el que recoge nuestro Código Procesal Civil, y un sistema del libre albedrío judicial.

El sistema automático funda la condena en la derrota procesal, encontrándose algunas modalidades según la instancia o características del proceso. Se parte del presupuesto objetivo de la derrota, de manera que la sentencia debe contener la decisión expresa en tal sentido.

(*) Párrafo adicionado por el artículo 7 de la Ley N° 28646 de 27/07/1997.

Para el sistema del albedrío judicial, que no inspira a nuestra legislación procesal civil, las costas se imponen al litigante de mala fe o temerario, dejando la apreciación casuística de la norma al criterio del juez, con la consiguiente facultad de no imponer costas, cuando estime que el vencido procedió de buena fe.

Para nuestro ordenamiento procesal los gastos (entiéndase los costos y costas) son corolario del vencimiento, se imponen no como sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que hayan actuado por haberse creído con derecho. Este reembolso se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, esa es la regla general, no interesa si la parte ha dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha sostenido un proceso sin justa razón, lo que interesa es el hecho objetivo de la derrota o el vencimiento, pero deja al magistrado un margen de libertad suficiente para flexibilizar su decisión cuando permite que en declaración judicial expresa y motivada se exonere de estos gastos al vencido (artículo 412 –primera parte– del CPC).

Los gastos procesales reúnen los siguientes caracteres:

- a) están constituidos por los gastos que derivan en forma directa del proceso;
- b) comprenden solo los gastos ocasionados por el proceso y excluyen los daños y perjuicios que no se identifican con ellos;
- c) representan una obligación accesoria derivada del proceso y su título constitutivo es la sentencia que ordena su pago.

2. La doctrina ha discutido el fundamento de los gastos (costas y costos). Al inicio consideró que el pago equivalía a una pena porque con el proceso judicial se causaba a la otra parte litigante un daño injusto y por tanto había el deber de repararlo. Chiovenda criticó esta posición, pues consideró que el proceso es un medio lícito que la sociedad tiene para la defensa de sus derechos y quien lo usa lo hace en ejercicio de su derecho, y los gastos que ocasione a su adversario no pueden constituir un daño que deba resarcirse, puesto que no se producen injustamente, porque se necesita del pronunciamiento del juez para que este declare formalmente el derecho, que no existió antes y por tanto no podía haber sido conocido por el perdedor.

Posteriormente los teóricos del tema han presentado **la doctrina del resarcimiento** basada en la idea de la culpa. Esta tesis ha sido objetada porque es difícil probar la culpa y porque el hecho de vencer en el proceso no significa que la culpa haya existido, en todos los casos.

La teoría de la culpa ha sido reemplazada por **la tesis moderna del vencimiento**. Con este sistema se evita calificar el comportamiento del litigante llamado a reembolsar los gastos de su contrario, solo se necesita para que prospere los costos que el obligado haya sido vencido.

Chiovenda consideró que el fundamento de esta condena se ubica en el **reconocimiento del derecho**, puesto que todo lo que fue necesario para lograr ese reconocimiento es disminución del derecho que debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que este no sufra detrimento por causa de la controversia.

Por lo tanto, podemos concluir que la regla general para la condena de costas y costos es que el sujeto pasivo obligado al pago sea la parte vencida. Esta fórmula es la que regula nuestro sistema procesal, a través del artículo 412 en comentario. Hay un criterio objetivo para la condena, cual es, la derrota. Sobre el particular, Wilber Zegarra sostiene que dicho reembolso debe ser solidario con el abogado que asumió el patrocinio de la parte vencida, pues es artífice del éxito de las pretensiones reclamadas o resistidas. La condena al reembolso no solo debe ser asumida por la parte, sino por el abogado que interpuso la demanda o que formuló la contestación a ella, y que luego ha provocado una sentencia infundada. Con ello —señala el citado autor— se contrarrestaría la mala praxis jurídica de recurrir a la jurisdicción con pretensiones carentes de fundamento jurídico o alegando —a sabiendas— hechos contrarios a la realidad, para justificar una demanda o la contestación de esta.

3. Como ya se ha señalado líneas arriba, la postura ordinaria asume la regla “del vencimiento” para distribuir los gastos, sin mayor fundamento en la decisión. En cambio, cuando se refiere a la exoneración sí constituye un supuesto extraordinario que debe motivarse. Diremos entonces que el principio objetivo del vencimiento no es absoluto sino que permite la existencia de situaciones excepcionales, flexibles, para liberarse de la condena.

Alzamora Mario⁽¹⁵⁵⁾ señala que procede la exoneración de gastos al vencido por causas del allanamiento o reconocimiento; por razón fundada para litigar por la dificultad del problema; por la oscuridad del derecho; por la necesidad de una solución judicial por haberse agotado las vías de composición directa; y por razones de parentesco, a fin de que la condena de los gastos no contribuya a ahondar las divergencias.

Para Gozaini⁽¹⁵⁶⁾ existen variadas circunstancias que dan pie a la exoneración, como las que transmitimos a continuación:

a) Cuando la pretensión origina una situación dudosa del derecho que se invoca. Todo aquel que somete una cuestión a la decisión judicial es porque cree que le asiste razón para petitionar; pero puede darse el caso que el asunto en dilucidación sea complejo, las cuestiones analizadas sean dudosas y existan opiniones

(155) ALZAMORA, Mario. *Derecho Procesal Civil, teoría del proceso ordinario*, Fondo editorial UNMSM, Lima, 1968, p. 289.

(156) GOZAINI, Osvaldo. *Los costos procesales*, Ediar, Buenos Aires, 1990, pp. 79 y ss.

divergentes en doctrina y jurisprudencia. Bajo este supuesto se puede justificar que el juzgador libere de los gastos al vencido, por existir divergencia en la doctrina y jurisprudencia respecto a la cuestión debatida.

b) Cuando existe incertidumbre en las cuestiones de hecho. Este supuesto radica en que la incertidumbre recae sobre un supuesto de hecho susceptible de inducir al error, lo que no es ajeno a la conducta equívoca de la contraparte. Esta confusión debe incidir en el litigante que resulta vencido, y que por una enmarañada descripción de las circunstancias de la pretensión lo llevaron a resistirla en la creencia que obraba con razón suficiente para oponerse. Si los hechos son alterados intencionalmente, de manera consciente y provocada, aun cuando pudiera obtener razón en sus pretensiones, la decisión sobre las costas deben hacer excepción al principio de la derrota.

c) Cuando existe la convicción de obrar conforme a Derecho. La existencia de una razón fundada para litigar no constituye argumento suficiente para su improcedencia. Por eso, ni la buena fe ni el hecho de creerse con derecho para litigar fundan la limitación del principio general del vencimiento. Es necesario apreciar las características del caso, que hizo que los actores pudieran considerarse con derecho a litigar, para justificar el apartamiento del principio general de la derrota, pues quien hace necesaria la intervención del tribunal por su conducta debe soportar el pago de los gastos que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho.

Gozaini señala que la sola invocación de haberse creído con derecho a litigar, no es por sí sola suficiente para eximir al perdedor del pago de las costas, salvo en casos excepcionales cuando se ventilan cuestiones dudosas o difíciles de derecho. No se trata de la creencia subjetiva del litigante sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestran la concurrencia de un justificativo para eximir de costas al vencido. El juez debe encontrar mérito suficiente para eximir de gastos al vencido, expresando en la resolución que emita cuáles son las particularidades que lo determinen.

d) Cuando se utiliza el proceso como medio de intimidación. Se da cuando el demandante utiliza el proceso sorpresivamente como un medio de intimidación contra el demandado, aun cuando tenga el derecho para hacerlo. Nos encontramos ante el supuesto del proceso abusivo. Gozaini presenta el caso en que la demanda notificada se utiliza como medio para constituir en mora al accionado; o cuando por una intimación de pago en un proceso ejecutivo se persigue conminar al ejecutado; o se solicita un embargo para agredir el patrimonio del deudor, etc. Tales situaciones llevan a componer la distribución de los gastos procesales, pues si aquel decide pagar o someterse a las pretensiones expuestas, el proceso se ha tramitado inútilmente pues bien pudo evitarse la actuación jurisdiccional. En cambio, no justifica la exoneración de costas al deudor moroso si ha resultado vencido en la litis, pues no se advierte en su conducta procesal circunstancia alguna que justifique su liberación de costas.

4. Como lo señala la norma, el reembolso de los gastos procesales es de cargo de la parte vencida; esto conlleva a que se delimite ¿qué se entiende por vencimiento? Para Chiovenda, es "aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial". Esto implica que el vencimiento supone necesariamente el concepto de parte, excluyendo del mismo la condena al juez, cuando se declare la nulidad del procedimiento o de la sentencia. Para que se pueda hablar de vencimiento, es indispensable la existencia de un conflicto, esto implica que están excluidos los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. No es necesario que frente a dicho conflicto exista una lucha de posiciones, basta que exista un conflicto entre dos esferas individuales, una de las cuales exige algo a costa de la otra. No es esencial para el vencimiento la existencia de una discusión o controversia entre ambas partes. Como señala Reimundín⁽¹⁵⁷⁾, "la falta de contestación a la demanda no impide que se produzca el vencimiento, ya que el concepto de este está íntimamente vinculado a esa posición contrapuesta en que se encuentran los litigantes en el proceso: uno que pide frente al otro un acto jurisdiccional de tutela, en que sucumbe aquel contra el cual se dicta la sentencia".

Por otro lado, al concepto del vencimiento no se puede imputar la circunstancia que el proceso hubiera podido evitarse por el litigante, porque ello importaría afirmar la existencia de un concepto de mera apreciación subjetiva. Si se permitiera dilucidar si el vencido pudo o no evitar el proceso, se destruiría los propios cimientos de la teoría objetiva de la condena que excluye toda interferencia de matiz subjetivo; sin embargo, podría contemplarse esta situación en caso de que se declare improcedente una demanda. Los criterios que se pueden asumir para fijar el reembolso del gasto procesal podrían atribuirse a la existencia de temeridad o mala fe en el actor, para provocar dicho proceso, conforme dispone el artículo 110 del CPC. Dichos supuestos aparecen descritos en los diversos incisos del artículo 112 del CPC. Al respecto véase los siguientes casos: cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos(inciso 4); y, cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda (inciso 1).

Otro aspecto a destacar de la condena se orienta cuando el resultado del conflicto fuese parcialmente favorable para ambos litigantes. Aquí, las costas se compensarán o distribuirán prudencialmente en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos. Como señala Reimundín, en el caso de la acumulación objetiva de pretensiones puede darse la posibilidad del amparo de una pretensión y el rechazo de la otra; ello puede conducir a una recíproca derrota, pero en lo que respecta a la acumulación eventual y alternativa, esta puede dar lugar al vencimiento del demandado. Para Reimundín "los gastos procesales en un proceso de filiación,

(157) REIMUNDÍN, Ricardo. "El concepto de litigante vencido a los efectos de la condena en costas", en: *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, Ediar editores, Buenos Aires, s/ref., p. 589.

instaurado después de la muerte del presunto padre, no pueden aplicarse a la demandada, porque la condición de hijo natural debe justificarse siempre, no obstante el reconocimiento que pueda hacer la sucesión, pues en ello está interesado el orden público, y para que proceda la condena en costas es necesario que haya parte vencida, lo que no sucede en el proceso de filiación, que solo tiene por objeto comprobar la calidad de herederos”.

Otro caso que cita Reimundín⁽¹⁵⁸⁾ se refiere a cuando se rechaza la demanda por nulidad de vicios formales y se admite por falta de autenticidad de firma. Declarada la nulidad del testamento por considerar que la firma del causante era falsa, corresponde imponer las costas del juicio a los demandados que han sostenido su validez, aunque se haya desestimado otros argumentos en los cuales se fundaba también el pedido de nulidad, dado que el rechazo de uno o más de esos argumentos no importa un rechazo parcial de la demanda, pues se ha obtenido en la sentencia todo lo que pretendía el actor.



JURISPRUDENCIA

(...) la condena en costas es una consecuencia de la sentencia y por sí sola no es revisable vía nulidad de cosa juzgada, y máxime que la recurrente fue condenada a pagar una suma de dinero (Cas. N° 1690-2000-Lima, El Peruano, 30/10/2000, p. 6390).

Procede exonerarse de los gastos procesales a la demandante, quien por encontrarse en proceso de liquidación extrajudicial, es probable que no contara con todo el acervo documental, lo que le ha generado motivos atendibles para litigar (Exp. N° 98-39697-2852, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 453).

No puede oponerse al pago de costas y costos la compensación, pues esta es viable si se refieren a obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles, fungibles, homogéneas, que tengan por objeto extinguir dichas obligaciones (Exp. N° 97-64628-1224, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 435).

No obstante que las costas y costos fueron liquidados, corresponde a la parte vencida hacer frente al pago de las que se continúen generando durante la secuela del proceso y hasta su culminación (Exp. N° 595-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 433).

Si bien los recibos de pago no se encuentran firmados por el ejecutante, el haber encontrado en dichos recibos efectos gráficos de este, lleva a la conclusión que fueron emitidos por aquel. Procede exonerarse del pago de costos y costas a la ejecutada, si el ejecutante no ha querido reconocer los pagos emitidos a cuenta, dilatando la causa, en detrimento del pago que debe satisfacer la ejecutada, bajo la imputación que prevé el artículo 1259 del CC.

(158) REIMUNDÍN, Ricardo. Op. cit., p. 602.

La ley no prohíbe al juez de la causa reproducir en su decisión aquellos argumentos periciales que crea conveniente (Exp. N° 1144-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 200).

Si no consta que el ejecutante haya obrado de mala fe, sino por desconocimiento de las operaciones financieras que rigen para personas ajenas al sistema financiero, debe exonerársele de los gastos procesales (Exp. N° 16413-2485-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 651).

Procede exonerar del pago de costos y costas del proceso a la parte ejecutada, por cuanto la conducta procesal asumida por la actora está reñida con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe que deben observarse en el proceso, pues reclama el total de la suma consignada en el título valor, no obstante la existencia de un saldo deudor (Exp. N° 61916-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 447-448).

Si la sentencia no contiene de modo expreso la obligación del vencido al reembolso de las costas y costos del proceso, no puede ser objeto de ejecución, en la medida que no consta en el título, máxime que dicho fallo pasó a la autoridad de cosa juzgada. El derecho al reembolso de las costas y costos no se encuentran tácitamente integradas a la sentencia o resolución judicial materia de ejecución, sino a la demanda (Exp. N° 66777-3240-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 445-446).

El pago por concepto de honorarios profesionales está relacionado con el cobro de los costos del proceso.

Ellos deben fijarse en moneda nacional teniendo en cuenta la entidad de la causa y las instancias en las que fueron tramitados los autos (Exp. N° 1845-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 442).

Merece amparar el pedido de costos formulado por la demandada en atención a que la excepción propuesta ha dado por concluido el proceso (Exp. N° 52707-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 400).

Es de cargo de la parte vencida el reembolso de las costas y costos del proceso, salvo declaración judicial expresa y motivada.

Si el juez ha ordenado que el demandante no está obligado al pago de las costas y costos sin motivar expresamente tal exoneración; debe ser de modificación dicho extremo de la apelada, ordenando el pago de costas y costos del proceso a la parte vencida (Exp. N° N-505-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 401).

Si se ha declarado improcedente la demanda y no se ha exonerado a la ejecutante del pago de costas y costos del proceso, estos son de cargo de la parte vencida ejecutante.

El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado (Exp. N° 64-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 402).

Resulta razonable que la parte vencida cubra los costos del proceso, siempre que los pagos sean acreditados. Debe haber proporción y equidad con el monto que fue materia de la cobranza (Exp. N° 479-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 410-411).

Los costos del proceso no requieren ser demandados y son de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración; pudiendo el juez regular el monto de los honorarios con criterio prudencial y teniendo en cuenta la Tabla de Honorarios Mínimos del Colegio de Abogados (Exp. N° N-557-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 412).

Si bien el pago de los gastos del proceso son de cargo de la parte vencida, procede exonerar del pago si ha existido motivos atendibles para litigar.

Tratándose de una acción de desalojo por ocupación precaria, se advierte de la ficha registral que los demandantes adquirieron el inmueble en base a la presunción de la buena fe registral, sin tener conocimiento de la traslación de dominio que se había hecho a favor de los demandados (Exp. N° 1108-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 399).

El reembolso de los gastos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida. Habiendo sido declarada fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, es evidente que la parte vencida en el proceso está constituida por la demandante (Exp. N° 1234-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 401-402).

Es menester exonerar expresamente al demandante de la obligación de pago de costas y costos, dado que es inobjetable que existiendo un adeudo expresamente reconocido y ante su falta de honramiento oportuno, el acreedor se hallaba facultado a demandar, aun cuando por la exigencia en las formalidades propias del proceso ejecutivo, tal ejercicio corresponda a otra vía procedimental (Exp. N° 21604-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 403).

Merece exonerar del pago de costas y costos al litigante que ha tenido motivos atendibles para litigar, en razón del daño sufrido a su salud, lo que le ha motivado intentar conseguir una reparación, aunque en forma incorrecta (Exp. N° 3702-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 404-405).

Debe exonerarse a la actora del pago de los gastos procesales por haber tenido motivos suficientes para interponer la acción, no obstante hallarse la misma equivocada en cuanto a su petitorio (Exp. N° 1298-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 406).

Procede la exoneración de gastos procesales dado que existiendo un adeudo expresamente reconocido, y ante la falta de honramiento oportuno, el acreedor se hallaba facultado a demandar, aun cuando correspondía ejercitarlo en otra vía procedimental (Exp. N° 98-18650, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 565).

Habiendo el banco demandado probado que emitió la carta de crédito solicitada por la actora dentro del plazo señalado por esta, debe desestimarse la indemnización que se reclama.

Habiendo tenido motivos atendibles la demandante para litigar, se le debe exonerar del pago de costas y costos (Exp. N° 1477-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 148-149).

La parte demandada ha tenido motivos atendibles para litigar, por lo que es equitativo que se le exima de la obligación de pagar costas y costos (Exp. N° 1030-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 267-268).

El reembolso de los gastos procesales corresponde a la parte que ha dado motivo a la condena de dichos gastos, causando desembolsos indebidos al sostener un proceso sin justa razón (Exp. N° 293-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 407).

Los costos del proceso se ciñen estrictamente a los honorarios del abogado de la parte vencedora, más el cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados de Lima, debiendo para los efectos de su regulación tener presente la sola presentación por la vencedora del recibo o boleta de pago correspondiente (Exp. N° 631-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 191-192).

El hecho que el codemandado hubiera señalado como su domicilio el de los demandantes, no implica que todos los bienes que en tal lugar se encontrasen le pudieran corresponder, lo que en todo caso puede ser materia de prueba en un proceso de tercería.

Debe exonerarse de la condena de costos al demandado, puesto que dicha parte tenía derecho a suponer que los bienes que se encontraran en el domicilio señalado como suyo fueran de su propiedad, por lo que ha tenido motivos atendibles para litigar (Exp. N° 3174-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimientos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 469-470).

El reembolso de los gastos del proceso es de cargo de la parte vencida; por tanto, resulta imperativo que la apelante cumpla con pagar el total de los honorarios del perito, por formar dichos honorarios parte de las costas procesales, no obstante que el citado órgano de auxilio judicial, haya sido nombrado de oficio por el juez. Si el juez nombró perito para que efectúe la liquidación de intereses, no resulta aplicable el artículo 271 del Código Procesal Civil, para el pago del honorario (Exp. N° 1297-2001, Cuarta Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 470).

EXENCIÓN Y EXONERACIÓN DE COSTAS Y COSTOS

ARTICULO 413

Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales.

Están exoneradas de los gastos del proceso las universidades públicas, quienes obtengan auxilio judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la ley pudiendo ser condenados al pago de costas y costos.

También está exonerado quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla. ()*

CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>art. 47.</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 182, 179, 330, 331.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 49.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 92.</i>
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	<i>arts. 67, 68.</i>
<i>C.F.P.C. México</i>	<i>art. 11.</i>

Comentario

1. Exonerar de la condena en gastos procesales al vencido en el proceso conlleva apartarse del principio objetivo de la derrota, regulado en el artículo 412. Esta exoneración no solo puede ser por declaración expresa y motivada sino porque la ley lo ordena bajo determinados supuestos, como la condición de las personas litigantes y la naturaleza del proceso, entre otros.

Existen situaciones que exoneran de los gastos del proceso al vencido, las que podemos encontrarlas como situaciones excepcionales, por citar el caso de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales, las universidades y quienes obtengan auxilio judicial. Nótese que la norma separa la exención de la exoneración. Ello es entendible porque la exención es una situación de privilegio o inmunidad de la que goza una persona o entidad para no ser comprendida en una

(*) Texto según el artículo 5 de la Ley N° 26846 de 27/07/1997.

carga u obligación, o para regirse por leyes especiales. En cambio, la exoneración implica un descargo o liberación de mayor cobertura.

2. Por otro lado, existen procesos que por su naturaleza y objeto determinan una imposición de costas distintas al principio objetivo de la derrota. Por citar, el caso del desalojo con condena a futuro, regulado en el artículo 594 del CPC, los gastos procesales serán a cargo del accionante si el demandado se allana a la pretensión y desocupa el inmueble en la época convenida y pactada. Este allanamiento se desdobra en los siguientes actos: el acto de sumisión a lo reclamado y luego el cumplimiento en tiempo propio, es decir, la devolución del objeto de arrendamiento en la oportunidad acordada.

En algunos procesos las costas son cargadas directamente al demandado sin importar su actitud o suerte en la litis. Véase el caso de alimentos, donde los gastos son de cargo del alimentante, porque de no ser así, se desvirtuarían el objeto y finalidad de la obligación alimentaria, pues el importe de las costas recaería sobre las cuotas disminuyéndolas; sin embargo, esta exoneración tiene algunas restricciones, como en el caso de las costas relacionadas con el pago de las tasas judiciales. Si la pretensión alimentaria supera las veinte unidades de referencia procesal no gozan de esta liberación.

3. Otro supuesto que justifica la exoneración es el allanamiento y el reconocimiento. Al respecto, algunos autores consideran que esta exoneración deber prosperar si quien se allana no haya dado lugar a la reclamación porque quien con su conducta obliga a otro a litigar debe soportar las costas y costos. Por citar, el allanamiento en un desalojo, después de una reclamación administrativa, es inconducente eximir de costas, toda vez que obligó a los actores a iniciar y proseguir el juicio. En igual sentido en el juicio para el pago de alquileres, aunque después los pague. En cambio, es justo si no ha mediado un desconocimiento anterior indebido.

Nuestro Código no ingresa en esa distinción, pues la norma en comentario justifica la exoneración, condicionada a la oportunidad de expresarla, esto es, dentro del plazo para contestar la demanda. Esta oportunidad permite que quien lo asume no ocasione un inútil dispendio de actividad ni para el Estado ni para su contraparte, sin embargo, son pasibles de la condena de gastos si el allanamiento es luego de la contestación porque ha obligado a continuar efectuando una actividad dispendiosa.

4. Consideramos que adicionalmente al factor oportunidad estos actos de disposición deben ser reales, incondicionados y efectivos para generar la exoneración. Decimos que deben ser reales porque deben provenir de una manifestación inequívoca que deje en claro la voluntad de allanarse; no debe tener condicionamientos a ejecutarse bajo determinadas circunstancias; y tiene que ser efectivo, de manera tal que con su allanamiento no siga permitiendo un mayor dispendio económico.

Como sabemos, el allanamiento del demandado no exime al juez de la obligación de dictar sentencia. No se acepta la tesis que mediando allanamiento no hay

parte vencida, ya que el allanamiento constituye un instituto procesal que no debe ni puede, identificarse con el "vencimiento" que es en realidad un mero elemento o requisito de la condena. Aunque medie allanamiento, la ley es actuada siempre a favor de una de las partes frente a la otra.

El allanamiento encierra una renuncia a defenderse en el proceso, evitando con ello dispendio de gastos y tiempo, de tal forma, que en atención al momento en que se realiza, como es, al contestar la demanda, conlleva a la exoneración del gasto procesal, exoneración que no opera si se realiza el allanamiento con posterioridad a la contestación.



JURISPRUDENCIA

No procede exonerársele de los gastos procesales a la parte que no reconoció oportunamente la obligación puesta a cobro y por el contrario adujo una serie de defectos de forma para no hacer efectivo el cobro de la deuda (Exp. N° 97-50884-3126, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 645).

Quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla, se encuentra exonerado del pago de costas y costos.

Si los coejecutados, dentro del plazo para contradecir la ejecución reconocieron la obligación, y, si dicho reconocimiento no se ha formalizado con la legalización de firmas, el hecho de haber sido aceptado por el juez sin exigir dicha formalidad ha convalidado el acto defectuoso, por lo que procede la exoneración de los costos y costas (Exp. N° 988-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 399).

Si bien cuando existe litisconsorcio necesario el allanamiento debe provenir de todos los demandados; sería injusto la condena de costas y costos del proceso, si habiéndose demandado a tres obligados, dos de ellos han hecho reconocimiento expreso y oportuno de la deuda (Exp. N° 63808-97, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 400).

Está exonerado del pago de costas y costos quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla.

Si bien en los procesos de ejecución no existe propiamente contestación a la demanda, procede la exoneración de costas y costos en el reconocimiento, por ser esta una forma de conclusión del proceso (Exp. N° 513-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 404-405).

La empresa estatal de Derecho Privado no financiera, sin fines de lucro que se dedica a administrar los fondos del Fonavi, parte integrante del Poder Ejecutivo no está exenta de costas y costos conforme al artículo 413 del CPC (Exp. N° 8340-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 397-398).

Las mutuales de vivienda no se encuentran comprendidas entre las personas exentas de las costas y costos que establece el artículo cuatrocientos trece del Código Adjetivo (Cas. N° 391-96-Ica, Editora Normas Legales S.A., Tomo 258, Noviembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.13-A.14).

PRECISIÓN DE LOS ALCANCES DE LA CONDENA EN COSTAS Y COSTOS

ARTICULO 414

El juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 50 inciso 6, 418.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 70.

Comentario

1. Las costas y costos son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, que le deben ser reembolsados por la otra, en virtud de un mandato judicial.

Estos gastos nacen de la intervención de las partes en el proceso y el título en que se fundan es una sentencia judicial; sin embargo, su monto debe ser regulado por el juez en atención "a las incidencias del proceso", por citar, la cantidad de escritos, de impugnaciones y nulidades. Resulta elemental que los criterios de valoración que asuma el juez para estas incidencias sean explicadas en la resolución que las fija.

Debemos precisar que no se trata de un pago propiamente dicho sino de un "reembolso", puesto que el vencido restituye al adversario las sumas que este ha empleado en defender su derecho.

En el reembolso concurre un interés comunitario: que los derechos tengan un valor puro y constante. Como señala Chiovenda⁽¹⁵⁹⁾, el desarrollo del litigio no puede implicar la disminución patrimonial para quien legítimamente persigue y obtiene la realización de la ley.

2. Sobre el abono de los gastos procesales, obra en la Dirección de Comisiones y Consultas del Colegio de Abogados de Lima, año 1998, el siguiente caso: se

(159) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. II, trad. J. Casais Santaló, Edit. Reus, Madrid, 1941, p. 433.

pregunta si es procedente el reembolso de los honorarios profesionales a la parte vencedora en el proceso, si se aprecia que dicho abogado no ha efectuado ninguna diligencia ni autorizado los escritos en el proceso; y a pesar de ello emite recibo para acreditar el pago de sus honorarios profesionales.

Frente a dicha inquietud, el informante en la comisión argumentó lo siguiente: la condena busca la devolución de los gastos, para lo cual la parte beneficiada con la devolución —por ser vencedora en el proceso— está obligada a acreditar dicho gasto con los recibos de honorarios correspondientes. El juez no puede ingresar a calificar la calidad de la prestación profesional del abogado, pues ello no es objeto de la litis; sin embargo, puede graduar el monto que se exige para el reembolso en atención a las “incidencias del proceso”. Esto permitirá apreciar al juez el grado de intervención del letrado en el proceso para fijar el monto del reembolso. Además, debe tenerse en cuenta que el reembolso se dirige a la parte beneficiada y no al abogado.



JURISPRUDENCIA

Si se advierte que la parte demandada no formuló contradicción a la demanda interrumpiendo o dificultando la defensa, el monto de los costos deberá ser fijado teniendo en cuenta que los actos procesales se limitaron a la presentación de la demanda y a la concurrencia a una sola audiencia, habiéndose dictado en el proceso el juzgamiento anticipado.

El contrato de servicios profesionales suscrito entre la demandante y su abogado no pueden obligar al demandado, quien es un tercero ajeno a la relación material. Solo son obligatorios a las partes que los suscribieron (Exp. N° 3948-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 432).

El juez debe regular los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso. Si la demanda ha sido amparada y confirmada por el superior las costas y costos deben regularse teniendo en cuenta ello (Exp. N° 809-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 402-403).

Habiendo asumido el accionante personalmente su defensa, no puede este acreditar los gastos incurridos por concepto de honorarios profesionales, razón por la cual deben regularse estos prudencialmente (Exp. N° 117-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 149-150).

Si bien mediante un contrato privado de servicios profesionales, la defensa de la actora ha estipulado los costos del abogado, también es cierto que los costos personales deben fijarse prudencialmente, teniendo en cuenta el tiempo de duración del proceso, las dificultades de la defensa, la conducta procesal de la demandada y la naturaleza del derecho defendido (Exp. N° N-22-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 408-409).

En ningún caso el honorario profesional del abogado puede ser inferior a una UIT.

Al fijar las costas personales tomando en referencia la UIT, debe considerarse la UIT vigente al momento de interponer la demanda (Exp. N° 2453-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 147-148).

Al haberse resuelto el contrato por incumplimiento del demandado, la pretensión indemnizatoria es amparable. El monto debe fijarse prudencialmente, en atención a los posibles daños ocasionados y a la suma de dinero que debe devolverse (Exp. N° 1136-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 233).

El juez fija el honorario de los peritos, correspondiendo su pago a la parte que ofreció la prueba.

Los honorarios constituyen costas judiciales que serán necesariamente reembolsadas por la parte vencida (Exp. N° 515-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 361).

Resulta razonable que la parte vencida cubra los costos del proceso, siempre que los pagos sean acreditados. Debe haber proporción y equidad con el monto que fue materia de la cobranza (Exp. N° 479-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 410-411).

Los costos del proceso no requieren ser demandados y son de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración; pudiendo el juez regular el monto de los honorarios con criterio prudencial y teniendo en cuenta la Tabla de Honorarios Mínimos del Colegio de Abogados (Exp. N° N-557-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 412).

Si bien es de libre concertación entre el cliente y su abogado el monto de los honorarios, ello no obliga al juzgador a aprobarlo en forma irrestricta, no obstante estar indubitablemente acreditado su pago. Ellos deben ser apreciados prudencialmente para no dar lugar a un abuso de derecho que la ley recusa (Exp. N° 1183-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 413).

La regulación de costas personales tiene el carácter de prudenciales, por lo que debe tenerse en consideración los documentos, la causa y el tiempo que ha durado el proceso.

Si se dejó sin efecto el remate por causas no imputables al ejecutado, no debe ser de consideración los avisos para el remate, al momento de regular las costas (Exp. N° 1402-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 252-253).

El juez no solo debe apreciar la objetividad del monto de los costos, sino también la existencia o no de buena fe procesal de la parte vencida y las circunstancias del caso en atención al artículo 414 del Código Procesal Civil. Para fijar el monto de los costos debe tener en cuenta los distintos factores que ha puesto en juego el abogado en su labor de asistencia profesional y defensa, sin perjuicio de tener en cuenta el tiempo de duración del proceso, las dificultades de la defensa, la conducta procesal de la demandante y la naturaleza del derecho defendido. No resulta determinante recurrir a la Tabla de Honorarios Mínimos del Colegio de Abogados de Lima, porque se refiere a monto mínimos y se aplican solo cuando no se hubieran pactado los honorarios y estos tuvieran que ser fijados por los jueces (Exp. N° 17021-97, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma

ACUERDO SOBRE COSTAS Y COSTOS

ARTICULO 415

Las partes deben convenir sobre las costas y costos cuando el proceso concluye por transacción o conciliación, salvo los que no participaron del acuerdo, quienes se someten a las reglas generales.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 323, 334, 337, 412.

Comentario

La administración de justicia es un servicio público y por ello los gastos de este servicio deben ser soportados por el Estado, para lo cual este debe procurarse de los fondos necesarios para ello. Al respecto caben dos soluciones: que el gasto gravite sobre todos los ciudadanos, ya que es de todos el interés en la composición del litigio; o, que el gasto gravite sobre la parte que ha dado lugar al proceso. Esta última es la acepción que ha recogido nuestro Código Procesal a través de la figura de los gastos procesales.

La teoría objetiva del vencimiento es la que define estos gastos. Bajo esa teoría se evita calificar el comportamiento del litigante, llamado a reembolsar los gastos de su contrario; solo requiere que el obligado haya sido vencido. Esta fórmula es la que regula nuestro sistema procesal civil en el artículo 412 del CPC y no requiere ser demandado porque opera automáticamente; sin embargo, esta regla general se rompe bajo dos circunstancias: la exoneración judicial o por disposición de las partes. Este último supuesto regula el presente artículo.

Por otro lado, es importante señalar la disponibilidad que tienen las partes sobre los gastos del proceso, sin que ello implique la necesidad de poner fin al conflicto. Para que prospere solo se exige que las partes pongan fin al proceso por conciliación. Ello no impide que el debate del conflicto se puede reabrir a futuro, en un nuevo proceso que albergue la discusión, el mismo que podría ser motivo de nueva valoración en relación a los gastos procesales.

La norma regula el supuesto de la conciliación o transacción parcial, esto es, que concurriendo una acumulación subjetiva sea activa o pasiva, no participan en el acuerdo todos los sujetos, sino alguno de ellos. Al respecto, la norma señala para quienes no participaron en la convención que se sometan a la regla general

de la condena que recoge el artículo 412 del Código Procesal; sin embargo, hay que tener en consideración el aspecto subjetivo en los actos de disposición, sea por conciliación o transacción. Por citar, en el litisconsorcio necesario, solo podría permitirse esta liberalidad bajo el supuesto que ella provenga de la totalidad de los sujetos involucrados como parte; situación que no es extensiva al llamado litisconsorte facultativo donde sí se admite que uno de los sujetos de la pretensión pueda hacer actos de disposición en relación a los costos y costas, a pesar que no involucre a la totalidad de sujetos en el proceso, pues aquí no hay comunidad de suertes que obliguen a la concurrencia de todos, sin tantas pretensiones como sujetos concurren.

El hecho de que las partes hayan llegado a una transacción o conciliación para la conclusión del proceso no exime al juez de su obligación de observar que las partes deban convenir sobre el monto de las costas y costos y cuál de ellas soportará su pago. Mediante la **Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ**, publicada en *El Peruano* el 1 de noviembre de 2007, se establece que el juez no podrá homologar un acuerdo conciliatorio o una transacción judicial si es que el convenio suscrito por las partes por el que se pone fin al proceso judicial omite la fijación de dichos conceptos accesorios. Esta exigencia no debe entenderse como una necesidad de asumir una condena de gastos procesales, sino que se requiere que las partes se pronuncien expresamente sobre dichos gastos, sea para asumir una condena al reembolso o para liberarse de ella; lo importante es que las partes se pronuncien sobre dichos gastos, o como dice la citada resolución administrativa "no omita la fijación de dichos conceptos". Si las partes acuerdan la condena de los gastos procesales, y ellos se encontraren pendientes de pago, no procede disponer el archivo definitivo del proceso.

DESISTIMIENTO Y ABANDONO EN LA CONDENA EN COSTAS Y COSTOS

ARTICULO 416

Si el proceso acaba por desistimiento, las costas y costos son de cargo de quien se desiste, salvo pacto en contrario. Quien se desista de la pretensión paga las costas y costos del proceso. El abandono de la instancia determina la condena en costas y costos del demandante.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 340 a 345, 351.

Comentario

1. El desistimiento es un acto unilateral que se expresa bajo dos supuestos: desistirse del proceso y desistirse de la pretensión. Nuestro Código Procesal los ha regulado en los artículos 343 y 344, asignándole efectos y procedimientos disímiles para cada uno de ellos.

El desistimiento del proceso es el acto jurídico procesal por el cual el actor formula expresa manifestación de voluntad tendiente a poner fin a la relación procesal.

El desistimiento de la pretensión implica abdicación, renuncia o dejación del derecho material en el ámbito del proceso. Es un acto jurídico procesal que genera la imposibilidad de promover otro proceso por el mismo objeto y causa.

En otras palabras, el desistimiento del proceso está referido a la renuncia a los actos del proceso y exige la concurrencia de voluntades para su producción; el desistimiento de la pretensión implica renuncia, abdicación al Derecho material tendiente a extinguir derechos y no requiere la intervención de la contraparte.

2. Los efectos en ambos casos de desistimiento son disímiles, pues el desistimiento del proceso no pone fin al conflicto, solo posterga su discusión para otra oportunidad, siempre y cuando cuente con la anuencia de la contraparte. Quien se desiste del proceso no pone fin al conflicto, solo posterga su discusión, mas quien se desiste de la pretensión pone fin no solo al proceso sino al conflicto. No implica pues el desistimiento del proceso la liquidación del conflicto, a contrario sensu, el desistimiento de la pretensión sí implica poner fin tanto al proceso como al conflicto.

Bajo ese contexto, la norma en comentario dispone que "la condena de los gastos son de cargo de quien se desiste".

En cambio, en el desistimiento de la pretensión se pone fin al conflicto y por ende al proceso, produce los efectos de una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada. No requiere de la intervención de la contraparte, es un acto de disposición unilateral puro; por tanto, bajo dicho contexto la norma señala que "quien se desista de la pretensión paga las costas y costos del proceso".

3. El abandono es la inactividad de las partes en el proceso dentro de un plazo determinado que la norma procesal lo ha fijado en cuatro meses (ver el artículo 346 del CPC).

Esta abstención procedimental debe ser plena y operar durante el lapso señalado por ley. Produce como efecto la ineficacia de todo lo actuado y la condena de gastos procesales al demandante.

Mediante la **Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ**, publicada en *El Peruano* el 1 de noviembre de 2007, se ha regulado que el desistimiento del proceso obliga al juez fijar el reembolso de los costos procesales los que serán de cargo de quien lo formula, salvo pacto en contrario, en cuyo caso serán de cargo de la otra parte. El desistimiento de la pretensión determina a que el juez debe fijar el reembolso de los costos procesales que serán de cargo de quien lo formula.



JURISPRUDENCIA

Cuando el desistimiento versa sobre la pretensión alimenticia, la condena genérica no es aplicable pues en este caso corresponde emplear la norma especial que exonera de todo gasto procesal al demandante alimentista, por consiguiente, siendo esta última norma una de carácter especial, sus efectos deben primar sobre la general (Cas. N° 3049-99-Ica, El Peruano, 19/08/2000, p. 6009).

Se encuentra exonerado del pago de costas y costos quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contradecirla (Exp. N° 165-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 403).

Está exonerado del pago de costas y costos quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla.

Si bien en los procesos de ejecución no existe propiamente contestación a la demanda, procede la exoneración de costas y costos en el reconocimiento, por ser esta una forma de conclusión del proceso (Exp. N° 513-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 404-405).

Si se contradijo la ejecución simultáneamente con el allanamiento y el Juzgado rechazó liminarmente la contradicción, sin ser impugnada, se extingue todo estado de controversia, pues el allanamiento importa la renuncia a toda oposición.

Procede en el allanamiento la exoneración de costas y costos (Exp. N° 628-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 414).

LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS

ARTICULO 417

Las costas serán liquidadas por la parte acreedora de ellas, después de ejecutoriada la resolución que las imponga o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado.

La liquidación atenderá a los rubros citados en el artículo 410, debiéndose incorporar solo los gastos judiciales comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas.

Las partes tendrán tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable.

Interpuesta observación, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el juez resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

El único medio probatorio admisible en la observación es el dictamen pericial, que podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido. Del dictamen se conferirá traslado por tres días, y con su contestación o sin ella el juez resolverá con decisión inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 262, 368 inciso 2, 372, 410, 419.
LEY 26887 art. 137.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 393.

Comentario

La norma reafirma el carácter procesal de los gastos pues atribuye que ellos podrán ser exigibles luego de ejecutoriada la resolución que ordene la condena. Dicho enunciado es coherente porque los gastos procesales representan una obligación accesoria derivada del proceso y su título constitutivo es la sentencia que ordena su pago.

Por otro lado, la liquidación solo debe atender a los gastos que se derivan en forma directa del proceso, excluyendo de este concepto los daños y perjuicios porque no se identifican con ellos. En ese sentido, la norma en comentario remite a los rubros citados en el artículo 410, cuando se trata de liquidar las costas, debiéndose incorporar solo los gastos judiciales comprobados y correspondientes

a actuaciones legalmente autorizadas, como por ejemplo, el pago de honorarios a los órganos de auxilio judicial; el pago de las publicaciones en el periódico, en caso de remates; el pago de las tasas judiciales, etc.

Una vez incorporado al proceso la liquidación de costas, las partes tienen tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable. Como el punto en discusión es la liquidación de las costas, es atendible que la observación a la liquidación presente como medio de prueba al dictamen pericial.

Puede ocurrir que dentro del plazo se observe la liquidación de costas. En este supuesto se confiere traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella el juez resuelve. Dicha resolución es apelable sin efecto suspensivo.

Nótese que la norma ha establecido un plazo para el ejercicio del contradictorio, agotado este, precluye la posibilidad de todo cuestionamiento; en igual sentido, no podría admitirse la aprobación de las costas realizada con antelación al vencimiento del plazo del tercer día.



JURISPRUDENCIA

El juez no debe admitir la observación a las costas formulada de manera genérica, sin especificar las partidas observadas. Al no indicarse el número de cédulas utilizadas, corresponde asignársele un valor prudencial, según lo que fluya de lo actuado (Exp. N° 97-51951-3365, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 434).

La regulación de costas personales tiene el carácter de prudenciales, por lo que debe tenerse en consideración los documentos, la causa y el tiempo que ha durado el proceso. Si se dejó sin efecto el remate por causas no imputables al ejecutado, no debe ser de consideración los avisos para el remate, al momento de regular las costas (Exp. N° 1402-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 252-253).

La disposición contenida en el artículo 417 del Código Procesal Civil no debe aplicarse de manera automática, si el juez encuentra razones atendibles que lo lleven a intervenir en la regulación del monto de las costas y costos. El juez está facultado para ordenar una pericia respecto a las costas. Ella no solo procede cuando se ha formulado observación y su ofrecimiento corresponde a la parte que la hubiere realizado. El juez aprobará el monto de los costos procesales atendiendo los documentos presentados. Cuando es evidente la desproporción entre el monto aprobado y el que acrediten los documentos presentados debe reformarse (Exp. N° 989-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 543).

PROCEDENCIA DE LOS COSTOS

ARTICULO 418

Para hacer efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el juez aprobará el monto.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. VIII, 411, 414.

Comentario

1. Los costos y costas pertenecen al campo del Derecho Procesal puesto que la obligación de pagarlas nace de la intervención de las partes en el proceso, el título en que se fundan es una sentencia judicial, y su monto debe ser fijado en ejecución.

No se trata de un pago propiamente dicho sino de un "reembolso", puesto que el vencido restituye al adversario las sumas que este ha empleado en defender su derecho. Se argumenta que si el reconocimiento del derecho lleva consigo gastos, estos deben ser reintegrados al patrimonio del titular del derecho, a fin de que el medio empleado para su reconocimiento no produzca una disminución del derecho mismo.

Este reembolso tiene que acreditarse con documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago. Solo así se podría ordenar en vía de devolución que se retorne el gasto a su beneficiario. Por otro lado, no es suficiente acreditar el gasto sino haber cumplido con la obligación tributaria del caso.

La norma en comentario señala que el juez aprobará el monto de los costos atendiendo a los documentos presentados. Aquí ingresa la actividad discrecional del juez quien, previamente a la aprobación del monto, puede recurrir a los parámetros que le señala el artículo 414 del Código.

2. Sobre el abono de los gastos procesales, obra en la Dirección de Comisiones y Consultas del Colegio de Abogados de Lima, año 1998, el siguiente caso: se pregunta si es procedente el reembolso de los honorarios profesionales a la parte vencedora en el proceso, si se aprecia que dicho abogado no ha efectuado ninguna diligencia ni autorizado los escritos en el proceso; y a pesar de ello emite recibo para acreditar el pago de sus honorarios profesionales.

Frente a dicha inquietud, el informante en la comisión argumento lo siguiente: la condena busca la devolución de los gastos, para lo cual, la parte beneficiada con la devolución —por ser vencedora en el proceso— está obligada a acreditar dicho gasto con los recibos de honorarios correspondientes. El juez no puede ingresar a calificar la calidad de la prestación profesional del abogado, pues ello no es objeto de la litis, sin embargo, puede graduar el monto que se exige para el reembolso en atención a las "incidencias del proceso". Esto permitirá apreciar al juez el grado de intervención del letrado en el proceso para fijar el monto del reembolso.

Especial reflexión se genera cuando la parte ha contratado la intervención de varios abogados a lo largo de todo el proceso. Ella estaría obligada a demostrar los pagos realizados, a cada uno de ellos, para luego pedir su reembolso total bajo la aprobación de un único monto; además, en el caso de la defensa realizada por abogados que tienen un régimen laboral de dependencia, con la parte vencedora, quienes no solo asumen la defensa del caso de la condena, sino que además prestan sus servicios para realizar otras actividades propias del vínculo laboral entre ambas, para lo cual se le asigna un sueldo y un horario que cumplir. Véase por citar el caso de los asesores legales de una persona jurídica cuya actividad no solo se desarrolla en la defensa del caso de litis, sino en una serie de diversas tareas que la empresa le requiere. En estos casos, ¿cómo la empresa beneficiada con el reembolso demuestra el pago realizado para la defensa del caso en particular? Otro punto en discusión se orienta a deslindar si la defensa que asume el propio abogado como parte vencedora en un proceso judicial debe ser reembolsada y si ello es así, cómo operaría la demostración de ese gasto para el reembolso.



JURISPRUDENCIA

Si se advierte que la parte demandada no formuló contradicción a la demanda interrumpiendo o dificultando la defensa, el monto de los costos deberá ser fijado teniendo en cuenta que los actos procesales se limitaron a la presentación de la demanda y a la concurrencia a una sola audiencia, habiéndose dictado en el proceso el juzgamiento anticipado.

El contrato de servicios profesionales suscrito entre la demandante y su abogado no pueden obligar al demandado, quien es un tercero ajeno a la relación material. Solo son obligatorios a las partes que los suscribieron (Exp. N° 3948-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 432).

No procede la observación a la liquidación de costos si el vencedor acompaña documento indubitable y de fecha cierta que acredite el pago y los tributos que corresponda.

La declaración del impuesto a la renta y las declaraciones de pago anual de los ejercicios gravables, acreditan a cabalidad los tributos (Exp. N° 712-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 447).

Si no es objeto de observación el monto de los costos del proceso, su aprobación es inimpugnable. Ello no impide que, en virtud de la pluralidad de instancias, se regule teniendo en cuenta la importancia y cuantía de la pretensión, así como las instancias que ventilaron el caso (Exp. N° 1483-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 401).

Resulta razonable que la parte vencida cubra los costos del proceso, siempre que los pagos sean acreditados. Debe haber proporción y equidad con el monto que fue materia de la cobranza (Exp. N° 479-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 410-411).

El juez debe fijar los costos del proceso en forma prudencial, atendiendo no solo a la duración del proceso e instancias jurisdiccionales, sino también a la naturaleza de la pretensión, su complejidad, el monto del petitorio, entre otros. No procede aprobar los costos si no se ha tomado en cuenta que el proceso se ha tramitado en una sola instancia y que ha durado cuarentinueve días. Además el actor debe cumplir con acompañar el formulario respectivo, donde se exteriorice que el abogado se encuentra exonerado del impuesto de la renta y el de solidaridad (Exp. N° 1257-2001, Primera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 541).

Conforme lo señala el artículo 418 del Código Procesal Civil, es indispensable para el cobro de los costos procesales que el vencedor acompañe documento indubitable y fecha cierta que acredite el pago así como de los tributos que correspondan. Si el recibo de pago presentado por la actora no cumple con demostrar haber cumplido con el pago del tributo al que está obligado el letrado conforme a la legislación tributaria actual debe requerirlos cuando cumpla con tal exigencia (Exp. N° 5790-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 547).

PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS

ARTICULO 419

Las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las apruebe. En caso de mora, devengan intereses legales.

El pago se exige ante el juez de la demanda. Las resoluciones que se expidan son inimpugnables.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. VIII, 381, 417.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 395.

Comentario

Los gastos procesales (costas y costos) reúnen los siguientes caracteres: están constituidas por los gastos que derivan en forma directa del proceso; comprenden solo los gastos ocasionados por el proceso y excluyen los daños y perjuicios que no se identifican con ellos; y representan una obligación accesoria derivada del proceso y su título constitutivo es la sentencia que ordena su pago. La demora en el reembolso genera mora, a la que es pasible aplicar el interés legal.

El mecanismo y las pautas para fijar el monto del reembolso se regulan en los artículos 417 y 418 del Código. Lo interesante de la norma es que señala el momento a partir del cual es exigible el pago, esto es, "inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que la apruebe". Hay que recordar que las costas y costos son obligaciones propias y exclusivas del proceso judicial. Su reclamo se agota solo frente al juez del litigio originario.

La norma no considera la posibilidad de revisión de las resoluciones que expidan en torno a la ejecutabilidad de los gastos procesales, decimos ello porque expresamente el texto declara su inimpugnabilidad. Ello es entendible porque el título constitutivo de los gastos, contenido en la sentencia, sí admite revisión en el ejercicio de la pluralidad de instancias. Nótese que los gastos procesales aparecen en la ejecución de sentencia luego que se ha satisfecho la pretensión principal. Pretender habilitar los mecanismos de impugnación a la ejecución de los gastos no permitiría la conclusión del proceso, a pesar de que la pretensión principal ya hubiere sido satisfecha.

**JURISPRUDENCIA**

Es improcedente que se dolarice la suma mandada a pagar por costas y costas. No puede ser exigida en moneda distinta conforme lo señala el artículo 1234 del Código Civil (Exp. N° 4639-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 208-209).

TÍTULO XVI

MULTAS

LITERALIDAD Y DESTINO DE LA MULTA

ARTÍCULO 420

La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partes iguales.

La multa es ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso procede su exoneración.

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. IV, VIII, 4, 13, 46, 53 inciso 1.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>art. 120.</i>
<i>R.ADM. 938-CME-PJ</i>	<i>arts. 1 y ss.</i>
<i>R.ADM. 361-SE-TP-CME-PJ</i>	<i>arts. 1 y ss.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 394.</i>
------------------------	------------------

Comentario

1. Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos. Tienen un rol represivo y conminatorio, pues miran tanto al pasado como al futuro.

2. Con relación al rol conminatorio, véase lo regulado en el inciso 1 del artículo 53 del CPC, cuando señala "el juez puede imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla con sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión".

Aquí la multa tiene por objeto vencer la resistencia del sujeto y llevarlo a cumplir la resolución dictada, como sería el caso del tercero que incumple con la exhibición ordenada. Busca un objeto determinado, como es, compeler al cumplimiento de lo ordenado por mandato judicial. Dice el artículo 261 del CPC "si el que incumple es

un tercero, se le aplicará una multa no menor de 3 ni mayor de 5 Unidades de Referencia Procesal (URP), la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el juez”.

Por otro lado, la actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

3. Cuando nos referimos al rol represivo, la multa se califica como una sanción pecuniaria, pronunciada por el juez de oficio. Véase por citar, el caso de la desafectación de bienes de terceros (ver el artículo 624 del CPC) cuando se acredita la mala fe del peticionante de la medida cautelar, se le impondrá una multa no mayor de 30 Unidades de Referencia Procesal (URP); o cuando se acredita el falso juramento respecto a la dirección domiciliaria del demandado (ver el artículo 441 del CPC). El criterio represivo no se orienta a reparar el perjuicio por el incumplimiento o cumplimiento tardío de los mandatos judiciales. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La multa, como manifestación del *imperium* del magistrado, es indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. El monto liquidado de la multa se adjudicará al Estado, pues la negativa a someterse a los mandatos judiciales causa un grave trastorno a la sociedad; esa perturbación debe ser reparada por una penalidad de carácter público; de ahí que la norma en comentario señale que “la multa es ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso procede su exoneración”.

4. Las multas como sanciones pecuniarias proceden en los supuestos de malicia (sea por acto u omisión intencional, propósito maligno, perjuicio sin necesidad, dolo, etc.), desobediencia, demora o inercia en la actividad procesal, orientada a dilatar o impedir la ejecución de los mandatos judiciales. En ese sentido, véase el caso de la sanción por el ejercicio irregular del derecho de acción civil, al litigante malicioso (artículo 4 del CPC); además, si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagará una multa en el monto que fija el artículo 13 del CPC; la parte que con malicia o engaño promueva una inhibitoria, será condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa, en los montos que establece el artículo 46 del CPC; cuando comparece el demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no mayor de 50 Unidades de Referencia Procesal, dice el artículo 65 del CPC.

5. Es importante distinguir la multa de la *astreinte*. Esta última no tiene regulación en nuestro Código, pero podemos decir que se constriñe al cumplimiento de

una obligación derivada de una sentencia. Es un vehículo de complementación del contenido sustancial de la sentencia, que incluye una multa o condena pecuniaria que ha de pagar el deudor a su acreedor por cada día que retarde el cumplimiento efectivo del fallo. Se fundamenta esta figura en que la sentencia no solo ha de ser válida por cumplir requisitos de forma y de fondo, sino que ha de ser eficaz para lograr en definitiva lo que ella dispone, en el tiempo más breve que sea disponible.

6. El cuestionamiento que viene realizando el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Consucode en el sentido de estar exonerada del pago de la multa, por ser una entidad pública y porque si bien la multa es un beneficio para el Poder Judicial, resulta ser un ingreso al presupuesto del Sector Público, siendo imposible que el Estado abone al mismo Estado, invocando para ello el artículo 47 de la Constitución del Estado sobre las normas del Código Procesal Civil se ha establecido en reiterados pronunciamientos judiciales que Consucode, como parte demandada, ha sido representado por un Procurador Público del Estado, el mismo que ha ejercido su defensa en el desarrollo del proceso; y la multa impuesta a la referida entidad deriva del resultado adverso respecto de la interposición del recurso de casación, por lo que se concluye que conforme el artículo 420 del Código Procesal Civil, en ningún caso procede la exoneración de la multa⁽¹⁶⁰⁾.



JURISPRUDENCIA

Habiéndose nombrado peritos a efectos de establecer el saldo deudor impago, y conminado a la demandada y su abogado para que pongan a disposición del juzgado los libros necesarios para la práctica de la pericia, estos no han prestado las facilidades necesarias para realizar la pericia contable, situación que justifica la medida coercitiva de multa impuesta a la parte y a su abogado, más aún si ha transcurrido un año y medio sin avance sustancial en el proceso (Exp. N° 4265-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 349).

Si en la audiencia, por las mismas razones argüidas en la sentencia, el juez llamó severamente la atención tanto al codemandado como a su abogado, no procede sancionarlos posteriormente con una multa, pues, ello implicaría una doble sanción y una inobservancia del principio del non bis in idem (Exp. N° 908-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 398).

El hecho que la parte emplazada formule oposición a la subrogación del perito por haber contactado y sufragado parte de sus honorarios profesionales no es óbice para que el juez imponga a esta y al letrado que patrocina una multa por haber transgredido los principios del artículo IV del Título Preliminar del CPC.

Si bien el juez fija el honorario del perito, también es cierto que la parte que ofrece dicha prueba está obligada al pago de este (Exp. N° 12924-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 407-408).

(160) Apelación N° 33-2008-Lima, en los seguidos por Consucode con EsSalud, sobre impugnación de resolución administrativa. Resolución de fecha 31 de enero del 2008 emitida por la Sala Civil Suprema Permanente.

UNIDAD DE PAGO APLICABLE A LA MULTA

ARTICULO 422

La Unidad de Referencia Procesal aplicable al pago de la multa, será la vigente a la fecha en que se haga efectivo. En la liquidación que se presente, se citará la norma que fija la unidad de pago.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 420, 423.
R.ADM. 938-CME-PJ	arts. 1 y ss.
R.ADM. 361-SE-TP-CME-PJ	art. 1 y ss.

Comentario

La multa es una condena pecuniaria destinada a vencer la resistencia de los sujetos procesales, quienes se niegan a cumplir un mandato judicial. También opera como sanción pecuniaria en los supuestos de malicia, (sea por acto u omisión intencional, propósito maligno, perjuicio sin necesidad, dolo, etc.) desobediencia, demora o inercia en la actividad procesal, orientada a dilatar o impedir la ejecución de los mandatos judiciales.

Nótese que hacemos referencia a los sujetos procesales, pues no solo involucra a las partes sino a terceros legitimados u órganos de auxilio judicial.

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la misma que varía cada año, la norma precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa. Como señala la norma, se debe precisar en la liquidación que se presente la Unidad de Referencia Procesal que se utiliza para fijar el monto de la multa, porque puede ser materia de cuestionamiento, dicha unidad de referencia, conforme lo señala el artículo 422 del CPC.

LIQUIDACIÓN Y PROCEDIMIENTO

ARTÍCULO 422

La liquidación de la multa es hecha por el secretario de juzgado y aprobada por el juez de la demanda.

Todas las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa son inimpugnables. Sin embargo, se concederá apelación sin efecto suspensivo si el obligado cuestiona el valor de la Unidad de Referencia Procesal utilizada para hacer la liquidación. Si la resolución es confirmada, el obligado debe pagar adicionalmente una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto liquidado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 368 inc. 2, 372.
R.ADM. 938-CME-PJ	arts. 1 y ss.
R.ADM. 361-SE-TP-CME-PJ	arts. 1 y ss.

Comentario

Las multas impuestas por los órganos jurisdiccionales deben ser exigidas por el juez de la demanda al concluir el proceso, para lo cual se ha aprobado el procedimiento para dicha cobranza, mediante Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ.

Los juzgados deben formar el cuadernillo con copia certificada de la resolución que impuso la multa y demás actuados relacionados con la misma.

El juez podrá acumular las distintas multas impuestas contra una persona, dentro del mismo proceso, en un solo cuadernillo.

Señala el artículo 8 del Reglamento de Cobranza de multas impuestas por el Poder Judicial que, "el juez executor requerirá al multado a fin de que cumpla con pagarla, en un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de ejecución forzada, de acuerdo con las normas procesales y de comunicar la multa a la Central de Riesgos Crediticios-Comerciales que la gerencia general designe para tal efecto".

El juez executor pondrá en conocimiento del multado la liquidación; la misma que solo podrá ser apelada cuestionando el valor de la Unidad de Referencia Procesal utilizada al momento de la liquidación; todas las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa son inimpugnables.

El pago se realiza en la Cuenta Ingresos Propios del Poder Judicial del Banco de la Nación. Es factible los pagos a cuenta que realice el multado, o cualquier suma que se obtenga como producto de la ejecución se aplicará primero a los intereses, luego a las costas, y solo después a la multa principal.

Atendiendo a las circunstancias personales del obligado el juez executor podrá, excepcionalmente, prorratear la multa en cuotas iguales por un plazo no mayor de tres meses, conforme lo establece el artículo 19 del reglamento citado.



JURISPRUDENCIA

Si el demandado considera que el actor ha errado su planteamiento, solo a él permite nuestro sistema procesal y no al órgano jurisdiccional denunciarlo al momento de contestar la demanda.

(...) la necesidad de mantener en el proceso la acción que se ejercita, prohibiendo la mutatio libelli; cuando los demandantes han optado por una de ellas, tiene una justificación social y práctica, evitar nuevas demandas con los inevitables gastos de tiempo y de dinero (Exp. N° 34-98-Arequipa, Editora Normas Legales S.A., Tomo 272, Enero 1999, Trujillo-Perú, pp. A.6-A.8).

PAGO DE LA MULTA

ARTICULO 423

La multa debe pagarse inmediatamente después de impuesta. En caso contrario, devengan intereses legales y su exigencia es realizada de oficio por el juez de la demanda al concluir el proceso, tan pronto quede consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la liquidación.

CONCORDANCIAS:

R.ADM. 938-CME-PJ arts. 1 y ss.
R.ADM. 361-SE-TP-CME-PJ arts. 1 y ss.

Comentario

Las multas tienen como finalidad lograr disciplina en la conducta procesal de los sujetos intervinientes en el litigio, a efectos que en un debido proceso actúen dentro de los principios de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Hay dos momentos para pagar la multa: inmediatamente después de interpuesta o luego de concluido el proceso. En este último caso, la multa devenga intereses legales y serán aplicados de acuerdo con lo establecido por el Código Civil, señala el artículo 16 del Reglamento de Cobranzas de Multas.

El juez de la demanda, de oficio, exige el pago, para lo cual debe quedar consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la liquidación. Hay que recordar que todas las resoluciones que precisan el monto de la multa son inimpugnables, salvo que se cuestione el valor de la unidad de referencia procesal utilizada para hacer la liquidación, como señala el artículo 422 del CPC.

Atendiendo a las circunstancias personales del obligado, el juez executor podrá, excepcionalmente, prorratear la multa en cuotas iguales por un plazo no mayor de tres meses, conforme lo establece el artículo 19 del Reglamento. El multado deberá presentar su solicitud adjuntado los documentos sustentatorios que acrediten su imposibilidad de pago. El juez, previa evaluación, emitirá la resolución de prórroga detallando el monto y la fecha de vencimiento de cada cuota.

Mediante Resolución Administrativa N° 938-CME-PJ del 28 de noviembre de 1998 se dispone que las multas impuestas en procesos civiles, laborales y de familia sean exigidas por el juez de la demanda al concluir el proceso, para lo cual en cada juzgado se implementará un libro de registros de multas, para efectos del

control respectivo. Posteriormente, mediante Resolución Administrativa N° 39961-SE-TP-CME-PJ se aprueba el Reglamento de cobranza de multas impuestas por el Poder Judicial.

En agosto de 2000 se aprobó el Manual de Procedimientos del Reglamento: Resolución N° 103-2000-GG-PJ. Se debe precisar además que toda multa pagada deberá ser depositada en la Cuenta Corriente N° 000-281743 del Poder Judicial, bajo el concepto multa y no como depósito judicial. En tanto no se ponga en funcionamiento la Oficina de Cobranzas Coactivas del Poder Judicial, toda multa impuesta deberá ser solicitada por el juzgado que la impuso.

SECCIÓN CUARTA POSTULACIÓN DEL PROCESO

TÍTULO I DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

REQUISITOS DE LA DEMANDA

ARTÍCULO 424

La demanda se presenta por escrito y contendrá:

- 1. La designación del juez ante quien se interpone;*
- 2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante;*
- 3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo;*
- 4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda;*
- 5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;*
- 6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;*
- 7. La fundamentación jurídica del petitorio;*
- 8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse;*
- 9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda;*
- 10. Los medios probatorios; y,*
- 11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto. (*)*

(*) Texto del inciso según el artículo 2 de la Ley Nº 28439 (28/12/2004).

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	arts. VII, 58, 101, 130, 131, 132, 133, 158 párr. 3, 165, 189, 442, 445, 495, 505, 520, 535, 695, 751.
<i>C.T.</i>	art. 137.
<i>C.P. Const.</i>	arts. 27, 42, 69, 86, 101, 102.
<i>C.N.A.</i>	art. 164.
<i>LEY 26572</i>	art. 112.
<i>LEY 26636</i>	art. 15.
<i>LEY 26662</i>	arts. 5, 17, 22, 25, 36, 39.
<i>D. LEG. 823</i>	arts. 40, 87, 94, 105, 138, 198, 230.
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	arts. 288 inc. 10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	arts. 163, 164.
<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	arts. 78, 110, 155.
<i>C.P.C. Colombia</i>	arts. 75, 84.
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	art. 330.
<i>C.F.P.C. México</i>	arts. 322-326.

Comentario

1. La demanda es toda petición formulada por las partes al juez. Es un acto de iniciación procesal, no implica necesariamente el planteamiento de un conflicto suscitado entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia de fondo que lo dirima, sino que se configura, con motivo de la petición formulada ante el órgano judicial, por una persona distinta de este, a fin de que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso.

Montero Aroca⁽¹⁶¹⁾, define a la demanda como el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y contiene la pretensión; por ello, se dice que la demanda como acto es un continente; por medio de ella se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión.

La acción supone, entre otras cosas, el derecho del particular a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y ese derecho se ejercita en el acto de la demanda por el actor y por el demandado, a través de la contrademanda.

Hay por tanto diferencia conceptual entre pretensión y demanda, a pesar que, se presenten fundidos en un acto único; es decir, el actor al mismo tiempo que solicita la apertura del proceso (ejerce el derecho de acción) formula la pretensión que ha de constituir el objeto de esta.

La demanda se orienta al logro de dos objetivos: el inmediato que persigue el inicio del proceso, y el mediato, que busca el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción.

(161) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*, T. II, Proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p. 129.

La demanda es importante porque es el vehículo a través del cual el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios.

2. Podemos agrupar la demanda según el objetivo: demandas de conocimiento, demandas de ejecución y demandas cautelares.

Desde el punto de vista subjetivo se distingue en demandas unipersonales y colectivas, según sea interpuesta por uno solo o varios actores.

Por la necesidad de su postulación, concurren demandas obligatorias y facultativas; en el primer caso se ubican las que han logrado medida cautelar fuera de proceso y tienen diez días para la interposición de la demanda (ver el artículo 636 del CPC).

Por la pretensión que persiguen concurren, demanda de prestación o de condena; demanda declarativa y demanda de formación o constitutiva. En el primer caso, la petición de la demanda se orienta a buscar una sentencia que condene al demandado a la prestación debida, ejemplo, el pago de un mutuo; en la demanda declarativa, busca esclarecer una situación incierta o dudosa, esto es, que se declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica; por citar, la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad del acto jurídico; y la demanda constitutiva se orienta a crear, modificar, extinguir una relación jurídica a través de la sentencia, véase el caso de la demanda de divorcio.

La demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia, la carga del actor de impulsar el proceso para evitar el abandono, determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia; fija el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros (véase en ese sentido el artículo 438 del CPC).

3. Cuando se recurre a la jurisdicción a buscar tutela, no se acude con las manos vacías, sino con un instrumento llamado demanda, que contiene una o varias pretensiones. Ella se presenta por escrito y contiene los siguientes requisitos:

3.a) La designación del juez ante quien se interpone. Esta designación es genérica, sin referirse a la persona concreta que tenga la potestad jurisdiccional. Puede darse el caso que en la localidad donde se deba presentar la demanda exista más de un juzgado, como es el caso de Lima que reúne 67 jueces civiles; al no tener información, en ese momento a cuál le corresponderá por reparto aleatorio conocer la demanda, se hace necesario invocar genéricamente al "señor juez especializado en lo civil de Lima" sin perjuicio que en los escritos posteriores se indique el número de juzgado asignado.

Según Montero Aroca⁽¹⁶²⁾, "la presentación de la demanda en un juzgado concreto determina qué órgano jurisdiccional estima el actor que es sujeto pasivo de su derecho de acción y también cuál cree competente para pronunciarse sobre la pretensión. Después, puede que se declare la incompetencia de ese órgano, pero la presentación por sí sola supone, por ejemplo, sumisión tácita para el demandante".

3.b) Los incisos 2, 3 y 4 se ocupan de la designación de las partes. Es importante esa designación porque sirve para delimitar subjetivamente la pretensión, fijando entre quiénes nace el proceso y, en su momento, quiénes se verán afectados por la cosa juzgada.

Las partes son sujetos de derechos y deberes que no están situados frente al juez como súbditos, sometidos a su potestad y obligación a obedecerlo pasivamente, sino como ciudadanos libres y activos que tienen ante el juzgador no solo deberes que cumplir sino también que hacer respetar; por lo que el juez no debe estimarse únicamente como autoridad dotada de poderes, sino como un funcionario sujeto a deberes y responsabilidades frente a las partes, las que tienen derecho de hacer valer libremente sus razones y de ser escuchadas con atención.

En el caso del demandante, este debe identificar a su representante o apoderado, si fuere el caso. La representación del actor por medio de representante obliga a este a expresar su nombre y acompañar los documentos que acreditan ab initio esa representación (ver el artículo 425 inciso 2 del CPC).

Respecto al demandado, el actor debe brindar los datos necesarios para que la demanda no se considere dirigida contra persona indeterminada, situación que prevé el artículo 435 del CPC. El inciso 4 del artículo en comentario impone la carga de indicar, en la demanda, el nombre y domicilio del demandado. Ello se justifica por la circunstancia de ser aquel sujeto pasivo de la pretensión y quien habrá de quedar jurídicamente vinculado por la sentencia que se dicte.

Las deficiencias que pudieran mediar acerca de este extremo, carecen de relevancia cuando la demanda se contesta espontáneamente, pues el hecho de la presentación del demandado, demuestra que el cumplimiento de la exigencia no fue imprescindible para individualizarlo.

Por otro lado, debe precisarse que la demanda no se dirige formalmente contra el representante del demandado, sino contra la propia parte y esta es la que debe ser emplazada. Esto nos lleva a decir que no es necesario hacer constar el nombre del representante legal de la persona natural o del órgano de una persona jurídica.

(162) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 131.

3.c) El domicilio procesal a que se refiere el inciso 2 es aquel que, dentro de determinado perímetro establecido por la ley, deben constituir las partes o sus representantes en la primera presentación en el proceso, a fin de que en él se practiquen todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real de las partes. Este domicilio procesal puede ser también designado a través de los servicios que brinde una corporación o un gremio como es el caso del Colegio de Abogados.

El domicilio procesal debe ser designado en forma clara y precisa, de manera tal que la sede elegida a tal efecto sea susceptible de exacta determinación. No cabe eficaz constitución de domicilio cuando tratándose de edificios con pluralidad de unidades no se señala precisamente un determinado departamento u oficina.

El Código hace referencia al domicilio procesal y a la dirección domiciliaria; ello nos podría permitir que este último domicilio pueda funcionar como supletorio del domicilio procesal siempre que se encuentre ubicado dentro del perímetro urbano. Bajo el concepto de dirección domiciliaria podemos apreciar al domicilio real, legal y especial.

Con relación a la dirección domiciliaria del demandado, puede darse el caso que el actor ignore el domicilio, en esos casos debe expresar esa circunstancia bajo juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda; ello va a generar la citación por edictos.

El domicilio real del demandante no debe confundirse con el domicilio procesal. El domicilio procesal es aquel que se fija dentro de determinado perímetro y lo constituyen las partes o sus representantes en la primera intervención en el proceso. En este domicilio se van a practicar todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real de las partes.

Es un domicilio cuyos efectos se circunscriben a la sustanciación de un determinado proceso y que carece de relevancia jurídica fuera de este, esto es, tiene efectos exclusivamente procesales.

Como notas saltantes de este domicilio encontramos las siguientes: solo puede constituirse dentro del perímetro determinado por la ley; y, subsiste durante toda la sustanciación del proceso mientras no se varíe este.

El Código no dice nada sobre la omisión de designar domicilio procesal. Frente a ello, advertimos que la práctica judicial condiciona el apersonamiento de la parte al proceso hasta que designe domicilio procesal. En otras legislaciones, dicha omisión trae aparejado el efecto de que la notificación de los actos procesales se reputa efectuada automáticamente.

3.d) El inciso 5 hace referencia al objeto de la pretensión o petitorio. Este debe ser jurídicamente posible y debe hallarse debidamente precisado con toda exactitud, en forma clara y concreta; por ejemplo, si la pretensión versa sobre la

prescripción adquisitiva de un bien inmueble, el actor debe indicar su ubicación, superficie, linderos, etc.; si refiere al pago de una suma dineraria, debe precisarse el monto reclamado. Contra la demanda que adolece de petitório claro puede oponerse la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, por no establecer con precisión y coherencia lo que se pide.

La petición es el requisito más importante de la demanda por las consecuencias que produce, sobre todo con relación a la congruencia. Juegan como requisito de admisibilidad de la demanda y de estimación de la pretensión.

Montero Aroca⁽¹⁶³⁾ señala "antes de formular una demanda el actor debe tener claro qué tutela se pide (declaración pura, condena, constitución) y con relación a qué bien.

De conjugar estos dos elementos resultará, por ejemplo, que se ejercita una pretensión de condena con relación a un bien consistente en un hacer, y entonces será preciso determinar de qué bien se trata, quién tiene que realizarlo, en qué circunstancia de cantidad, tiempo, lugar, etc., por ejemplo, si se trata de una pretensión de constitución habrá de fijarse el cambio de situación jurídica que se solicita".

3.e) El inciso 6 del artículo regula la fundamentación, causa o título de la pretensión. Ello significa que la demanda debe contener hechos claros y precisos, expuestos enumeradamente.

La claridad y enumeración de los hechos tiene fundamental importancia por cuando el demandado tiene la carga de reconocerlos o negarlos categóricamente (véase el inciso 2 del artículo 442 del CPC); además los medios de prueba serán calificados de pertinentes en la medida que guarden relación con los hechos del proceso y porque la sentencia solo puede apreciar los hechos alegados por las partes, en caso contrario, se adolecería de incongruencia. Además es el límite para el ejercicio del *iura novit curia*, pues el juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (ver el artículo 7 del Título Preliminar).

3.f) El inciso 7 se refiere a la fundamentación jurídica. El actor debe fundar en derecho la pretensión contenida en la demanda, pero las normas alegadas no condicionan en modo alguno la estimación o desestimación de la pretensión, pues el órgano jurisdiccional puede estimarla con base en normas no alegadas por el demandante.

Para Palacio⁽¹⁶⁴⁾, "la norma jurídica no es la que individualiza la pretensión procesal sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir

(163) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 139.

(164) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 296.

determinado efecto jurídico; por lo tanto, el órgano judicial debe limitarse a decidir si ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, con prescindencia de la designación técnica que este haya acordado a la situación fáctica descrita como fundamento de la pretensión o de la norma, porque por aplicación del principio del *iura novit curia*, el juez cuenta con absoluta libertad en lo que atañe a la elección de la norma que conceptualizan al caso”.

A mayor abundamiento dice: “aunque la exposición del derecho viene en cierta medida a complementar la causa de la pretensión, no se trata de un requisito imprescindible de la demanda y susceptible como tal, de autorizar el rechazo. Su cumplimiento es conveniente en la medida que facilita el ejercicio de la función judicial y propende al mejor encauzamiento del litigio”.

3.g) Los incisos 8 y 9 refieren que el actor debe fijar la vía procedimental por la que ha de tramitarse el asunto que inicia con la demanda, para lo cual toma como referencia dos aspectos: la cuantía y la naturaleza de su pretensión (ver el inciso 3 del artículo 475 y el inciso 8 del artículo 486 del CPC); sin embargo, debe advertirse de la posibilidad que el juez del proceso pueda modificar la vía procedimental propuesta. Es una facultad que aparece regulada en el inciso 1 del artículo 51 del CPC, por la que se permite a los jueces “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible”. Por otro lado es importante precisar que no todas las pretensiones son susceptibles de una expresión pecuniaria, situación que permite superar esta exigencia y considerarla bajo lo establecido en el inciso 3 del artículo 475 e inciso 8 del artículo 486 del CPC ya citados.

3.h) Los medios probatorios cuyo ofrecimiento se exige con la presentación de la demanda, están ligados al principio de oportunidad de la prueba, esto es, las partes deben mostrar su acervo probatorio en el primer acto. El inciso 10 se orienta a hacer realidad lo señalado. Este enunciado encierra la preclusión en el ofrecimiento de pruebas. La no producción de la prueba a tiempo agota la posibilidad de hacerlo posteriormente.

Otro de los principios que concurren es el de igualdad, pues toda prueba debe ser comunicada al adversario para que tenga conocimiento de ella antes de su producción. A la preclusión citada concurre el denominado principio de eventualidad, por la que los litigantes deben hacer valer conjuntamente sus defensas, sus medios probatorios, en la primera oportunidad que lo tengan.

Es importante precisar que el derecho a la prueba, como parte de un proceso justo, no se agota en la posibilidad de ofrecer el medio de prueba, sino que implica la admisión, la actuación, la conservación y la valoración de los medios de prueba. En ese sentido, sería necesario que cuando se ofrece los medios de prueba, el juez se pronuncie admitiendo, rechazando o declarando inadmisibles el ofrecimiento. Véase el caso de la declaración de testigos: se declararía la improcedencia del

ofrecimiento, si el testigo no es una persona natural sino una persona jurídica. Ante la imposibilidad material de la existencia de ese medio probatorio, se debe declarar liminarmente la improcedencia del ofrecimiento; situación diversa sería si habiéndose ofrecido dicha declaración, no se cumple con precisar la ocupación del testigo o no se especifica el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el testigo propuesto (ver el artículo 223 del CPC). Aquí se postergaría la admisibilidad del ofrecimiento hasta que la parte subsane dichas omisiones, para luego proceder a la admisión del ofrecimiento, como tal.

Apréciese que no nos referimos a la admisión de la actuación de los medios de prueba, sino del simple ofrecimiento. En este último supuesto se tendrá en cuenta lo normado en el artículo 190 del CPC para declarar la pertinencia e improcedencia de estos. Véase el supuesto donde habiéndose admitido el ofrecimiento de los medios de prueba, posteriormente, en la contestación se admite los hechos de la demanda. Aquí, no procederá la actuación probatoria, pues como señala el inciso 2 del artículo 190 del CPC, son improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer "hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda (...)".

3.i) El inciso 11 exige la firma del demandante y del abogado. La firma del abogado es la única manera de acreditar su intervención.

La necesidad que intervenga un abogado en el proceso se justifica porque las partes no poseen conocimientos de Derecho y la técnica del proceso para materializar su defensa; de ahí que la Ley Procesal, por exigencias de interés privado y público, exige que operen en el proceso personas particularmente expertas en conducir y exponer las razones de los litigantes con aquella competencia específica que les falta a las partes. Para patrocinar se requiere tener título de abogado, hallarse en ejercicio de sus derechos civiles y estar inscrito en un Colegio de Abogados de algún Distrito Judicial. El artículo 286 de la LOPJ, señala que el abogado suspendido en el ejercicio de la abogacía, sea por mandato judicial o por medida disciplinaria del colegio donde se encuentra inscrito o por no hallarse hábil según el Estatuto de la Orden no puede patrocinar. En igual forma, se halla inhabilitado por sentencia judicial, por haber sufrido destitución de un cargo judicial o público; y sufriendo una condena privativa de libertad, tampoco puede ejercer la defensa.

A partir de la vigencia de la Ley N° 28439 que simplifica las reglas del proceso de alimentos, con el objeto de facilitar el acceso a la justicia en los procesos de alimentos a través de la flexibilización de su regulación jurídica. Dicha modificatoria al inciso 11 de este artículo establece que ya no será exigible la firma de un abogado en las demandas de alimentos, para lo cual el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha aprobado el formato de la demanda de alimentos, el que debe ser distribuido gratuitamente. Con ello se pretende aliviar, en parte, la precaria

economía de los demandantes, sin embargo, no debemos dejar de vista que algunas actuaciones procesales requerirán de la asesoría de un abogado, como el recurso de apelación. Las partes no poseen, de ordinario, los conocimientos del Derecho y de la técnica del proceso que son necesarios para poder defender eficazmente las propias razones en el proceso, por eso es preferible confiar el cometido a personas expertas, las cuales por cultura, experiencia, hábito profesional, saben conducir la exposición de las razones de los litigantes con aquella serenidad y aquella competencia específica que les falta a las partes.

En caso que se actúe la parte por representante o por apoderado, serán estos los que suscribirán la demanda. La norma regula la posibilidad que el actor sea analfabeto; en tal caso, señala que le corresponderá al secretario certificar la huella digital del demandante analfabeto. Nótese que el artículo no recoge la posibilidad de la firma a ruego en la demanda, figura que sí opera para el reconocimiento de medios probatorios suscritos en esas condiciones (véase el artículo 248 del CPC).

Ante esta deficiencia, podríamos extender dicha constatación a otros supuestos que hagan imposible que la parte actora suscriba documento alguno. En este caso se podría recurrir a la firma de un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente. Esta clase de firmas debe ser legalizada por el secretario.

Adicionalmente a ello, tenemos que fijar la fecha de la demanda, aunque existe también otro mecanismo determinante como es el cargo de presentación de la demanda.

También se tiene que contemplar otros requisitos de forma, como que sea redactada en castellano y por escrito, con las exigencias que detalla el artículo 130 del CPC.

Por último, un aspecto que hasta hoy genera polémicas se relaciona con la impugnabilidad del auto admisorio. La Casación N° 1561-98-Lima señala que ante la ausencia de norma procesal que regule la impugnación del auto admisorio, la doctrina ha establecido presupuestos que regulan la inimpugnabilidad del auto admisorio, señalando como característica principal que promueve un proceso y fija el canal procesal que se inicia cuando se interpone la demanda, generando una controversia jurídica cuya resolución es la finalidad inmediata del órgano jurisdiccional.



JURISPRUDENCIA

Se llega a la convicción de que la resolución impugnada no infringe el debido proceso en los términos denunciados, pues si bien los demandantes solo adjuntaron a la demanda una tasa judicial; también es cierto que los mismos demandados no cuestionaron oportunamente tal deficiencia de carácter formal. En efecto, al absolver el traslado de la demanda no expresaron tal omisión, dejando consentir la resolución que admite a trámite la presente demanda. Por consiguiente, en virtud del principio de preclusión procesal ya no

es posible retrotraer el proceso a una etapa procesal anterior que ya fue superada (Cas. N° 5011-2007-Lima Norte, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 01/04/2008).

La validez del contrato no puede ser cuestionada prima facie por el juzgador al realizar la calificación de la demanda. Este debe limitarse a la concurrencia de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, pues se debe permitir al demandante ejercer su derecho de acción (Exp. N° 521-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 443).

El argumento para oponer derechos reales sobre inmuebles, a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone; será aplicado en la sentencia por cuanto se trata de cuestiones de fondo que no pueden ser materia de pronunciamiento en el admisorio de la demanda (Exp. N° 47386-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 444).

El juez no puede modificar a su criterio la manifestación de voluntad contenida en la demanda, pues su calificación constituye una revisión preliminar de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción (Exp. N° 4483-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 446).

Es improcedente la nulidad, si los hechos en que se funda no se refieren a aspectos estrictamente procesales, sino, constituyen medios de defensa.

Si la demanda ha sido calificada positivamente, en el supuesto de configurarse la falta de los presupuestos procesales o de las condiciones de la acción, es improcedente la nulidad, porque ella debe determinarse en la etapa del saneamiento (Exp. N° 34664-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 379).

Los jueces de mérito aprecian la procedencia de la demanda en el momento de calificarla, al resolver las excepciones si se han producido, y nuevamente al momento de pronunciar el auto de saneamiento. Excepcionalmente, como autoriza el artículo 121 del Código Procesal Civil, los jueces en sentencia pueden pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, lo que quiere decir que pueden hacerlo no obstante haber precluido las etapas anteriores; en el caso de un proceso ejecutivo, esta facultad no queda limitada ni disminuida por el hecho de que el demandado no impugnara el mandato ejecutivo, no formulara contradicción ni apelara del auto de saneamiento, pues los jueces de mérito, en primera y segunda instancia, como directores del proceso, aplican la norma pertinente (Cas. N° 1304-99-Cusco, El Peruano, 18/12/99, p. 4326).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Existe una salvedad con respecto a los procesos de conocimiento y proceso abreviado en los que pueden presentarse junto con el escrito de apelación (Cas. N° 2177-97-Lima-Cono Norte, El Peruano, 18/10/98, p. 1976).

Para calificar la demanda es necesario verificar la capacidad para intervenir en el proceso, la competencia del juez, como presupuestos procesales, siendo necesario determinar la existencia del derecho sustantivo, el interés y la legitimidad para obrar que son las condiciones de la acción, que van a generar una relación procesal válida (Exp. N° 18413-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 477-478).

Debe admitirse a trámite la demanda, independientemente del nombre que lleva el título emitido en blanco, si se advierte que lleva la firma del emitente. En la etapa contradictoria se podrá alegar los supuestos de la integración del título (Exp. N° 47246-392-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 456-458).

El juez en la calificación de la demanda no puede pronunciarse sobre el fondo de la causa. Debe proceder a verificar si la pretensión reúne los requisitos de fondo y de forma para admitirla.

Si los hechos alegados por el actor son susceptibles de probanza, ella se realizará en la etapa procesal correspondiente (Exp. N° 2889-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 458-459).

Por la legitimidad para obrar se habilita al sujeto a ser parte en el proceso, debiendo haber identificación entre los sujetos que intervienen en la relación sustantiva con los sujetos de la relación jurídica procesal (Exp. N° 43395-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 451-452).

Nuestra normatividad permite apelar del auto que admite a trámite la demanda. El artículo 365 del Código Procesal Civil es claro al señalar qué resoluciones tienen el carácter de inimpugnables, no estando incluidas dentro de ellas las que se expidan al momento de admitir una demanda. No se puede distinguir donde la ley no distingue (Exp. N° 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).

El principio de tutela jurisdiccional efectiva franquea la oportunidad al justiciable de hacer valer su derecho sin restricciones. Si los hechos alegados en la demanda se encuadran en el supuesto de usurpación de nombre, corresponde a la parte demandante, probar que tales hechos existieron, situación que no puede establecerse en el acto de calificación de la demanda (Exp. N° 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 311).

Si bien el artículo 424 inciso 11 del CPC previene expresamente que la huella digital del analfabeto sea certificada por el secretario de la causa, también es, que no se prohíbe que otro funcionario con igual o similar credibilidad lo haga, en la medida que certifique que es la demandante la que propone la demanda.

Dicho mandato legal se satisface con la intervención del juez de Paz, que aun no siendo letrado, está investido de funciones notariales (Exp. N° 5404-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 404).

El hecho que se haya ordenado el pago de una reparación civil en un proceso penal, no impide que puede hacerse valer en sede civil la pretensión indemnizatoria cuando la víctima no se hubiera constituido en parte civil en el proceso penal.

El monto indemnizatorio no puede fijarse en moneda extranjera (Exp. N° 3536-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 260-261).

Si la demanda está dirigida a obtener la nulidad de la letra de cambio aceptada por el actor, cuya existencia ambas partes la admiten; se pueden definir la controversia aun cuando no obre en autos el referido título, siempre y cuando de la prueba actuada se advierte elementos

suficientes para definirla (Exp. N° 1349-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 629-630).

Los medios probatorios a los que se refiere el inciso 10 del artículo 424 del CPC, son precisamente los anexos de la misma que deben acompañarse, tal como lo contempla el inciso 6 del artículo 425 del CPC (Exp. N° 881-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 150-151).

El juez no puede exigir la presentación de la minuta de transferencia de particiones, bajo el argumento que constituye requisito esencial para demandar el otorgamiento de escritura. La compraventa es un acto típicamente consensual, no solemne que no necesita estar documentado. Debe disgregarse el concepto "acto" del concepto "documento" (Exp. N° 911-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 110-111).

Las personas jurídicas son independientes de las personas naturales que las integran o representan. Las personas jurídicas solo tienen que indicar el nombre social adoptado para cumplir con la obligación de identificarse (Exp. N° N-305-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 555).

La demanda es un acto procesal postulatorio que contiene la pretensión procesal, y aun cuando dicho acto requiere como requisito de admisibilidad que el petitorio debe comprender la determinación clara y concreta de lo que se pide, y como tal, las peticiones que se reclamen deben expresarse en el requisito acotado, ocurre que la demanda y la pretensión principal constituyen un todo, que deben ser interpretados en conjunto, ya que básicamente esta última categoría procesal se compone de los siguientes elementos: sujetos (actor y demandado), objeto (petitorio) y causa (fundamentación fáctica y jurídica); de ahí que el juzgador debe examinar la existencia de la pretensión desde el contexto de sus elementos afirmados en la demanda a efecto de fallar congruentemente con ella (Cas. N° 379-99-Lima-Cono Norte, El Peruano, 28/09/99, p. 3608).

La pretensión indemnizatoria, pese a ser accesorio, en el caso que la principal sea la de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, debe fundamentarse, es decir debe indicarse en qué consisten los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, qué derechos subjetivos se han afectado como consecuencia de la actividad dañosa e incluso qué monto de dinero se estima necesario para resarcirlo; la sola enunciación en el petitorio de la pretensión indemnizatoria no es suficiente para cumplir los requisitos de admisión de la demanda (Cas. N° 1079-98-Puno, El Peruano, 31/01/99, p. 2560).

La acción de filiación extramatrimonial debe intentarse contra el presunto padre o contra quienes hayan sido declarados herederos mas no dirigirse contra los padres del causante (Exp. N° 816-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 210-211).

ANEXOS DE LA DEMANDA

ARTICULO 425

A la demanda debe acompañarse:

1. *Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante;*
2. *El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado;*
3. *La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas;*
4. *La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso;*
5. *Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso; y,*
6. *Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.*
7. *Copia certificada del Acta de Conciliación Extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo. DEROGADO (*)*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 58, 72, 81, 130 inc. 6, 133, 189, 217, 258, 263, 442, 444, 495, 505, 520, 695, 751.
C.P. Const.	arts. 27, 42, 69, 86, 101, 102.
C.N.A.	art. 164.
LEY 26572	art. 131.
LEY 26636	art. 16.
LEY 26789	art. 1.

(*) Inciso derogado por el D. Leg. Nº 1070 del 28/06/2008.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.M. Iberoamérica</i>	arts. 111, 79.
<i>C.P.C. Colombia</i>	arts. 77, 84.
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	art. 333.
<i>C.F.P.C. México</i>	arts. 276, 277.

 **Comentario**

1. La demanda no debe presentarse sola, sino que debe acompañarse con documentos que permitan identificar al actor y la representación que se ejerce, si fuere el caso; los medios probatorios a los hechos que sustenta la petición y demás documentos relacionados con la admisibilidad de esta.

El contenido de este artículo resulta aplicable a los documentos emanados de cualquiera de las partes, sea demandante o demandado. En ese sentido, el artículo 444 del CPC señala: "a la contestación de la demanda se acompañan los anexos exigidos para la demanda en el artículo 425, en lo que corresponda".

Por otro lado, los anexos serán acompañados con tantas copias como sean las partes. La falta de copias origina la postergación de la demanda.

2. Por razones didácticas podemos agrupar los anexos de la demanda en procesales y materiales. En el primer caso, ubicamos a los supuestos del inciso 1 al 4, como son el documento de identidad del demandante o su representante; el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado; la acreditación de la representación si se trata de personas jurídicas o naturales, que no puedan comparecer por sí mismas.

La persona que se presenta al proceso por un derecho que sea propio aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten la condición que alega.

En el caso de los representantes de las sociedades o asociaciones deben justificar tal carácter mediante la presentación del testimonio de constitución o del acta de la asamblea o reunión de socios que los hayan designado.

El inciso 4 permite que se inserte la prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante.

Este medio de prueba se relaciona con la posibilidad de la diligencia preparatoria recogida en el artículo 293 del CPC (no como prueba anticipada). Lo que busca este tipo de medidas es abreviar futuros procedimientos, comprobar determinadas circunstancias cuyo conocimiento resulte ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar adecuadamente una eventual pretensión y

asegurar la regularidad de los trámites correspondientes a tales actos. Bajo el contexto descrito apreciamos que se puede pedir la exhibición del testamento del causante por parte de quien se considere sucesor.

En relación con los anexos relativos a la cuestión de fondo, se ubican en los incisos 5 y 6. Aquellos operan como prueba en el proceso y se acompaña a la demanda.

El inciso 6, regula la imposibilidad de agregar prueba documental.

Cuando concurre la referida imposibilidad, la parte debe determinar con la mayor precisión posible el contenido del documento.

Se debe individualizar indicando su contenido, el lugar, el archivo, dependencia pública y persona en cuyo poder se encuentre.

También es necesaria la mención del lugar en que el documento se encuentra, y en su caso, el nombre de la persona que lo tenga en su poder.

Cuando se trata de documentos en idioma extranjero se debe acompañar su traducción realizada por traductor público oficial.

Por último, debemos tener presente que existen procesos especiales en que los documentos materiales sí se refieren a la admisibilidad de la demanda, como sería el caso de la tercería. Según el artículo 535 del CPC, "no será admitida la tercería (...) si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta (...)".



JURISPRUDENCIA

Se advierte que la empresa es la representante legal de la parte demandada, la misma que no ha efectuado protesta previa respecto a la exigencia de la conciliación extrajudicial, por lo que, habiéndose declarado saneado el proceso y habiendo quedado consentido el auto emitido, es evidente de que ha precluido cualquier petición directa o indirecta a cuestionar la validez de la relación procesal entablada con la demanda, tal como lo establece el artículo 466 del Código Procesal Civil. Es más, tal hecho tampoco ha sido expresado como agravio al formular el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (Cas. N° 5353-2006-Callao, 1° Sala Civil Suprema Permanente, 25/01/2008).

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

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

El juzgador está obligado a exigir para los actos procesales, la exhibición de la libreta electoral con la constancia de sufragio en las últimas elecciones o la respectiva dispensa (Exp. N° 1932-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 225-226).

No puede considerarse como persona jurídica a "JC Servicios Generales". Ella tiene la condición de persona natural, puesto que el tipo de contribuyente registrado ante la Sunat es una persona natural con negocio y que "Servicios Generales" es un nombre comercial, que el actor utiliza en sus actos de comercio (Exp. N° 298-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 93).

No puede ampararse la convocatoria de asamblea si no se ha requerido al directorio para ello. Constituye un presupuesto para acudir al órgano jurisdiccional dicha convocatoria. Debe anexarse a la demanda de manera obligatoria, el acta de conciliación previa, pues se trata de derechos disponibles (Exp. N° 223-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 856).

INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

ARTICULO 426

El juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

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

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

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 424, 425, 551 párr. 1.
C.T.	art. 140.
C.P. Const.	arts. 48, 88, 103.
C.N.A.	art. 165.
LEY 26636	art. 17.
LEY 26789	art. 1.
LEY 27444	art. 124.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 incs. 2 y 10.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 112.
C.P.C. Colombia	art. 85.
C.P.C.N. Argentina	art. 337.

Comentario

1. El carácter publicístico del proceso se expresa desde la postulación de la demanda. El juez tiene que velar porque la relación procesal que se quiere entablar reúna los presupuestos procesales para que produzca los efectos jurídicos que se busca; por ello, el juez debe examinar con cautela si se encuentran o no cumplidos dichos presupuestos, antes de darle curso a la demanda.

Si no se cumplen, se niega la tramitación por dos caminos: la inadmisibilidad y el rechazo *in limine* de la demanda.

Frente a ellos, el presente artículo solo se ocupa del primer caso, de la inadmisibilidad. Esta opera cuando le falta algún requisito o anexo o tenga algún defecto

subsana con el fin que sea corregido, en un plazo no mayor de 10 días, por citar, la omisión en adjuntar la copia del documento de identidad del recurrente.

Es una medida transitoria frente al rechazo que es una medida definitiva. Esta última medida opera en dos casos: a posteriori a la inadmisibilidad, cuando no se subsana oportunamente el defecto que motivó la inadmisibilidad y de plano –o *in limine*– cuando concurren los supuestos que regula el artículo 327 del CPC.

Como señala la última parte del artículo, si el demandante no cumple con lo ordenado, el juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente. Adicionalmente a ello, aunque la norma no lo señale, el juez debe ordenar la devolución de los anexos presentados con la demanda

Antes de dar trámite a cualquier petición, es potestad de los jueces señalar los defectos u omisiones que se adolezcan, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije; por tanto, si la demanda adolece de alguna omisión o defecto subsanables, como “petitorio incompleto o impreciso”, corresponde al juez otorgar al demandante un plazo para suplir la omisión o corregir la deficiencia.

Por citar, son defectos subsanables la falta de poder, la falta de representación procesal, la falta de firma de abogado; sin embargo, hay casos más complejos, donde la norma hace referencia a determinados documentos que debe inevitablemente concurrir, caso contrario, no se admitirá la demanda; véase el caso de la tercería a que se refiere el artículo 535 del CPC. Según la citada norma, se declara inadmisibile la tercería si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, dar garantía suficiente para responder por los daños que la tercería pudiera irrogar. Adicionalmente al control que hace el juez al calificar la demanda, nada impide que este se vuelva a reproducir en el saneamiento y la contraparte en el plazo para interponer excepciones.

2. Como se puede apreciar, este artículo permite al juez postergar la admisión de la demanda bajo la justificante de subsanar algunas observaciones de orden formal que refieren los 4 incisos de la norma. Esta limitante debe ser ejercida con prudencia y ponderación por la afectación inmediata a la tutela jurisdiccional. Si bien se requiere de un debido proceso para solucionar los conflictos, este no puede limitar –por aspectos meramente formales– el acceso a la justicia para la búsqueda de la tutela⁽¹⁶⁵⁾.

Las anomalías de orden formal deben ser tales que, efectivamente, requieran hacer un alto al camino procesal; por citar, si se busca tutela y la persona que la invoca no se identifica con su Documento Nacional de Identidad (DNI), esto es, no

(165) Parte de los comentarios a este artículo aparecen reproducidos en “Ayacucho, jueces e independencia: ¿Qué es lo que pasa allí?”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 84, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 165.

acompaña copia de este ni hace referencia a su código único de identificación; si el demandante tercerista no prueba su derecho sobre el bien afectado con documento público o privado de fecha cierta; el accionista que impugna judicialmente el acuerdo de la Junta General debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, la que quedará obligada a mantener en depósito hasta la conclusión del proceso, debiendo el actor acompañar a su demanda como requisito de admisibilidad, la constancia del depósito que le expedirá el depositario.

Situación contraria es el caso del litigante que se identifica con su DNI, pero la copia que adjunta no es legible; o su DNI ha caducado. En estos casos no procedería postergar la tutela por una anomalía que perfectamente puede ser suplida en el camino, salvo que además de esta observación concurren otras diferencias que corregir, en las que bien se podría incorporar esta exigencia.

Las facultades que se concede al juez para declarar la inadmisibilidad de la demanda deben utilizarse con prudencia y ponderación. No pueden agotarse en la lectura generalizada del mero enunciado, sin hacer una aplicación particularizada a la anomalía del caso concreto. ¿La copia no legible de un DNI justifica postergar admitir a trámite una demanda?, ¿un DNI caduco es justificante para postergar la admisión de una demanda? No se puede postergar el ejercicio del derecho de acción, so pretexto de cuestionamientos formales, sin apreciar la afectación de otros derechos constitucionales que dicho razonamiento conlleva. La ponderación en la decisión solo puede justificarse cuando estas deficiencias no puedan suplirse en el camino o sean determinantes para la admisión de la demanda. Se debe tener en cuenta que el derecho de acción, es el poder jurídico que goza toda persona para recurrir a la jurisdicción en busca de tutela judicial y no admite restricciones ni limitaciones, para su ejercicio, tal como lo señala el artículo 3 del CPC. En ese sentido, el Tribunal Constitucional⁽¹⁶⁶⁾ ha señalado que los jueces deben tener en cuenta que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; e inclusive, en materia de pruebas, ha instado al cumplimiento del artículo 201 del CPC, que dice: el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad para prescindir de un medio de prueba. Ello no significa —dice el Tribunal Constitucional— “que se esté invitando al juez ordinario a quebrar el orden formal que caracteriza a los procesos de los que conoce, sino a orientarlos en provecho de la finalidad elemental o concreta para la que estos existen. De no ser así el proceso se tornaría en un instrumento meramente formal, sin ningún referente de contenido justo o propiamente razonable”.

(166) Véase el pronunciamiento recaído en el Expediente Nº 613-2003-AA/TC Lima, en los seguidos por Pedro Miranda Vásquez y otra, de fecha 21 de abril de 2003.

En ese orden de ideas, un juez en ejercicio de su función jurisdiccional puede asumir el criterio de admitir la demanda, si la única observación que tuviera para ello fuera la caducidad del DNI o la copia ilegible de este, por ejemplo. En la motivación del admisorio señalará que privilegia el acceso a la justicia frente a la postergación de la tutela, so pretexto que la copia del DNI no está legible, sin que ello impida que requiera a la parte interesada acompañe una copia legible o del DNI renovado.

La razón de ser del DNI en el proceso es la identificación, y esta se ha cumplido, pues la parte ingresa al proceso con la copia de éste. Se debe tener en cuenta que el único referente para identificar a la persona es el Código Único de Identificación, el mismo que se mantiene invariable hasta el fallecimiento de la persona, por tanto, el documento que se emite (llamado DNI) debe tener asignado de manera legible el citado código, para que cumpla la finalidad de la identificación del litigante. Si este Código es perfectamente legible en la fotocopia, al margen que el documento haya caducado, no justificaría declarar la inadmisibilidad de la demanda, sin que ello impida al juez que solicite luego una mejor copia; aún más, con el servicio de la informática y la interconexión que existe en algunas dependencias judiciales con el padrón de la Reniec, el juez y la contraparte, si tuvieran dudas, podrían verificar la identificación con el Código que registra la cuestionada fotocopia.

Por otro lado, bajo dicho razonamiento se debe apreciar que toda persona es sujeto de derechos y de deberes; para que esta pueda ejercitar sus derechos debe contar con la capacidad de ejercicio; en tanto ello no suceda, su personalidad jurídica solo podrá desenvolverse dentro de la capacidad de goce. La capacidad de ejercicio se obtiene a partir de que el sujeto es ciudadano, esto implica, ser peruano mayor de 18 años. Para ejercer dicha ciudadanía requiere inscribirse en el registro electoral del país, el mismo que está a cargo del Registro Nacional de Identificación y estado civil (Reniec) por mandato constitucional (ver el artículo 183 de la Constitución).

El Reniec tiene dos funciones primordiales: a) la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifiquen el estado civil; y b) la identificación de personas, para lo cual, prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Cuando una persona concurre a los registros a declarar el nacimiento de su hijo, esa declaración como acto va a estar recogida en un documento que forma parte del archivo o registro. Como consecuencia de ese acto, se expide una copia de dicha inscripción, pues constitucionalmente se ordena que el Reniec emita las constancias correspondientes por dichos registros.

Es importante describir todo ello para distinguir el documento del acto en sí. Ellos son dos supuestos diferentes, a tal punto que tanto el artículo 225 del CC y el artículo 237 del CPC, al referirse a ellos dicen: "son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir este, aunque el primero sea declarado nulo". En ese sentido, el acto declarativo del nacimiento o del matrimonio va a estar contenido en

un registro, del que podemos extraer todos los datos necesarios que pueda brindar ese medio; podemos obtener tantas copias del registro de nacimiento o defunción, pero siempre teniendo en cuenta que son distintos el acto y el documento.

Hay algunas organizaciones que otorgan a los documentos plazos de vigencia, para reafirmar la seguridad de la información que se brinda en el documento; por citar, en las inscripciones en Registros Públicos el acto de la inscripción es uno y la constancia de dicha inscripción es otro. Los documentos que se emitan haciendo referencia al contenido de las inscripciones en Registros Públicos están sujetos a un plazo de caducidad, por la naturaleza pública de la información registral.

En igual sentido, si uno concurre al Reniec para inscribirse en el padrón electoral y ejercer sus derechos como ciudadano, encontramos la misma distinción entre acto y documento. La inscripción es el acto y el documento, es la constancia que emite Reniec como consecuencia de la inscripción, tomando como referente la información contenida en sus archivos o registros.

Lo fundamental en la inscripción ante el Reniec es que se nos asigna un código único de identificación, el mismo que se mantendrá invariablemente hasta el fallecimiento de la persona, como único referente identificatorio de la misma (ver el artículo 31 de la Ley Orgánica del Reniec).

Este Código constituye la base sobre la cual la sociedad y el Estado identifica a la persona para todos los efectos. En tal virtud será adoptado obligatoriamente por sus distintas dependencias como número único de identificación de la persona en los registros de orden tributario y militar, licencias de conducir, pasaportes, documentos acreditativos de pertenencia al sistema de seguridad social y, en general, a todos aquellos casos en los cuales se lleve un registro previo trámite o autorización (ver el artículo 35 de la citada Ley Orgánica del Reniec). Bajo ese norte, luego de la inscripción en el padrón electoral, el Reniec nos entrega una constancia u documento que contenga los datos necesarios para la identificación. Ese documento es conocido como DNI (Documento Nacional de Identificación), el mismo que debe portar toda persona para sus actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado.

Ese documento hoy está sujeto a caducidad. Tiene validez de 6 años (como documento) situación que antes de la implementación de este sistema computarizado no tenía restricciones temporales para la validez del documento, al margen de la gratuidad de este.

En el caso de la copia de un DNI ilegible, si bien, el inciso 1 del artículo 425 del CPC requiere la presentación de la copia legible del DNI del actor o de su representante, ante el supuesto que ello sea la única observación a la demanda, no sería recomendable postergar el acceso a la justicia, hasta que acompañe copia legible. El juez podría admitir la demanda, y requerirle en el camino a la parte, bajo

un plazo, que acompañe una mejor copia del DNI; sin embargo, si hubieren otros cuestionamientos más, para la admisibilidad de la demanda, se podría postergar, ya no por el mero hecho de la copia del DNI sino por otras observaciones de mayor trascendencia. Vemos pues, que la razón de ser de la exigencia del DNI no solo está ligado a un criterio de identificación sino de verificación del ejercicio de la ciudadanía. En tal sentido, perfectamente se puede suplir dicha deficiencia, en tanto sea legible el código único de identificación del documento que se acompaña.

En igual forma, cuando se ejerce el patrocinio se requiere estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente (ver el inciso 3 del artículo 285 de la LOPJ). Cuando un profesional se inscribe en el colegio, dicho acto es recogido en un archivo del que se entregará una constancia. Para identificarse como abogado en el patrocinio es vital señalar el número de colegiatura y presentar el documento (carné); sin embargo, en el supuesto que se extravíe o este no sea legible, lo que se cuestiona es la eficacia del documento, mas no el acto en sí de su incorporación a la orden. En cualquier momento se puede verificar la identificación de este abogado con el registro del colegio que asigna, por más que su carné o la copia de este se deterioren.

Otro aspecto a considerar es la ausencia de la constancia de sufragio de las últimas elecciones. El juez no es un simple aplicador de normas, sino que trasciende más allá de ello, es una persona que cumple un fin valorativo en su función, la búsqueda de la justicia, para lo cual, pondera el incumplimiento del deber de votar y la realización de derechos constitucional al nombre y a la identidad. En esa línea de opinión, el mismo Reniec, mediante Resolución Jefatural N° 454-2000-JEF-RENIEC publicada el 01-08-2000, precisa que "en la inscripción de nacimiento y en el de reconocimiento administrativo posterior a las inscripciones, el DNI del padre inscribiente o reconociente que carezca de la constancia de votación, no perderá el efecto identificatorio que le confiere la ley, por tanto, se procederá a inscribir tales actos civiles".

3. Otro aspecto a destacar del artículo es la regulación del inciso 3. Cuando el petitorio es incompleto o impreciso se declara inadmisibile la demanda, para que lo precise. Ello es importante porque la demanda fija los límites de las pretensiones en el proceso, en atención al principio dispositivo que ejercen solo las partes; y además porque una demanda que contenga un petitorio incompleto o impreciso no va a permitir que la demandada realice en mejor forma su defensa. Las dudas e interpretaciones de lo que aparentemente se podría solicitar estarán presentes al momento de contestar; por citar, se pide el desalojo de una parte del inmueble, sin embargo, no se precisa sobre qué área o interior de este se pretende el desalojo. Si bien el juez puede admitirla a trámite, la parte emplazada podrá interponer la excepción de oscuridad o ambigüedad de la demanda. Si bien, el efecto que genera dicha excepción es suspender el proceso hasta que el demandante

subsane los defectos, dentro del plazo que el juez fije (ver el inciso 3 del artículo 451 del CPC); en esas condiciones, la parte demandada tendrá que asumir su defensa contestando la demanda, bajo un petitorio nada claro, que se hubiera podido corregir desde el inicio, si el juez lo hubiera advertido desde la calificación de la demanda. Nótese que el diseño del artículo 451 del CPC no permite que luego de corregida esta deficiencia se pueda volver a absolverla. La oscuridad de esta, limita al demandado a tener que asumir una contestación "a tuestas" bajo las deficiencias de la demanda.

Por otro lado, conforme se aprecia del inciso 9 del artículo 424 del CPC, uno de los elementos que contiene la demanda es la vía procedimental; sin embargo, puede darse el caso que la propuesta no corresponda a la naturaleza o cuantía de la pretensión. En esas circunstancias, operan dos alternativas: a) instar a la facultad del juez para que adapte la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación (ver el inciso 1 del artículo 51 del CPC); b) declarar la inadmisibilidad de la demanda, a fin que la demandante corrija esta deficiencia, tal como refiere la norma en comentario.

Las observaciones que se puedan hacer a la admisibilidad de la demanda, bajo este artículo, están sujetas a una condición temporal: el rechazo de la demanda si no se subsana las deficiencias en el plazo que fije el juez, el mismo que no podrá ser mayor de diez días.



JURISPRUDENCIA

Si se declaró inadmisibile la demanda de tercería, concediendo el plazo de tres días para que subsane las omisiones, es nula la resolución que rechaza la demanda apresuradamente, antes que transcurra el plazo.

El hecho de que la demandante haya presentado el escrito ofreciendo garantía para la suspensión del remate, no significa haber vencido el plazo concedido (Exp. N° 2231-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 471).

Si el juez declaró inadmisibile el apersonamiento, otorgando un plazo para que se subsanen las omisiones advertidas; atenta contra el derecho de defensa, si deniega de plano la intervención antes que venza dicho plazo. En todo caso, si no le merecía convicción el apersonamiento podía solicitar documento idóneo que acredite interés económico y legitimidad para obrar y no denegar de plano su intervención (Exp. N° 111-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 312-314).

Si el petitorio versa sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta respecto a la sentencia expedida en primera instancia, obviando comprender a la ejecutoria suprema, la cual ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede considerarse como un petitorio implícito, más aún si no se hace alusión alguna dentro del contexto de la causa petendi.

No obstante que el proceso busca la invalidez de la última resolución que pone fin al proceso, empero, la imposibilidad descansa en la aplicación expresa de la ley que prohíbe emitir

pronunciamiento sobre un punto no demandado, de modo que a priori no se puede sustituir a la demandante y elegir en el mejor de los casos sobre qué resolución debe dirigirse la demanda (Exp. N° 385-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 314-316).

Cuando se actúa en el proceso mediante poder otorgado en el extranjero, debe expresarse la aceptación del mismo en el escrito de apersonamiento.

Siendo este un requisito formal, pasible de subsanación, debe ser dispuesto por el juez en la etapa postulatoria (Exp. N° 979-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 286).

Si el juez ordena al actor que subsane la omisión o defecto que contiene su demanda y no cumple con lo ordenado dentro del plazo concedido, se rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente (Exp. N° 203-96, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 258-259).

No es posible ventilar, dentro de un proceso de desahucio tramitado en la vía sumaria, cuestiones que afecten el mejor derecho de propiedad sobre bienes Inmuebles, materia que debe ventilarse en una vía declarativa más lata (Cas. N° 656-95-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 266, Julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.1-A.2).

La nulidad de la cosa juzgada no implica la revaloración de las pruebas que hubieran actuado en el proceso anterior para obtener una decisión sustitoria, sino la nulidad de la sentencia cuestionada.

Si la actora ha invocado las causales de nulidad de cosa juzgada fraudulenta pero no las ha fundamentado en forma individual cada una de ellas, el juez debe hacer uso de la facultad del artículo 426 del CPC y ordenar la inadmisibilidad de la demanda, por tratarse de omisiones subsanables y no rechazar liminarmente, pues, ello importa denegar la tutela jurisdiccional a que tienen derecho todos los justiciables (Exp. N° 21104-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 352-353).

La sola referencia que la vía procedimental "resulta ser la adecuada" sin expresar las razones de tal decisión, incumple con el deber que exige el artículo 549 del Código Procesal Civil. La inimpugnabilidad que declara aplicable el proceso sumarísimo tiene como presupuesto la debida motivación. Si el petitorio de la actora tiene como finalidad que el órgano jurisdiccional declare la nulidad de asientos registrales y del acto jurídico que lo contiene, por su propia naturaleza se exige mayores plazos de defensa y probanza que superan al proceso sumarísimo; por tanto, cuando el cuestionamiento es a la vía procedimental, el juez declarará de oficio la inadmisibilidad de la demanda, conforme lo señala el artículo 426 del Código Procesal Civil (Exp. N° 51394-99, Primera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 431).

El artículo 426 del Código Procesal Civil establece que en los casos en que el juez declare inadmisibile la demanda, ordenará al demandante que subsane la omisión o defecto anotado en un plazo no mayor de 10 días. Es criterio discrecional del juez la fijación del plazo para conceder en la resolución de inadmisibilidad, también lo es que dicho plazo debe ser fijado prudencialmente (Exp. N° 495-2002, Segunda Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 554).

IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

ARTÍCULO 427

El juez declarará improcedente la demanda cuando:

- 1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;*
- 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;*
- 3. Advierta la caducidad del derecho;*
- 4. Carezca de competencia;*
- 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;*
- 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o,*
- 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.*

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

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. IV, 6, 50 inc. 6, 85, 424 incs. 5 y 6, 500, 551 párr. 1.
C.P. Const.	arts. 2, 5, 88.
C.N.A.	art. 165.
LEY 26636	art. 18.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 inc. 11.

Comentario

1. La demanda da inicio a la instancia y obliga al juez —de manera oficiosa— a calificarla previamente para decidir la admisibilidad o rechazo liminar de esta. En esta calificación ingresa el concepto de presupuesto procesal, como requisito para la constitución y desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda.

Devis Echandía⁽¹⁶⁷⁾ califica a los presupuestos procesales como los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente. Ellos son “la capacidad

(167) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, 13ª Edición, t.I, Dike, Medellín, 1993, p. 284.

jurídica y capacidad procesal de la parte actora y su adecuada representación; la jurisdicción y la competencia; la postulación para pedir, y, la no caducidad de la acción". Según dicho autor, los presupuestos procesales son "condiciones que deben existir a fin que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la pretensión, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito".

Para Véscovi⁽¹⁶⁸⁾, los presupuestos procesales son "los supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida". Explica el profesor uruguayo, que el juez no solo estudia la razón o la sin razón de las partes, el fondo o el mérito del asunto sino también el propio proceso. Aquí es cuando examina los presupuestos procesales: hace un "proceso sobre el proceso", examina su regularidad como requisito necesario para proveer en el fondo del negocio.

Con esta calificación se busca entablar una relación procesal válida a fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, desarrollando un inútil y anormal proceso, con elevados costos y desperdiciada actividad procesal.

2. El problema que se presenta en el tratamiento de los presupuestos procesales recae en el cuestionamiento de si su concurrencia debe examinarse de oficio por el juez o puede dejarse que sean las partes las que, en su actividad discuten, en su caso, su falta o ausencia de ellos.

Las opiniones contrarias al actual sistema procesal se orientan por la admisión generalizada de la demanda, porque considera que el rechazo *in limine litis* constituye una forma de indefensión. Estas opiniones señalan que los riesgos evidentes de autorizar al juez a rechazar demandas llevan a la conclusión que aquel debe admitirlas todas, aunque le parezca que se trata de demandas sin posibilidades de éxito.

Para Fairén Guillén⁽¹⁶⁹⁾, la tendencia moderna, es la de entender que corresponde a los jueces velar por la existencia de los presupuestos procesales, no solo en beneficio de las partes, sino en el de la economía procesal, que interesa en todo caso a la comunidad social, lo cual —según dicho autor— no tiene nada que ver con ideologías políticas autoritarias.

Estas facultades de dirección del juez no constituyen un abuso o quizá una violación constitucional al derecho de acción que tiene todo ciudadano, cuyo género es el derecho de petición, señala Peyrano. Cuando alguien intenta una demanda al ejercer el derecho de acción y obtener una respuesta inmediata cancelatoria de su expectativa, no se estará cuestionando, desplazando o violando tal

(168) VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1987, p. 83.

(169) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 338.

derecho, pues según Peyrano, una cosa es el derecho de acción y otra cosa es la pretensión. El derecho de acción ya se ejerció con la demanda. Si su pretensión no tiene fundamento, si busca un absurdo legal, no tiene por qué merecer agotar toda la secuencia procesal. Bajo esa hipótesis, el juez deberá emitir una resolución suficientemente motivada y fundada en cualquiera de las causales expresamente previstas en esta norma. La facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta, sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada.

3. Para que toda persona pueda ingresar al proceso necesita de legitimidad para hacerlo. La legitimación no opera invocando la existencia del derecho, que es el tema de fondo en el proceso, sino en las afirmaciones que el actor realiza acerca de la titularidad del derecho. Si no afirma esa titularidad carecerá de legitimación activa para interponer la pretensión. Montero justifica ello en un ordenamiento basado en la autonomía de la voluntad y en la libre disposición, el único que puede formular la pretensión con legitimación es quien afirme su titularidad activa en la relación jurídico-material

Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda; es decir, sobre la existencia o inexistencia del Derecho material pretendido, ya sea por medio de sentencia favorable o desfavorable. Por otro lado, no solo el actor debe limitarse a afirmar su titularidad del derecho sino también debe afirmar que el demandado es el titular del deber contrapuesto a su derecho. Véase el caso de una pretensión sobre reivindicación sobre un terreno, donde el actor afirma ser propietario de dicho bien, pero además demanda acumulativamente la reivindicación de la fábrica por haber construido de mala fe dicha fábrica. En esta última pretensión no se evidencia la legitimidad para obrar del actor, pues expresamente afirma no ser propietario de la fábrica sino del terreno; por tanto, al no tener la calidad de propietario de la fábrica, no puede ejercer la acción reivindicatoria de un bien que no le pertenece en propiedad (artículo 923 del CC).

Las normas determinan quienes están autorizados jurídicamente para accionar o para contradecir, en la hipótesis que se proceda a la declaración de certeza de una relación jurídica sustancial. Puede existir la posibilidad que haya otros sujetos legitimados para demandar o contradecir, pero que no figuran como demandantes o demandados en el proceso. En este supuesto, al calificar la demanda se contempla la oportunidad para que intervengan y formen parte del proceso, se integren a él, pues quien tiene legitimación tiene aptitud suficiente para intervenir. Véase sobre el particular el caso del litisconsorcio necesario sea activo o pasivo.

Hay algunos autores que distinguen entre *legitimatío ad causam* de la *legitimatío ad processum*. La primera es un elemento sustancial de la litis y, por lo tanto, no

constituye un presupuesto procesal. En cambio, la *legitimatio ad processum* se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal.

La ausencia de la *legitimatio ad causam* impide que la sentencia resuelva sobre el fondo de la litis, pero no invalida el proceso, y la sentencia inhibitoria es absolutamente válida; la falta de la *legitimatio ad processum* constituye un motivo de nulidad, que vicia el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse.

Existen dos corrientes de opinión en relación a la legitimación en la causa. La primera que liga a la legitimación con la titularidad de la relación jurídica sustancial objeto del proceso; la segunda que no encuentra ligazón entre estas dos nociones, de tal manera que puede existir legitimación sin que exista titularidad del derecho. La doctrina procesal contemporánea se inclina por esta última, pues considera que la legitimación es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda o resistida por el demandado en la contestación; forma parte de la fundamentación de la demanda en sentido general; las partes pueden estar legitimadas para la causa tengan o no el derecho o la obligación sustancial, sea demandante o demandado; la legitimación no es requisito de sentencia favorable sino de una sentencia válida de fondo.

La legitimación puede ser ordinaria y extraordinaria. Según Montero Aroca, la legitimación ordinaria es la afirmación de titularidad del Derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, recae en las afirmaciones que realiza el actor; en cambio, la legitimación extraordinaria, no afirma la titularidad del Derecho material subjetivo. La sustitución procesal regulada en el artículo 60 del CPC, la acción directa contra el asegurador recogida en el artículo 1987 del Código Civil y los intereses difusos regulados en el artículo 82 del CPC son expresiones de esta legitimación extraordinaria. La sentencia que declare fundada la demanda será obligatoria para todos, incluso para quienes no han participado en el proceso (véase el artículo 82 del CPC).

4. El concepto de interés ha sido influenciado con la visión publicista del proceso civil. Frente al clásico esquema de considerar al proceso bajo una función represiva se plantea la posibilidad del proceso bajo una función preventiva.

Tradicionalmente el concepto de interés para obrar, que enarbola el trabajo de Rocco⁽¹⁷⁰⁾, consideraba que "se tiene interés para obtener la simple declaración de certeza positiva o negativa cuando el actor o el demandado reciban una utilidad o cuando de la falta de la declaración de certeza, positiva o negativa reciban un perjuicio".

(170) ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal*, tomo 1, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 343.

Si bien se sostenía que la acción era un derecho autónomo, independiente al derecho material, se consideraba que el interés para obrar no es otra cosa que el elemento sustancial del derecho de acción.

Un criterio que se utilizaba para determinar el interés para accionar es el "juicio de utilidad actual para su titular" y si la falta de pronunciamiento jurisdiccional pedida produciría un daño. Solo si se infería la existencia del daño se admite el interés, si tal perjuicio no existe, no hay duda que tampoco existe dicho interés. Según Rocco⁽¹⁷¹⁾, el interés tanto para accionar o contradecir debe ser concreto y actual. No concebía interés para accionar concerniente a derechos futuros o eventuales, que no constituyan ya objeto y materia de tutela por parte del derecho material objetivo.

En esa línea otros autores consideran que "el particular no puede pretender que los tribunales del Estado le presten su trabajo sino en cuanto tenga necesidad de la tutela y en la medida de esa necesidad". La necesidad de tutela jurídica exige un interés procesal, es decir, un interés a la actuación del derecho y al mantenimiento de la paz mediante la invocación de los órganos de la tutela jurídica. Para Liebman⁽¹⁷²⁾, "el interés para accionar está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la utilidad de la providencia, como medio para adquirir por parte del interés lesionado la protección acordada por el derecho".

El concepto clásico del interés para obrar ha sido superado por la tutela jurisdiccional preventiva. Adelantándose a la violación del derecho, se permite transitar por el proceso de cognición y obtener una sentencia que solo podrá desplegar sus efectos una vez producida la violación de aquel. En esta línea se presenta el caso de la condena a futuro regulado en el artículo 594 del CPC.

Aquí ya no opera el juicio de utilidad de la concepción clásica de interés para obrar sino que frente a cualquier deber de prestación y ante el temor del incumplimiento por parte del deudor, puede el acreedor sin esperar que el incumplimiento se materialice, promover un proceso tendiente a obtener una sentencia que condene al cumplimiento de la prestación debida, aun cuando el crédito no es exigible, no ha habido aún incumplimiento, en suma, no ha habido aun violación del derecho sustancial.

Otro aspecto a considerar en este inciso es lo siguiente: La conciliación previa al proceso constituye un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual, las partes pueden acudir a un tercero para que les asista en la búsqueda

(171) ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 345.

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

dé una solución consensual al conflicto. Se trata —como señala Gozaini— de la actuación de fórmulas compositivas a través de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados. Debemos tener en cuenta que la actividad del tercero conciliador para solucionar el conflicto persigue atenuar temperamentos extremados, procurando limar sus asperezas y favoreciendo proposiciones de autocomposición, pero teniendo en claro que la solución depende siempre de las partes, solo de ellas, y no de la fórmula que el tercero conciliador propicie. Bajo ese contexto tenemos que antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1070, el inciso 7 del artículo 425 del CPC exigía la presentación de la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, como un elemento de procedibilidad para recurrir a la jurisdicción. No se admitía la demanda si no se acompañaba el acta del intento conciliatorio previo. Se buscaba con ello evitar que el conflicto se judicialice o dicho en otros términos, prevenir los litigios, intentado resolver los conflictos sin recurrir a la fuerza ni a la tradicional decisión judicial; sin embargo, se advertía del contenido de dichas actas, la inasistencia a la conciliación por el solicitante de ella, motivando que se recurra a declarar la improcedencia de la demanda, por la falta de interés para obrar. No compartimos esa posición porque el interés para obrar busca la intervención del Estado para la declaración de certeza, para la protección anticipada o para la realización coactiva de uno o más derechos de los que se afirma ser titular, cuando ellos no son espontáneamente satisfechos. En nada enerva este interés el hecho que la parte actora recurra directamente a la jurisdicción, sin haber intentado el conciliatorio. Lo que estaría es privándose de la posibilidad de ejercer soluciones autocompositivas a su conflicto, privilegiando respuestas judicializadas, sin que dicha omisión sea una negación a la existencia de un interés procesal que satisfacer.

Rocco, al referirse al interés, dice que hay dos grados de este: el primario y el secundario, ubicando en este último al interés procesal. Según Rocco, en un primer momento nos dirigimos frente a alguien (a quien consideramos obligado por el derecho objetivo a observar una determinada conducta a nuestro favor), a fin de que realice un comportamiento que consideramos debido. Aquí se manifiesta un interés primario, que busca que el deudor observe el comportamiento debido a nuestro favor, según las normas jurídicas. Ante la inobservancia y resistencia que muestra, podríamos dirigirnos contra él y/o sobre sus bienes buscando cobrarnos mediante el uso de la fuerza propia; pero como ello está prohibido, no tendremos otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional competente a fin de pedirle tutela jurisdiccional. Aquí aparece un interés secundario, consistente en el interés que el órgano jurisdiccional nos escuche y declare la certeza de nuestro derecho, y/o lo proteja anticipadamente y/o disponga la realización coactiva de ellos, por cuanto si el órgano jurisdiccional no hace tal cosa quedaremos con un derecho insatisfecho e inútil. Hernando Devis Echandía (*Compendio de Derecho Procesal*, T.1, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, p. 258) señala: “la falta de este interés no es propiamente una excepción sino un defecto de la pretensión del demandante y,

por lo tanto, un obstáculo para su prosperidad, que debe ser considerada de oficio por el juez al dictar sentencia, como ocurre en los casos de falta de legitimación de la causa; lo mismo ocurre cuando el demandado carezca de tal interés sustancial para discutir las pretensiones del demandante, sin embargo, suele alegarse como excepción dilatoria de mérito para que no se dicte sentencia de fondo o mérito. Es decir, el interés y la legitimación se necesitan para que la sentencia de fondo sea posible, mientras que la prueba del derecho sustancial pretendido se requiere para que en sentencia de fondo se resuelva favorablemente al demandante".

El Decreto Legislativo N° 1070, al modificar el artículo 6 de la Ley de Conciliación (Ley N° 26872, señala que al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar. El concepto de interés para obrar es un concepto netamente procesal, al que se puede recurrir para justificar la declaración de la jurisdicción que se busca. En nada afecta ese interés si las partes no han intentado una actividad conciliatoria previa; todo lo contrario, ese interés está latente y lo único que se ha logrado con dicha omisión es perderse la oportunidad de resolver el conflicto, por obra del ejercicio de la autonomía privada, y no tener más remedio que recurrir a la jurisdicción, la que no podrá negarse a brindar la tutela buscada, en atención a que la justicia delegada ha sustituido a la autojusticia.

El intento conciliatorio no se agota con presentar la solicitud ante el centro privado sino con la presencia del que solicita la conciliación en la fecha que se le señale para ello. No podría concebir el intento por la conciliación con la ausencia de ambas partes, por tanto, se podría en un primer momento sugerir: el intento por conciliar debe traducirse no en la mera presentación de la solicitud para iniciar el procedimiento conciliatorio sino con la presencia del solicitante a la audiencia fijada para tal fin. Con ello, estaríamos demostrando que el actor, hasta el final, ha intentado una solución negociada antes de ingresar a la jurisdicción. Esa voluntad por conciliar no requiere necesariamente que el titular de la invitación esté presente sino que puede hacerlo por apoderado. De ahí que si asumimos la posición que el intento conciliatorio se agota con la sola intervención del solicitante, ella también debe comprender además la posibilidad de la intervención por apoderado, pues la ley no lo prohíbe.

El intento conciliatorio debe mostrarse con la presencia, como mínimo, de la parte que solicita la conciliación, aun cuando esta asista a través de apoderado, sin embargo, ¿qué efecto genera para la actividad procesal la ausencia del solicitante? Al respecto consideramos que el efecto debe ser sancionador para la parte que lo fomentó, pero de ninguna manera debe generar afectación al derecho a la tutela judicial que se busca. Concorre aquí un deber de asistencia por parte del litigante que la promueve, y como tal, merece el correlato de una sanción, pero no la postergación de la tutela jurisdiccional como señala el artículo 6 de la ley citada. Al respecto han existido algunas propuestas de corrección legal a esta anomalía,

como la de considerar que "la parte por cuya inasistencia se hubiere frustrado la audiencia de conciliación, antes de apersonarse al proceso judicial, deberá abonar el pago de una multa administrativa de una Unidad de Referencia Procesal a favor del Ministerio de Justicia, cuyo importe será considerado recursos propios y deberá ser destinado exclusivamente al fortalecimiento de la conciliación extrajudicial. El pago de la multa constituye un requisito de admisibilidad de la demanda o de la contestación, según sea el caso". Criterio que lamentablemente no ha sido asumido en las recientes modificaciones a la Ley de Conciliación; sin embargo, debemos precisar algunas situaciones. Hay algunas actas sin acuerdo conciliatorio que son objetadas porque no guarda congruencia la calificación jurídica —entre los hechos que se intentó conciliar con lo que hoy se demanda— por citar, se invita a conciliar bajo la calificación de rescindir el contrato de arrendamiento al inquilino que no paga la renta, sin embargo, cuando se demanda, se califica como desalojo por falta de pago.

Frente a ello hay algunos desafortunados criterios que consideran que son cosas distintas y por tanto, su intento conciliatorio no tiene mayor validez para el ingreso al proceso judicial. Tremenda situación no puede tolerarse porque las partes no están obligadas a conocer el derecho y por tanto la calificación jurídica que ellas quieran dar a sus hechos —en el intento por conciliar— no puede generar la invalidación de dicha actividad. Los únicos referentes que debe tener el juez —de manera general— son los hechos que describen en la solicitud conciliatoria que también deben ser los de la demanda. La intervención de apoderados en la invitación a conciliar está trayendo como consecuencia que se rechace ese intento, pues la Ley de Conciliación señala que es un acto personalísimo, por tanto, no cabe ningún intento por apoderado, criterio que ha motivado el pronunciamiento acertado de la Sala de la Corte Suprema (ver la Casación N° 632-2002-Lima de fecha 10 de julio de 2002), en el sentido que ese intento por conciliar a través de apoderado es viable, porque no hay norma que lo prohíba. Felizmente la modificación realizada al artículo 14 de la Ley de Conciliación establece la posibilidad de que "las personas domiciliadas en distritos conciliatorios o que domiciliando en el mismo distrito conciliatorio se encuentren impedidas de trasladarse al centro de conciliación, se admita excepcionalmente su apersonamiento a la audiencia de conciliación a través de apoderado. Para tales casos, el poder deberá ser extendido mediante escritura pública y con facultades expresamente otorgadas para conciliar, no requerirá inscripción registral en el caso de haber sido otorgado con posterioridad a la invitación a conciliar".

5. La caducidad es un derecho de acción con un plazo establecido. Como señala Albadalejo⁽¹⁷³⁾, significa que algo (generalmente una facultad o un llamado

(173) ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*, I, Vol. 2, 14 ed., Bosch, Barcelona, 1996, pp. 506-507.

derecho potestativo tendentes a modificar una situación jurídica) nace con un plazo de vida y que pasado este, se extingue. Se trata, pues, que la facultad o el derecho que sea, es de duración limitada. En la caducidad el tiempo se cuenta desde el nacimiento y no admite interrupción ni suspensión, como señala el artículo 2005 del Código Civil.

Para Albadalejo, la caducidad se aplica generalmente no a los derechos, propiamente hablando, sino a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover el cambio de situación jurídica (por ejemplo, el poder de impugnar un contrato o el matrimonio o un estado de filiación, etc.) tengan o no carácter patrimonial mientras que la prescripción se aplica a los derechos patrimoniales.

La caducidad se justifica porque es conveniente que las situaciones jurídicas no estén permanentemente sometidas a la posibilidad de revisión. El que está facultado para ello, ha de hacerlo prontamente (según el plazo que en cada caso la ley estime adecuado) o pierde tal posibilidad. El efecto del plazo de caducidad se produce automáticamente; es decir, una vez transcurrido, el derecho que sea, se extingue *ipso iure* y no es necesario que ello sea alegado por el interesado sino que el juez lo apreciará de oficio al calificar la demanda. Véase sobre el particular el artículo 2006 del Código Civil.

En el caso del contencioso-administrativo, se ha establecido frente al cuestionamiento que "el plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa no es de caducidad, sino de prescripción extintiva (...) se ha establecido que conforme al artículo 157 del Código Tributario, la demanda de impugnación de lo resuelto por el Tribunal Fiscal podrá ser presentada por el deudor tributario dentro del término de tres meses computados desde el día siguiente de efectuada la notificación de la Resolución. Dicho plazo legal establecido en una norma de orden público es de caducidad, pues el derecho concedido para impugnar tiene término fijo, esto es que no se interrumpe y está referido a un derecho potestativo. La Resolución del Tribunal Fiscal número 0962-1-2001, que resuelve el proceso administrativo, fue notificada a la demandante el 11 de setiembre de 2001, según el cargo de fojas 591 del expediente administrativo, y la demanda fue presentada el 24 de julio del 2002, en forma extemporánea"⁽¹⁷⁴⁾.

6. La norma autoriza el rechazo *in limine* de la demanda cuando la incompetencia del órgano se infiere en forma manifiesta y evidente de la propia exposición de los hechos formulada por el actor.

(174) Apelación N° 1467-2007-Lima. En los seguidos por Data Systems Ingenieros Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con el Tribunal Fiscal y otro sobre acción contencioso-administrativa. Resolución de fecha 17 de marzo de 2008.

La competencia constituye uno de los presupuestos procesales. Esta se determina de acuerdo a criterios de materia, cuantía, jerarquía, turno y territorio.

Para nuestro Código, constituyen presupuestos procesales la competencia por razón de materia, cuantía, jerarquía y turno; en cambio, la competencia por razón de territorio configura solo un impedimento procesal, que no se encuentra sujeto a trámite de oficio sino únicamente cuando el demandado ha interpuesto la excepción de incompetencia porque podría operar la prórroga tácita de la competencia al contestar la demanda. Ello es atendible porque en orden descendente, la competencia por materia, es absoluta e improrrogable; la competencia por cuantía o por valor, también es absoluta; en cambio, la competencia por territorio es prorrogable porque es dispositiva, está confiada a la autonomía de la voluntad privada, cuya vulneración apenas produce nulidad relativa. Esta competencia se sanea por preclusión, a través de la prórroga tácita. La competencia territorial es un criterio pragmático. Su fin tiene una connotación económica de facilitar y acercar al juez al justiciable, a los dos o a alguno de ellos.

La incompetencia en razón de la cuantía, jerarquía y materia puede ser declarada no solo al momento de calificar la demanda sino en el saneamiento procesal; en ambas circunstancias se archivan el proceso, pero con respuestas diversas según el momento procesal en que se declare. Al calificar la demanda se declara la improcedencia liminar de la demanda (ver el inciso 4 del artículo 427 del CPC); en el saneamiento la nulidad de todo lo actuado (ver el inciso 5 del artículo 451 del CPC). Las respuestas diferentes se sustentan en las nulidades procesales. Estas comprenden dos sistemas, prevención y sanción. Esto explica por qué el juez incompetente al calificar la demanda no sanciona la nulidad sino que la previene declarando improcedente la demanda; en cambio, en el saneamiento se sanciona la nulidad, declarando concluido el proceso.

7. La norma regula en el inciso 6 el caso de los conflictos eunucos o inertes que provocan la no admisión de la demanda porque el ordenamiento jurídico no protege el interés alegado por el demandante.

Estos son casos muy limitados, donde el ordenamiento niega el derecho de acción. Se trata de conflictos que, por más relevancia jurídica que tengan, es el propio ordenamiento jurídico el que los sustrae de la posibilidad de ser exigidos judicialmente. Son supuestos de conflictos jurídicos pero sin acción. Sobre el particular podemos citar las deudas que provengan del juego y la apuesta no autorizados. Según el artículo 1943 del Código Civil, estos no son pasibles de reclamo judicial. Es el propio ordenamiento el que, de modo expreso y general, señala que el interés del actor no está protegido y, por tanto, que el proceso es inútil, pues nunca se podrá llegar a una sentencia estimatoria de la pretensión. Bajo esta misma óptica véase el caso que recoge el artículo 1892 del CC sobre la pérdida de acción del fiador contra el deudor principal, si no comunicó el pago efectuado al acreedor.

Montero Aroca⁽¹⁷⁵⁾ hace referencia a la demanda que exige el cumplimiento de la promesa de matrimonio; no se admite a trámite, porque dicha promesa no produce obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración, además porque la legislación de manera expresa así lo señala. En esta línea también se agregan las demandas absurdas, como las que piden que se condene al presidente del Gobierno a cumplir su programa electoral.

8. La acumulación sirve para la satisfacción de dos o más pretensiones en un mismo proceso; por citar, la resolución de contrato, devolución de bien y entrega de frutos.

Hay razones que justifican la acumulación como la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero que, de otro modo, darían lugar a diferentes procesos. Por otro lado, la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también la justifica.

En el primer caso se obtiene una ventaja desde el punto de vista de la economía; en el segundo, en el de la justicia o de la certeza. Que sentido tendría tener tres petitorios para reclamar en tres procesos distintos, como mayor tiempo, esfuerzo y dinero; pero además, fundamentalmente —como ya se ha señalado— sirve para evitar fallos contradictorios. Podría darse el caso que se tramite dos procesos distintos y en ellos se resuelva distinto, por citar, frente a dos deudores solidarios, en un proceso se condena al pago y en el otro se declara extinguida la obligación. Las reglas de la acumulación están detalladas en los artículos 83 al 90 del Código Procesal.

En relación a la indebida acumulación de pretensión, aparece en la casuística de la Sala Civil Suprema permanente lo siguiente: "según lo indicado en el auto admisorio de la demanda, el pedido de anulación de inscripción registral ha sido calificado como accesorio del pedido principal de ineficacia del acto jurídico, y solo en la medida en que se trate de un pedido accesorio, podría estar exceptuado de los requisitos previstos en el citado artículo 85 del Código Procesal Civil. Se entiende por accesorio a lo que depende de algo que es principal, y en el ámbito procesal, un pedido accesorio es el que se encuentra estrechamente ligado a un pedido principal, sin el cual no puede subsistir, de allí que el artículo 87 del Código adjetivo glosado hace referencia a que, si la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se considera tácitamente integrada a la demanda. Empero, es de resaltar que un pedido principal de ineficacia del acto jurídico por fraude a los acreedores, previsto en los artículos 195 y siguientes del Código Civil, no puede tener como pedido accesorio la anulación del asiento registral en donde consta

(175) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*, T.II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 140.

anotado el acto jurídico materia de ineficacia, ello en virtud de que el fraude del acto jurídico es una figura de inoponibilidad, en donde no se discute la validez del acto jurídico, pues se está ante un contrato perfectamente válido y eficaz (mientras no se declare lo contrario), pero no puede ser opuesto a determinadas personas (beneficiarias con la sentencia de declaratoria de ineficacia); es decir, se estará ante un contrato válido, pero sus efectos no podrán alterar la esfera jurídica de ciertas personas; es decir, no se les puede oponer el vínculo jurídico que pueda derivar del contrato, dado que les será irrelevante. En cambio un pedido de anulación de la inscripción del asiento registral puede derivar de un pedido de declaración de invalidez de la inscripción que le dio origen (artículo 107 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos) o cuando se pide la nulidad del título en cuya virtud se ha extendido el asiento (artículo 94 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos), lo cual no sucede en la figura de la ineficacia del acto jurídico, dado que esta es diferente del pedido de nulidad del acto jurídico. Por tanto, al no estar, en esencia, frente a un pedido accesorio, ya que no puede ser conceptualizado como tal, el pedido de anulación de asiento deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Civil, siendo que no se cumple con el requisito previsto en el inciso 2 del artículo 85, ya que un pedido de anulación de asiento registral resulta contrario e incompatible con un pedido de ineficacia del acto jurídico. Según los argumentos expuestos, se está ante una indebida acumulación de pretensiones, la que, conforme al inciso 7 del artículo 427 del Código Procesal Civil, origina la improcedencia de la demanda, empero, esta improcedencia debe alcanzar únicamente al extremo de la demanda relativo al pedido de anulación del asiento registral, lo cual debe ser declarado en ejercicio de la facultad excepcional prevista en el artículo 121 del Código Procesal Civil, manteniéndose la plena vigencia del pronunciamiento relativo al pedido de ineficacia del acto jurídico, en aplicación del primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil, ya que la declaración judicial de ineficacia ha cumplido con la finalidad concreta y abstracta del proceso.

Por último, debemos afirmar que la facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos en los que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada.



JURISPRUDENCIA

La competencia es una institución procesal cuyo objetivo es hacer más efectiva y funcional la administración de justicia, surgiendo a partir de la necesidad del Estado de distribuir el poder jurisdiccional entre los distintos jueces con los que cuenta por la evidente imposibilidad de concentrar en uno solo o en un grupo de ellos tan importante función pública; Que, al respecto, debe señalarse que en lo relativo a la competencia territorial, el único supuesto previsto por la ley para que el órgano jurisdiccional declare su incompetencia de

oficio es cuando esta sea de carácter improrrogable, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 35 del Código Procesal Civil, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción. A ello debe agregarse que la competencia por razón de territorio tiene un carácter relativo en razón de haberse dispuesto en atención al interés de las partes, de ahí que sea susceptible de ser renunciada, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 25 del Código Procesal Civil; consecuentemente, no encontrándose el presente caso en un supuesto de competencia improrrogable, el órgano jurisdiccional ante el cual se presentó inicialmente la demanda no se encontraba facultado para declarar su incompetencia de oficio, por haberse configurado la prórroga tácita de la competencia territorial consagrado en el artículo 26 del Código Procesal Civil concordante con los artículos 454 del citado Código y 15 de la Ley General de Arbitraje (Cas. N° 4683-2007-Santa, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 24/01/2008)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 157 del Código Tributario, la demanda de impugnación de lo resuelto por el Tribunal Fiscal podrá ser presentada por el deudor tributario dentro del término de tres meses computados desde el día siguiente de efectuada la notificación de la Resolución. Dicho plazo legal establecido en una norma de orden público es de caducidad, pues el derecho concedido para impugnar tiene término fijo, esto es que no se interrumpe y está referido a un derecho potestativo. La Resolución del Tribunal Fiscal número 0962-1-2001, que resuelve el proceso administrativo, fue notificada a la demandante el once de setiembre de dos mil uno, según el cargo de fojas quinientos noventa y uno vuelta, del expediente administrativo, y la demanda fue presentada el veinticuatro de julio del 2002, en forma extemporánea (Apelación N° 1467-2007-Lima, Sala Civil Permanente, 17/03/2008).

Es improcedente la demanda, para la convocatoria judicial a junta general de accionistas, si la solicitud para tal fin, presentada por la propia accionante, ha sido admitida.

Una vez denegada o transcurrido los quince días a la recepción de la solicitud se podrá solicitar judicialmente su convocatoria en proceso no contencioso (Exp. N° 12729-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 672).

Si la demanda ha sido recaudada con un contrato de subarrendamiento financiero, el mismo no permite que el subarrendatario pueda ejercitar su derecho de opción, desde que el subarrendador no tiene la titularidad o dominio del bien, razón por la que deviene improcedente la demanda, pues, no constituye título ejecutivo, a tenor del D.Leg. 299.

El juez está obligado a calificar de oficio el título con la interposición de la demanda y en la sentencia (Exp. N° 99-2516-1623, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 564).

Si la minuta de compraventa se encuentra pendiente de elevación a escritura pública en la notaría, faltando únicamente la firma de la codemandada en la citada escritura, no puede declararse la improcedencia de la demanda bajo el argumento que corresponde tramitarse bajo la vía no contenciosa, en atención a la Resolución Jefatural N° 122-98-AGN/J.

Dicha resolución es aplicable cuando falten las firmas de los comparecientes, del Notario o de los testigos y la escritura pública se encuentre en el Archivo General de la Nación (Exp. N° 21028-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 509).

Es improcedente la demanda que pretende, a través de una declaración judicial, posibilitar el otorgamiento de escrituras públicas de un demandado a otro y del último a la demandante, con el evidente propósito de sanear la titulación y proceder a la inscripción del dominio.

Con esta pretensión se desnaturaliza el instituto legal del contrato, y, más aún persigue que un juez se sustituya en el derecho de unos y en la obligación de otros de ser suscriptores de una escritura pública (Exp. N° 694-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 513).

Trabada la medida cautelar, el hecho de que se haya interpuesto demanda fuera del plazo previsto en el artículo 636 del CPC, no afecta esta, sino, la caducidad de la medida. Declarar la improcedencia de la demanda atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional (Exp. N° 47492-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 293).

Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra ley procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia (Cas. N° 724-99-Lambayeque, El Peruano, 12/11/99, p. 3902).

La legitimado ad causam o legitimación para actuar es un elemento sustancial de la litis más no de la acción y, por tanto, no constituye un presupuesto procesal, pero la carencia de dicha calidad por su íntima relación con el interés sustancial de la pretensión impide obviamente una decisión de fondo (Cas. N° 2296-98-Cajamarca, El Peruano, 19/03/99, p. 2836).

Si se advierte del contrato que se pretende elevar a escritura pública que la codemandada no lo ha suscrito, no puede compelerse a una persona a llenar una formalidad requerida si no ha intervenido en la celebración del acto jurídico.

Al acceder al proceso se hace en los mismos términos que las partes han celebrado el acto jurídico, no siendo posible modificación alguna, pues, importaría variar la voluntad de las partes (Exp. N° 1358-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 535-538).

La demanda de otorgamiento de escritura, además del pronunciamiento por parte del juez respecto a la validez del acto jurídico que origina la transferencia del mismo, es improcedente, pues no resulta factible a través de un proceso de otorgamiento de escritura emitir tal pronunciamiento (Exp. N° 3243-1999, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 521-522).

Es improcedente la demanda sobre mejor derecho, si no se han interpuesto los recursos impugnatorios hasta agotar la vía administrativa o causar estado, para luego, demandar la acción contencioso-administrativa.

Al no haberse reconocido el derecho que alega tener la demandante, mal podría esta parte, pretender obtener ese mismo derecho, por la vía que no es la que la ley regula para el efecto (Exp. N° 1098-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 495-497).

Es improcedente la demanda por falta de legitimidad para obrar, si el accionante no acredita su calidad de asociado de la Cooperativa, cuyos acuerdos pretende impugnar.

El debido proceso se conceptúa procesalmente como aquel en el que se brinda a las partes las condiciones mínimas para comparecer al proceso, defenderse, probar su defensa a impugnar las decisiones judiciales (Exp. N° 4342-98, Sala de Procesos Abreviados y de

Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 463-464).

Habiéndose amparado la pretensión de ineficacia de la inscripción de anticipo de legítima otorgado por los demandados a sus hijos; sin embargo, se plantea otra demanda para que se declare la invalidez del asiento registral que contiene la inscripción del anticipo de legítima, el que ya ha sido materia de pronunciamiento, situación que lleva a la improcedencia de la demanda, pues, no existe conflicto que resolver (Exp. N° 17322-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 466).

El hecho que el demandante esté siguiendo una querrela por difamación, no puede entenderse que el actor esté haciendo valer, en ambas vías, un mismo derecho, puesto que la querrela persigue la imposición de una pena al denunciado y la pretensión indemnizatoria que la misma conllevaría, debe ser solicitada, hecho que no aparece realizado en la querrela. La pretensión indemnizatoria es facultativa de la parte que se cree agraviada y persigue además el resarcimiento por el daño moral (Exp. N° 1383-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 455-456).

El titular de la acreencia de los servicios de luz, agua y teléfono es un tercero por lo que la parte actora está facultada a requerir el pago en vía de repetición, luego de honrados dichos pagos.

Si no ha cumplido con el pago, carece de legitimidad para obrar (Exp. N° 4229-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 204-205).

Si el actor ha probado ser propietario del lote de terreno pero no de la fábrica existente sobre dicho terreno, no tiene legitimidad activa en el proceso. Dicha probanza es fundamental, pues, solo así el actor está habilitado para pedir la restitución de lo edificado (Exp. N° 453-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 469).

La demanda es improcedente cuando es evidente la falta de legitimidad para obrar del actor. Si no es viable la excepción, el juez al momento de sentenciar está en aptitud de pronunciarse sobre la legitimidad para demandar de la parte actora, en observancia a la última parte del artículo 121 del CPC (Exp. N° 994-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 417).

Constituye requisito de procedibilidad para la Convocatoria de Asamblea General extraordinaria, que la demanda sea interpuesta por los mismos asociados que cursan la carta notarial, como lo establece el artículo 85 del CC.

La legitimidad para obrar de los accionantes deriva de la carta notarial suscrita por ellos (Exp. N° 416-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 419).

La legitimidad para obrar es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide en la mayoría de los casos, con la titularidad de la relación jurídico-sustancial.

Existe falta de legitimidad cuando no medida coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley, habilita especialmente para

pretender o para contradecir, respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (Exp. N° 509-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 416).

Tratándose de interdictos de retener, la legitimidad activa de la parte demandante está sustentada en el solo hecho de considerarse perturbado en su posesión.

La relación jurídica sustantiva se da entre el poseedor y el agente perturbador, independientemente de no existir entre ambos relación contractual alguna. Son el poseedor y el perturbador los conformantes de la relación jurídica procesal (Exp. N° 912-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 412-413).

Si bien la caducidad se produce de pleno derecho, lo que supone que no hay necesidad de resolución judicial que la declare; empero, no hay impedimento legal para que el juzgador la declare cuando esté convencido de la caducidad de la medida.

La extinción del derecho y la acción es solo parcial, siempre que se distinga que la medida está dirigida y ordenada contra varios bienes y que solo se ha ejecutado sobre uno de ellos (Exp. N° 232-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 275).

(...) En la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda; (...). dichos requisitos están vinculados estrictamente a cuestiones de forma y capacidad procesal en el modo de interponer la demanda; no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas recaudadas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda" (Cas. N° 1691-99-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 166-168).

Es improcedente la impugnación de paternidad del actor, si de la revisión de la partida de la menor, se advierte que es una hija extramatrimonial reconocida solo por la madre. No existiendo reconocimiento del vínculo paterno-filial, el actor carece de legitimidad para obrar.

Si no ha intervenido el demandante en la declaración del nacimiento, ni obra su consentimiento expreso para tal declaración, debe ampararse se excluya el nombre del actor de la partida de nacimiento (Exp. N° 2221-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 126-127).

Si de la revisión de la partida de nacimiento de la menor se advierte que se trata de una hija extramatrimonial solo reconocida por la madre, carece de legitimidad para obrar el actor, pues, no existe reconocimiento del vínculo paterno-filial. Por tanto, la pretensión del actor dirigida a negar ser el padre de la hija de la demandada es improcedente (Exp. N° 1765-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 121-122).

Es improcedente la demanda, para el cobro de las cuotas a que están obligados los propietarios de las unidades inmobiliarias bajo el régimen de la propiedad horizontal, si no se acompaña copia certificada del acta de la Junta que acredite los poderes de representación para actuar en nombre de la misma; así como, copia de la carta notarial que la Junta debe enviar al propietario requiriéndole el pago del monto adeudado.

No existe interés para obrar, al no haber agotado los actos destinados a procurar satisfacer su pretensión material antes de iniciar el proceso (Exp. N° 2606-98, Sala de Procesos

Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 145-146).

Del contrato de transferencia que se pretende elevar a escritura pública se advierte que la codemandada no ha suscrito el contrato, ello denota la inviabilidad de la demanda, pues, no puede compelerse a una persona a llenar la formalidad requerida si no ha intervenido en la celebración del acto jurídico (Exp. N° 1358-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 491-493).

Si las obligaciones cuyo pago pretende la demandante en el proceso de ejecución de garantías no están cubiertas por la hipoteca, deviene en improcedente la demanda.

La Ley N° 26702 expedida con posterioridad a la celebración del contrato de hipoteca subli-tis, no resulta de aplicación (Exp. N° 61724-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 539-540).

El hecho que en otro juzgado distinto se esté ventilando un proceso de impugnación de acuerdo societario que tendría relación con este proceso, no puede considerarse como un supuesto de falta de interés para obrar, porque nada impide al juzgador valorar adecuadamente todos los medios probatorios incluyendo las copias certificadas de otro proceso, que puedan llevar a la convicción que los actos societarios que se cuestionan en la demanda sean nulos o, si es posible establecer válidamente la relación procesal, lo que no puede hacerlo en la etapa postulatoria (Exp. N° 33544-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 434-435).

El argumento que la accionante carece de interés para obrar, porque ha debido demandar previamente la declaratoria de herederos debe desestimarse, pues, no resulta válido establecer requisitos de procedibilidad que la propia ley no exige.

No existe impedimento legal para que una sucesión pueda ser demandada. En caso se desconosca sus integrantes, el emplazamiento está previsto en el artículo 435 del CPC. (Exp. N° 21342-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 433).

Si del cobro del adeudo contenido en las letras de cambio se observa que la relación procesal entablada, difiere en parte de la relación sustantiva preexistente, pues en tres de las treinta letras demandadas la firma del aval no se ha consignado; ello no amerita pronunciarse ni respecto a la existencia de una indebida acumulación de pretensiones ni a la invalidez insubsanable de la relación procesal, pues, no afecta las exigencias sustantivas ni procesales en su integridad (Exp. N° 19482-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).

La legitimidad para obrar está referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandante o demandados, la ley les autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz a intervenir en el proceso por asistirles un interés en el resultado. Asimismo, la legitimidad activa, denominada legitimatio ad causam, se refiere a la licitud jurídica de accionar, que corresponde a quien afirma ser titular de derechos, lo que constituye un concepto procesal, que no debe confundirse con la titularidad misma del Derecho material (Cas. N° 3218-98-Lima, El Peruano, 18/10/99, p. 3763).

Si la demandada no ha intervenido como parte contratante en la transferencia del bien inmueble, no puede ser compelida a perfeccionar dicho acuerdo (Exp. N° 3876-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 526-527).

La compraventa es un contrato que se perfecciona con la voluntad de las partes. Si bien no se ha elevado a escritura pública, ello no significa que la propiedad no haya sido transmitida. Carece de legitimidad para obrar la actora, pues al momento de interponer la demanda, ya no era propietaria del inmueble cuya desocupación pretende (Exp. N° 1315-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 507-509).

La acción de cumplimiento declarada improcedente, no le priva al demandante de intentar por la vía ordinaria que el órgano jurisdiccional expida luego de un proceso válido una sentencia de mérito.

El actor tiene interés para obrar, pues, ha agotado los medios a su alcance para lograr fuera del proceso lo que pretende en este, conforme se verifica de los requerimientos efectuados a la emplazada (Exp. N° 39834-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 282-283).

Si existen actos del administrador que no responden a las facultades legales o estatutarias; y, si esos actos perjudican al accionista en forma directa y personal, se configura la lesión directa, por tanto, no existe falta de legitimidad para obrar del demandante (Exp. N° 2750-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 418-419).

(...) En la acción reivindicatoria, la probanza de la propiedad de la fábrica existente sobre el terreno es fundamental en este proceso; pues solo así el actor está habilitado para pedir la restitución de lo edificado; a contrario sensu, si no lo prueba, no tiene legitimidad activa en el proceso (...) (Exp. N° 453-98, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 506).

Carecen de interés para obrar, si los interesados ante el testamento observado sucesivamente por el registrador público, no volvieron a presentar su título a efectos de una nueva calificación. Los interesados tienen siempre expedito su derecho para interponer el respectivo recurso de apelación, a efecto que la autoridad superior registral revise y expida el pronunciamiento debido (Exp. N° 733-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 436-440).

Los acuerdos societarios que se rigen bajo la derogada Ley General de Sociedades, están sujetos al plazo de caducidad de sesenta días contados a partir del cuestionamiento. Habiendo transcurrido con exceso el plazo, ha operado la caducidad de la acción, el mismo que extingue el derecho y la acción.

Carece de legitimidad para obrar porque la pretensión no encuentra respuesta en la norma material (Exp. N° 1369-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 684-685).

Es improcedente la demanda si la rendición de cuentas del albacea se plantea cuando ha transcurrido en exceso el plazo de caducidad de 60 días que prevé el artículo 794 del CC.

El plazo de caducidad no admite interrupción ni suspensión y puede ser declarado de oficio por el juez (Exp. N° 2386-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 271-272).

La caducidad no puede plantearse en vía de acción, pues dicho medio de defensa solo puede hacerse valer dentro de un proceso y con el propósito de lograr la improcedencia de la demanda (Exp. N° 2880-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 273-274).

Es improcedente la demanda si las partes no han fijado su domicilio conyugal en la República, ni se ha inscrito el matrimonio cuya nulidad se pretende en el país.

Las causas sobre el estado y la capacidad de las personas naturales, se rigen por la ley de su domicilio, siendo necesario tener en consideración que los Tribunales Nacionales son competentes siempre y cuando la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República (Exp. N° 98-1114, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 289).

No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda, si el accionante pretende que su cónyuge le pague una suma de dinero, producto del alquiler del inmueble que pertenece a la sociedad conyugal, que viene siendo administrado por la demandada, bajo el juramento que el contrato no ha sido autorizado por su persona.

No es lógico que ahora pretenda fundamentar su demanda en el artículo 313 del CC, que está referido a los casos en que uno de los cónyuges faculta al otro para que asuma la administración de los bienes sociales (Exp. N° 1425-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 113).

No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio, si el pretensor pretende el cumplimiento de una obligación nacida del contrato de locación de servicios, sin embargo, en la propia demanda acredita el pago por el perjuicio económico a consecuencia de un hurto agravado que señala haber sufrido (Exp. N° 4049-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 461-462).

Para calificar la posesión precaria, no cabe análisis respecto de la forma como la demandada adquirió la posesión, sino, si tiene título o no que justifique su permanencia en el bien sublitis al momento de la interposición de la demanda (Exp. N° 1453-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 153).

Para calificar la improcedencia de la pretensión es necesario que del tenor del escrito de la demanda no exista correspondencia entre los hechos expuestos y el petitorio; o lo que se pida sea física o jurídicamente imposible.

Es inadmisibles la demanda si de ella se advierte una evidente falta de información en relación a los hechos alegados y una ausencia de orden en la narración de los mismos (Exp. N° 1717-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 446).

Existiendo un proceso anterior, seguido entre las mismas partes sobre otorgamiento de escritura, el mismo que ha quedado firme según ejecutoria suprema, constituye un imposi-

bie jurídico que da lugar al rechazo liminar de la demanda, incoar nuevamente similar pedido (Exp. N° 37913-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 449).

Es improcedente la demanda de prescripción adquisitiva de dominio contra el Estado, pues contiene una pretensión jurídicamente imposible. Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles (Exp. N° 2992-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 451).

Encontrándose en discusión, en sede judicial, la eficacia de la asamblea general que eligió al comité electoral y que designó a la junta directiva, es decir la eficacia de lo que constituye el actual petitorio de la demanda, no resulta procedente admitir la demanda, a efecto de evitar decisiones contradictorias.

La demanda incoada deviene en prematura (Exp. N° 49737-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 464-465).

Es improcedente el pedido del actor para que se declare judicialmente su verdadero nombre e identidad, si en el propio recaudo que apareja la acción está acreditado su verdadero nombre.

Se cumple el precepto contenido en el artículo 19 del Código Civil, en cuanto reza que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, con inclusión de sus apellidos (Exp. N° 15048-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 65).

Al no haberse acreditado la existencia de una unión de hecho que origine una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, resulta impertinente solicitar la división y partición de los bienes que la conforman (Exp. N° 98-547, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 105-106).

Para la reivindicación, el demandante debe acreditar a plenitud y de modo indubitable el dominio del bien cuya restitución pretende.

Si los demandados admiten ocupar el inmueble como propietarios, debe establecerse el otro proceso, quien tiene el mejor derecho de propiedad sobre el bien (Exp. N° 2550-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 170-171).

Es improcedente la demanda del Sindicato de Artistas Intérpretes del Perú para requerir el pago por el otorgamiento de un Pase Intersindical, como condición para la presentación de un artista extranjero, por no ser un pago amparado por Ley.

Si bien el D.S. N° 013-87-DE y Resolución Ministerial N° 053-91-TR facultan a la demandada a otorgar dicho pase, no se advierte que los mismos autoricen a cobrar por su expedición, no constituyendo sus estatutos de la demandada fuente de obligaciones para terceros, dado que su ámbito es de aplicación institucional (Exp. N° 3086-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 188-189).

La donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad, por tratarse de un acto ad solemnitatem.

El pedido que el contrato privado de donación se eleve a escritura pública constituye un imposible jurídico. Los efectos del artículo 1412 del C.C. no le resultan aplicable, porque

dicha norma sirve para dar forma al acto constituido y no para constituir el acto mismo (Exp. N° 32827-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 226-227).

Si la demandante actuó como gestora de negocios, carece de capacidad para asumir la posición contractual de compradora en el negocio celebrado con la demandada (Exp. N° 2780-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 239-241).

Constituye un petitorio jurídicamente imposible, modificar una expresión de voluntad hecha o consentida por las partes contratantes ante un Notario Público sin que estos no lo exterioricen en la forma que manda la Ley. La rectificación o aclaración de una escritura pública debe hacerse de la misma manera y ante quien se extendió (Exp. N° 25292-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 409).

Si bien el contrato de compraventa es un acuerdo con prestaciones recíprocas, siendo una de ellas el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad del bien a cargo del vendedor; al haberse declarado judicialmente la nulidad del contrato privado de adjudicación, la prestación de formalizar la transferencia deviene en imposibilidad jurídica.

El argumento que el contrato de adjudicación en venta ha sido celebrado a título oneroso y de buena fe, razón por la cual debe otorgársele la escritura pública, debe ser dilucidada en otro proceso. La buena fe del tercero se presume y subsiste mientras no se demuestre que conocía la inexactitud del Registro (Exp. N° 1343-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 494-495).

No resulta posible jurídicamente que el demandante en su calidad de endosatario y tenedor de la letra de cambio, pretenda hacer valer la acción causal no contra su inmediato endosante, sino contra el aceptante original.

Le asiste al endosatario el derecho de iniciar la acción causal contra su inmediato endosante, siempre que el endoso fuere absoluto y derivase de una relación causal en la que uno y otro tuvieren las calidades de acreedor y deudor respectivamente (Exp. N° 3298-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 575).

Si se ha embarcado la carga contratada en forma parcial, la ley para evitar el perjuicio del fletante, faculta a este último a exigir el cumplimiento total de la prestación, es decir, requerir el pago total del flete. En el supuesto que el fletador no embarque la carga ni siquiera en forma parcial no se le puede exigir el pago; porque ello implicaría el derecho de una de las partes, el fletante, de exigir el cumplimiento de la contraprestación, esto es el pago del flete, cuando la suya no ha sido cumplida.

Ante supuestos de incumplimiento obligacional que acarreen la imposibilidad de la prestación por culpa del deudor, el artículo 1154 del CC establece como consecuencia la resolución de la obligación, quedando el acreedor exento de cumplir su contraprestación y con el derecho expedito a exigir a la otra parte el pago de la indemnización que corresponda.

Si el demandante no pretende que se le indemnice por los daños causados por el incumplimiento sino el pago total del flete pactado, cuando el embarque no se ha realizado, es improcedente su demanda por constituir un imposible jurídico (Exp. N° 2954-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 643-644).

Existe indebida acumulación si los contratos celebrados entre los demandados constituyen distintos títulos, en razón que en dichas relaciones jurídicas no ha intervenido el demandante. Aun cuando este es el último adquirente del vehículo, no puede compeler a los demás codemandados, a excepción de su vendedor inmediato, a que le otorguen la transferencia correspondiente.

Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (Exp. N° 1725-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 327).

Se declara la improcedencia de la demanda cuando la acumulación de pretensiones no cumple con los requisitos catalogados para la debida acumulación de las mismas y no cuando no se precisa el tipo de acumulación (Cas. N° 1688-98-Ucayali, El Peruano, 09/08/2000, p. 5798).

Es indebida la acumulación de pretensiones que pretende se le declare como única heredera a la actora, con exclusión de dicha calidad a la demandada, pues, esta última no tiene conexidad con la pretensión principal.

La exclusión se refiere a los bienes que se encuentran en posesión de la persona a quien se demanda, mas no a las personas que tienen la calidad de herederos (Exp. N° 43-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 347-348).

No es jurídicamente posible acumular la ineficacia y la nulidad, a la vez, de un mismo acto jurídico. La ineficacia de un acto jurídico no cuestiona la validez intrínseca del acto celebrado, sino las consecuencias del mismo; mientras que, con la pretensión de nulidad, se busca la restitución de las cosas hasta antes del acuerdo impugnado. Esa acumulación conlleva a solicitar, en la realidad, la nulidad del acto jurídico, pues, para que se ordene la restitución de las cosas al estado anterior al acto impugnado, necesariamente se debe declarar la nulidad (Exp. N° 353-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).

Existe una indebida acumulación de pretensiones cuando se solicita la nulidad de actos absolutamente independientes entre sí, involucrándose con ello a personas totalmente distintas. Debe contemplarse los presupuestos que contienen los artículos 85 y 86 del CPC.

Cada uno de los Decanos Nacionales elegidos por periodos, responden de manera individual por los actos practicados (Exp. N° 204-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 307-308).

La reivindicación es una acción que dirige el propietario no poseedor contra el poseedor u ocupante no propietario. No se puede pretender la reivindicación de un bien que contiene vías y bienes de dominio público, para lo cual únicamente procedería el pago del justiprecio de la indemnización.

Existe una indebida acumulación alternativa de pretensiones si no es viable la acción reivindicatoria propuesta como alternativa al pago de una suma de dinero (Exp. N° 2726-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 311-312).

Sí se ha celebrado el contrato de mutuo, con intervención de ambos cónyuges, para cancelar el saldo del precio de la compraventa del inmueble gravado, el mismo que es un bien social, no puede producirse la resolución del contrato, en tanto, no se comuniqué a los representantes de la sociedad conyugal, y no solo a uno de ellos.

La comunicación de resolver el contrato, cursada solo a uno de los cónyuges, hace inextinguible la obligación reclamada, pues no ha operado la resolución contractual por falta de comunicación idónea (Exp. N° 45514-1722-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 239-241).

Debe admitirse a trámite la demanda que solicita se adicione al apellido materno de sus menores hijos el apellido materno de la madre, bajo el argumento de que "siendo su hermano el único varón famoso se perdería en el tiempo su apellido". Esta pretensión no puede ser de rechazo liminar, pues ella constituiría una apreciación preliminar sobre el fondo de lo demandado.

Voto singular: no procede admitir a trámite la demanda. A título de excepción se permite el cambio de nombre, siempre y cuando obedezca a motivos justificados, cuando el nombre que se pretende alterar no cumple o deja de cumplir su inherente función individualizadora, sea contrario al orden público o las buenas costumbres, a la dignidad de la persona o cuando tenga una significación deshonrosa o indecorosa (Exp. N° 396-2002, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 81).

La acción petitoria de herencia es personalísima e incumbe únicamente a cada heredero preterido, razón por la cual no puede declararse a favor de quienes no tengan vocación hereditaria, no representen a su progenitor premuerto al tiempo de aperturarse la sucesión y/o no han intervenido en la demanda respectiva. Si del tenor de la demanda no fluye que los accionantes hayan peticionado se declare heredero a su progenitor, quien a la fecha de la apertura de la sucesión la viuda aún sobrevivía, no pueden participar en la sucesión de la referida causante representando a su progenitor. Deben acreditar previamente haber sido declarados sus respectivos herederos, para adquirir los derechos y acciones que le correspondían al causante directo (Exp. N° 39-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 149).

Cuando el cónyuge sobreviviente concurre con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaran el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge puede optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa; conforme lo señala el artículo 731 del Código Civil, se confiere a dicho cónyuge el derecho de dar el indicado bien en arrendamiento. Si las partes en litigio pusieron fin a sus diferencias mediante conciliación, respecto a la partición del inmueble, la pretensión acumulada sobre derecho de uso y habitación se ha tomado en una imposibilidad jurídica según lo preceptúa el artículo 427 del Código Procesal Civil (Exp. N° 957-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 198).

No procede declarar la nulidad de la escritura pública y del acto jurídico que lo contiene, si la edificación sobre el terreno adquirido no fue materia de acto jurídico alguno. Deviene en improcedente el debate respecto de la propiedad de las construcciones, pues esta no fue objeto de compraventa. No es de aplicación lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil (Exp. N° 791-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 259).

No procede rechazar a trámite la demanda sobre otorgamiento de escritura pública por considerar que el inmueble precisado en la minuta –cuyo otorgamiento en escritura pública se solicita– sea el mismo que se consigna en las documentales que adjunta, observaciones que en todo caso, corresponderían ser formuladas por la parte demandada (Exp. N° 2041-2003, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 269).

Si la demanda refiere la acumulación subjetiva de pretensiones y estas no provienen de un mismo título, debe declararse la improcedencia de la demanda por indebida acumulación (Exp. N° 1255-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 377).

Si el demandante pretende anular el testamento ológrafo debidamente aprobado y protocolizado por el órgano jurisdiccional, es improcedente la demanda por constituir un imposible jurídico. Habiendo recaído resolución judicial firme sobre la validez de dicho testamento, el demandante no puede optar por la nulidad del acto jurídico, sino debe hacer uso de los medios legales pertinentes respecto al cuestionamiento de resoluciones judiciales (Exp. N° 6515-99, Sala Civil Corporativa Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 561).

La legitimidad para obrar es la cualidad emanada de la ley para aspirar a una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, la misma que requiere el examen de la titularidad del derecho cuya tutela jurisdiccional se pretende, ya que al calificarse la pretensión procesal debe tenerse en cuenta que esta debe tener el sustento en la relación material. En la acción revocatoria no procede desestimar la demanda bajo el argumento que no ha precisado en el petitorio cuál es el crédito que tiene frente a la demandada, ni ha adecuado su petitorio a la acción invocada, sin embargo, de la revisión de la demanda se verifica que el petitorio guarda congruencia con los hechos que la sostienen, habida cuenta que la acción revocatoria o de ineficacia procede contra los actos jurídicos gratuitos u onerosos que realice el deudor con el fin que disminuya su patrimonio conocido y perjudique el cobro del crédito como lo sanciona el artículo 195 del Código Civil (Exp. N° 600-01, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 575).

No puede ampararse la improcedencia de la demanda si el recurrente omite adjuntar a su demanda el instrumento que acredite haber efectuado el requerimiento para el nombramiento de árbitro. Ello configura un supuesto de inadmisibilidad por cuanto está referido a una omisión de naturaleza formal, que puede y debe ser subsanada dentro de un plazo prudencial. La inadmisibilidad y la improcedencia son conceptos que se encuentran claramente definidos en el artículo 128 del Código Procesal Civil. El acto procesal deberá ser declarado inadmisibile cuando carece de un requisito de forma o este se ha cumplido defectuosamente, siempre que resulte factible de ser subsanado, a diferencia de la improcedencia, que opera cuando la omisión o defecto que se advierte en el acto procesal, es de un requisito de fondo y por ende, no brinda margen a la parte para que pueda superarlo (Exp. N° 1138-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 686).

MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

ARTICULO 428

El demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Iguals derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 438, 445, 559 inc. 4, 761 inc. 6.
C.N.A.	art. 166.
D. LEG. 823	arts. 44, 140.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 114.
C.P.C. Colombia	art. 89.
C.P.C.N. Argentina	art. 331.

Comentario

1. La norma regula la transformación de la demanda, la misma que puede expresarse en la modificación y ampliación de esta.

La transformación implica la alteración de alguno de los elementos objetivos integrantes de la pretensión contenida en aquella. Esta alteración está sujeta a límites temporales y al ejercicio del titular de la acción.

2. En relación a la modificación de la demanda, señala el Código que ella le está concedida al demandante; es decir, al titular del derecho de acción, quien es el único apto para producir un cambio en la demanda, y solo puede ejercer esa facultad antes que esta sea notificada; sin embargo, consideramos que dicha facultad también puede ser extensiva al demandado cuando este interponga una contrapretensión o como lo denomina el Código reconvencción, pues, el principio de igualdad que debe regir la actividad procesal justifica el ejercicio de dicha reserva. Cabe por tanto la posibilidad —a través de la modificación de la demanda—

que se produzca la ampliación de la demanda y de la reconvención si fuere el caso. En tal sentido, resulta coherente lo que señala la última parte de este artículo "iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula la reconvención".

Ella se configura cuando el actor, en lugar de acumular todas las pretensiones que tiene frente al demandado en la demanda inicial, lo hace en un momento procesal posterior. El límite para ello está dado por la notificación con la demanda, cumplido este acto, el demandante pierde la facultad de proponer nuevas pretensiones dentro del mismo proceso. La ampliación se halla sujeta a los mismos requisitos de la acumulación objetiva de pretensiones, la cual puede ser originaria o sucesiva, según se acumulen en la demanda o se incorporen al proceso con posterioridad a ese acto, aunque antes de la notificación.

Se debe destacar que la ampliación procede siempre y cuando "antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional"; en tal sentido, si nos referimos al cobro de alquileres, perfectamente podría ampararse la ampliación del monto demandado por los periodos de la renta impaga que se devenguen luego de la notificación de la demanda, pues devienen de la misma relación obligacional, reserva de ampliación que no puede ser extensiva al cobro de cheques por falta de fondos, provenientes del pago de diversas relaciones por más que el girado y el girador sean los mismos.

3. Si bien un efecto de la litispendencia es el relativo a la prohibición de transformar la demanda, esta prohibición está basada en razones de muy diversa índole como la afectación del derecho de defensa, pues si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos constitutivos determinantes de su petición o las personas demandadas, se estaría colocando a estas personas en situación de indefensión o, por lo menos, vulnerando el principio de igualdad. Otra razón se refiere al desarrollo ordenado del procedimiento, que se vería alterado si dichos cambios fueran posibles.

En ese sentido, coincide Monroy⁽¹⁷⁶⁾ al señalar "una vez conocidas por el demandado las pretensiones que la demanda contiene, una modificación del contenido de la demanda implicaría dos situaciones alternativas pero igualmente perjudiciales: un severo caso de indefensión para el demandado o, en todo caso, un injustificable retraso en la tramitación del proceso, dado que la modificación realizada con posterioridad al emplazamiento tendría que ser nuevamente notificada".

4. La ampliación del petitorio contenido en la demanda también puede ser intentada por el demandante, pero siempre y cuando en la demanda haya expresado que se reserva el derecho de hacerlo durante el camino procesal.

(176) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 275.

Hay algunos criterios en la judicatura que consideran que no es suficiente señalar la reserva para que opere automáticamente la ampliación, sino que tiene que justificarse dicha reserva, argumentando que se trata de una pretensión que contiene como exigencia una obligación de cumplimiento sucesivo, la que se va a ir venciendo o devengando con posterioridad a la notificación de la demanda o emplazamiento

Debe tenerse en cuenta que no solo se transforma la demanda por la simple alteración cuantitativa del objeto mediato sino que puede operar esta como resultado necesario de la integración. Mientras en el primer supuesto los trámites procesales ya cumplidos con respecto al reclamo originario son comunes a su ulterior cambio y solo es necesario para resguardar el derecho de defensa, un previo traslado a la otra parte, en el segundo, se puede alegar otros hechos en contraposición a los nuevamente alegados y la prueba puede recaer sobre los hechos nuevos alegados por ambas partes (ver los artículos 440 y 429 del CPC).

Asimismo, la simple petición ampliatoria de la cuantía originariamente reclamada puede formularse en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia; en cambio, el acto de integración puede operar hasta antes del inicio del debate probatorio.

No existe en el ordenamiento procesal, regla general que prohíba la transformación de la demanda, todo lo contrario, hay una serie de supuestos que lo permiten, pero, reside en los límites temporales que la ley determina, pues, mientras la ampliación o modificación puede verificarse solo con anterioridad a la notificación de la demanda; la alteración del objeto mediato puede tener lugar en cualquier momento del proceso, antes que sea resuelto, como sería los casos: a) desistimiento parcial subjetivo pasivo, esto es, el no dirigir la demanda contra algún o algunos demandados; b) los hechos nuevos, no alegados en la demanda, pero que no establezcan una *causa petendi* nueva; y, c) los fundamentos de derecho también pueden ser transformados, siendo posibles todas las variaciones, en atención al principio *iura novit curia*.

5. Hay algunos criterios que si bien no asumen la tesis de la sustitución de la petición inicial por otra, ni añaden una nueva, sin embargo, sí consideran posibles peticiones complementarias, accesorias, dependientes de la primera y principal; en ese sentido Montero Aroca⁽¹⁷⁷⁾ considera que es posible la petición de intereses hecha en la réplica o en la comparecencia, cuando en la demanda se pidió una cantidad como principal; la petición de cancelar una inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando en la demanda se pidió la nulidad de un contrato de compraventa; la petición de nulidad de un contrato entre dos codemandados, cuando en la demanda se había reivindicado la cosa frente a los dos.

(177) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Judicial*, T. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 145.



JURISPRUDENCIA

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

Si se ha emitido sentencia el 26 de julio de 1995 procede ampliar la demanda por la renta devengada en los meses de junio y julio mas no por el de agosto del referido año (Exp. N° 1808-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 272-273).

Si bien el artículo 428 del Código Procesal Civil faculta al demandante a variar la demanda antes que esta sea notificada, ello opera en el entendido que la misma haya sido admitida a trámite. Si se ha declarado la improcedencia de la demanda, carece de objeto modificar la demanda respecto al número de emplazados y a los medios probatorios adjuntados (Exp. N° 925-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 562).

Las normas procesales que rigen la etapa postulatoria se aplican tanto para el demandante como al demandado, siempre y cuando no desnaturalice el proceso. Ello es entendible porque el principio de socialización del proceso garantiza a las partes, igualdad de oportunidades para invocar y alegar en el proceso sus derechos y defensas. Resulta procedente que la parte emplazada pueda modificar su contestación a la demanda, por aplicación analógica, siempre y cuando cumpla con el requisito establecido en el artículo 428 del Código Procesal Civil. Afirmar lo contrario sería una clara restricción al derecho de defensa de la parte demandada así como al principio de socialización que rigen los procesos civiles de manera imperativa (Exp. N° 1302-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 567).

Si el juez frente a la devolución de la notificación dirigida a la demandada, puso en conocimiento del actor bajo apercibimiento de rechazarse la demanda por no poder emplazar al demandado, está impidiendo el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva. La imposibilidad de emplazar a la parte demandada no implica rechazo de la demanda, ya que nuestro ordenamiento prevé muchas formas de emplazar a las personas ausentes involucradas en la litis (Exp. N° 501-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 569).

La facultad para contestar demandas importa el ejercicio del derecho de contradicción y este derecho solo surge con el emplazamiento a quien ha sido dirigida la demanda. No puede ejercitarse la facultad para contestar demandas, si previamente no se ha producido el emplazamiento al demandado, de lo que se colige sin duda alguna que una y otras facultades son distintas, mediando entre ellas una especie de relación lógica de fuente a derecho. No existe justificación para que el apoderado sea emplazado en representación de los demandados, si se tiene en cuenta que del testimonio obrante en autos no aparece la concesión de la anotada facultad de modo explícito, lo que denota con suma claridad lo inviable de dicha posibilidad, pues, lo contrario significaría violentar el irrestricto derecho de defensa que consagra nuestra Carta fundamental (Exp. N° 19-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 571).

MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORÁNEOS

ARTÍCULO 429

Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. De presentarse documentos, el juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 189, 374, 440, 559 inc. 4, 761 inc. 6.
C.T.	art. 141.
C.N.A.	art. 167.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 182.
C.P.C.N. Argentina	arts. 335, 367, 368.

Comentario

1. La prueba se orienta a verificar lo afirmado por las partes y versa sobre el elemento fáctico afirmado por ellas. El actual diseño del Código Procesal, en materia probatoria, se orienta a promover la buena fe y la lealtad en el proceso; todo ello con el fin de prevenir posibles sorpresas procesales. Esto conlleva a exigir – de ambas partes– la carga de acompañar inicialmente toda la prueba con que contaren en ese momento.

Una de las consideraciones para la admisibilidad de la prueba se relaciona con la oportunidad de su ofrecimiento. Según el artículo 189 del CPC, “los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios”, luego de ello, precluye la oportunidad para ofrecerlos; sin embargo, esa regla general permite alterarse –de manera excepcional– cuando se “refieran a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir”.

2. Hecho nuevo es todo acontecimiento que llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado en los términos de la causa y objeto de la pretensión deducida en el proceso.

La admisibilidad de un hecho nuevo en primera instancia se encuentra subordinada a que se haya producido con posterioridad a la contestación de la demanda, o que, aun siendo anterior, hubiese llegado recién a conocimiento de la parte

en ese momento; además, que tenga relación con la cuestión que se ventila, y hubiese sido alegado oportunamente en el proceso.

Esta alegación de hechos nuevos es excepcional y procede, en tanto los mismos sean conducentes y se encuadren en los términos de la litis y del objeto de la pretensión

3. El artículo en comentario regula la incorporación extemporánea de los medios de prueba, como consecuencia de los hechos nuevos. Se permite ello —de manera excepcional— para evitar cercenar injustificadamente el derecho de defensa de las partes y porque el fin de todo proceso es resolver el conflicto que lo motiva, por ello, todas las cuestiones relacionadas con ese conflicto deben ser susceptibles de invocarse con anterioridad al pronunciamiento final; sin embargo, esto se enerva en los procesos sumarísimos donde no es procedente la prueba extemporánea por hechos nuevos (ver el inciso 4 del artículo 559 del CPC).

Esta situación excepcional —de incorporar nuevos hechos— configura un “caso de integración de la pretensión”, pues, sin alterar ninguno de los elementos de esta (sujeto, objeto y causa) se incorporan al proceso una o más circunstancias de hecho tendientes a confirmar o complementar la *causa petendi*; por ello debemos destacar que los hechos nuevos no solo deben tener relación con la cuestión controvertida, sino que además deben hallarse encuadrados dentro de los términos de la causa y el objeto de la pretensión, ya que de lo contrario, esta no resultaría integrada sino transformada.

Nótese que la norma no exige más que se afirme la novedad del hecho, siendo innecesaria la presentación de juramento o la presentación de pruebas referidas a la fecha exacta en que el hecho se conoció, aunque la parte contraria puede desvirtuar la concurrencia de esa “novedad” en el traslado (si se refiere a prueba documental) o en debate que se abrirá al respecto.

4. En los medios de prueba extemporáneos, consideramos que se debe agotar el principio de bilateralidad, sin discriminación. En ese sentido, consideramos que el traslado a la otra parte debe ser para todo medio de prueba que se pretenda incorporar de manera extemporánea y no solo a la prueba documental, como se aprecia de la redacción de la última parte del artículo en comentario.

Con el traslado a la otra parte, esta podría asumir las siguientes posiciones frente a los hechos nuevos alegados y a los medios probatorios ofrecidos.

a. Negar la existencia de los hechos, los mismos que se convierten a partir de esa negación en hechos controvertidos, siendo por tanto objeto de prueba, conjuntamente con los originarios.

b. Admitir la existencia del hecho, en este caso, las alegaciones coincidentes de ambas partes excluyen la necesidad de la actividad probatoria al respecto.

c. Alegar hechos en contraposición a aquellos, tendientes a neutralizar sus efectos jurídicos.

d. Alegar que los nuevos hechos no guardan conexidad con los elementos de la pretensión originaria.

e. Cuestionar su novedad o su condición de hecho nuevo. En ese sentido, si resulta en forma manifiesta de las propias constancias del expediente, que no se refiere a un hecho nuevo, el juez está facultado para desestimar dicha alegación sin mayor trámite.

5. La facultad de alegar hechos nuevos también corresponde a la parte que se abstuvo de contestar la demanda o respecto de la cual medió declaración de rebeldía, siempre que aquellos se relacionen con los hechos expuestos en la demanda y no importen el planteamiento encubierto de una defensa no opuesta en su oportunidad.

Mientras que el presente artículo hace referencia al ofrecimiento extemporáneo de medios probatorios, sustentado en hechos nuevos; también concurre la posibilidad que las partes y los terceros legitimados puedan incorporar, no hechos nuevos, sino nuevos medios de prueba. En tal sentido, léase el artículo 374 del CPC, que dice: "cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de **hechos relevantes** para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso", esto es, ocurridos con posterioridad a la demanda o contestación o reconvenición, pero que recién llegan a conocimiento de la parte que los invoca.

Otro supuesto diverso a los hechos nuevos es el referente a los hechos no considerados en la demanda. Aquí se admite la ampliación de la prueba solo a la parte actora. En ese sentido, véase la redacción del artículo 440 del CPC.



JURISPRUDENCIA

Es nula la sentencia que toma como sustento un documento presentado extemporáneamente y notificado por nota.

Al haber concluido la probatoria, por el principio de preclusión procesal, ya no cabría la admisión de otras pruebas y menos considerarlas como sustento de la sentencia, de pleno valor probatorio (Exp. N° 4192-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 392).

Conforme lo señala el artículo 429 del Código Procesal Civil, se corre traslado en el supuesto que los medios probatorios ofrecidos sean referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte, al contestar la demanda o reconvenir.

Incorre en error el juez al señalar, sin debida motivación, en primer lugar, que los medios probatorios son extemporáneos y muy por el contrario se resuelve correr traslado a la otra

parte, dándose con ello trámite a las pruebas ofrecidas (Exp. N° 508-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 4, *Gaceta Jurídica*, pp. 422-423).

(...) No es factible pretender que las instancias de mérito valoren pruebas ofrecidas extemporáneamente (...) (Cas. N° 1840-99-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 121-122).

(...) La regla del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal (Civil) toma sentido en cuanto el juez valora prueba ofrecida extemporáneamente, sin audiencia de la contraria, mas si no lo hace, no causa perjuicio a la defensa contraria ni afecta el derecho al debido proceso, por lo que son de aplicación los principios de Conservación y Subsana-ción previsto (sic) en el artículo ciento setenta y dos cuarto párrafo del mismo Código" (Cas. N° 982-97-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 123-124).

(...) La denuncia in procedendo tampoco puede prosperar pues fluye que la prueba ofrecida fue emitida con anterioridad a la presentación de la demanda por lo que mal puede calificarse como un hecho nuevo en los términos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Civil (...) (Cas. N° 765-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 127-128)

(...) La resolución de vista hace referencia (...) a la ficha registral (...), documento ofrecido por la demandante en calidad de prueba después de la etapa postulatoria, a pesar de que había precluido la oportunidad para presentar medios probatorios.

(...) Que, en consecuencia, se ha afectado el derecho al debido proceso (...) (Cas. N° 2402-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 129-130).

TRASLADO DE LA DEMANDA

ARTICULO 430

Si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 55, 157 inc. 1.
C.N.A.	art. 168.
LEY 26636	art. 19.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 83.
C.P.C. Colombia	arts. 87, 318.
C.P.C.N. Argentina	art. 338.

Comentario

1. La norma señala que se confiere traslado de la demanda para que el demandado comparezca al proceso. Este traslado, debidamente notificado, tiene para quien lo recibe el efecto de emplazamiento.

No se le obliga a concurrir al debate, porque la pretensión que contiene la demanda no contrae un deber de comparecer, tampoco constrañe dar fundamentos jurídicos a su defensa, porque no es una obligación legal. Para el sujeto demandado, el comparecer es una carga procesal. Esta se define como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.

La omisión de comparecer al proceso permite aplicar los efectos de la preclusión, esto es, quien no cumple en tiempo y forma los actos pertinentes pierde la oportunidad de hacerlo en lo sucesivo. La incomparecencia no es un acto irreversible, pues el demandado puede presentarse en cualquier momento al proceso; lo que ha perdido es la ocasión de contradecir puntualmente los hechos alegados en la demanda.

2. Nótese que la norma hace referencia al emplazamiento y no a la citación. Mediante el emplazamiento se busca involucrar a la parte en el proceso, es una carga para el emplazado, caso contrario, asumirá el rol y los efectos de la rebeldía (ver el artículo 461 del CPC); en cambio, la citación se orienta hacia el tercero, quien no es parte en el proceso. Busca notificarle de la existencia del proceso porque puede ser afectado, no solo con la decisión final, sino que sin llegar a ella,

en el camino procesal, su patrimonio puede ser afectado, con la única condición: haber sido citado con la demanda (véase el caso del artículo 623 del CPC). Citación es el acto mediante el cual se dispone que una persona comparezca ante el órgano judicial a fin de realizar o presenciar una actividad en determinado día y hora, por ejemplo la citación de testigos o peritos, en cambio el emplazamiento es el llamado que se hace al demandado para que dentro del plazo señalado se presente al proceso como parte y conteste. Con la citación simplemente se comunica la pretensión que se entabla, con el emplazamiento se constituye la relación procesal entre el juez y las partes.

Además, con el traslado de la demanda se materializa la dualidad de partes en el proceso, elemento imprescindible para equilibrar la tutela judicial.

Si la demanda se refiere a una pretensión de cognición, el juez dará traslado de aquella al demandado para que comparezca y la conteste dentro del plazo pertinente; en cambio, si se refiere a una pretensión de ejecución, ordenará las medidas previstas para que el ejecutado cumpla su obligación; y, en la pretensión cautelar, dispondrá la inmediata realización de las medidas asegurativas, para luego conferir traslado de esta.

3. Es importante señalar que con ese traslado no solo se busca hacer conocer la demanda, sino también se pone en conocimiento los medios probatorios que ofrece la actora para sustentar su pretensión; de tal forma, que la parte demandada no solo se limitará a cuestionar los hechos de la pretensión sino los medios probatorios que se ofrecen a ella, recurriendo a las tachas u oposiciones, dentro de los plazos de ley fijados según la vía procedimental.

En conclusión, podemos afirmar —de la redacción del presente artículo— que se busca brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su actuación. El vehículo para viabilizar este principio es la notificación con las formalidades requeridas en la ley. Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción, si desea.

4. La notificación del traslado de la demanda tiene especial trascendencia en el proceso porque marca el inicio de la relación jurídico-procesal, para lo cual la ley le reviste de formalidades específicas a fin de resguardar la garantía constitucional del debido proceso. Se dice que estas formas tienen en las notificaciones una finalidad precisa y, si bien no vale ni son exigibles por sí mismas, constituyen una garantía de eficacia. En esa línea, los artículos 431 al 436 regulan los diversos supuestos de emplazamiento, pero los diligenciamientos de todos ellos están sujetos a las formalidades que precisa el artículo 161 del CPC. Por último, tenemos que señalar que en el emplazamiento descansan dos principios: nadie puede

hacerse justicia por sí mismo, sino que debe reclamarla ante el juez y nadie puede ser condenado sin que haya podido defenderse.

5. Una especial discusión provoca la apelación del auto que admite la demanda en la tercería excluyente de propiedad. Hay un sector de la judicatura, a nivel de la Corte Suprema, que considera válida la apelación al auto admisorio, conforme se puede apreciar del pronunciamiento emitido en los seguidos por Laboratorio Idis SCRLtda con Banco Internacional del Perú (ver la **Casación N° 310-2001-Lambayeque**, 31 de julio del 2001) en la que la Sala Civil Superior absolviendo el grado, revocó la apelada y reformándola declaró la improcedencia de la demanda, bajo el sustento que "no obstante el demandante ha presentado documento de fecha cierta, dicha instrumental no puede oponerse a la del banco codemandado ejecutante de garantía real por estar el título de este, debidamente inscrito y protegido por el principio de la fe registral, por lo que, dicho instrumento privado, de fecha cierta es insuficiente para acreditar el derecho de propiedad". En cambio, bajo otros criterios, como la que acoge la **Casación N° 3086-2003-Lambayeque**, no se justifica pues "admitir la impugnabilidad importaría recortar el derecho a acudir al órgano jurisdiccional que tiene todo justiciable, puesto que el emplazamiento válido ya produjo los efectos que establece el artículo 438 del CPC; siendo que la emplazada puede utilizar contra la demanda admitida las defensas previas o excepciones que prevé la ley, conforme a los artículos 455 y 446 del CPC; que en tal virtud, a través de una articulación de nulidad sustentada en cuestionamientos vinculados con la relación jurídica procesal, se ha declarado la nulidad del auto admisorio de la instancia, afectándose así el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva del recurrente, lo que es suficiente para casar la resolución de vista así como la apelada".



JURISPRUDENCIA

La diferencia principal entre emplazamiento y citación reside en que esta última señala día y hora para presentarse ante la autoridad judicial, mientras que el emplazamiento que se concreta con un traslado está sujeto a un plazo dentro del cual se puede absolver el trámite de la demanda admitiéndola o rechazándola (Cas. N° 2310-98-Arequipa, El Peruano, 16/04/99, p. 2907).

EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO DOMICILIADO EN LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUZGADO

ARTÍCULO 431

El emplazamiento del demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real, si allí se encontrara.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 157 inc 1, 437.
LEY 26636 art. 20.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 116.
C.P.C.N. Argentina art. 339.

Comentario

1. La norma invita a distinguir entre el demandado domiciliado en la competencia territorial del juzgado, del domiciliado fuera de ella. En el primer caso, la citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real, si allí se encontrara, juntamente con las copias; en el segundo supuesto, la citación se hará por medio de exhorto dirigido a la autoridad judicial de la localidad en que se halle.

El emplazamiento y su validez tienen el carácter de un verdadero presupuesto procesal; sin ellos no hay litis válida. Eso explica por qué se exige que la demanda se notifique en el domicilio real del demandado para su conocimiento fehaciente y que las cuestiones que se susciten en torno a su validez se interpreten del modo que mejor asegure el derecho de defensa.

El emplazamiento es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra.

Según Monroy⁽¹⁷⁸⁾ "es un típico acto de notificación; sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada".

(178) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 276.

2. La norma señala que "el emplazamiento se hace por cédula que se entregará en el domicilio real del demandado".

La validez de la notificación practicada en el domicilio real del demandado se halla supeditada a la circunstancia que esta resida efectivamente y permanentemente en el lugar donde se realiza aquel acto de comunicación.

Frente a ello, se dice que no altera la eficacia de la notificación ni la excusa el hecho de que este se encuentre circunstancialmente ausente de su domicilio real, salvo el caso de que la ausencia se deba a fuerza mayor o a causas provistas de suficiente gravedad para imposibilitar la comparecencia.

Por la trascendencia procesal que reviste la notificación del traslado de la demanda, se justifica optar por una formalidad, como es, la cédula en su domicilio real.

Ahora bien, si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado.

La falta del aviso previo produce la nulidad de la notificación; salvo que luego este se convalidara. Si no obstante haber mediado el aviso previo el demandado no se encuentra en su domicilio, la cédula debe entregarse a otra persona de la casa, departamento u oficina o al encargado del edificio; caso contrario, se adhiere en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares. Ver en este extremo lo señalado en el artículo 161 del CPC. Por otro lado, se dice "en el caso de cónyuges que viven en el mismo domicilio, el traslado de la demanda de divorcio, pedido por uno de ellos, debe notificarse personalmente al demandado, pues su recepción por el encargado del edificio, no indica inequívocamente que el interesado se enterase de la acción deducida".

3. A pesar que la norma hace solo referencia al domicilio real, consideramos que también se puede practicar en el domicilio especial fijado de mutuo acuerdo por las partes o en el domicilio legal del demandado.

El domicilio legal se define como el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, como es el caso de las personas jurídicas y sociedades. Por citar, el artículo 17 del CPC dice: si se demanda a una persona jurídica, es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal; tratándose de persona jurídica irregular es competente el juez del lugar donde se realiza la actividad que motiva la demanda, dice el artículo 18 del CPC.

Cuando el demandado tiene un domicilio legal, es en este donde corresponde diligenciar la notificación, con prescindencia que el destinatario del traslado resida o no de hecho en ese lugar, pues la ley, con excepción del caso contemplado, supone la presencia del interesado en aquel.

El domicilio especial está regulado en el artículo 34 del Código Civil y opera para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial.

Si este ha sido constituido en un documento privado carece de eficacia procesal hasta tanto la firma que aparece en este no haya sido reconocida o declarada judicialmente válida, razón por la cual, en caso de no mediar tales circunstancias el traslado debe notificarse en el domicilio real del demandado. Existen otros criterios que dicen "la invalidez de la notificación practicada en domicilio constituido en instrumento privado cuya firma no ha sido reconocida o dada judicialmente por reconocida, no juega si el demandado al contestar a la demanda reconoció en forma expresa los términos del boleto de compraventa en el cual se constituyó el domicilio especial, pues ello importa un reconocimiento implícito de la firma puesta en ese documento".

En relación a la notificación de la demanda de quien cumple condena penal, hay opiniones divergentes al responder a la cuestión sobre si la demanda debe notificarse en el domicilio de su familia o en el lugar donde cumple la condena. Tomando como referencia la experiencia argentina, la misma que es transmitida por Rivera⁽¹⁷⁹⁾ "si se trata de un condenado a más de tres años, la demanda ha de notificarse en el domicilio y a la persona del curador, si se refiere a cuestiones por las cuales el penado está declarado en interdicción; si se trata de un condenado a menos de tres años, o de asuntos para los cuales el penado conserva su capacidad civil, la notificación debe hacerse en el lugar donde cumple la condena; si la persona se halla detenida, las notificaciones deben practicarse en el domicilio real". En este último supuesto, hay otros criterios que remiten a lo que señala el artículo 33 del CC "el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en el lugar", por tanto, son emplazados los demandados en los lugares de reclusión.

Por último, la norma hace referencia al emplazamiento y no a la citación, a lo largo de los artículos 431 al 436. Esta última se puede apreciar como el acto mediante el cual se dispone que una persona comparezca ante el órgano judicial a fin de realizar o presenciar un acto en determinado día y hora, por ejemplo la citación de testigos o peritos; el emplazamiento es el llamado que se hace al demandado para que dentro del plazo señalado se presente al proceso como parte.

(179) Citado por MAURINO, Alberto Luis. *Notificaciones Procesales*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 218.

**JURISPRUDENCIA**

Habiendo dispuesto la disolución y liquidación de la cooperativa emplazada debe entenderse la demanda con el comité liquidador de la misma, para que en representación de esta se apersona al proceso y ejerza el derecho de defensa de dicha cooperativa.

Si la persona jurídica no ha sido válidamente emplazada en el proceso, se incurre en causal de nulidad contemplada en el artículo 171 del Código Procesal Civil (Exp. N° 3789-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 377-378).

La variación efectuada mediante comunicación indubitable resulta oponible al demandante en aplicación del artículo 40 del Código Civil.

Al no haberse emplazado al demandado en su domicilio real, como lo señala el artículo 431 del Código Procesal Civil, resulta evidente el estado de indefensión de los ejecutados, lo que vulnera el debido proceso (Exp. N° 2243-1417-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 84-85).

Es nula la sentencia si no se le ha notificado al codemandado el mandato ejecutivo, en su domicilio real que conocía la accionante. La dirección consignada en el pagaré como lugar de pago solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (Exp. N° 704-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 203-204).

Es fundamental para un debido proceso, la existencia de un emplazamiento válido que acredite el pleno ejercicio de los derechos de las partes.

Es nula la sentencia si el juzgador no ha tomado las medidas necesarias que permitan el desarrollo del proceso con las garantías pertinentes (Exp. N° N-163-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 340).

EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO DOMICILIADO FUERA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUZGADO

ARTICULO 432

Cuando el demandado no se encontrara en el lugar donde se le demanda, el emplazamiento se hará por medio de exhorto a la autoridad judicial de la localidad en que se halle.

En este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al cuadro de distancias que al efecto elaborará el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 7, 151, 152, 162, 437.
D.S. 017-93-JUS	arts. 156, 164.
R.ADM. 1325-CME-PJ	art. 1 y ss.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 142.
C.P.C.N. Argentina	art. 340.

Comentario

1. Para el emplazamiento del demandado debe distinguirse si este domicilia o no dentro del ámbito territorial del juzgado. El primer supuesto es recogido en el artículo 431 del CPC y la citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real; pero si nos situamos en el supuesto que el demandado domicilie fuera del ámbito territorial del juzgado, la citación se hará por medio de exhorto a la autoridad judicial de la localidad en que se halle el demandado (véase el artículo 432 del CPC) pero en ningún caso puede liberarse exhorto al juez que radica en la misma localidad, tal como expresamente lo dispone el artículo 156 *in fine* de la LOPJ. Los exhortos recogen una competencia delegada cuando jueces no originarios conocen de ciertas actuaciones, como el emplazamiento de la demanda, por encargo de otros jueces, dentro de los límites que el juez delegante fija.

2. El exhorto es un medio de comunicación entre órganos judiciales. Según Palacio⁽¹⁸⁰⁾, "evoca la idea de rogar o de requerir un favor a autoridades judiciales

(180) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 397.

cuyas atribuciones emanan de un poder político distinto de aquel en que se originan las ejercidas por el juez requiriente, quien, de acuerdo con la fórmula tradicional, ofrece reciprocidad para casos análogos, aunque en rigor aquella solo se justifica en el caso de comunicaciones dirigidas a órganos judiciales extranjeros”.

El libramiento del exhorto se halla supeditado a su competencia territorial y a la jerarquía por razón del grado, según la organización judicial. Decimos ello porque el artículo 156 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señala que “los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”.

El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez. Señala el artículo 168 de la LOPJ “cuando se comisione a un juez extranjero para la práctica de una diligencia judicial, se envía exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el respectivo tratado, y a falta de este por el Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Cuando los exhortos se libren a cónsules y agentes diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores”.

3. En cuanto al plazo para comparecer y contestar la demanda de quien domicilia o reside fuera de la circunscripción del juzgado, este se computará con arreglo al Cuadro de distancias que al efecto elaborará el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el mismo que revisa, cuando menos cada cinco años (ver la décima tercera disposición final del Código Procesal).

Este cuadro de distancias nos lleva a hablar de plazos ordinarios y extraordinarios, en atención con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer. Son plazos ordinarios los que se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. Son plazos extraordinarios aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial, e inclusive fuera de la república.

En relación al cómputo de los plazos de notificación realizada mediante exhorto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la acción de amparo N° 1034-2002-AA/TC⁽¹⁸¹⁾ interpuesta por Flor de María Enciso Sviriche de la siguiente forma: “La tercera regla del Cuadro de Términos de la Distancia aprobado por Acuerdo de Sala Plena del día 30 de enero de 1986, establece que, cuando las provincias

(181) Sentencia pronunciada el 4 de diciembre de 2002 contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia que declara improcedente la acción de amparo.

pertenecen a departamentos distintos, al efectuarse el cómputo del término de la distancia se sumarán los días de cada provincia a la capital de su respectivo departamento, y a esa suma se añadirá el término entre las dos capitales departamentales. El mismo cuadro fija el término de 1 día entre la Provincia Constitucional del Callao y su capital, y 1 día entre la Provincia de Lima y la Capital del Departamento de Lima, que sumados al término de 1 día que media entre esta última y la Capital de la Provincia Constitucional del Callao, hacen un total de 3 días; en tal virtud, habida cuenta de que el domicilio de la recurrente se encuentra ubicado en el distrito del Callao, el término de la distancia, en su caso, es de 3 días, que sumado al término de 3 días previsto en el artículo 722 del Código Procesal Civil, hacen un total de 6 días para formular contradicción a la ejecución, la cual fue interpuesta al quinto día siguiente a la fecha de la notificación con la demanda, esto es, dentro del término de ley”.

EMPLAZAMIENTO FUERA DEL PAÍS

ARTÍCULO 433

Si el demandado se halla fuera del país, será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 7, 151 párr. 2, 152, 162, 437.
D.S. 017-93-JUS art. 168.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 342.

Comentario

1. El emplazamiento es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra

Según Monroy⁽¹⁸²⁾ "es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada". Para ese emplazamiento, la norma hace referencia a un demandado que no reside dentro del ámbito territorial del juzgado y que además, a diferencia del supuesto que regula el artículo 432, se encuentra fuera del país.

En este caso, el demandado será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie, no correspondiendo aquí la notificación por edictos.

El exhorto es un medio de comunicación entre órganos judiciales. Según Palacio⁽¹⁸³⁾, "evoca la idea de rogar o de requerir un favor a autoridades judiciales cuyas atribuciones emanan de un poder político distinto de aquel en que se originan las ejercidas por el juez requiriente, quien, de acuerdo con la fórmula tradicional ofrece reciprocidad para casos análogos, aunque en rigor aquella solo se justifica en el caso de comunicaciones dirigidas a órganos judiciales extranjeros".

2. La norma refiere que cuando el demandado se halla fuera del país, será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más

(182) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 276.

(183) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref., p. 397.

cercano donde domicilie, esto implica, que el exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez. Señala el artículo 168 de la LOPJ "cuando los exhortos se libren a cónsules y agentes diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores".

El diligenciamiento de los exhortos se realiza conforme a las disposiciones consulares contenidas en el Reglamento Consular del Perú. Esta consiste según el oficio RE (LEG) N° 4/1 de fecha 21 de marzo de 2005⁽¹⁸⁴⁾, en remitir a los destinatarios los instrumentos judiciales respectivos, por la vía del correo certificado del sistema postal del país. Al momento de efectuarse la notificación respectiva y de no encontrarse físicamente al destinatario, el funcionario del sistema postal del país concernido dejará un aviso, a efectos de que el interesado acuda a la oficina postal a recoger su notificación. Si el interesado no se apersona se le dejará un preaviso y si no acude se le considera por bien notificado y se devuelve al Consulado del Perú. La práctica consular no permite realizar notificaciones personalísimas a los destinatarios. La regla de las oficinas postales es la de no dejar los envíos en caso de no hallarse el destinatario, aun cuando se hubieran dejado los preavisos respectivos, procediéndose a efectuar la devolución al remitente. Por tanto, refiere la citada comunicación, el hecho que los destinatarios no concurran al local de la oficina postal, luego de los preavisos a que se ha hecho referencia, no puede significar que al ser puesto en conocimiento de los juzgados, estos puedan considerar que la notificación no estuvo bien realizada, toda vez que el trámite de notificación se realizó de acuerdo con las disposiciones consulares vigentes concordantes con las disposiciones de los diferentes países concernidos.



JURISPRUDENCIA

Cuando el demandado se halla fuera del país, debe ser emplazado mediante exhorto consular. La notificación realizada a través de su apoderado no puede surtir efecto respecto del representado, pues, este carece de facultad expresa y literal para ser emplazado en nombre de su poderdante (Exp. N° 689-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 370-371).

(184) Esta comunicación fue remitida por la Oficina de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores, comunicando el diligenciamiento de los exhortos, el mismo que fue puesto en conocimiento de todas las instancias judiciales por oficio circular N° 029-2005-SG-CS-PJ.

EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADOS CON DOMICILIOS DISTINTOS

ARTÍCULO 434

Si los demandados fuesen varios y se hallaren en Juzgados de competencia territorial diferente, el plazo del emplazamiento será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 344.

Comentario

La norma regula el supuesto de la pluralidad de sujetos que conforman la parte demandada y que tuviesen su domicilio en diferentes competencias territoriales judiciales.

En este caso, cuando concurren varios demandados, debe notificarse la demanda a todos ellos y en forma independiente. En la hipótesis de varios demandados con domicilios en distintas competencias territoriales, el plazo de la citación será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas, ni cuando venza para el que se encontrare a mayor distancia. Ello se explica porque en estos casos concurren los plazos ordinarios y extraordinarios. En el primer caso, se fijan sobre la base de que la persona emplazada tenga su domicilio dentro de la circunscripción territorial del órgano actuante; son extraordinarios cuando se conceden atendiendo a las circunstancias de que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción territorial e inclusive fuera de la república. En estos casos, el plazo de la citación será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas.

Situación distinta es si todos los demandados tienen su domicilio en el mismo lugar donde se tramita el proceso. En este caso, la circunstancia de que hayan sido notificados del traslado en fechas distintas no altera el carácter individual del plazo con que cada uno de aquellos cuenta para comparecer y contestar; sin embargo, el proceso no puede avanzar hasta que venza el plazo concedido al demandado que fue notificado en último término.

EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO INDETERMINADO O INCIERTO O CON DOMICILIO O RESIDENCIA IGNORADOS

ARTÍCULO 435

Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los artículos 165, 166, 167 y 168, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.

Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14 párr. 3, 61 inc. 1, 65 párr. 3, 165, 166, 167, 168, 437, 479, 492, 506 párr. 2, 550, 758.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 143.
C.P.C. Colombia art. 320.
C.P.C.N. Argentina art. 343.

Comentario

1. La norma recurre a la notificación por edictos para lograr la comparecencia al proceso de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore.

La notificación por edictos solo tiene por finalidad emplazar o citar al demandado para que comparezca a estar a derecho; en consecuencia, una vez publicados los edictos y vencido el plazo fijado por el juez (que en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país) para obtener el apersonamiento del demandado corresponde al juez tomar una decisión en atención a la comparecencia o no de este.

2. Si comparece, el juez debe disponer que se le corra traslado de la demanda a fin de que la conteste dentro del plazo legal, correspondiendo que la notificación

de la respectiva providencia se notifique en el domicilio procesal que el compareciente tiene la carga de constituir. El domicilio procesal es aquel que dentro de determinado perímetro deben constituir las partes o sus representantes en la primera presentación en el proceso, a fin de que en él se practiquen todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real.

Si no comparece, vencido el plazo de los edictos, se nombrará curador procesal para que lo represente en juicio.

Compareciendo con posterioridad el demandado cesa la intervención del curador procesal teniendo plena eficacia los actos cumplidos por este.

La figura del curador procesal está recogida en el artículo 66 del CPC. De manera general, podemos decir que curador es quien cuida algo. Un curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir los procesos y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad. Su rol es importante frente a lo confrontacional del proceso.

3. En conclusión, ante el demandado incierto o con domicilio o residencia ignorados rigen las reglas de la notificación edictal recogidas en los artículos 165 al 169 del CPC. La notificación por edictos en el emplazamiento genera los siguientes efectos:

a) si el demandado no comparece, se le da intervención al curador procesal; b) si comparece con posterioridad, cesa la intervención del curador procesal teniendo plena eficacia los actos cumplidos; c) si comparece luego de haberse citado por edictos y no contesta cuando es notificado personalmente por cédula, a este se le declara rebelde.



JURISPRUDENCIA

El argumento que la accionante carece de interés para obrar, porque ha debido demandar previamente la declaratoria de herederos debe desestimarse, pues, no resulta válido establecer requisitos de procedibilidad que la propia ley no exige.

No existe impedimento legal para que una sucesión pueda ser demandada. En caso se desconozca sus integrantes, el emplazamiento está previsto en el artículo 435 del CPC. (Exp. N° 21342-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 433).

Solo en atención a una cuantía reducida puede el juez facultativamente exonerar de las obligaciones de las publicaciones, caso en el que debe adoptar las medidas adecuadas, a fin de asegurar la difusión del emplazamiento.

La Ley Procesal pone a disposición de los litigantes un mecanismo orientado a asistir a aquel que probablemente careciera de medios económicos suficientes para litigar (Exp. N° 577-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 135-137).

Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado; el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársela curador procesal (Exp. N° 1902-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 186-187).

No es legal declarar rebelde a la demandada, respecto de quien se ha ordenado la notificación por edicto.

Haciéndose efectivo el apercibimiento precisado en los edictos debe nombrarse curador procesal, órgano de auxilio procesal, con quien se entenderá el proceso y cuya actuación concluye cuando la parte o su representante legal comparecen al proceso (Exp. N° 2113-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 295-296).

Como la Ley de Sociedades Mercantiles no contempla con quién debe entenderse la acción que se promueve contra una sociedad anónima disuelta, recurriendo a la doctrina y a los principios generales del derecho resulta que debe entenderse la acción con los exaccionistas de la sociedad disuelta (Exp. N° 1002-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 420-421).

El curador procesal es un abogado nombrado por el juez, a pedido del interesado, que interviene en el proceso cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados.

Que, desconociendo el domicilio del demandado, su emplazamiento se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrarse curador procesal.

Es nula la sentencia dictada sin emplazamiento, pues se ha privado al demandado del legítimo derecho de defensa (Exp. N° 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18).

EMPLAZAMIENTO DEL APODERADO

ARTICULO 436

El emplazamiento podrá hacerse al apoderado, siempre que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del Juzgado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 68, 75, 437.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 117.
C.P.C. Colombia art. 329.

Comentario

1. Para el emplazamiento del demandado, no es necesario que la notificación se materialice directamente con este, sino que la norma permite que se realice a través de su apoderado, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: que este tenga facultad para ello y que el demandado no se halle en el ámbito de competencia territorial del juzgado. Esta última condición, por exclusión, también permite que opere en el supuesto de que se encuentre fuera del país (véase estas dos modalidades de emplazamientos a que se refieren los artículos 432 y 433 del CPC).

Adviértase que el emplazado no es el apoderado, sino el propio demandado, pero que para dar viabilidad al desarrollo del proceso y lograr el inicio de la relación procesal se permite que el conocimiento de la demanda se haga a través del apoderado del demandado, y se considere válida.

EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO

ARTICULO 437

Será nulo el emplazamiento si se hace contraviniendo lo dispuesto en los artículos 431, 432, 433, 434, 435 y 436. Sin embargo, no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que este Código regula. Tampoco habrá nulidad si el emplazado comparece y no la formula dentro del plazo previsto, o si se prueba que tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IX, 172, 431, 433, 434, 435, 436.
D.S. 017-93-JUS art. 184 inc. 4.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 345.

Comentario

1. El emplazamiento es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra. Este emplazamiento puede realizarse por diversas modalidades, en atención a si el demandado domicilia o no dentro de la competencia territorial del juzgado, si se encuentra fuera del país, si tiene domicilio incierto o si este es indeterminado, entre otros. Estos supuestos han sido recogidos en los artículos 431 al 436 del CPC.

El objetivo de toda esta actividad es generar un emplazamiento válido; en caso contrario, no puede haber pronunciamiento sobre el fondo. En estas circunstancias, el juez de oficio debe declarar la nulidad del acto de notificación; por ejemplo, si el emplazamiento se realizó a una persona fallecida. Efectuado ese emplazamiento no queda constituida la relación procesal porque se trata de una persona inexistente no susceptible de contraer derechos ni obligaciones. Opera aquí los efectos de la nulidad implícita de los actos procesales a que refiere el artículo 171 del CPC.

Por otro lado, si el emplazamiento al demandado se hizo en un domicilio en el que no vive este, o en el domicilio procesal que aparece de otro expediente, correspondería anular todo lo actuado de oficio, pues dicha irregularidad ha conculcado el derecho de defensa del demandado; sin embargo, ella no es una verdad absoluta, pues cabría aquí invocar la convalidación tácita, si es que se cumple el supuesto fáctico que señala la última parte de la norma en comentario: "si el

emplazado comparece y no formula nulidad dentro del plazo previsto, o si se prueba que tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente". Operan aquí los alcances del artículo 172 del CPC.

2. El efecto principal, en el caso de invalidez del acto procesal de notificación, es retrotraer el proceso al momento inmediatamente anterior a la notificación nula. Los actos procesales posteriores dependientes al acto de notificación se dejan sin efecto, pero no los anteriores.

Ello se explica por la aplicación del principio de interpretación restrictiva de las nulidades (regulado en el artículo 173 del CPC) y en razones de economía y celeridad procesal.

3. La notificación, como acto procesal, está sometida a los principios generales que rigen las nulidades del proceso.

Uno de ellos, el de la conservación, recogido en la última parte del artículo 171 del CPC dice: "cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito".

En esa línea, el artículo 437 del CPC en comentario hace referencia al principio de trascendencia de la nulidad, de la siguiente manera: "no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que este Código regula". Esto significa que si no obstante el vicio, el destinatario pudo conocer a tiempo el acto judicial, su objeto esencial y el juzgado de procedencia, la notificación ha logrado su finalidad específica y no hay motivo para declararla inválida.

4. Por otro lado, el que impugna de nulidad un acto de notificación debe expresar y acreditar la existencia de un perjuicio; esto es, la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto cuestionado (ver el artículo 174 del CPC). El perjuicio deberá traducirse en el quebrantamiento del derecho al debido proceso, en el estado de indefensión que genera el acto de notificación que se cuestiona.

La indefensión tiene que traducirse en una situación de la cual fluya directa y necesariamente la imposibilidad de hacer valer los derechos, lo cual le irroga un perjuicio irreparable. Si bien se ha señalado líneas arriba que es un requisito la demostración del perjuicio, ello se exceptúa en la notificación del admisorio de la demanda, pues se debe inferir que el accionado se ha encontrado impedido de contestar y oponer sus medios de defensa toda vez que no tuvo conocimiento de la acción instaurada en su contra.

En conclusión, para la procedencia de la nulidad del emplazamiento, será necesario apreciar si el acto de notificación ha cumplido o no su finalidad, si ha causado perjuicio, si ha mediado o no convalidación y, en definitiva, si se dan los

presupuestos básicos para las nulidades procesales a que se refieren los artículos 171, 172 y 174 del CPC.



JURISPRUDENCIA

Es exigible el interés moratorio si se hubiere convenido su pago. No puede exigirse a la demandada el cumplimiento de una prestación no asumida, pues para ser exigible tiene que estar pactada expresamente.

El cuestionamiento de la validez del emplazamiento solo puede ser alegado por la parte a quien afecta, mas no por un tercero (Exp. N° 4489-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 211-212).

Si se prueba que el domicilio donde aparentemente se ha venido notificando a la parte demandada pertenece a otra persona, resulta evidente que la demandada no ha sido emplazada con arreglo a ley, pues se ha privado del derecho a una más amplia defensa (Exp. N° 608-94-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 536).

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

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

Se atenta contra la garantía del debido proceso, si al demandar la nulidad del título de propiedad otorgado por la Municipalidad de Lima Metropolitana, no se ha emplazado a esta.

Debe admitirse la intervención del litisconsorte, si es previsible que la decisión a recaer en el proceso, lo afectaría en forma ineludible (Exp. N° 388-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 226-227).

(...) solamente será posible expedir una resolución válida cuando todas las partes afectadas sean debidamente emplazadas, ya que de lo contrario se les estaría condenando sin ser oídos, afectando el derecho de defensa" (Cas. N° 1952-98-Ica, El Peruano, 17/09/2000, p. 6319).

Siendo de orden público y preceptivo cumplimiento el emplazamiento del demandado, si este se hace en forma defectuosa invalida las actuaciones subsiguientes y retrotrae el proceso al momento en que se produce la nulidad (Cas. N° 080-94-Lima-Cono Norte, Editora Normas Legales S.A., Tomo 249, Febrero 1997, Trujillo-Perú, p. A.22).

Que, desconociendo el domicilio del demandado, su emplazamiento se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

Es nula la sentencia dictada sin emplazamiento, pues se ha privado al demandado del legítimo derecho de defensa (Exp. N° 816-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 16-18).

Habiendo dispuesto la disolución y liquidación de la cooperativa emplazada debe entenderse la demanda con el comité liquidador de la misma, para que en representación de esta se apersona al proceso y ejerza el derecho de defensa de dicha cooperativa.

Si la persona jurídica no ha sido válidamente emplazada en el proceso, se incurre en causal de nulidad contemplada en el artículo 171 del Código Procesal Civil (Exp. N° 3789-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 377-378).

Se infringe el principio de legalidad si se ha emplazado al demandado consignando erróneamente el nombre de este y si las notificaciones no cumplen con el objeto que señala el artículo 155 del CPC (Exp. N° 328-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 227-228).

Merece declarar la nulidad de la sentencia si esta decide un punto ajeno a la controversia y se ha omitido emplazar con la demanda a quien tiene interés en la presente causa (Exp. N° 309-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 206-207).

Es nula la sentencia si no se le ha notificado al codemandado el mandato ejecutivo, en su domicilio real que conocía la accionante. La dirección consignada en el pagaré como lugar de pago solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (Exp. N° 704-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 203-204).

Si de la cambial emerge que el domicilio señalado por el aceptante no tiene interiores ni departamentos, pero de la razón emitida por el notificador se señala que el aludido domicilio corresponde a un edificio de departamentos de 20 pisos; no puede estimarse que la precisión efectuada por el recurrente al consignar el número interior en el cual debe ser notificada la emplazada, se trata de un domicilio distinto al que aparece en el título valor, desde que este solo ha sido completado por la parte interesada. No se transgrede el principio de literalidad sancionado en el numeral 4.1 del artículo 4 de la Ley N° 27287 (Exp. N° 892-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 844).

EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO

ARTICULO 438

El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

1. *La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.*
2. *El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código.*
3. *No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.*
4. *Interrumpe la prescripción extintiva.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 8, 28, 31, 32, 354, 428.
C.T.	art. 45.
LEY 27287	arts. 926.3.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 115.
C.P.C. Colombia	art. 90.
C.F.P.C. México	arts. 327, 328.

Comentario

1. La demanda debidamente notificada produce diversos efectos. Uno de ellos es la *perpetuatio iurisdictionis* que significa que la situación de hecho existente en el momento del emplazamiento es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron; por citar, el objeto litigioso puede sufrir alteraciones, sea en su valor comercial o en su deterioro, entre otras razones, pero nada de ello puede alterar la competencia del juez. El valor que tenía el objeto de litigio al momento del emplazamiento regulará el proceso hasta su terminación. En igual forma, las partes pueden variar de domicilio durante el proceso, pero la competencia señalada con base en el que se tenía en el momento del emplazamiento continuará hasta finalizar el proceso.

2. El inciso 2 de la norma delimita el objeto del proceso e indirectamente el *thema decidendum*, ya que si bien la sentencia solo puede girar en torno a las cuestiones planteadas en la pretensión que contiene la demanda, la regla no rige cuando el demandado ha deducido reconvencción, pues esta viene a incorporar al proceso, por vía de acumulación sucesiva, un objeto distinto al originario.

3. El inciso 3 autoriza oponer la excepción de litispendencia en otro proceso que tenga como objeto una pretensión cuyos elementos coincidan con los de la pretensión contenida en la demanda. La existencia de un proceso impide la existencia de otro, en que se den las identidades propias de la cosa juzgada, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo.

4. Por último, el inciso 4 se refiere a la interrupción de la prescripción. Al respecto, decimos que la prescripción se sustenta en la seguridad jurídica, pues existe un interés social en liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución por obra del tiempo. Los efectos de la prescripción se orientan a extinguir la acción pero no el derecho mismo, señala el artículo 1989 del CC.

La prescripción significa el no ejercicio de la acción por parte del titular del derecho, por lo que si tal causa ocurre o si el sujeto obligado en la relación jurídica da cumplimiento a la prestación que le concierne, queda sin efecto el decurso prescriptorio; sin embargo, la prescripción se interrumpe –no se suspende– con “citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor” (ver el inciso 3 del artículo 1996 del CC). Nótese que se exige el emplazamiento con la demanda y no la interposición de esta.

Por otro lado, señala el Código Civil que la interrupción opera “aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente”. El artículo 438 del CPC no hace mayor diferencia al respecto, solo exige que el emplazamiento sea válido para que produzca el efecto de la interrupción. El efecto que provoca la interrupción de la prescripción es conseguir la ineficacia del tiempo transcurrido.

A pesar de que la norma regula los supuestos enunciados arriba como efectos del emplazamiento, podemos señalar además otros, como que el actor no puede desistirse del proceso sin la conformidad con el demandado (sea tácita o expresa); que el demandado asume la carga procesal de defenderse y los bienes se convierten en litigiosos.



JURISPRUDENCIA

Las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución del predio deben ser abonadas al poseedor, no siendo esto así cuando las mejoras fueran hechas después de la citación con la demanda, en cuyo caso son de reembolso las mejoras necesarias.

Es nula la sentencia si el juez no ha tenido en cuenta el tipo de mejoras valorizadas, ni el tiempo de construcción a efectos de determinar su abono, teniendo en cuenta la fecha de la citación con la demanda (Exp. N° 1124-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 339).

Se interrumpe la prescripción por citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente (Exp. N° 1199-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 172-174).

INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN

ARTÍCULO 439

Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando:

- 1. El demandante se desiste del proceso;*
- 2. Se produce el abandono del proceso; y,*
- 3. La nulidad del proceso que se declare, incluye la notificación del admisorio de la demanda.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 340, 346, 354, 428.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 91.

Comentario

1. Como ya se ha señalado al comentar el artículo 438, la prescripción extintiva se interrumpe con el emplazamiento válido con la demanda; sin embargo, puede darse el caso que sobrevengan circunstancias que hagan que el proceso iniciado, y que ha interrumpido la prescripción, concluya sin declaración de fondo.

2. La norma regula tres supuestos sobre el particular: la nulidad del admisorio de la demanda, el abandono y el desistimiento del proceso; sin embargo, consideramos que no se puede agotar en esos tres supuestos sino que puede permitirse incorporar otras causales como la conclusión del proceso por inconcurrencia reiterada a la audiencia de prueba (ver el artículo 203 del CPC).

El Código Civil, en el artículo 1997, al referirse a las causales para la ineficacia de la interrupción tiene coincidencia con la redacción al Código Procesal, en particular sobre el abandono, sin embargo, considera como sujeto legitimado para invocar la ineficacia al "deudor no citado con la demanda"; por otro lado, cuando hace referencia al desistimiento, no solo se limita al proceso sino "a los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvencción o de la excepción con la que ha opuesto la compensación".

3. Nótese que la norma hace referencia al desistimiento del proceso y no de la pretensión. El desistimiento del proceso solo se admite como argumento para la conclusión del proceso sin declaración de fondo. Desistirse de la pretensión implica una renuncia al derecho sustantivo discutido en el proceso. Este desistimiento se sustenta en un derecho efectivamente existente y produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada, conforme lo regula el

artículo 344 del Código Procesal, situación que no es extensiva al desistimiento del proceso.

El desistimiento del proceso es una renuncia, no al proceso sino a continuar con él. Si el desistimiento opera luego de la sentencia no hay desistimiento sino renuncia del derecho reconocido en la sentencia.

El abandono también concurre a la conclusión del proceso. Es una medida razonable porque si la inactividad dura tanto y se manifiesta de tal modo que deje presumir que ha desaparecido la voluntad de litigar, es justo que la demanda pierda sus efectos.

El principio es el mismo que opera en la prescripción. Si la fuerza que mantiene vivo el proceso es la acción, es atendible que el proceso se extinga cuando a la acción sucede la inacción.

4. La declaración de abandono no se presume, debe ser expresa y firme, para que la prescripción interrumpida por el emplazamiento siga transcurriendo, tal como si la interrupción no se hubiese producido; en ese sentido véase la redacción del artículo 354 del CPC.

En conclusión, si bien la prescripción se interrumpe con la citación judicial al deudor, sin embargo, esta carece de eficacia cuando se materializan los supuestos que describen los tres incisos de la norma en comentario.

HECHOS NO INVOCADOS EN LA DEMANDA

ARTICULO 440

Cuando al contestarse la demanda o la reconvención se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 189, 196, 429, 478 inc. 6, 491 inc. 6, 559 inc. 4.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 334.

Comentario

1. La norma regula los hechos no considerados en la demanda, a diferencia de los nuevos hechos que menciona el artículo 429 del CPC.

Los hechos no considerados en la demanda no son sucesos o acontecimientos posteriores a la demanda o la reconvención, sino hechos que no fueron considerados en estas y que introducen, por ende, nuevas cuestiones en el debate. Por tal razón, solo debe admitirse la ampliación de la prueba por la parte actora. Ella será la parte legitimada para ofrecer los medios probatorios referentes a los hechos no expuestos, invocados en la contestación o en la reconvención. En ese sentido, la norma permite al actor, en un plazo no mayor de diez días, ofrecer medios probatorios que permitan acreditar hechos que le incumbía afirmar a dicha parte y proponer su prueba con la demanda inicial. Esta norma permite no modificar o transformar la demanda, sino ampliar la prueba documental, que fuera ya ofrecida por la actora para comprobar los hechos alegados en su demanda. Por citar, véase el caso en que el demandado reconoce no haber devuelto la suma de dinero reclamada en préstamo, porque el demandante a su vez es su deudor en otra relación por una suma igual, habiendo operado la compensación con la anuencia expresa del propio demandante. La otra relación, no invocada por la demandante en su demanda, pero introducida al proceso por la demandada en su contestación, será calificada como "hechos no invocados en la demanda". Otro caso: X demanda el pago de honorarios profesionales en atención al contrato de locación de servicios suscrito en julio de 1992 con la parte demandada; estos al contestar señalan que el contenido de dicho contrato nunca se ejecutó y por el

contrario, de mutuo acuerdo fue sustituido por un nuevo contrato de prestación de servicios celebrado en febrero de 1994, el mismo que acompañan a su contestación. Como este último hecho no fue invocado por el actor en la demanda, en aplicación del artículo 440 del CPC, corresponde al demandante, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho.

2. A diferencia de los "hechos no invocados", el hecho nuevo es un acontecimiento que llega a conocimiento de las partes, después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado en los términos de la causa y objeto de la pretensión, deducida en el proceso.

La admisibilidad de un hecho nuevo en primera instancia se encuentra subordinada a que se haya producido con posterioridad a la contestación de la demanda, o que aun siendo anterior, hubiese llegado recién a conocimiento de la parte en ese momento, tenga relación con la cuestión que se ventila y hubiese sido alegado oportunamente

La alegación de hechos con posterioridad a la traba de la litis es excepcional y procede en tanto estos sean conducentes y se encuadren en los términos de la litis y el objeto de la pretensión.

SANCIÓN POR JURAMENTO FALSO

ARTÍCULO 441

Si se acredita que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del delito y al Colegio de Abogados respectivo para la investigación por falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese Abogado.

Adicionalmente, se impondrá una multa individual no menor de diez ni mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 4.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 4, 50 inc. 5, 109 inc. 1, 110, 165, 424 inc. 4.
C.P. arts. 412, 416.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 80, 319.

Comentario

1. Cuando el demandante recurre a la jurisdicción y postula la demanda que contiene sus pretensiones, debe este indicar el nombre y dirección domiciliaria del demandado, conforme lo exige el inciso 4 del artículo 424 del CPC; sin embargo, esta regla general puede verse alterada cuando –bajo juramento– falte a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado.

En sentido general, podemos decir que juramento judicial es la afirmación solemne que una persona hace ante el juez, de decir la verdad en la declaración que se rinde. Este juramento, en el caso del emplazamiento, se entiende prestado con la presentación de la demanda, no siendo necesario se formule en presencia del juez. Para que el juramento tenga eficacia, es necesario que verse sobre un derecho propio o sobre el conocimiento que se tiene de un hecho ajeno; no puede versar sobre cuestiones de derecho y cuando una parte está conformada por varios litisconsortes necesarios es indispensable que todos lo presten.

Por otro lado, la circunstancia que esa afirmación se haya hecho bajo juramento no impide que este se retracte. Estamos partiendo de la base que quien revoca el juramento o confiesa en contra del hecho jurado, goza de capacidad general y de la especial para disponer del hecho o del derecho que de aquel emana, puesto que para prestar el juramento era indispensable que las tuviera.

2. Históricamente el juramento ha tenido una motivación religiosa que se materializaba en el hecho de tomar a Dios por testigo de la verdad de una afirmación, de un testimonio, de una promesa; de ahí que la fórmula diseñada para los juramentos decían: "juro por Dios desempeñar fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido".

Posteriormente a la Revolución Francesa se le asignó un carácter estrictamente civil, al despojar su fórmula de toda invocación a la divinidad, para convertirlo en un compromiso legal de decir la verdad ante un funcionario público, con prescindencia de toda creencia religiosa, como un acto puramente civil. En ese sentido se orienta la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (véase el artículo 227), la que guarda coherencia con lo que regula el presente artículo "¿Jura (o promete) decir la verdad?". Podemos decir que el juramento es una promesa solemne que compromete la conducta futura del que lo presta.

El juramento falso responde a dos supuestos descritos en los artículos 165 y 424 del CPC. Tiene de común la aplicación de sanciones pecuniarias, diferenciándose entre ambos, según el contexto en el que ha operado; por citar, si la afirmación se prueba falsa respecto de haber agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar, el juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de 5 ni mayor de 50 URP (ver el artículo 165 del CPC); en cambio, si se faltó a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se le impondrá una multa individual no menor de 10 ni mayor de 30 unidades de referencia procesal, sin perjuicio del desembolso de los gastos procesales (ver el artículo 441 del CPC).

3. Por otro lado, señala la norma que si se acredita la falsedad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del delito y al colegio de abogados respectivo para la investigación por falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese abogado. También señala la posibilidad de la imposición de multas. Estas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a la conducta asumida en el proceso. Es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso, sino procede bajo una especie de sanción por haber actuado bajo el supuesto de la falsedad.

TÍTULO II

CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

REQUISITOS Y CONTENIDO DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

ARTÍCULO 442

Al contestar el demandado debe:

1. *Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda;*
2. *Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;*
3. *Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos;*
4. *Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara;*
5. *Ofrecer los medios probatorios; y,*
6. *Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandado analfabeto.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 130, 131, 132, 133, 189, 190 inc. 2, 282, 424, 425, 522.
C.P. Const.	arts. 15, 43, 91, 107.
LEY 26572	art. 112.
LEY 26636	art. 21.
D.S. 017-93-JUS	arts. 184 inc.10, 288 inc.10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	arts. 120, 121.
C.P.C. Colombia	art. 92.
C.P.C.N. Argentina	arts. 336, 355, 356.
C.F.P.C. México	arts. 329, 330, 331.

Comentario

1. La contestación de la demanda es la posibilidad que tiene la parte de contradecir o no a la demanda. El principio de bilateralidad brinda esa oportunidad y no exige la materialización de la contradicción; este se agota en esa posibilidad de contradecir o no.

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

Se fundamenta en un interés general como el que justifica la acción, porque no solo mira a la defensa del demandado y la protección de sus derechos sometidos al proceso sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos; y el que niega el derecho de hacerse justicia por sí mismo.

Sobre el derecho de acción y contradicción hay corrientes de opinión que consideran que este último es una modalidad del derecho de acción, como la de Devis Echandía y Peyrano; otros consideran que ambos son autónomos, como Monroy Gálvez, que dice: "el derecho de contradicción carece de libertad en su ejercicio, esto es, puedo ejercitar mi derecho de acción cuando yo quiera, en cambio, solo puedo emplear el derecho de contradicción cuando alguien exija al Estado tutela jurídica y a través de tal planteo una exigencia concreta dirigida contra mí". En otras palabras, el ejercicio del derecho de acción marca el inicio del proceso; en cambio, el derecho de contradicción solo es posible ejercitarlo cuando un proceso ya se ha iniciado.

2. Una diferencia muy interesante —entre acción y contradicción— se encuentra en el interés. Según Monroy⁽¹⁸⁵⁾, el interés para obrar debe ser invocado por el demandante, de lo contrario no será posible que posteriormente se expida un pronunciamiento válido sobre el fondo; sin embargo, bien puede este carecer de aquel. Es imposible concebir la idea de un demandado sin interés para contradecir, porque este es consustancial a su calidad de emplazado.

3. Con la contestación de la demanda se precluye una etapa del proceso y se pasa a la siguiente. La contestación encierra el ejercicio de una facultad que es incompatible con la anterior; por citar, si luego de contestada la demanda se interpone

(185) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 286.

excepciones porque todavía se encuentra pendiente el término para interponerlas, ello no puede prosperar pues ha operado automáticamente la preclusión con la contestación de la demanda.

4. Otro de los aspectos a resaltar en la contestación es marcar la diferencia, entre el ejercicio de defensa y la facultad de reconvenir. Se suele confundir como si fuera un todo porque regularmente se ejerce conjuntamente. El artículo 445 del CPC así lo dispone: "la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para esta"; sin embargo, ello no es así porque en la contestación se ejerce la defensa de fondo, contradiciendo la pretensión dirigida contra él, a fin de que sea liberado de la exigencia del demandante; en cambio, el demandado al reconvenir, no es que esté contraatacando al actor en lugar de defenderse, sino que al interponer una pretensión contra el actor, podría conseguir —en el supuesto que se declare fundada— vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvencción.

Hay razones de economía procesal que permiten la concurrencia de la reconvencción en el proceso ya iniciado; sin embargo, ella no es excluyente del uso de los medios de defensa por parte del demandado respecto de la pretensión hecha valer en su contra. El demandado puede realizar simultáneamente ambos actos, defenderse y demandar al demandante.

5. El inciso 1 exige que se observen los requisitos previstos para la demanda, entre los que destacamos la designación del domicilio procesal que se realiza dentro de determinado perímetro y lo deben constituir las partes o sus representantes en la primera presentación al proceso a fin de que en él se practiquen todas las notificaciones que no deban serlo en el domicilio real. Es un domicilio que se circunscribe a la sustanciación de un determinado proceso y que carece de relevancia jurídica fuera de este.

El inciso 2 de la norma hace referencia a la necesidad que el demandado se pronuncie respecto de "cada uno de los hechos expuestos en la demanda". Ello puede generar respuestas que lleven a la admisión de hechos o al silencio sobre ellos.

La admisión de hechos debe tomarse como un acto de alegación que solo puede provenir del demandado. A diferencia de la confesión, que recae sobre hechos personales o del conocimiento del confesante, la admisión puede versar sobre hechos ajenos a quien emite la declaración. Dicha admisión es espontánea y no requiere tener mandato o facultades especiales como sí se requiere de quien confiese. Los hechos admitidos no resisten la actividad probatoria, pues no generan controversia que dilucidar; en ese sentido véase el inciso 2 del artículo 190 del CPC.

El allanamiento también es una de las posibles actitudes que puede asumir el demandado en la contestación. Implica abdicar el ejercicio del derecho de defensa. Se diferencia de la admisión de hechos en que puede resultar de inferencias

ante respuestas evasivas o del silencio; en cambio, en el allanamiento siempre será expreso de quien lo produce.

6. El demandado puede ingresar a reconocer o negar la autenticidad de los documentos que se acompañan como medios de prueba. Recordemos que cuando se trata de documentos privados, para que estos tengan validez deben ser reconocidos, situación que no opera con los documentos públicos, cuya autenticidad se presume.

7. El demandado puede negar los hechos expuestos en la demanda, exponiendo los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara; esto es vital para el proceso porque va a permitir construir los puntos controvertidos para la futura actividad probatoria. Por ejemplo, si se pretende el pago del saldo de una acreencia proveniente de un mutuo, el demandado puede admitir como cierto el origen de la deuda pero no el mutuo que se le imputa. Aquí encontramos un punto en discrepancia, el monto de la acreencia, y un punto en coincidencia, el mutuo.

Por otro lado, el derecho de contradicción se expresa en la necesidad de que el demandado tenga el derecho a presentar alegatos y medios probatorios destinados a sustentar sus posiciones, por ello, resulta atendible la regulación del inciso 5 del presente artículo. Ello es coherente para un real ejercicio del contradictorio, porque sería poco trascendente que al demandado se le comunicara el inicio de un proceso en su contra, si no se le permitiera expresar su posición dentro del proceso, y por cierto, si no se le concediera la facultad de ofrecer medios probatorios para sustentar la certeza de sus afirmaciones.

8. El inciso 6 de la norma exige la firma del demandado y del abogado. La firma del abogado es la única manera de acreditar su intervención. En caso de que actúe la parte por representante o por apoderado, serán estos los que suscribirán la demanda.

La norma regula la posibilidad de que el actor sea analfabeto; en tal caso, señala que le corresponderá al secretario certificar la huella digital del demandante analfabeto. Nótese que el artículo no recoge la posibilidad de la firma a ruego en la demanda, figura que sí opera para el reconocimiento de medios probatorios suscritos en esas condiciones (véase el artículo 248 del CPC).

Ante esta deficiencia, podríamos extender dicha constatación a otros supuestos que hagan imposible que la parte actora se encuentre imposibilitada de suscribir documento alguno. En este caso se podría recurrir a la firma de un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente. Esta clase de firmas debe ser legalizada por el secretario.

Sobre este particular, aparece de la Casación N° 1103-2003-La Libertad, publicada en *El Peruano* del 1 de marzo de 2004, que se considera como válido exigir

la firma del ejecutado y de su abogado en el escrito de contradicción, bajo sanción de tenerlo por no presentado. Señala la citada ejecutoria que el derecho de defensa exige un mínimo de razonabilidad en la observancia de las formas procesales por parte de los justiciables.

9. Otro aspecto a considerar en la contestación de la demanda es la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de esta por la ausencia de algún requisito de la demanda (ver el inciso 1), ello en atención al principio de igualdad que debe acompañar a la dinámica procesal. Aunque dicha noción está presente en el principio de contradicción, ella no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. En tal sentido, si bien se permite al demandado subsanar algunas omisiones relacionadas con los requisitos para la demanda, para lo cual se le otorga un plazo prudencial invocando el artículo 426 del CPC, sin embargo, dicho plazo no tiene que ser el mismo que se le fijó a la demandante para la subsanación. Ese desnivel en el plazo es de poca intensidad, que no viola la esencia del contradictorio, pues la ley le fija un tope para tal fin no mayor de diez días.



JURISPRUDENCIA

Al contestar la demanda debe pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en ella. El silencio, la respuesta evasiva y la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juzgador como reconocimiento de verdad de los hechos alegados.

Si el ejecutante, en su absolución a la contradicción del ejecutado, no cuestiona ni tacha los documentos que sustentan la cancelación, limitándose a invocar la abstracción del título, resulta evidente que la letra en cobranza ha sido cancelada (Exp. N° 98-39697-2852, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 453).

Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar implicate para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta (Exp. N° 1123-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 316).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Existe una salvedad con respecto a los procesos de conocimiento y proceso abreviado en los que pueden presentarse junto con el escrito de apelación (Cas. N° 2177-97-Lima-Cono Norte, El Peruano, 18/10/98, p. 1976).

El hecho de que uno de los codemandados aún no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no prorroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues, el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda.

La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su

rebeldía (Exp. N° 614-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 340-341).

El hecho de haber comparecido al proceso el apoderado de la demandada, no obstante haber omitido sufragar en las elecciones municipales del año 1995, no es motivo para que se convalide dicho apersonamiento, si el propio juzgado no lo advirtió. Debe declarar su inadmisibilidad a fin que dicho compareciente obtenga la habilitación correspondiente con el simple pago de la multa, como se establece regularmente en este tipo de casos (Exp. N° 62488-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 296-297).

En la sentencia, excepcionalmente, se puede emitir pronunciamiento sobre la relación procesal cuando estos defectos no ha sido advertidos y subsanados en las etapas correspondientes.

Para que los demandados puedan precisar los alcances de su contestación, no basta requerir la posesión del inmueble sino que debe precisarse la causal de su pretensión (Exp. N° N-115-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 341).

Si el emplazado no ha hecho uso del derecho de contradicción, ello no impide que vea restringidos sus derechos de proceder en la forma prevista en el artículo 700 del CPC, cuando se amplía el monto de la ejecución al presentarse nuevos títulos (Exp. N° 584-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 514).

De acuerdo a las normas procesales las pruebas de descargo deben ser ofrecidas oportunamente. La omisión en el ejercicio de dicha facultad en la oportunidad legal, no puede considerarse como una violación del derecho de defensa.

Si los hechos constituyen grave falta disciplinaria, los mismos que han servido de fundamento para la sanción administrativa del demandante, se desvirtúa la afirmación que se le haya sancionado subjetiva, arbitraria y desproporcionadamente a los cargos formulados (Exp. N° 807-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 506-508).

(...) Tampoco resulta procedente formular tacha contra un instrumento público consistente en una partida de nacimiento, la cual solamente puede ser declarada ineficaz en vía de acción (...) (Cas. N° 3237-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 361-362).

El artículo 442 del Código Procesal Civil resulta aplicable con la prudencia debida al caso de las absoluciones ordenadas por la ley o por el juez, toda vez que estas, constituyen, al igual que la contestación, actos procesales destinados a precisar los puntos controvertidos sobre los que debe recaer la decisión del juez (Exp. N° 235-2001, Primera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 564).

Las normas procesales que rigen la etapa postulatoria, se aplican tanto para el demandante como al demandado, siempre y cuando no desnaturalice el proceso. Ello es entendible porque el principio de socialización del proceso, garantiza a las partes, igualdad de oportunidades para invocar y alegar en el proceso sus derechos y defensas. Resulta procedente que la parte emplazada pueda modificar su contestación a la demanda, por aplicación analógica, siempre y cuando cumpla con el requisito establecido en el artículo 428 del Código Procesal Civil. Afirmar lo contrario sería una clara restricción al derecho de defensa de la parte demandada así como al principio de socialización que rigen los procesos civiles de manera imperativa (Exp. N° 1302-2001, Cuarta Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 567).

PLAZO DE LA CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

ARTÍCULO 443

El plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 445, 478 inc. 5, 491 inc. 5, 523.

Comentario

1. El hecho de que el plazo sea el mismo para ambos casos, esto es, para contestar y reconvenir, encuentra su justificación en el principio de igualdad o bilateralidad del proceso, que no se agota en que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que busca que se otorgue igualdad de posibilidades a las partes en el proceso, de tal forma que lo que se conceda a un litigante lo mismo se debe conceder al otro.

Existiría quebrantamiento al principio de bilateralidad si se permitiera solo al actor alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado o viceversa.

Con la redacción del artículo de otorgar el mismo y simultáneo plazo se busca acentuar la igualdad de las partes, la que, como señala Couture "puede no ser una igualdad numérica sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa".

2. Debemos resaltar la diferencia entre el ejercicio de defensa (a través de la contestación) y la facultad de reconvenir. Se suele confundir —como si fuera un todo— porque regularmente se ejerce conjuntamente. El artículo 445 del CPC así lo dispone: "la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para esta"; sin embargo, ello no es así, porque en la contestación se ejerce la defensa de fondo, contradiciendo la pretensión dirigida contra él, a fin de que sea liberado de la exigencia del demandante; en cambio, el demandado, al reconvenir, no es que esté contraatacando al actor en lugar de defenderse, sino que al interponer una pretensión contra el actor podría conseguir —en el supuesto de que se declara fundada— vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvencción.

Hay razones de economía procesal que permiten la concurrencia de la reconvencción en el proceso ya iniciado; sin embargo, ella no es excluyente del uso de los medios de defensa por parte del demandado, respecto de la pretensión hecha

valer en su contra. El demandado puede realizar simultáneamente ambos actos, defenderse y demandar al demandante.



JURISPRUDENCIA

El hecho de que uno de los codemandados aun no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no proroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues, el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda.

La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su rebeldía (Exp. N° 614-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 340-341).

ANEXOS DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

ARTÍCULO 444

A la contestación se acompañan los anexos exigidos para la demanda en el artículo 425, en lo que corresponda.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

LEY 26636

arts. 425, 565.

art. 22.

Comentario

La noción de igualdad está presente en el principio de contradicción, que se va a expresar en la contestación de la demanda. En tal sentido, la norma exige que se acompañen los anexos que también se exigió al actor al interponer su demanda, los que aparecen descritos en el artículo 425 del CPC.

Esto implica que la contestación no se presente sola, sino que se acompañe con documentos que permitan identificar al actor y la representación que se ejerce, si fuere el caso; los medios probatorios a los hechos que sustenta la petición y demás documentos relacionados con la admisibilidad de esta. Un aspecto fundamental es acompañar los anexos, con tantas copias sean las partes.

Como el artículo en comentario hace hincapié, no todos los requisitos que exige el artículo 425 del CPC deben ser contemplados, sino los que correspondan a la actividad del demandado; en tal sentido, el acta de conciliación a que se refiere el inciso 7 no será materia de exigencia en la contestación, pues ella responde a una actividad previa del actor a recurrir a la jurisdicción, lo que no implica que la parte emplazada, en el supuesto que desee intentar conciliar, la puede invocar al amparo del artículo 324 del CPC.

RECONVENCIÓN

ARTICULO 445

La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para esta, en lo que corresponda.

La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.

La reconvencción es procedente si la pretensión contenida en ella fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.

El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia.

En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable el juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación y que conste la descripción de la o las controversias planteadas por este en el acta de conciliación extrajudicial presentada anexa a la demanda. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 84, 424, 425, 428 párr. 3, 430, 442, 463, 478 inc. 7, 523, 559 inc. 1.
LEY 26887	art. 146.
D.S. 017-93-JUS	art. 184 incs.10 y 11.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 126.
C.P.C.N. Argentina	arts. 357, 358, 359.
C.F.P.C. México	arts. 332, 333.

Comentario

1. La reconvencción es la pretensión procesal que se halla facultado para deducir el demandado frente al actor. Hay una posición unánime en toda la doctrina de calificarla como una demanda nueva y autónoma que se acumula –por el demandado– a un proceso en curso.

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

La reconvencción no debe ser considerada como un medio de defensa frente a la acción, sino una nueva demanda que formula el demandado en el mismo proceso ya iniciado.

El derecho a reconvenir de la parte demandada solo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda y ha de conducirse contra el que demandó. En otras palabras, "es jurídicamente imposible aceptar la presencia de un tercero, dado que las partes en la reconvencción tiene[n] que ser las mismas que figuran en el proceso originario, si bien con los papeles invertidos, porque en ella el actor reconvenccional (sujeto activo) solamente puede serlo el demandado, y demandado reconvenccional (sujeto pasivo) única y exclusivamente puede serlo el actor, nunca cualquier otra persona que no sea parte en el proceso principal"⁽¹⁸⁶⁾.

2. Como la reconvencción reviste los caracteres de una verdadera demanda, es aplicable los elementos y requisitos de estas, sin embargo, el hecho de tratarse de una pretensión que se incorpora a un proceso ya iniciado determina que su admisibilidad se halle supeditada a varios factores, entre ellos, la oportunidad de su incorporación.

Es importante que se fije una etapa en el camino procesal para que el demandado haga uso de su facultad de ingresar una pretensión al proceso ya iniciado. La admisión ilimitada de la facultad de reconvenir puede convertirse en un factor perturbador del orden en la sustanciación de las causas, el que se torna incompatible con el principio de economía procesal que justifica este tipo de acumulación sobrevenida.

Sobre el particular, señala el artículo en comentario "solo puede interponerse en el mismo escrito en que se contesta la demanda", esto implica que en caso contrario, no podrá deducirla después, salvo para hacer valer su pretensión en otro proceso.

Nótese que la redacción del artículo pone énfasis a que la reconvencción se formalice "en el mismo escrito en que se contesta la demanda". Esto tendría una explicación en la tendencia a considerar que la oportunidad para reconvenir está ligada al acto de contestación y no al plazo para hacerlo; de ahí que se exige que la reconvencción se materialice en el mismo escrito de la contestación y no en el plazo de esta. En ese sentido, Monroy⁽¹⁸⁷⁾ señala "si un demandado contesta la demanda antes del vencimiento del plazo, en tal fecha deberá interponer reconvencción, de lo contrario, aun cuando hubiera un plazo adicional para contestar (y

(186) Sentencia emitida por el Tribunal Supremo español el 21 de mayo de 1969, citado por TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La reconvencción, límites y jurisprudencia*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1994, p.133.

(187) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 283.

por lo tanto para reconvenir), este se habrá perdido por efecto del acto de contestación de la demanda”.

3. El hecho de incorporar una pretensión al proceso determina que su admisibilidad se halle supeditada a los siguientes requisitos:

a) no afecte la competencia de la pretensión originaria; esto implica que por razón de la materia, le corresponda conocer al juez de la pretensión inicial; por razón de la cuantía, debe apreciarse solo si no excede la competencia cuantitativa de la originaria; por razón del territorio importa una derogación de las reglas que rigen la competencia territorial, de manera que el actor no puede oponer la excepción de incompetencia fundada en el distinto domicilio.

b) la reconvencción debe sustanciarse por los mismos trámites que corresponden a la pretensión originaria, esto es, se debe apreciar el tipo de proceso y la pretensión que se demanda. En caso de pretensiones tramitadas bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, no cabe la reconvencción (ver el artículo 559 inciso 1 del CPC).

c) La posibilidad de que el demandado introduzca nuevas demandas se sustenta en razones de economía procesal y equilibrio de poderes que deben reinar entre las partes procesales.

Monroy⁽¹⁸⁸⁾ explica el principio de economía procesal que rige en la reconvencción, así: “el desarrollo de un proceso importa un consumo de tiempo, gasto, y esfuerzo; siendo así, concederle al demandado la oportunidad de demandar a quien lo haya emplazado utilizando el mismo proceso, va a significar, en principio, que no se requerirá de otro proceso; es decir, al mismo tiempo que cada una de las partes cumple con su rol original (demandante y demandado) puede invertir su calidad, sin dispendio de tiempo y tampoco de esfuerzo”.

d) En relación con la reconvencción, surgen dos posiciones sobre la compatibilidad que debe o no existir con la pretensión de la actora.

Existen al respecto dos líneas. Una que no admite el ingreso indiscriminado de diversas materias en un único procedimiento, sino que limita la posibilidad de la reconvencción a aquellos casos en los que entre la demanda principal y la reconvenccional exista una conexidad; la otra posición considera que la reconvencción puede ser propuesta aunque no tenga ninguna conexión material con la actora.

Frente a ellas, nuestro Código acoge la primera posición, pues favorece la unidad de criterio y evita el riesgo de fallos contradictorios.

(188) MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit., p. 277.

La reconvencción debe interponerse como pretensión principal y no en forma subsidiaria.

4. La reconvencción suele confundirse con la contrapretensión, la misma que es calificada de especie, frente al género que es la reconvencción. Para Monroy —a pesar de que se califique de reconvencción el presente artículo— lo que se ha normado es la contrapretensión, pues solo se puede reconvenir una pretensión ligada por conexidad con la pretensión contenida en la demanda. Señala el citado autor⁽¹⁸⁹⁾: “la contrapretensión es la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal. Dado que los hechos y el derecho configuran la llamada razón de pedir o *iuris petitio*, que es uno de los elementos de la pretensión, en el caso de una contrademanda, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que respecto de la misma situación de conflicto, es el demandante, quien tiene una obligación incumplida con él. Así, por ejemplo, si una persona demanda a otra el perfeccionamiento de un contrato de compraventa, habrá contrademanda si el demandado pretende la resolución del contrato. Como se advierte, mientras el demandante pretende perfeccionar una relación contractual, el demandado busca dejarla sin efecto”.

5. Es importante compartir la diferencia que trabaja Devis Echandía⁽¹⁹⁰⁾ entre reconvencción y excepción. Según dicho autor, la excepción contradice y ataca la pretensión del demandante y persigue su desestimación por el juez; en cambio, en la reconvencción aparece la petición para que se reconozca una pretensión propia, autónoma del demandado contra su demandante, que se tramita en el mismo proceso. Si Pedro, al contestar la demanda, alega que el derecho pretendido por el actor está prescrito, o que hubo pago, o que debe desestimarse por radicar en un contrato nulo, estará formulando excepciones; pero si por su parte pide al juez que se declare que su demandante le debe una suma de dinero, por razón de otro contrato celebrado entre ellos, estará reconvinando. De ahí que en ese caso se habla de demanda de reconvencción.

6. Por último, debemos precisar que es incongruente la sentencia que no contiene pronunciamiento relativo a la reconvencción planteada por el demandado ya que el principio de congruencia implica que el juez tenga en cuenta también las peticiones del demandado que contienen fundamentos autónomos pero conexos con los deducidos por el demandante, que exige por ello un pronunciamiento específico. Además, las pretensiones planteadas a través de la reconvencción también

(189) MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit., p. 280.

(190) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. I, Teoría General del Proceso, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, p. 251.

son materia de pronunciamiento en el saneamiento procesal, pues ellas tienen implicancia en la validez de la relación jurídica entablada.

7. A partir de la modificación de este artículo por el D. Leg. N° 1070 se puede sostener que las pretensiones que postulen las partes al proceso, requieren previamente que estas hayan agotado el intento por conciliar, para lo cual es vital que en la audiencia de conciliación extrajudicial que se convoque para dicho fin estén ambas partes presentes. Esta exigencia de asistir a la audiencia de conciliación extrajudicial es tanto para el demandante como para el demandado. Como señala el artículo 6 de la Ley de Conciliación, si la parte no solicita ni concurre, el juez al momento de calificar la demanda la declarará improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Este efecto es también extensivo para el demandado, cuando pretenda provocar la acumulación objetiva sucesiva con una contrademanda, si no concurrió a la invitación a conciliar, pues en caso interponga reconvencción, esta se rechazará de plano, bajo el argumento de la falta de interés para obrar. Aquí hay que tener presente que no es suficiente que concorra el demandado a la audiencia de conciliación extrajudicial sino que "deje constancia de la descripción de las controversias planteadas por este en el acta de conciliación extrajudicial, presentada anexa a la demanda".

El artículo 15 de la Ley N° 26872 señala que la formulación de la reconvencción en el proceso judicial solo se admitirá si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado, por inasistencia de esta parte a dos sesiones o por los supuestos que describe el acápite f) del citado artículo: decisión debidamente motivada del conciliador en la audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación.



JURISPRUDENCIA

La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda.

Es improcedente la indemnización por daños y perjuicios propuesta en la reconvencción, conexa con la pretensión de resolución de contrato, pues la misma no se fundamenta en la relación jurídica producto del referido contrato (Exp. N° 1199-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 456).

La reconvencción es procedente si su pretensión tiene conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda; sin embargo, la improcedencia de esta última no determina necesariamente la improcedencia de la reconvencción en tanto esta constituye una demanda que debe ser resuelta en la sentencia (Cas. N° 2428-98-Lima, El Peruano, 15/08/99, p. 3180).

La reconvencción es procedente, si la pretensión en ella contenida, fuese conexa con la relación invocada en la demanda. Si se solicita en la reconvencción que la actora otorgue a los emplazados la transferencia vehicular, esta no puede encontrarse condicionada a la procedencia o no de la pretensión demandada, ya que en caso que la misma sea amparada o no, resulta evidente que el pronunciamiento sobre la reconvencción deberá ser también materia de pronunciamiento con relación a la declaración sobre el principal (Exp. N° 1292-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 466-468).

Es improcedente la pretensión sobre nulidad de documentos, si está sustentada en normas relativas al acto jurídico. No puede confundirse el acto con el documento que sirve para, probarlo. La pretensión subordinada de ejecución de garantía prendaria, se tramita en una vía procesal distinta a la nulidad del acto jurídico, por lo que no puede ser demandado en vía de reconvencción (Exp. N° 458-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 92-93).

Para que opere la reconvencción es necesario que la pretensión contenida en ella, sea conexa con la relación jurídica invocada en la demanda.

La prescripción adquisitiva no resulta conexa con la reivindicación, pues, en aquella se invoca el tiempo de posesión, mas no un derecho de propiedad, que pueda ser opuesto a la pretensión de la demanda (Exp. N° 63-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 408).

La reconvencción solo puede oponerse contra quien es parte demandante en un proceso y no contra terceros, más aún si estos han sido ofrecidos como testigos (Exp. N° 3803-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 409).

Es improcedente la indemnización solicitada vía reconvencción por los daños y perjuicios materiales y morales que está causando la interposición de la demanda (Exp. N° 32826-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 410).

Si bien los demandados pueden reconvenir contra el actor, constituyendo así una demanda distinta que puede o no tener relación con la demanda del actor; no menos cierto es que cuando se pretende la nulidad de un acto jurídico, debe comprenderse a todos los intervinientes en la relación jurídica sustancial (Exp. N° 957-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 565-568).

TÍTULO III

EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

EXCEPCIONES PROPONIBLES

ARTÍCULO 446

El demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:

1. *Incompetencia;*
2. *Incapacidad del demandante o de su representante;*
3. *Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;*
4. *Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;*
5. *Falta de agotamiento de la vía administrativa;*
6. *Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;*
7. *Litispendencia;*
8. *Cosa juzgada;*
9. *Desistimiento de la pretensión;*
10. *Conclusión del proceso por conciliación o transacción;*
11. *Caducidad;*
12. *Prescripción extintiva; y,*
13. *Convenio arbitral.*

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 1127 inc. 2.
C.P.C.	arts. 35, 37, 123, 321 inc. 6, 326, 328, 334, 340, 344, 450, 451, 452, 700.
C. de P.P.	art. 5.
C.P. Const.	art. 10.
C.D.I.P.	arts. 394, 396.
LEY 26636	art. 23.
D.S. 054-97-EF	art. 38 literal b).

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	art. 122.
C.P.C.N. Argentina	art. 347.
C.F.P.C. México	arts. 334-340.

Comentario

1. Couture⁽¹⁹¹⁾, define a la excepción como “el poder jurídico de que se haya investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”. Para Alsina⁽¹⁹²⁾, la excepción “es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se límite a impugnar la regularidad del procedimiento”.

Monroy⁽¹⁹³⁾, considera a la excepción como “un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción”.

De lo expuesto líneas arriba podemos señalar que la excepción es un medio de defensa ejercida por el demandado, con la finalidad de poner de manifiesto la deficiencia o inexistencia de una relación jurídica válida, a fin de paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia.

2. La validez de la relación procesal es controlada a través de tres momentos: al calificar la demanda, al resolver las excepciones y al sanear el proceso.

Estos operan como filtros de la relación procesal procurando que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción: legitimidad e interés para obrar, para que el juez al momento de expedir sentencia emita un pronunciamiento que resuelva el fondo del conflicto. Como bien lo establece el artículo 121 del CPC, último párrafo, “mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes (...)”.

La norma en comentario regula el segundo control que se realiza a través de las excepciones. El emplazado con la demanda busca liberarse de la relación procesal, ya sea porque no existen los presupuestos procesales o no existen las condiciones de la acción. Según Monroy⁽¹⁹⁴⁾, “los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio”.

(191) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1977, p. 89.

(192) ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*, EJE, Buenos Aires, 1958, p. 17.

(193) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*, Studium, Lima, 1987, pp. 102-103

(194) MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit., pp. 119-122.

A través de las excepciones se denuncia la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; y la falta de interés para obrar, en las excepciones siguientes: falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral.

Por otro lado, debemos precisar que la actividad saneadora no solo se agota con las excepciones sino que puede recurrir a la defensa previa. Esta última no cuestiona la pretensión, tampoco la relación procesal. Contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo. Busca dilatar el proceso y su eficacia, a veces incluso de manera definitiva (véase en ese sentido el comentario a los artículos 455 y 456 del CPC).

Debe precisarse además que el artículo en comentario constituye un *numerus clausus*, pues de la redacción incide en que el demandado **solo puede proponer** las siguientes excepciones que cita textualmente el artículo 446 del CPC. Se trata de un catálogo cerrado de ellas, motivo por el cual no puede existir excepciones reguladas en las demás normas del resto de ordenamientos jurídicos, sea este material o procesal.

En un trabajo realizado por Carbajal⁽¹⁹⁵⁾ se plantea la disyuntiva si el derecho de retención, cuando se ejercita judicialmente, constituye una excepción procesal o una defensa de fondo. Dicha preocupación nace a partir de un proceso de desalojo, donde la parte demandada dedujo la excepción de derecho de retención, debido a que consideraba que la demandante le adeudaba una determinada cantidad de dinero, por mejoras, las que venían discutiéndose en otro proceso judicial. Consideraba la demandada que al no estar garantizada el pago de mejoras, se debía autorizar a retener el bien hasta que dicho crédito sea garantizado. El cuestionamiento se orientó a que el derecho de retención, cuando se hace valer judicialmente como excepción, no constituye en esencia una excepción procesal sino una defensa de fondo (ver el inciso 2 del artículo 1127 del CC); además, para invocar la retención tiene que existir conexidad entre el crédito y el bien que se retiene.

Las excepciones sustanciales están referidas a la validez sustancial de la relación ejercitada, mientras que las procesales, son aquellas que tienen por objeto discutir el modo de ejercicio de la acción, o también cuando tienen por finalidad dilucidar una cuestión previa. Para Incola Nicola Coviello⁽¹⁹⁶⁾, sostiene que "la excepción sustancial consiste en hacer valer un derecho propio para hacer ineficaz

(195) CARBAJAL, Marco. "¿El derecho de retención cuando se ejercita judicialmente constituye una excepción procesal o una defensa de fondo?", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 108, Gaceta Jurídica, Lima, Set. 2007, p. 143.

(196) COVIELLO, Nicola. *Doctrina general del Derecho Civil*, ARA editores, Lima, 2007, pp. 595-598, citado por CARBAJAL, Marco. Op. cit., p. 150.

en todo o en parte la acción del adversario, que vista en sí misma sería fundada. Así como la acción no es más que el derecho que se hace valer por vía de ataque, de igual suerte la excepción es el mismo derecho ejercitado por vía de contrataque, o como defensa contra una acción. Siendo que aquella se divide en excepciones perentorias y dilatorias, reales y personales, e *in persona* e *in rem*. En cambio, las excepciones procesales significan no solo la invocación efectiva en juicio de un derecho que se contrapone al del actor, sino en general cualquier medio de defensa empleado por el demandado. Se comprende por lo tanto, bajo el nombre de excepciones, aun las razones de orden meramente procesal que el demandado opone para obtener la desestimación de la demanda (como la incompetencia del magistrado, los vicios de forma de los actos procesales, etc.) y las de simple defensa en cuanto al fondo, que consisten en la negación de la existencia del derecho del actor. Pero como no existe una diferencia práctica entre la defensa y la excepción, no hay inconveniente alguno en emplear la expresión genérica de excepción para indicar, así el uno como el otro medio de defensa contra la acción, como lo hace la más reciente doctrina, que se conforma de este modo con el lenguaje empleado por nuestras leyes, que bajo la denominación de excepciones comprende hasta las defensas de fondo⁽¹⁹⁷⁾. La concepción de este autor es mucho más particular, pues para él la excepción sustancial ataca el derecho de acción del demandante, mientras que la excepción procesal es mucho más amplia que la anterior, pues abarca no solo aspectos procesales como la competencia del juez, sino incluso a todo tipo de defensas que pueda realizar el demandado, incluido las de fondo.

3. La competencia es la distribución de la jurisdicción entre los diversos órganos jurisdiccionales. Para distribuir la competencia según Fairén Guillén⁽¹⁹⁸⁾, se utilizan tres criterios: el de la "función" que desempeña cada tribunal en relación con los demás de su orden; el del "objeto material" o jurídico del proceso; y el del "territorio", que dicho tribunal cubre, en relación con los territorios de los demás del mismo orden. Para Chiovenda⁽¹⁹⁹⁾ los límites de la competencia se determinan por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio; ello supone que si se interpone una demanda ante un juez que carece de algunos de estos elementos, nos encontramos frente a un proceso iniciado ante un juez incompetente.

El estudio de la competencia comprende el examen de los criterios que sirven para determinarla, como la materia, cuantía, territorio y grado. En caso de incompetencia, el juez de oficio sin necesidad de pedido de parte puede rechazar la demanda cuando se vulnera la materia y la cuantía; dejando el cuestionamiento a

(197) CARBAJAL, Marco. Op. cit.

(198) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 247.

(199) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Cárdenas Editor, México, 1989, p. 174.

la parte en lo relacionado con el territorio, al no someterse a la prórroga de la competencia; la razón radica en que la competencia del juez es un presupuesto procesal, siendo su presencia y exigibilidad deberes del juez. En el supuesto que pasara inadvertida esta contingencia, el demandado se encuentra facultado para denunciar la omisión de este presupuesto a través de la excepción de incompetencia, que recoge el inciso primero de la norma.

El demandado que no aduce la excepción de incompetencia no implica que celebre un pacto tácito con su adversario para ser juzgado por un juez incompetente, sino que se limita a no hacer valer, dentro de tiempo, una facultad procesal que la ley le confiere. Ella encierra la idea del principio de preclusión, pero solo debe entenderse este aplicado a la competencia territorial, pues cuando existen elementos para cuestionar la competencia objetiva o funcional. El hecho de que no se hubiere observado, vía excepción, no convalida la intervención de un juez incompetente en el proceso. Conforme señala el artículo 9 del CPC la competencia solo puede ser establecida por ley, por tanto, puede ser materia de apreciación la incompetencia de un juez, al momento del saneamiento procesal o de emitir sentencia, por incidir ella en la validez de la relación entablada.

Cuando se cuestiona la competencia territorial por haber convenido someterse a la jurisdicción de un juez diverso se debe tener en cuenta que la Constitución Política del Estado (ver el artículo 62) consagra la libertad de contratar, lo que implica que las partes pueden pactar válidamente la competencia territorial; que esos términos no pueden ser codificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, pues el contrato es ley entre las partes, por tanto, si las partes anteladamente han establecido el órgano jurisdiccional competente para resolver el conflicto derivado de la ejecución de un contrato, debe respetarse dicho acuerdo.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la competencia —por regla general— no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta o insubsanable; sin embargo, excepcionalmente —como ya hemos señalado líneas arriba— se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación. Bajo este último supuesto, el artículo 26 del CPC, consagra la prórroga tácita de competencia. Esta opera cuando el demandante vulnera la norma de competencia y el opositor o demandado se somete a esa vulneración sin impugnar. Hay una actitud pasiva de quien pudiendo impugnar el defecto de competencia no lo hace y de esta manera la prórroga.

4. La excepción que regula el inciso 2 de la norma en comentario se encuentra referida a la ausencia de capacidad procesal en el demandante o en su representante. Esta constituye un presupuesto procesal fundamental y debe ser entendida como la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales y para desarrollarlas por sí mismo.

La actividad que las partes desarrollan en el proceso tiene siempre consecuencias relevantes; por ello, la ley exige que ellas tengan la misma capacidad necesaria para desarrollar cualquier actividad jurídica, remitiéndonos para ello a las reglas generales sobre la capacidad de las personas (artículo 68 del CPC).

El requisito de la capacidad de las partes es un presupuesto procesal y por consiguiente un requisito de la validez de la demanda; por eso si el juez señala, aun de oficio, la incapacidad de una parte, le corresponderá declarar además la improcedencia de la demanda. La otra alternativa es que ella sea cuestionada vía excepción.

El Código distingue entre la capacidad jurídica y la capacidad para obrar. La capacidad jurídica, regulada en el artículo 57 del CPC, es la idoneidad para ser sujeto de derecho: a ella corresponde lógicamente la idoneidad para ser parte en un proceso (capacidad para ser parte) la cual corresponde a todas las personas físicas y jurídicas y además a algunas colectividades organizadas y patrimonios autónomos.

La capacidad para obrar consiste en el libre ejercicio de los propios derechos y por consiguiente en la capacidad de realizar actos jurídicos. A ella corresponde la capacidad procesal, o sea, la capacidad de estar en juicio por sí y de cumplir válidamente los actos procesales; y corresponde a las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos y, por eso, a todas las personas físicas que han alcanzado la mayoría de edad, además de los menores de edad.

Para Liebman, "la capacidad procesal es una cualidad intrínseca, natural de la persona; a ella corresponde, en el plano jurídico, la posibilidad de ejercitar válidamente los derechos procesales inherentes a la persona. Esta posibilidad se llama *legitimatío ad processum* y no debe confundirse con la *legitimatío ad causam*, que es la legitimación para accionar. La distinción entre capacidad procesal y legitimación formal se hace relevante en los actos en los que la parte carece de capacidad procesal: el ejercicio de sus derechos procesales viene entonces conferido por ley a terceros, los cuales, en virtud precisamente de tal investidura, adquieren la legitimación formal y están en el proceso, cumpliendo todos los actos procesales en nombre y por cuenta de la parte que ellos representan".

La capacidad para ser parte es definida por Palacio⁽²⁰⁰⁾ como, "la idoneidad reconocida por el ordenamiento jurídico para ser titular de derechos y de deberes procesales".

La delimitación de esta clase de capacidad la podemos encontrar en las leyes sustanciales. El Código Civil, establece que "toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley" (ver

(200) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref., p. 20.

el artículo 3 del Código Civil), capacidad de goce que también es extensiva al concebido, a las personas jurídicas, a los organismos autónomos del Estado y a los patrimonios autónomos.

Como ya referimos, la capacidad jurídica es la posibilidad que tiene la persona de gozar de las situaciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico; sin embargo, no todas las personas que tienen capacidad para ser parte se hallan dotadas de aptitud idónea para realizar por sí mismas actos procesales válidos. Esta aptitud, que constituye uno de los requisitos de admisibilidad de la pretensión, se denomina capacidad procesal. Este tipo de capacidad supone la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte.

Esto implica que la capacidad jurídica, esto es, la capacidad de ser parte en el proceso, no determina que pueda obrar en el proceso de manera directa e independiente. Ingresamos a lo que se denomina capacidad procesal, que es la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte.

Lo señalado líneas arriba nos lleva a decir que se puede tener capacidad para ser parte en un proceso, pero no tener capacidad procesal; la persona tendrá la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas pero no tendrá la aptitud de ejercerlas, por sí misma, sino a través de representantes legales, como sería el caso de los menores de edad, por citar.

Por otro lado, es importante precisar que la capacidad procesal no solo debe gozar el demandante sino el representante de este. En ese sentido véase lo regulado en el inciso 2 del artículo 561 del CPC que permite ejercer la representación en caso de alimentos "al padre o madre del menor alimentista aunque ellos mismos sean menores de edad".

5. La aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales y para desarrollarlas por sí mismo no siempre es coincidente en una misma persona. Puede ocurrir que por razones voluntarias, legales o judiciales las partes no realicen directamente actos jurídicos procesales, pudiendo delegar dicha actividad en un tercero, desde luego con capacidad de ejercicio, con la finalidad de que actúe procesalmente en nombre y lugar de la parte. Cuando nos encontramos ante esa situación podemos calificarla de representación procesal.

La representación procesal, atendiendo a la fuente que emana la autorización para actuar por otro, puede ser legal, voluntaria y judicial.

La representación legal esta, ligada a la incapacidad procesal de obrar. Es el ordenamiento jurídico el que establece quiénes, que no tienen aptitud para poder desarrollar las situaciones jurídicas de la que son titulares, deban ser representados, por citar, los padres son representantes legales de los hijos menores de

edad. En la representación voluntaria serán las propias partes las que decidan qué persona es la que va actuar por él y bajo determinadas facultades. Estas facultades van a estar contenidas en el poder para litigar y se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso y no requiere estar inscrito en los Registros Públicos (ver el artículo 72 del CPC).

En el caso de la representación judicial, es el juez el que nombra al representante de una parte en el proceso, como es el caso del curador procesal. Una figura especial en este tipo de representación es la procuración oficiosa, regulada en el artículo 81 del CPC. Aquí opera una autorización legal genérica que permite a una persona, comparecer en nombre de otra, de quien no se tiene representación expresa.

Los representantes necesarios o voluntarios tienen la carga de acreditar ab initio la personería que invocan.

La persona que se presenta al proceso por un derecho que sea propio aunque le compete ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste.

En el caso de los representantes de las sociedades o asociaciones deben justificar tal carácter mediante presentación del testimonio de constitución o del acta de la asamblea o reunión de socios que los hayan designado.

Los administradores de una sucesión, albacea, síndicos, etc., deben presentar el testimonio de su designación por los interesados o por el órgano judicial correspondiente, así como la aceptación del cargo.

Puede suceder que por inadvertencia del juzgado se constituya como representante a quien ha omitido el cumplimiento de la referida carga. En tal hipótesis es admisible la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o demandado; sin embargo, puede darse el caso de que no se justifique la personería, el juez debe exigir de oficio el cumplimiento de ese requisito y fijar un plazo para ello bajo apercibimiento de concluir el proceso, esto en aplicación del inciso 3 del artículo 465 del CPC.

6. La excepción que recoge el inciso 4 de la norma en comentario, constituye el medio acordado para denunciar la omisión o la formulación imprecisa o ambigua de las enunciaciones legalmente exigibles al interponer la demanda.

Para Alsina⁽²⁰¹⁾ la referida excepción procede cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara, de tal forma que si la demanda adoleciera de

(201) ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo III, Segunda Edición, Edic. Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 112.

oscuridad o insuficiencia, tal que no permita con precisión y seguridad las personas involucradas en el reclamo o el objeto que se pretende o los hechos que valen de título o causa de pedir, no existiría el presupuesto de un proceso válido.

Esta excepción es conocida en otros ámbitos como "excepción de defecto legal". Según Caravantes⁽²⁰²⁾ "no se refiere al fondo o justicia de la demanda, sino que solo tiene lugar cuando la forma de la demanda, esto es, el modo de formular la pretensión, adolece de vicio o no se ajusta a los requisitos y solemnidades que prescribe la ley para que pueda ser admitida por el juez. Tal sucederá cuando no se fije con precisión lo que se pidá o no conste la persona contra quien se proponga o la que la entable o no se exponga suscintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho (...)".

Para Palacio⁽²⁰³⁾, lo importante es que las falencias que pueda adolecer la demanda deben ser suficientes como para afectar el derecho de defensa del demandado, privando a este de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándola la eventual producción de la prueba

Procede esta excepción cuando no aparecen debidamente individualizados los nombres del actor o del demandado, impidiendo fijar inicialmente en forma inequívoca a los sujetos del proceso, por citar, no individualiza el nombre del propietario del automóvil causante del daño; también procede cuando no denuncia su domicilio real, salvo que la ubicación de este resulte de los documentos acompañados.

También procede cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud la cosa demandada y no media obstáculo para ello, o reclama el pago de cantidades globales sin discriminación, por ejemplo, si en la demanda de expropiación no se determina con exactitud la ubicación, linderos y medidas perimétricas del terreno; si el actor no especifica la suma que reclama por el incumplimiento contractual que imputa al demandado, no bastando para suplir esa omisión la eventual determinación del valor de los bienes que aquel pretende diferir al momento de ejecutar la sentencia; si se demanda el pago de honorarios profesionales sin precisar en qué época y dónde se prestaron.

Existen ciertos requisitos formales cuyo incumplimiento por parte del actor no podría permitir amparar la excepción citada; véase el caso de no acompañar la traducción de los documentos prestados en idioma extranjero (artículo 241 del CPC); no sería procedente esta excepción si la actora omitió acompañar las

(202) CARAVANTES, José de Vicente. *Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, T. II, Imprenta de Gaspar y Roig Ediciones, Madrid, 1856, p. 6.

(203) PALACIO, Lino. Op. cit., t.6, p. 111.

copias para el traslado de la demanda o estas no se entregaron en el acto de la notificación; tampoco la omisión de prueba documental al escrito de la demanda autoriza a interponer esta excepción, por cuanto el artículo 426 del CPC regula un efecto específico, cual es la inadmisibilidad de la demanda; en todo caso, la presentación posterior permite al demandado oponerse por extemporánea, conforme señala el artículo 189 del CPC. Sería procedente en el caso de que se demande la devolución del precio pagado por la compra del departamento alfa o la entrega de este (pretensiones alternativas); sin embargo, en el desarrollo de los hechos de la demanda se hace referencia no solo a las pretensiones materia del petitorio sino que además se solicita la entrega de otro bien de igual valor y condiciones que alfa. Aquí definitivamente hay un punto no preciso en la demanda, ¿la entrega de otro bien, en iguales condiciones que alfa, constituye otra pretensión alternativa a las ya expresadas? Es necesario que el actor precise si ha postulado dos o tres pretensiones de manera alternativa, para que en atención a ellas, la parte demandada pueda ejercer el contradictorio; en caso contrario, si el juez no lo advierte o la parte no lo cuestiona vía excepción, podríamos terminar con una sentencia incongruente por *extra petita*, por condenar al juez a la elección de tres prestaciones al ejecutado, una de ellas no demandada.

Lo importante de esta excepción es que la imprecisión en el planteamiento de la demanda dificulta en mayor medida la posibilidad de una defensa adecuada; sin embargo, ello no justifica que se ampare esta excepción ante la omisión o la errónea invocación de las normas legales en que se funda la demanda, ya que por aplicación del *iura novit curia*, el juez está facultado para suplir ese tipo de deficiencias.

En relación a esta excepción, coincidimos con la opinión de Morales⁽²⁰⁴⁾ cuando señala que el demandado se coloca en un verdadero estado de indefensión al tener que contestar la demanda antes que el juez resuelva esta excepción, contestación que, como lo argumenta el propio demandado, tiene que realizar sobre una demanda oscura o ambigua, violentando el debido proceso, pues se obliga al demandado a formular su defensa sin tener exacto conocimiento de los alcances de la demanda. En estas circunstancias, en caso de que se ampare la excepción la norma debería haber propuesto que se conceda un plazo extraordinario al demandado para que absuelva la demanda corregida de sus vicios originales.

7. La excepción contenida en el inciso 5 exige la habilitación previa de la instancia judicial, sin embargo, esta exigencia actualmente es fuertemente criticada por diversas razones:

(204) MORALES GODO, Juan. "La inconstitucionalidad del trámite establecido en el Código Procesal Civil para resolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 56, Dic, 2003, pp. 531-545.

a) aparece concebida contra el sentido común de las personas, al exigir que se tenga que demostrar previamente que la Administración no le quiere dar la razón. Es incongruente esta exigencia, porque nadie asumiría ir a un proceso judicial, con los costos y la demora que implica, renunciado a un procedimiento más barato y de menos tiempo que sería el administrativo, si es que no tuviera la convicción de que no le darán la razón.

b) se exige un dispendio administrativo inútil y sobre todo porque se deniega el acceso a la justicia y se afecta la búsqueda de una solución pronta y eficaz. Giovanni Priori⁽²⁰⁵⁾, se ubica en esta tendencia al señalar "un régimen mucho más acorde con el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sería aquel conforme al cual se le dé al ciudadano la facultad de acudir al ente administrativo o al Poder Judicial sin imponerle la obligación de agotar la vía administrativa, régimen al cual tendremos que llegar en un corto plazo".

Los que justifican el agotamiento de la vía administrativa consideran un privilegio forzado que la Administración impone a los particulares para que tengan que someter ante ella, previo a la jurisdicción; sin embargo, señala Gordillo⁽²⁰⁶⁾ que en la judicatura se viene superando este problema "al dar traslado de la demanda, si la administración opone la falta de reclamo administrativo previo pero también contesta oponiéndose al progreso de la acción en cuanto al fondo, entonces está demostrado con la doctrina de los propios actos, que el reclamo previo es en ese caso particular efectivamente un ritualismo inútil ya que si está contestando en forma adversa la demanda, obvio es concluir que lo mismo hará con un reclamo administrativo del mismo tenor".

Carrión Lugo⁽²⁰⁷⁾, al referirse a esta excepción, considera que es un tema de discusión porque "se podría llegar a la conclusión, que en el fondo, esta es una modalidad de la excepción de incompetencia, pues válidamente podemos sostener que un juez no sería competente para conocer de una demanda sobre impugnación de una resolución administrativa si previamente el actor no ha agotado los recursos impugnatorios previstos en la vía administrativa".

En estos últimos tiempos, se ha instaurado la actividad conciliatoria como un paso previo al proceso judicial. Dicha actividad es personalísima pues no se admite representación, salvo la legal. A pesar de ello, la Casación N° 632-2002-Lima, de fecha 10 de junio de 2002, hace referencia al caso de haberse intentado la actividad conciliatoria mediante representante, situación que no observó la parte

(205) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, 2ª ed, ARA editores, Lima, 2002, p. 201

(206) GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, Fundación de Derecho Administrativo, ARA editores, Lima, 2003.

(207) CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal*, t.II, Grijley, Lima, 2000, p. 476.

demandada en su momento en el proceso para plantear la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, pues el trámite de la conciliación no se había agotado válidamente. No compartimos el criterio expuesta en la citada casación, pues el acto previo al ingreso a la jurisdicción no constituye un acto administrativo.

Si bien las reclamaciones previas en vía administrativa han sido equiparadas a los actos de conciliación, precisamente por tener como nota común, ser ambas actuaciones previas a la iniciación de la vía judicial; sin embargo, entre ellas existen notorias diferencias. En los actos de conciliación los destinatarios son órganos judiciales; en la reclamación previa, son órganos administrativos. La conciliación tiende a obtener un acuerdo entre las partes en conflicto, en la reclamación previa es la Administración la que acepta o rechaza unilateralmente la petición. En la conciliación se sigue un procedimiento oral contradictorio, en la reclamación previa el procedimiento es escrito y la decisión se adopta unilateralmente por la Administración.

8. Para Montero Aroca la actividad procesal se puede iniciar por persona distinta al titular de la relación jurídico-material o frente a persona distinta, bien porque existe error o se falta a la verdad por quien interpone la pretensión, bien porque el ordenamiento jurídico permite pretender la actuación del derecho objetivo a quien no es titular de la relación jurídico-material. La acción se ejerce al margen de la legitimación que pueda invocarse en el proceso.

La legitimación es definida como la relación sustancial que se denuncia que existe entre las partes del proceso y que es el objeto de la decisión reclamada. Bajo esa óptica se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido. Devis Echandía⁽²⁰⁸⁾ ilustra la definición con el siguiente ejemplo: "quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda".

En los procesos contenciosos, refiere el citado autor, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda y respecto del demandado en ser la persona que conforme a ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante. En ese sentido, considera acertado el pronunciamiento judicial de falta de legitimación pasiva, cuando se demanda en petición de herencia a quien no ocupa los bienes como heredero, sino por haberlos adquirido de un aparente heredero o de otro heredero.

(208) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. 1, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, pp. 269-270.

La legitimación puede ser ordinaria y extraordinaria. Según Montero Aroca, la legitimación ordinaria es la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino recae en las afirmaciones que realiza el actor. Si no afirma su titularidad del derecho carecerá de legitimación para interponer la pretensión contra el comprador; en cambio, la legitimación extraordinaria no afirma la titularidad del derecho material subjetivo. Los intereses difusos son una expresión de esta legitimación. La sentencia que declare fundada la demanda será obligatoria para todos, incluso para quienes no han participado en el proceso, tal como lo señala la última parte del artículo 82 del CPC.

Por otro lado, doctrinariamente se establece la existencia de dos tipos de legitimación: la *legitimatio ad proessum* y la *legitimatio ad causam*. Gozaini⁽²⁰⁹⁾, califica a ellas de la siguiente manera.

La legitimación procesal viene a ser la aptitud que tiene la persona para obrar directamente en un proceso, ya sea como demandante o como demandado. Estas aptitudes que deben tener las partes se relacionan íntimamente con los presupuestos procesales, en especial con aquellos que se exigen para el ejercicio de la acción.

La *legitimatio ad causam* viene a ser la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda, esto es, la calidad de propietario que tiene la persona sobre el derecho que invoca en su acción.

Según Gozaini, ambas se diferencian porque: a) la *legitimatio ad causam* constituye un elemento del Derecho sustantivo para que se ampare la pretensión jurídica demandada; en tanto que la *legitimatio ad proessum* es un presupuesto necesario para que la relación procesal nazca válida; b) en la *legitimatio ad causam*, el actor será parte en sentido formal, pero no lo será en sentido sustancial, por lo que será válido el proceso pero sin ninguna eficacia en cuanto al Derecho Civil accionado, ya que la demanda será declarada infundada; c) la ausencia de legitimación procesal genera la nulidad de lo actuado, razón por la que no debe el juez admitir a trámite la acción; d) si el actor no tiene la *legitimatio ad causam*, la acción queda extinguida, no pudiéndola renovar posteriormente, salvo que se indique un título distinto; en cambio, si el actor no tiene la *legitimatio ad proessum*, la acción puede volverse a invocar por el sujeto que tenga dicha legitimación.

En el caso del demandado, ambas legitimaciones funcionan con iguales alcances, ya que si aquel no es el obligado a responder de la pretensión demandada carece de la *legitimatio ad causam*, declarándose por tanto la acción infundada; en cambio, si el titular a responder es titular de la obligación, en consecuencia, la

(209) GOZAINI, Osvaldo. *Teoría general del Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 373.

demanda será amparada. En cuanto a la *legitimatío ad proessum*, si el demandado no tiene esa capacidad, por ser menor de edad o incapaz, o al atribuírsele una representación indebida, lo actuado devendrá en nulo al igual que cuando el actor carece de dicha legitimación.

Frente a las legitimaciones citadas, consideramos acertada la posición de Devís Echandía de eliminar la *legitimatío ad proessum* para hablar solo de la capacidad general y especial para ciertos actos procesales y no correr el riesgo de confundir indebidamente las dos nociones.

De todo lo expuesto líneas arriba coincidimos con Gozaini⁽²¹⁰⁾ que la excepción de falta de legitimidad para obrar puede prosperar en las siguientes circunstancias: el actor o demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión con prescindencia de la fundabilidad de esta; y mediando la hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesta por o frente a todos los legitimados. En ese sentido, también se orienta la opinión de Palacio⁽²¹¹⁾ precisando además que no procede oponer esta excepción cuando concurre la sustitución procesal que regula el artículo 60 del CPC.

9. El inciso 7 regula la excepción de litispendencia. Se califica a esta excepción cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto, es decir, frente a la coexistencia de dos pretensiones cuyos elementos son idénticos.

Esta identidad que existe entre los elementos de la pretensión lleva a diferenciar la litispendencia de la acumulación de procesos. Así, mientras la primera supone la existencia de la triple identidad entre las pretensiones, la acumulación puede decretarse por la mera conexión entre la causa o el objeto de aquellas.

Por otro lado, la litispendencia tiene por efecto la eliminación del segundo proceso, que busca archivarlo; en cambio, la acumulación, cuando los procesos conexos se tramitan ante órganos judiciales distintos, solo produce un desplazamiento de la competencia por vía de adquisición. La excepción es un medio estratégico que tiende a ganar el proceso, mientras la acumulación es una simple táctica, cuya finalidad es situarse mejor en el proceso, pero no ganarlo de inmediato. Si la excepción de litispendencia es amparada se concluye el proceso, por el contrario, la acumulación no tiende a ganar directamente al segundo proceso (a hacerlo desaparecer) sino a unirlo al primero.

La razón de esta excepción se sustenta en la necesidad de evitar que una misma pretensión sea objeto de un doble conocimiento, con la consiguiente posibilidad que sobre ella recaigan sentencias contradictorias.

(210) GOZAINI, Osvaldo. Op. cit., p. 86.

(211) PALACIO, Lino. Op. cit., T.VI, pp. 132-133.

Como ya señalamos líneas arriba, constituye requisito primordial para que proceda esta excepción la concurrencia de tres identidades procesales: identidad de sujeto, objeto y causa; sin embargo, aparte de esta triple identidad se requiere la existencia de otro proceso en giro pero de naturaleza jurisdiccional; esto es, no generan litispendencia los actos previos o preparatorios de la demanda, por más que el inicio de aquella pueda retrotraerse excepcionalmente al momento en que se realizan, como efectivamente ocurre cuando se trata de actuaciones que el actor debe necesariamente llevar a cabo antes de demandar. Tampoco produce litispendencia los procedimientos administrativos pero sí el arbitraje y los actos de jurisdicción voluntaria que se llevan a cabo en presencia de un juez.

La falta de regulación clara sobre el momento de inicio de la litispendencia, lleva a que concurren dos criterios: unos consideran que se inicia con el emplazamiento del demandado; otros, con la presentación y admisión de la demanda. En opinión de Málaga⁽²¹²⁾ "la litispendencia comienza siempre cuando el demandante realiza el primer acto procesal que el ordenamiento le exige para poder ejercitar su acción. Ese acto es la presentación de la demanda, por lo que el inicio de la litispendencia no se retrasa a la admisión de la misma, ni al emplazamiento del demandado, ni mucho menos a la eventual contestación de este último".

Por otro lado, la litispendencia no existe si el proceso anterior concluyó por sentencia firme, desistimiento, transacción, conciliación y abandono. Tampoco es necesario que el primer proceso se encuentre en giro ante el mismo órgano jurisdiccional, sino que puede encontrarse pendiente ante otro órgano diverso.

Con relación a la excepción en comentario, aparece el caso Municipalidad de Miraflores con el Ministerio de Salud sobre desalojo, en el que la Sala Civil Suprema, mediante Casación N° 1793-2004-Lima, de fecha 9 de setiembre del 2005 se ha pronunciado amparando la excepción de litispendencia propuesta.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud interpuso demanda de desalojo por ocupante precario contra la citada municipalidad, solicitando que la entidad emplazada cumpla con desocupar el inmueble de su propiedad, por haber sido afectado en uso a favor del Ministerio de Salud; sin embargo, en el año 1992, ante el 60° Juzgado Civil de Lima, el Ministerio de Salud demandante interpuso contra la citada municipalidad demanda de entrega del inmueble de litis.

Frente a los hechos descritos, la Sala Suprema señala que si bien se pretende en vía ordinaria (según el Código de Procedimientos Civiles derogado) la obligación de entregar o devolver el bien inmueble de propiedad del Ministerio de Salud, y por otro lado, en proceso sumarísimo la desocupación y entrega del inmueble de

(212) MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. *La litispendencia*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 615.

litis; dado que en los dos procesos se pretende la desocupación y entrega del bien inmueble de litis es irrelevante que en ambos casos se hayan planteado con expresiones distintas y en vías procedimentales diferentes, por lo que debe declararse fundada la excepción de litispendencia propuesta, declarando la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.

10. La excepción de la cosa juzgada regulada en el inciso 8 de la norma está íntimamente relacionada con la función jurisdiccional, es decir, que las decisiones que se logren en su interior son definitivas e inmutables, pues buscan acabar para siempre con el conflicto.

Se expresa en el hecho de que no se puede volver a discutir ante un órgano jurisdiccional una decisión dada por este, así como el deber de cumplir lo expresado en el fallo judicial. Si bien es un efecto natural de toda sentencia, su imperio y obligatoriedad, también concurre a ella, la propia utilidad de la función judicial del Estado, unida a consideraciones de seguridad jurídica, que determinan la necesidad de asegurar el atributo que su contenido no puede ser alterado en ningún otro proceso ulterior, tornando por lo tanto inadmisibles toda nueva discusión o resolución acerca de las cuestiones ya decididas o resueltas con carácter firme.

Este mencionado atributo recibe el nombre de cosa juzgada, a la que puede definirse, en general, como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no proceda ningún recurso susceptible de modificarla.

En ese sentido, coincidimos con la opinión de Palacio⁽²¹³⁾ cuando califica a la cosa juzgada como una cualidad que la ley le agrega a determinados actos, a fin de acrecentar su estabilidad y tiene la misma validez con respecto a todos los efectos que puede producir.

La excepción de cosa juzgada se encuentra regulada en el inciso 8 del artículo 446 del CPC. Supone la existencia de dos procesos: un proceso que ha terminado con decisión firme, sea mediante sentencia o composición de partes homologada; y, otro proceso en trámite. En ambos, las partes, las pretensiones procesales y el interés para obrar son los mismos. El artículo 453 inciso 2 del CPC considera que la excepción de cosa juzgada es fundada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme.

Según Ticona⁽²¹⁴⁾ esta excepción "permite denunciar que el interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia".

(213) PALACIO, Lino. Op. cit., T. V., p. 499.

(214) TICONA, Víctor. *Análisis y comentarios al Código Procesal Civil*, T. 1, Grijley, Lima, 1996, p. 577.

Esta excepción no puede dejar de vincularse con la litispendencia. Ambas figuras tienen como presupuesto la existencia de dos procesos absolutamente idénticos, por ello es admisible la excepción de litispendencia porque constituye una especie de anticipación de la cosa juzgada; ambas excepciones producen, en caso de ser admitidas, la eliminación del proceso en el cual se formulan, cuyo objeto de litis queda sin pronunciamiento; además, en ambas subyace un interés jurídico-público que en doctrina se considera que puedan ser apreciadas de oficio y no solo por control de partes. La trascendencia de esta intervención es justificada por Couture⁽²¹⁵⁾ en atención a que ambas excepciones "procuran impedir que se siga adelante un juicio que, en definitiva, provocará resultados gravosos: si las dos sentencias (la del juicio anterior y la del nuevo juicio) son iguales, la segunda es innecesaria; si son distintas, aparecerán la colisión de dos decisiones pasadas en cosa juzgada".

La excepción de cosa juzgada consiste en alegar, en un pleito determinado, la existencia de otro proceso sobre el mismo objeto terminado por sentencia firme, mientras que la excepción de litispendencia implica que ese proceso, que en este caso deberá haberse iniciado con anterioridad, se encuentra todavía en curso. Dicho de otro modo, la excepción de litispendencia requiere la simultánea pendency de los dos procesos afectados, en tanto que la de cosa juzgada solo puede utilizarse cuando uno de ellos ya ha finalizado. Para Málaga⁽²¹⁶⁾, "La litispendencia y la cosa juzgada tienden por igual a la protección de la eficacia de la sentencia y ambas lo hacen desplegando sus efectos de un modo similar, de suerte que la litispendencia constituye una especie de anticipación de la cosa juzgada o, si se prefiere, una suerte de retroacción de los efectos de esta al momento de la presentación de la demanda". Entre ambas excepciones no median diferencias profundas, pues ambas procuran impedir que siga adelante un proceso que, en definitiva, provocará resultados gravosos: si las dos sentencias (la del juicio anterior y la del nuevo juicio) son iguales, la segunda es innecesaria; si son distintas aparece la colisión de dos decisiones pasadas en cosa juzgada, señala Málaga⁽²¹⁷⁾; sin embargo, como ya hemos señalado líneas arriba, la distinción entre ambas se va a expresar, en que la excepción de cosa juzgada consiste en alegar, en un proceso determinado, la existencia de otro proceso sobre el mismo objeto terminado por sentencia firme, mientras que la excepción de litispendencia implica que ese juicio, que en este caso deberá haberse iniciado con anterioridad, se encuentra todavía en curso.

Por otro lado, en caso de que se quiera hacer valer una sentencia extranjera para sustentar la excepción de cosa juzgada, en un proceso civil en giro en el

(215) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 118.

(216) MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. Op. cit., p. 296.

(217) Ídem.

Perú, no requiere el exequátur. Es suficiente que se presente la copia legalizada de la sentencia extranjera, pues conforme establece el artículo 2109 del CC las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos no requiriendo el exequátur. La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un proceso, si cumple con los requisitos establecidos en los artículos 2103 y 2104 del CC; en tal sentido, será el juez de la contienda en giro, quien verificará si la sentencia se ajusta a dichas exigencias, contribuyendo con la unidad y celeridad procesal.

11. El desistimiento siempre se produce en el ámbito del proceso y se expresa bajo dos supuestos: desistirse del proceso y desistirse de la pretensión, este último también es conocido como desistimiento del derecho y es acogido por el inciso 9 de la norma en comentario como excepción.

El desistimiento de la pretensión se califica como la abdicación, renuncia o dejación del derecho material producida en el ámbito del proceso. Su naturaleza es un acto jurídico dispositivo tendiente a extinguir derechos. En el proceso se inclina como un acto unilateral de abdicación al derecho en el proceso.

El desistimiento de la pretensión, si es procedente, dará por terminado el litigio. En lo sucesivo las mismas partes no podrán promover otro proceso por el mismo objeto y causa. En caso de intentar un nuevo litigio con las identidades descritas, el demandado podría oponer la excepción del desistimiento de la pretensión con la prueba documental de la existencia del proceso donde exista la resolución que admite dicho desistimiento, pero siempre y cuando hubiese operado dicho desistimiento en un proceso contencioso.

El desistimiento necesariamente está sujeto al control jurisdiccional para apreciar si se trata de un objeto disponible para luego, en caso de ser positivo, proceder a la homologación para validar su existencia y sus efectos. Como señala el artículo 344 del CPC "la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada".

El desistimiento de la pretensión debe ser apreciado bajo dos supuestos a actuar: que la demanda haya sido notificada y que tal acto no haya tenido lugar.

En el primer caso, es obvio que habrá de notificarse la resolución que se dicte. Producido el desistimiento del derecho, el juez dictará una resolución homologatoria en tanto lo admita. Dictada esa resolución, ella deberá notificarse.

Las dudas aparecen cuando la demanda no ha sido notificada y el actor se desiste. El Código Procesal Civil no regula nada al respecto, pero consideramos que producido el desistimiento del derecho antes de notificarse la demanda, el juez podrá tenerlo por válido si corresponde a la naturaleza del derecho y la resolución que recaiga será comunicada a la contraparte a efectos de que tome

conocimiento de su liberación y puede a futuro oponer a través de la excepción del desistimiento de la pretensión.

En este mismo sentido también se orienta Fornaciari cuando señala que debe notificarse al accionado aun cuando no esté integrado a la litis. Las razones son prácticas. Cuando se renuncia al derecho material este no puede volver a ejercerse en otro proceso, generándose la defensa del desistimiento del derecho.

El demandado a quien no se le dio traslado de la demanda nada sabe de la existencia de esta. Si antes de la notificación el actor desiste de su pretensión, la pregunta elemental que surge es el cómo podrá enterarse de tal desistimiento. Omitir la notificación de la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión podría permitir a futuro la generación de un nuevo proceso sustentado en un derecho que no existe.

12. La excepción de conclusión del proceso por conciliación o transacción está regulada en el inciso 10 de la norma. La transacción y la conciliación en el proceso judicial tiene como objetivo aportar a la litis un medio de definición del conflicto con el fin de que el juez decreta la terminación del proceso.

Si partimos del supuesto que tanto la transacción como la conciliación tienen efecto extintivo sobre la cuestión controvertida impidiendo que las partes puedan volver sobre ella, la redacción que contiene este inciso podría llevar a entender que solo operaría para poner fin al proceso, situación que no necesariamente involucra poner fin al conflicto. Son dos categorías totalmente diferentes, cuyas consecuencias señalan lo siguiente: la transacción o la conciliación ponen fin al conflicto y, consecuentemente, al proceso en el que se discute; pero puede darse el caso que se ponga fin al proceso mas no al conflicto, situación que puede permitir reanudar su discusión posteriormente, en otro momento y en otro proceso.

Tanto la transacción como la conciliación judicial consideran que el conflicto ha sido dilucidado por composición de partes y la ley le ha otorgado a ese acuerdo la calidad de cosa juzgada siempre y cuando sea aprobado dicho acuerdo por el órgano jurisdiccional (véanse los artículos 328 y 337 del CPC). Recién allí se puede oponer, para futuros procesos en el que exista triple identidad, la excepción citada.

En ese mismo sentido Carrión⁽²¹⁸⁾ señala "(...) cuando un proceso civil hubiera concluido mediante conciliación y no obstante ello se inicia un nuevo proceso idéntico a aquel, el demandado, en el segundo proceso, puede deducir la excepción de conclusión del proceso por conciliación o simplemente la excepción de conciliación. En este caso es esencial determinar la identidad de los procesos –que es distinto de las pretensiones– tomando como referente lo dispuesto en el artículo

(218) CARRIÓN LUGO, Jorge. "La postulación en el proceso", en: *Análisis del Código Procesal Civil*, Ed. Cuzco, Lima, 1994, p. 352.

452 del CPC que dice: hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos”.

Por otro lado, debemos precisar que los efectos de la conciliación extraproceso es totalmente diferente a la conciliación procesal, porque a esta última le es extensiva la cosa juzgada (véase el artículo 328 del CPC). Como señala el dictamen de la Comisión de Justicia al debatir el proyecto de ley de conciliación, “el título de ejecución, puede ser cualquier documento que la ley le confiera dicha calidad y no tiene que ser necesariamente cosa juzgada”. El único ente que se encuentra facultado para administrar justicia con efecto de cosa juzgada es el Poder Judicial, conforme lo señala el artículo 139 de la Constitución del Estado.

En esa misma línea Gozaini⁽²¹⁹⁾ señala que “la cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes”. Ello justifica que frente a una actividad dolosa estos acuerdos homologados puedan ser revisados a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta que recoge el artículo 178 del CPC.

Desde otra óptica, que no comparto, Hinostrza⁽²²⁰⁾ considera que nada obsta para que esta excepción pueda operar tratándose de conciliación extrajudicial, la cual, pese a no concluir en un proceso judicial, impide que se promueva el juicio si el objeto de este y el asunto conciliado coinciden. “(...) por cumplir tanto la conciliación judicial como la extrajudicial la misma función (poner fin al conflicto de intereses por acuerdo de partes) esta última, es susceptible de ser considerada como presupuesto de la excepción que analizamos”. El referido autor supedita la excepción fundada en la conciliación extrajudicial siempre que sea facultativa y lo explica así: “(...) siendo el acta de conciliación extrajudicial anexo exigible a la demanda en los procesos cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo (que adquiere carácter obligatorio) resulta muy sencillo para el órgano jurisdiccional determinar durante la calificación de la demanda si hubo o no conciliación preprocesal. En el primer caso, rechazará la demanda por ser notoriamente improcedente; en el segundo, falta el presupuesto de la excepción. Es por ello que no puede concebirse la excepción basada en la conciliación extrajudicial que no sea de carácter facultativo (en cuyo caso se está ante un asunto que puede ser ventilado judicialmente sin exigirse la copia certificada del acta respectiva) salvo las hipótesis del error judicial al verificar el acta de conciliación o del planteamiento malicioso de la excepción”.

(219) GOZAINI, Osvaldo. “La conciliación en el Código Procesal Civil del Perú, Teoría y técnica”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 1998, p. 412.

(220) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Las excepciones del proceso civil*, 2ª ed., San Marcos, Lima, 1998, p. 344.

En nuestro país el Primer Pleno Casatorio⁽²²¹⁾ acogió el cuestionamiento de la transacción extrajudicial como excepción sosteniendo –con carácter vinculante– que “la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446 del CPC e inciso 4 del artículo 453 del CPC, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción. Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley”.

La posición en minoría considera lo siguiente: “1. que resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.

2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquella, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.

3. Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda”.

Como ya hemos señalado, al inicio de este comentario, las excepciones procesales contenidas en el artículo 446 del CPC se han caracterizado por ser calificadas como *númerus clausus*. Basta revisar la redacción del citado artículo para encontrarnos con la advertencia que el demandado **solo** podía proponer las excepciones que citaba el artículo 446 del CPC, ubicándose dentro de ellas, a la “conclusión del proceso por transacción”.

(221) Con fecha 22 de enero de 2008 la Sala Plena de la Corte Suprema, reunida en Pleno Casatorio resolvió definitivamente el proceso judicial seguido entre la señora Giovanna Villaty y Giovanna Angélica Quiroz Villaty contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar. Casación Nº 1465-2007-Cajamarca.

Esto, que hasta hace poco se venía sosteniendo en la formación jurídica de las aulas universitarias, ha sido trastocado nada menos que por el pensamiento de los jueces de la Corte Suprema, quienes bajo el llamado Pleno Casatorio han decidido incorporar "subrepticamente" una nueva causal al artículo 446 del CPC citado. Se trata de la nueva "excepción de transacción", que es calificada a la luz de dicho pleno, así: si las partes transan un asunto litigioso a fin de evitar el pleito, y si posteriormente cualquiera de ellas decidiera iniciar en sede judicial su discusión, esta relación procesal entablada se liquidaría con la nueva excepción de transacción; por cierto, no nos estamos refiriendo a la excepción procesal de "conclusión del proceso por transacción" acogida en el inciso 10 del artículo 446 del CPC, sino a la nueva excepción generada al absolver la Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Sin negar el efecto vinculante del criterio asumido, por mayoría, me aunó a los argumentos esgrimidos en la posición minoritaria, posición que respalda lo que sostuviera en diciembre de 2007 al comentar precisamente el caso materia de casación, y que reproduzco a continuación⁽²²²⁾.

En el supuesto de iniciarse un proceso judicial luego de haberse materializado la transacción extrajudicial por los mismos hechos, ¿se podría invocar las excepciones de "cosa juzgada" o "conclusión del proceso por conciliación y transacción", para oponer a los efectos de la relación jurídica entablada? Se podría sostener que resultaría excesivo contemplar la excepción de conclusión del proceso por conciliación y transacción, pues la excepción de cosa juzgada le brinda dicha cobertura, porque como señalan los artículos 337 y 327 del CPC, la conciliación y transacción judicial tienen la autoridad de la cosa juzgada, sin embargo, sostenemos que no es cierto lo afirmado, pues ambas excepciones responden a supuestos jurídicos diversos, como explicamos a continuación.

Las partes en litigio pueden acordar poner fin a este, mediante transacción o conciliación judicial; sin embargo, dicho acto procesal puede ser sometido al control jurisdiccional para lograr un efecto homologatorio sobre dicho acuerdo. Esto implica que un acuerdo por transacción puede ser sometido a un control posterior por la jurisdicción.

Como consecuencia de ese control se puede lograr un pronunciamiento positivo, aprobatorio y, por ende, el efecto de la cosa juzgada recaería sobre dicho acuerdo; pero también se puede alcanzar el acuerdo y no buscar un control posterior, esto es, se considera suficiente el acuerdo, y no se está interesado en realizar efectos homologatorios y ello también es válido.

(222) Este comentario han sido tomado de LEDESMA, Marianella. "La transacción extrajudicial y los mecanismos procesales de defensa", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Vol. 13, N° 112, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 163-171. Al momento de la edición del trabajo (16 de abril de 2008), se ha hecho público el tenor del Pleno Casatorio. No compartimos el criterio por mayoría asumido; nuestro parecer se ubica hacia el contenido del voto en minoría.

Cuando se somete el acuerdo al control, dicha actividad jurisdiccional se va a desarrollar bajo los alcances del artículo 337 del CPC y va a generar los siguientes efectos: a) control positivo, aprobatorio; b) control negativo, desaprobatorio. En el primer caso, el acuerdo gozará de la autoridad de la cosa juzgada, por ser un acuerdo homologado a efectos de la sentencia judicial; sin embargo, si el acuerdo es desaprobado, entonces le corresponderá continuar la discusión del conflicto hasta que sea definido por la jurisdicción.

La otra alternativa es que el acuerdo por transacción válido no sea sometido a ningún control jurisdiccional. En este caso, deliberadamente no se busca otorgar la autoridad de cosa juzgada a dicho acuerdo, de tal manera que este puede ser perfectamente modificado o alterado, de mutuo acuerdo, situación que no operaría en caso de que se hubiera homologado el acuerdo; e inclusive si se discutiera la actividad dolosa en dicho acuerdo (si estuviese homologado), le correspondería alterar el efecto de la cosa juzgada bajo la figura de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (ver el artículo 178 del CPC), en caso contrario, correspondería su discusión a través de la nulidad del acto jurídico.

La transacción judicial puede, por lo tanto, ser apreciada bajo dos dimensiones, en atención a los efectos que se quieran alcanzar con la función contralora — una de ellas, la de ser un acuerdo que concluye el proceso—; otra, que además construye sobre dicho acuerdo la autoridad de la cosa juzgada, en la medida que dicho control sea aprobatorio.

No se puede confundir la excepción de conclusión del proceso por transacción con la excepción de transacción. En este último caso, debe apreciarse como un contrato concluido por las partes de espaldas al proceso, al margen de si el conflicto estaba o no pendiente de resolver, no interviene para nada. Al utilizarla como fundamento de una excepción será un hecho que aportan al proceso con la finalidad de hacer inaplicable a la pretensión del actor, contenida en la demanda la norma invocada por este. En consecuencia, es una excepción de derecho material, de fondo. El rol que asumirá la jurisdicción frente a ello será la de verificar si el objeto transado se refiere precisamente al mismo objeto de discusión judicial. Hay aquí un elemento central que justifica esa discusión, **el control sobre el objeto de disposición extrajudicial**, a fin de verificar si se refiere al mismo que es objeto de debate judicial. Aquí no entra a debate el *quantum* de las prestaciones sino la identificación del objeto litigioso con el objeto de la transacción. Véase el caso, de la controversia por la indemnización del daño. Las partes involucradas pretenden poner fin a esa discusión transigiendo; sin embargo, uno de ellos decide posteriormente a la transacción iniciar la discusión judicial por dicho tema; la emplazada podrá oponer como parte de su contestación el argumento de la transacción judicial, a lo que el juez verificará si precisamente dicho acuerdo se refiere a lo que es objeto de litigio, para luego concluir por desestimar o amparar el derecho invocado; pero si en ese control se aprecia que el daño por el cual se transó no es

el mismo daño actual que alega la actora y cuya realización e intensidad se atribuye al resultado de la acción causal generada por la conducta antijurídica, estaríamos ante un supuesto diferente al concluido. Si al momento de transar el daño aparentemente se aprecia como leve e inocuo, pero con el correr del tiempo ese daño se presenta y desarrolla con magnitud e intensidad, no se trata evidentemente del mismo daño por el cual se transó, entonces, estaríamos hablando de un objeto de discusión distinto al que fue materia de acuerdo. Llegar a esa conclusión, con relación a si el daño transado es el mismo daño que se alega en el debate judicial, **es un argumento de fondo que tendrá que ser analizado y determinado en la sentencia**. El argumento de la transacción extrajudicial y el documento que la contiene tienen la connotación de una excepción sustancial, que difiere de la excepción procesal.

En cambio, en la transacción judicial el juez cuando se le somete una transacción para que sea aprobada verifica la legalidad del acuerdo al que han llegado las partes, sin entrar al fondo del mismo, determinando que el conflicto que dio origen al proceso ha concluido por transacción. Este contrato forma parte del proceso, poniendo fin a este, mediante resolución del órgano jurisdiccional. En opinión de Peláez, "no estamos ante un simple hecho que puede alegarse como defensa de nuestros derechos; es propiamente el instrumento utilizado para concluir judicialmente el litigio dentro del proceso. Ella es considerada como una excepción procesal, de forma". Para De la Oliva-Fernández, la transacción judicial supone un negocio jurídico material, documentado en acta y homologado por el tribunal con la inexorable consecuencia de una resolución judicial.

La ejecución de la transacción judicial está en función de los resultados del control buscado. Si no se ha requerido de este, dicho acuerdo pone fin al proceso, pero no será exigible en dicho proceso su ejecución sino a través de un proceso ejecutivo, bajo los alcances del inciso 5 del artículo 693 del CPC; en cambio, si la transacción fue materia de un control positivo, aprobatorio, su ejecución se realizará bajo los alcances del proceso de ejecución, por haberse homologado dicho acuerdo. Dicho acuerdo homologado constituye precisamente el título de ejecución, que regula el inciso 1 del artículo 713 del CPC.

La transacción requiere de cierta formalidad para su constitución, bajo sanción de nulidad. Como dice el artículo 1304 del CC: "La transacción debe hacerse por escrito, bajo la sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio". Esto implica que la transacción perfectamente puede satisfacer la formalidad de la escritura a través de un documento privado o público, de ahí que la redacción del inciso 5 del artículo 693 del CPC requiere sencillamente de un documento privado que contenga transacción extrajudicial. Ello resulta coherente con los requisitos que exige el artículo 335 del CPC, como es, "que se presente por escrito precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario judicial respectivo".

Un acuerdo bajo esas características sobre el que no se ha solicitado el control jurisdiccional, pues no se pretende buscar la homologación del acuerdo, en caso de incumplimiento sencillamente se ejecutará bajo las reglas del procedimiento ejecutivo. El acuerdo por transacción ha concluido el proceso, pero no bajo la autoridad de la cosa juzgada.

Si los acuerdos adoptados por las partes, al transigir, se ciñen a lo que fue objeto de la pretensión no reviste mayor problema. Pero si tomamos como referencia la incorporación de pretensiones ajenas como el que refiere la ejecutoria citada en aplicación de la última parte del artículo 337 del CPC, no puede ser parte de la transacción judicial, pues no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

Gómez Orbaneja aborda el tema desde un aspecto de competencia para ejecutar la transacción. Considera que en esos casos se debe limitar la ejecución de la transacción, a la competencia objetiva que el juez tenía para fallar la pretensión originaria, remitiendo el resto a la ejecución del juez competente. Este criterio tiene detractores como Peláez, quien considera que lo transigido forma una unidad y sería absurdo considerar ejecutable tan solo parte de lo acordado, lo que es congruente con la pretensión originaria, y el resto considerarlo como una transacción civil contenida en un documento público, a ejecutar en un proceso ejecutivo autónomo.

Lo expuesto líneas arriba nos permite sostener lo siguiente:

a) No existe ningún vacío legal en el Código Procesal en relación a la excepción de transacción. El código acoge la excepción de conclusión del proceso por transacción que difiere de la excepción de transacción que implica un cuestionamiento de fondo. Ello supone que para oponer esta excepción necesariamente tiene que haber existido un proceso y concluido por transacción.

b) Si la transacción realizada luego de iniciado el proceso judicial no es sometida a la aprobación de la jurisdicción no podrá ser calificada como transacción judicial; sencillamente es un acto procesal que por transacción busca concluir el proceso, sin mayor control de la jurisdicción. Esta excepción no se opone si posteriormente se promueve una pretensión idéntica a la que fue materia de conclusión del proceso.

Hay que precisar que la transacción que pone fin al proceso pero que no busca su homologación no implica la invalidez de esta. Una situación es el acto voluntario de poner fin al proceso y otra la aprobación que se busca de la jurisdicción para construir sobre dicho acuerdo la seguridad jurídica de la cosa juzgada. En el primer caso, los términos de la transacción serán inexigibles en el proceso judicial, pues tendrán la calidad de un título ejecutivo (inciso 5 del artículo 693 del CPC); a diferencia de la transacción homologada, que se exigirá como un título de ejecución (inciso 1 del artículo 713 del CPC).

c) La transacción extrajudicial, que se alcanza sin intervención de la jurisdicción, puede ser sometida al control jurisdiccional a través de una pretensión meramente declarativa, para obtener un pronunciamiento en relación a la validez formal del acuerdo y lograr el efecto homologatorio de la cosa juzgada de la sentencia. Además, se requiere el control para verificar, bajo los alcances del artículo 337 del CPC, si se trata de pretensiones patrimoniales, si estamos ante derechos disponibles y si hay la reciprocidad de las prestaciones; e inclusive si las prestaciones recíprocas pactadas están referidas al derecho en litigio, cuando hay un proceso judicial iniciado.

d) El control de la jurisdicción es vital para dar validez a los efectos de que pueda derivarse de dicha transacción extrajudicial. Esta experiencia aparece regulada en el artículo 103 de la Ley Procesal del Trabajo, en la que se fija como órgano competente a la sala laboral del lugar del acuerdo conciliatorio. Esto implica que un acuerdo logrado por transacción extrajudicial puede ser sometido posteriormente a la jurisdicción para que controle la validez formal del acuerdo a través de una pretensión declarativa. Para verificar la validez de la transacción, se tendrá en cuenta la reciprocidad en las prestaciones, que estas sean patrimoniales y estén referidas a derechos disponibles. Si el control es positivo, se aprobará el acuerdo y se otorgará el efecto homologatorio de la cosa juzgada, de tal manera que dicho acuerdo homologado goza de las cualidades de la cosa juzgada como es ser inmutable, inimpugnable y coercible.

e) Si la transacción no se encuentra homologada, las partes de común acuerdo podrán variar las prestaciones pactadas, situación que no prosperaría si esta se ha homologado; inclusive, si se cuestionaría dicho acuerdo de fraudulento, el mecanismo para cuestionar la ineficacia de dicho acuerdo sería la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (ver el artículo 178 del CPC) si estuviere homologada, en caso contrario, el camino sería la nulidad del acto jurídico por actividad dolosa. En conclusión, se debe colegir que:

1) Los acuerdos celebrados por transacción previo al proceso judicial no pueden ser opuestos en el proceso iniciado con posterioridad, a través de la excepción procesal de la conclusión del proceso por transacción ni por la excepción de cosa juzgada; en tanto no provengan de la conclusión de un proceso por transacción ni sean controlados por la jurisdicción carecen de la seguridad jurídica de la cosa juzgada, lo que no impide su exigibilidad del acuerdo a través de la ejecución del título ejecutivo (inciso 5 del artículo 693 del CPC), en el que se controlará su eficacia como tal, previa a la ejecución.

No se debe confundir la autoridad de la cosa juzgada que se puede lograr sobre el acuerdo, como resultado de la homologación, con la facultad de ejecución de las prestaciones del acuerdo. Lo primero implica una pretensión meramente declarativa; lo segundo, una pretensión de condena orientada a la ejecución de las prestaciones recíprocas y patrimoniales, a través del mecanismo del proceso ejecutivo.

2) Si la transacción se celebra fuera del proceso y con antelación a este, no genera el efecto de la cosa juzgada.

Tampoco permite oponer la excepción de transacción al proceso ya iniciado con posterioridad a su celebración, porque la regulación del inciso 10 del artículo 446 del CPC, requiere de la existencia de un proceso judicial que haya concluido por transacción. La transacción extrajudicial es sencillamente el argumento para una excepción de derecho material o de fondo, mas no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor; por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la "excepción de transacción", sino la de "conclusión del proceso por transacción", la que requiere necesariamente de la existencia de un proceso que haya concluido.

3) Si la transacción se realiza al interior del proceso y se somete a la aprobación de la jurisdicción, bajo los alcances del artículo 337 del CPC, se le atribuye la calidad de la cosa juzgada; sin embargo, también se puede llegar a la transacción al interior del proceso, sin necesidad de someterla al control jurisdiccional.

4) La homologación no implica una sentencia. Solo implica la aprobación a la decisión de las partes que por su propia voluntad han compuesto la litis, como equivalentes jurisdiccionales para otorgar el efecto de cosa juzgada; lo que significa que no es necesario que el juez apruebe la transacción para que ella sea válida. Puede serlo aún sin necesidad de aprobación.

5) Si la transacción judicial, valorada como un acto procesal que pone fin al proceso, no se somete al control jurisdiccional; ello no implica la invalidez del acuerdo, pues lo que se enerva son los efectos que otorga la homologación, como aprobar la composición del pleito a través de la transacción, con la calidad de cosa juzgada.

Como se ha podido apreciar, la idea recurrente de ingresar al control judicial se justifica en la autonomía privada de partes, la que no es irrestricta, tiene límites, por tanto, requiere de un mecanismo verificador sobre la validez del objeto de disposición. Para explicar ello hay que partir sosteniendo que los conflictos de intereses privados con trascendencia jurídica pueden ser dilucidados bajo dos opciones: por obra de la jurisdicción o mediante la voluntad de las partes. En el primer caso interviene el juez, a través del proceso judicial, premunido de los poderes de la jurisdicción. Frente a esta posibilidad concurre el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, entendida como el poder de constitución de relaciones jurídicas y de reglamentación del contenido de dichas relaciones. Los sujetos con el poder de autonomía podrán realizar actos de disposición sobre el conflicto que los enfrenta para su solución.

La función jurisdiccional es un monopolio del Estado y este al dictar una sentencia a través de sus órganos, lo hacen investidos del máximo poder (*imperium*) al actuar en nombre suyo. En la transacción, el que pone fin a la situación de

conflicto no es el Estado, son las partes que realizan prestaciones recíprocas mediante un contrato o acuerdo privado. La diferencia es clara, es el Estado el que actúa a través de sus órganos y **en la transacción son las partes**. Sus efectos pueden ser parecidos pero no podemos decir que lo que hagan los particulares, sin intervención del juez, tenga la misma fuerza que lo hecho por el juez; la autoridad en uno y otro caso difiere. Como se puede apreciar, frente a estas fuentes de regulación en las relaciones en conflicto concurren dos posibilidades, la voluntad del Estado y la voluntad de los individuos; sin embargo, hay una gran diferencia entre ambas: el ejercicio de la autonomía de la voluntad no es irrestricto, sino que tiene áreas donde no puede operar esa voluntad, por estar reservada a la tutela de la ley, el orden público y las buenas costumbres; en tal sentido, la pregunta que surge es ¿quién tutela que esos actos de disposición que hacen los particulares, realmente se ubiquen dentro de los derechos disponibles? Evidentemente que el ejercicio de la voluntad requiere de un control, para la supervigilancia que lo dispuesto por las partes, por más que sea el resultado de su voluntad concordada, no esté dentro del área de no disposición; no para cuestionar la intensidad o modalidad de dicha disposición sino para verificar si los actos realizados por aquellos están dentro de lo disponible.

13. Los incisos 11 y 12 regulan las excepciones de caducidad y prescripción extintiva.

La caducidad significa, según Albadalejo⁽²²³⁾, generalmente una facultad o un llamado derecho potestativo tendente a modificar una situación jurídica; nace con un plazo de vida, y pasado este, se extingue. Se trata de una facultad de duración limitada.

La prescripción no es un medio de extinción, ni de la acción ni del derecho subjetivo, sino de la pretensión. No significa la prescripción que algo nazca con un plazo de vida, sino que si durante determinado tiempo está inactivo, no se puede luego imponer.

En la caducidad, el tiempo se cuenta necesariamente desde el nacimiento; en la prescripción, desde que hay inactividad del derecho; y por eso, si después de nacer se le ejercita, el tiempo se cuenta desde que la actividad cesa. Señala Albadalejo que la caducidad se aplica generalmente no a los derechos, propiamente hablando, sino a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover el cambio de situación jurídica; por ejemplo, el poder de impugnar un contrato o el matrimonio o un estado de filiación, etc., tengan o no carácter patrimonial mientras que la prescripción se aplica a los derechos patrimoniales.

(223) ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Vol. 2, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pp. 506-507.

Como ya se ha señalado, lo que prescribe extintivamente es la posibilidad de exigir un derecho material judicialmente, esto es, prescribe la pretensión no la acción. Nunca prescribe la acción, es un derecho subjetivo, muere con la persona, pero hay un momento que el derecho de acción no acaba pero se le suspende, esto es, cuando en un proceso penal se le declara como accesoria de la pena, la interdicción civil. Aquí está en vida la persona pero sin derecho de acción. La prescripción extintiva está dirigida a regular los tiempos para pretender. Véase el caso de una persona que sufre daños producto de un atropello y demanda indemnización al chofer y propietario del vehículo, luego de los dos años, le oponen la excepción extintiva. La prescripción como se orienta a la pretensión no afecta el derecho. Si no hay una prescripción declarada hay una obligación natural y toda obligación natural que se cumple no se puede repetir. Las obligaciones cuya pretensión ha prescrito se llaman obligaciones naturales porque nunca más pueden ser exigidas judicialmente, pero si la persona paga de mutuo propio, ya no cabe la prescripción ni la devolución.

Bajo una óptica de jurisdicción preventiva, como es el caso del desalojo con condena futuro que acoge el artículo 594 del CPC, se puede demandar la prescripción extintiva. Un deudor tiene una deuda, ya pasaron más de diez años y el crédito ya prescribió, entonces se emplaza al acreedor en una discusión de puro derecho, a fin de que la jurisdicción declare que la pretensión creditoria ha prescrito.

Véase pues el hecho de que la prescripción extintiva pueda ser invocada, no solo como excepción, sino que se permita proponerla como pretensión, es una posibilidad seria a contemplar, toda vez que no hay disposición legal que la prohíba, todo lo contrario, con este ejercicio se buscaría dilucidar la incertidumbre del deudor en relación con la extinción del cobro de la acreencia. Sobre el tema, aparecen diversas opiniones como las de León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda y Vidal Ramírez, quienes de manera uniforme han venido sosteniendo la posibilidad de hacer valer la prescripción extintiva, vía acción y a través de la excepción. Sobre el mismo tema concurren opiniones recientes, como la de Rosillo Larios Braulio⁽²²⁴⁾ y Marco Carbajal Carbajal, quienes sostienen la posibilidad de demandar vía acción la declaración de prescripción extintiva, a efectos de liberar al deudor de una obligación prescrita, cuando el acreedor no ha demandado el cumplimiento de esta. En esa misma línea, Monroy dice lo siguiente: "Por otro lado, si bien hemos afirmado que la prescripción extintiva se puede oponer a través de la excepción, tal situación no impide que pueda ser deducida en vía de acción. Siendo el objeto de la prescripción extintiva, la impugnación del derecho de acción respecto de una pretensión específica, bajo el fundamento de que el actor ha dejado transcurrir el plazo legal para reclamarlo, resulta beneficioso para

(224) Ver la Revista *Jus Doctrina & Práctica* Nº 2, febrero, Grijley, Lima, 2007.

las partes y para el objeto de la función jurisdiccional (la paz social en justicia) que el beneficiado con la prescripción extintiva pueda solicitar al órgano jurisdiccional en un proceso expeditivo que se declare su liberación. Finalmente, nada obsta para que una persona que se ha liberado de una obligación recurra al órgano jurisdiccional para que este declare judicialmente su libertad⁽²²⁵⁾.

Dentro de los pronunciamientos judiciales que al respecto se han emitido, aparece la ejecutoria recaída en el Expediente N° 795-95, Sala Civil de Lima, de fecha 31 de agosto de 1995⁽²²⁶⁾, que sostiene la procedencia de esta pretensión declarativa, pues, "la inactividad del acreedor podría prolongar indefinidamente su falta de accionar lo que originaría que una situación jurídica no llegar a tener certeza nunca".

Por otro lado, consideramos que no solo es factible que el tiempo extinga derechos sino que también permita adquirirlos, como resultaría del caso de la prescripción adquisitiva. En dicho caso, las normas procesales reconocen al procedimiento abreviado como la vía procedimental en la que debe ventilarse la pretensión adquisitiva (ver el artículo 504 del CPC y siguientes); esto implica que si el poseedor, que ejerce la posesión como propietario por más de diez años, fuera demandado por su anterior propietario para lograr la reivindicación, en dicho proceso no podría invocar, mediante excepción, la prescripción adquisitiva, como sí procede en caso fuere una prescripción extintiva, limitando su defensa y sobre todo vulnerando los poderes de la propiedad del prescribiente.

Resulta interesante apreciar la experiencia colombiana que sobre el particular se ha desarrollado mediante la Ley 791 del año 2002, cuando el demandado en la contestación de la demanda simplemente alega la prescripción sin contrademandar. Velásquez⁽²²⁷⁾, nos señala que en casos como ese, el juez antes de la vigencia de la referida ley, solo se limitaba a enervar la pretensión sin declarar el dominio en el prescribiente, el cual, para poderlo lograr, necesitaba indefectiblemente una acción posterior. La referida Ley 791, señala Velásquez, "permite al demandado, con una clara finalidad de economía procesal, excepcionar la prescripción, con la prueba, claro está, de la posesión ejercida y los demás requisitos legales, y el juez, ante el acerbo probatorio presentado, declara el dominio".

14. El inciso 13 de la norma regula la excepción de convenio arbitral. Sobre el particular diremos que el arbitraje es un medio extraordinario de administrar justicia.

(225) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas del proceso civil*. Op. cit., p. 168, citado por CARBAJAL, Marco. "Sobre la factibilidad de solicitar en vía de acción la declaración de prescripción adquisitiva", en prensa.

(226) Ejecutoria publicada en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, N° 2, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 140-141. Dicha ejecutoria aparece suscrita por los siguientes jueces superiores: MARTÍNEZ MARAVÍ, ABREGÚ BAEZ, BIGIO CHREM.

(227) VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, *Bienes*, 10ª ed., Comlibros, Medellín, 2006, p. 420.

Importa un equivalente jurisdiccional, que tiene un origen contractual expresado en el convenio arbitral. Este convenio es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, porque como convención supone el libre acuerdo de la voluntad de los contratantes, aun en los contratos con el Estado, en los que opera la contratación por adhesión.

En la teoría del proceso, el arbitraje es un fenómeno de desplazamiento de la competencia, como excepción a la regla de la competencia permanente. Este desplazamiento de la competencia opera a través del convenio arbitral.

El artículo 9 de la Ley General Arbitral define al convenio arbitral como "el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial".

La excepción de convenio arbitral, a que se refiere la norma, está definida en el artículo 16 de la LGA de la siguiente manera: "si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso".

El hecho de que las partes hayan acordado someter su conflicto a arbitraje no impide que estas luego puedan renunciar al arbitraje ya pactado, mediante nuevo convenio, sea de manera expresa o tácita. Esto último va a operar cuando se ha interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso. En ese sentido léase lo regulado en el artículo 15 de la LGA.

Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable (véase el artículo 16 de la LGA).



JURISPRUDENCIA

Se encuentra acreditado con expediente que se tiene a la vista, que en dicho proceso el banco demandante inició un proceso sobre ejecución de garantías; que el citado proceso concluyó con la resolución que declara fundada la excepción de cosa juzgada, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, resolución que fue confirmada por la Sala Civil del Cusco, la que quedó debidamente consentida; aparece de lo actuado en el presente proceso que la entidad ejecutante interpone la presente acción de garantía hipotecaria pese a haber demandado en los autos que se tienen a la vista la misma pretensión y con el mismo documento de garantía hipotecaria contra la misma persona jurídica y sus garantías; por lo que no es posible pronunciarse nuevamente en este proceso sobre los mismos

hechos e interés respecto de los mismos sujetos procesales (Cas. N° 4887-2007-Cusco, 22/01/2008).

La legitimidad para obrar es la relación lógico jurídica que debe existir entre el vínculo material y el procesal, de manera que quienes son parte de la relación jurídica material deben conservar tal calidad en la misma posición en la jurídica procesal, esto es, tener legitimidad para obrar es tener la facultad, el poder para afirmar, en la demanda, ser titular de un determinado derecho subjetivo material que será objeto del pronunciamiento de fondo. Tal facultad o poder no se refiere al derecho en sí, sino se refiere únicamente a la posibilidad de recurrir al Poder Judicial afirmando tener derecho de algo o sobre algo e imputando que otro el demandado es el indicado a satisfacer su reclamación o pretensión (Cas. N° 5615-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente, 10/04/2008).

La excepción es un instituto procesal por la cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor; con ella cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anular la acción incoada (Cas. N° 1429-98-Piura, El Peruano, 16/01/99, p. 2479)

La demanda por la causal de adulterio ha sido interpuesta oportunamente, dentro de los cinco años que faculta la ley, por ende la acción no ha caducado, ni se ha deducido excepción de caducidad; y que, respecto al fondo del asunto, está acreditado el adulterio con la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial del demandado, máxime si, con la situación de rebeldía del demandado, opera en este caso la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la demanda a que se contrae la primera parte del artículo 461 del Código Procesal Civil, teniendo en cuenta que en el punto ocho de su demanda, la actora precisa que al reprochar a su cónyuge demandado por la conducta adulterina de este, al haberse enterado que estaba conviviendo de manera extramatrimonial, habiendo procreado a la menor xxxx, el demandado sin darle explicación la agredió físicamente y le causó lesiones, lo que ocurrió –según reitera la actora– el 27 de julio de 1997, lo que no ha sido cuestionado por el emplazado; resultando coherente que el motivo de la agresividad que la demandante atribuye a su cónyuge demandado, sería efectivamente la relación adulterina de este; encontrándose acreditado que la actora había recurrido a la Policía en busca de su protección, según el atestado policial y la denuncia fiscal, por delito de tentativa de homicidio; por lo que se concluye que, al 30 de abril del 2001, fecha de admisión de la demanda, aún no ha transcurrido el plazo máximo de cinco años que establece el artículo 339 del Código Sustantivo acotado; y, en consecuencia, la acción de divorcio por la causal de adulterio resulta fundada (Cas. N° 4907-2007- San Martín, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 11/03/2008).

Las excepciones denuncian invalidez de una relación procesal.

No obstante que el artículo 722 del CPC no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas por que no hay disposición que lo prohíba.

El no permitir oponer dichas medios de defensa, supone que en todos los casos los procesos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción (Exp. N° 1339-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 156-157).

Las excepciones se resuelven conjuntamente y el auto que declara fundada una excepción debe anular lo actuado en lo principal, mas cuando hay demandas y reconveniones, tal nulidad se entiende referida a las acciones afectadas por la excepción, en este caso las demandas, pues las reconveniones son acciones contra las cuales no se ha deducido excepciones y que por tanto son independientes (R.N. N° 6-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 259, Diciembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10).

Caduca la acción de divorcio por adulterio a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido (Exp. N° 3298-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 46-47)

La demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la ex empleadora, por haber dañado su salud, a consecuencia de realizar trabajos en ambientes altamente contaminados de gases tóxicos, humos y polvos debe ser apreciado por los juzgados de trabajo, por lo que debe declararse fundada la excepción de incompetencia (Exp. N° 3326-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 294-295).

La excepción de incompetencia ataca la validez de la competencia del juzgado en razón del grado jerárquico y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa ataca la relación procesal desde el punto de vista de la vía previa administrativa antes de recurrir al órgano jurisdiccional (Exp. N° 1663-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 276-277).

La representación defectuosa se configura cuando se carece del poder, es nulo, falso o le faltan cualidades propias e intrínsecas para su eficacia. La representación insuficiente se refiere a situaciones que alcanzan a su contenido o sentido específico a tenor de la literalidad que exige la norma o en su caso si este ha sido revocado (Exp. N° 1027-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 458).

La excepción de representación insuficiente o defectuosa no se puede confundir con la de falta de legitimidad para obrar, pues esta última se contrae a la facultad legal de los sujetos del proceso, demandantes o demandados, para formular una pretensión determinada o contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirle un interés en su resultado legitimado ad causam (Cas. N° 1751-96-Piura, El Peruano, 07/06/98, p. 1263).

El cuestionamiento a la representación de la parte demandante debe efectuarse a través de la excepción respectiva y dentro del plazo legal (Exp. N° 1392-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 418).

Todas las operaciones y las personas que intervienen en el Mercado de Valores se encuentran supervisadas y controladas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. Este organismo tiene la atribución de resolver en última instancia, en vía administrativa, las controversias que se susciten entre las bolsas de valores y las entidades emisoras o los agentes de intermediación en el mercado de valores.

No se puede pretender determinar obligaciones indemnizatorias, si antes no se ha discutido en la vía administrativa (Exp. N° 27960-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 482).

Si los actores pretenden el reconocimiento como propietarios de las acciones, y acumulativamente que la empresa extienda los certificados y pague los dividendos, es errada la exigencia del juez, que para dar trámite a la demanda sea necesario agotar un procedimiento administrativo, pues los actores tienen interés para obrar.

El interés para obrar es la necesidad de aquel que recurre al órgano jurisdiccional como última vía para hacer valer algún derecho (Exp. N° 2145-99, Sala de Procesos Abreviados

y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 5, *Gaceta Jurídica*, p. 440).

La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es aquella en la cual se establece que los jueces no deben admitir la demanda, sino después de agotados los recursos jerárquicos establecidos en la vía administrativa (Cas. N° 1429-98-Piura, *El Peruano*, 16/01/99, p. 2479).

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

Se da una falta de interés para obrar, si las reclamaciones, impugnaciones y quejas de los usuarios de Sedapal no agotan la vía administrativa.

Se entiende agotada dicha vía cuando el reclamo del usuario es resuelto en última instancia por la Superintendencia Nacional de Servicio de Saneamiento.

Debe exonerarse de pago de costas y costos judiciales si al actor se le pretende cobrar en la factura por consumo de agua, una obligación que proviene de título distinto, pues, ha tenido razones atendibles para litigar (Exp. N° 3001-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 2, *Gaceta Jurídica*, pp. 423-424).

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

El debate para determinar si la empresa afianzada es aún deudora del banco emplazado, corresponde al fondo de la controversia y no a una discusión que se deba dilucidar vía excepción (Exp. N° 48004-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 5, *Gaceta Jurídica*, p. 442).

Si la legitimidad para obrar se funda en la interpretación del acto jurídico que va a incidir sobre el fondo del asunto controvertido y que está sujeto a probanza, no puede ser resuelto vía excepción (Exp. N° 2697-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 5, *Gaceta Jurídica*, p. 438).

La legitimidad para obrar es el derecho en cuyo favor está la ley sustantiva, para lo cual se requiere invocar titularidad respecto del derecho mismo, ello constituye un aspecto de fondo, que deberá dilucidarse en la sentencia que ponga fin a la controversia (Exp. N° 361-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 5, *Gaceta Jurídica*, p. 439).

El juzgador no puede pronunciarse en la vía excepcional sobre el derecho de propiedad que es materia de la pretensión, adelantando juicio sobre la inexistencia de ese derecho a favor del demandante o su conversión en un crédito que lo desautoriza a reivindicar el bien, ya que ello es objeto más bien de la sentencia, luego de agotados los medios probatorios actuados por las partes y concluido el debate de sus posiciones (Cas. N° 492-96-La Libertad, *El Peruano*, 04/01/2000, p. 4496).

La circunstancia de admitirse, en un proceso, una excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, no impide que durante el proceso el demandado acredite derechos que puedan oponerse a los del actor (Cas. N° 1804-98-Lima, El Peruano, 12/01/99, p. 2462).

La distinción entre la legitimidad para obrar y la representación procesal radica en que la primera se verifica con la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, que otorga la calidad de parte procesal; en cambio, el representante legal actúa en nombre del titular de un derecho subjetivo, por tanto no tiene calidad de parte. Siendo esto así, la falta de legitimidad para obrar es una causal de improcedencia de la demanda, mientras que la representación es un requisito subsanable, que puede ser cuestionado vía excepción (Cas. N° 1205-99-Lambayeque, El Peruano, 24/11/99, p. 4170).

Si el juez declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, debió precisar las personas entre las que el actor debía establecer la relación jurídica procesal, en observancia del inciso 4 del artículo 451 del Código Procesal Civil. No puede imputarse el ejecutante el incumplimiento, cuando el juez ha omitido ordenar, entre que personas debe fijarse la relación (Exp. N° 45912-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 469-471).

La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante se plantea como medio de defensa, cuando el actor careciera de la debida identificación entre su persona y la de a quien la ley sustantiva le faculta hacer uso de su derecho de acción.

Es infundada la excepción si el demandante acciona en su condición de abogado el cobro de sus honorarios profesionales (Exp. N° 4479-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 452-453).

Los padres carecen de legitimidad activa para plantear la interdicción civil, invocando como causal la toxicomanía. La legitimidad para obrar es atribuida al cónyuge y a los familiares que dependen de él y –por excepción– al Ministerio Público, por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (Exp. N° 5501-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).

Si se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, el juez debe suspender el proceso y darle un plazo a la demandante para que pueda establecer la relación jurídica procesal entre las personas que el resolutorio ordene. Es erróneo declarar la nulidad de todo lo actuado y concluido el proceso (Exp. N° 4169-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 454-455).

No es de amparo la excepción de falta de legitimidad para obrar si existe coincidencia en la relación sustantiva y la procesal basada en el endoso en procuración, como acto jurídico cambiario.

La sola manifestación del obligado, respecto a que la letra la firmó en blanco, no resulta atendida si no prueba que posteriormente se hubiere completado transgrediendo los acuerdos expresamente adoptados (Exp. N° 97-6573, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 617-618).

La oposición de derechos reales condicionado a la inscripción anterior de iguales derechos a favor del oponente, tiene su restricción en el artículo 2013 del Código Civil, cuando dispone que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

El argumento de la excepción de legitimidad para obrar, de no tener derecho inscrito que respalde el dominio reclamado, debe desestimarse porque toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional y porque no se puede limitar el derecho del ciudadano de controvertir el contenido de una inscripción, aun cuando no tenga precedente registral (Exp. N° 271-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 414).

Debe desestimarse la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante pues es suficiente que el actor invoque (no que acredite) la legitimidad para demandar. El juez al sentenciar evaluará la calidad de acreedor respecto a la pretensión procesal en base a los elementos probatorios que se aporten al proceso (Exp. N° 507-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 422).

La legitimidad para obrar se da cuando existe correspondencia entre la norma sustantiva y la pretensión demandada, esto es, cuando asiste el derecho a quien reclama el mismo.

Cuando el alimentista es un menor de edad, el ejercicio de la acción personal de reclamar alimentos corresponde a su representante legal, esto es, al padre o madre que ejerza la tenencia (Exp. N° 1373-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 421).

Si existen actos del administrador que no responden a las facultades legales o estatutarias; y, si esos actos perjudican al accionista en forma directa y personal, se configura la lesión directa, por tanto, no existe falta de legitimidad para obrar del demandante (Exp. N° 2750-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 418-419).

Para que pueda considerarse la existencia de legitimación en la causa basta la afirmación sustentada en la apariencia que se es titular de una relación sustancial dejando al debate probatorio de fondo, la acreditación de la referida condición, salvo que la ausencia de la misma, por ser manifiesta pueda ser declarada así, antes de la sentencia (Exp. N° 112-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 425).

No existe legitimidad para obrar cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la Ley habilita para pretender o para contradecir (Exp. N° 19339-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 428).

La falta de legitimidad para obrar es un concepto lógico de la relación de adecuación que implica que los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva sean los sujetos que participan en la relación jurídica procesal.

Si el actor dirige su demanda contra la entidad bancaria por ser quien solicitó sus servicios profesionales para cobranzas judiciales y extrajudiciales de los créditos que le adeudaban terceros; y, la cesionaria de la entidad bancaria, en virtud del contrato de transferencia de carteras de créditos y cesión de derechos, se evidencia en cuanto a esta última, la falta de legitimidad para obrar porque la relación jurídica procesal debe establecerse solo con la entidad bancaria demandada (Exp. N° 2428-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 430-432).

(...) La circunstancia de haberse admitido la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante no impide que durante el proceso el demandado acredite derechos que

puedan oponerse a los del actor" (Cas. N° 1818-98-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 422-424).

Debe declararse la nulidad de la sentencia si habiéndose dado trámite a la excepción de falta de legitimación para obrar, no se ha resuelto en la audiencia de Ley (Exp. N° 424-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 216-217).

No resulta amparable la excepción citada por existir correspondencia entre la parte actora y la pretensión demandada. En todo caso la titularidad del derecho que se arroga es cuestión de fondo que debe meritarse en la sentencia sustancial, a la luz de la prueba aportada (Exp. N° 629-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 283-285).

Carece de relevancia jurídica que la escritura de constitución social de la empresa demandante obre en copia simple, hecho que ha servido de fundamento al juez para declarar fundada la excepción (Exp. N° 367-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 285-287).

La excepción propuesta, por su propia naturaleza, atañe a los aspectos adjetivos de los sujetos de la relación procesal y de la relación misma y no a cuestiones sustantivas que tienen que ver con la prueba (Exp. N° 51-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 278-279).

La legitimidad para obrar solo estriba en que el actor sea la persona que la Ley sustancial reconoce el derecho de postular, independientemente de la razón que te asista.

El derecho de postular ante los tribunales, no debe confundirse con el fundamento de la pretensión, el mismo que desde luego solo puede establecerse en la sentencia, en base a la evaluación razonada de todos los medios probatorios en conjunto (Exp. N° 248-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 280-281).

La falta de legitimidad existe cuando no media coincidencia entre las personas que actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente, para pretender o para contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (Exp. N° 1385-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 282-283).

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

Para que se ampare la litispendencia es necesaria la existencia de un proceso idéntico a otro, en curso.

Si de las demandas se advierte que una busca la declaración judicial de resolución extrajudicial de pleno derecho, mientras que la otra persigue la resolución judicial de contrato, vale decir, se orienta a obtener sentencia declarativa con efecto constitutivo; se colige que los petitorios de ellas son distintos. Además, las demandas han sido interpuestas por personas jurídicas distintas, mas no por una sola de aquellas, de modo que tampoco el

interés para obrar es el mismo, no configurándose así la identidad de procesos para amparar la litispendencia (Exp. N° 28870-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 459).

Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso.

Si el demandante persigue la reivindicación del inmueble y en otro proceso pretende, sobre el mismo inmueble, la declaración de un mejor derecho a la propiedad, posesión e indemnización, no opera la litispendencia, por no existir la triple identidad, a que refiere el artículo 453 del CPC. (Exp. N° 991-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 462).

Si en un proceso se exige la indemnización por daños y perjuicios a raíz de la denuncia calumniosa de la cual fue víctima el demandante y en otro proceso pretende una indemnización aduciendo perturbación en el derecho de propiedad, no se da la triple identidad para amparar la litispendencia (Exp. N° 195-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 471).

(...) El colegiado al haber amparado la excepción de litispendencia, lo ha hecho otorgando virtualidad jurídica a un expediente fenecido e incluido (sic) iniciado con posterioridad al de autos, no concurriendo por tanto los presupuestos contenidos en el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal citado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad insubsanable" (Cas. N° 1816-98-Cono Norte, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 425-426).

Si se ha omitido pronunciarse sobre la excepción de pleito pendiente, tal irregularidad acarrea la nulidad de la resolución pero en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad en la administración de Justicia no es del caso declarar la nulidad, si dicho medio de defensa es notoriamente improcedente (Exp. N° 913-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 538-539).

No obstante ser idénticas la partes, es infundada la excepción de litispendencia, si la vía procedimental y la naturaleza de las acciones difieren una de otra (Exp. N° 233-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 425).

Si un proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, no puede afirmarse que sea un proceso en curso y por ende mal puede ampararse la excepción de litispendencia. Procede amparar la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (Exp. N° 130-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 427).

La excepción de litispendencia se configura cuando en dos procesos tramitados simultáneamente, se encuentran presentes las mismas partes, discutiendo el mismo petitorio, y tengan similar interés para obrar.

El interés deberá ser siempre actual, por ello, quien deduce una excepción de litispendencia, está denunciado que, el interés procesal, de su oponente, se ha agotado, porque ya ha sido empleado en el proceso anterior (Exp. N° 2984-98, Sala de Procesos Abreviados

y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 3, *Gaceta Jurídica*, pp. 441-442).

No obstante que los co-litigantes son las mismas partes y tienen el mismo interés, los petitorios de ambos procesos no son los mismos, puesto que uno se refiere a un proceso penal por estafa y la otra a una acción civil por responsabilidad extracontractual, por lo que no se cumple la triple identidad que exige el artículo 452 del CPC. (Exp. N° 404-94, *Primera Sala Civil*, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 159).

Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentre en curso.

Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos (Exp. N° 44-96, *Primera Sala Civil*, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 285-286).

Cuando existen denominaciones diferentes de acciones no significa necesariamente que no exista identidad de acción, por lo que dichos elementos de denominaciones distintas harían de todos modos procedente la excepción de cosa juzgada en el proceso (Cas. N° 422-96-Huánuco, *El Peruano*, 13/10/98, p. 1899).

La excepción de cosa juzgada requiere: a) que las personas que siguieron el juicio sean las mismas, b) que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos y c) que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada; pero, además, se requiere que el proceso sea idéntico al otro que ha sido resuelto con sentencia o laudo firme. Por lo tanto, en un proceso de reivindicación de propiedad no podría prosperar esta excepción, si el proceso en donde supuestamente habría recaído la cosa juzgada hubiere sido de división y partición (Cas. N° 02-99-Piura, *El Peruano*, 30/09/99, p. 3627).

La excepción de cosa juzgada supone identidad de procesos, esto es, la determinación que un proceso ya terminado, es igual al que se encuentra en trámite, debiendo verificarse la identidad de las partes, de las pretensiones y del interés para obrar. Si bien las partes son las mismas, el interés para obrar es el mismo, no hay identidad de pretensiones, por cuanto, en el proceso de ejecución de garantías hay una contradicción, únicamente una defensa, más no una pretensión, como sí ocurre en el caso que: en vía de acción se solicite la extinción de la garantía hipotecaria (Exp. N° 34432-98, *Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 4, *Gaceta Jurídica*, pp. 472-473).

No resulta oponible la pretensión de la demanda con la reparación civil señalada en la vía penal, puesto que la ahora accionante no se constituyó en parte civil y tampoco hizo cobro de la suma ordenada como tal en el proceso penal (Exp. N° 1719-95, *Cuarta Sala Civil*, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 292-293).

Procede la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro, esto es, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, y que haya sido resuelto mediante sentencia firme o ejecutoriada (Exp. N° 732-95, *Tercera Sala Civil*, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 290-292).

Hay cosa juzgada si en juicio anterior seguido entre las mismas partes se debatió la cuestión planteada como uno de los extremos de la actual demanda (Exp. N° 983-94-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias Supremas Civiles*, Legrima, 1997, p. 560).

Si la acción de nulidad de acto jurídico, entre otros, se ha declarado improcedente bajo el argumento que procesalmente el derecho expectatio de la demandante debe solicitarse en el mismo proceso en que ha sido perjudicada por una cesión ilegal del bien hecha por su propio marido; es evidente que no hubo pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones controvertidas, por lo que no se da el presupuesto de la excepción de cosa juzgada (Exp. N° 406-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 560-562).

Para la procedencia de la excepción de cosa juzgada se requiere que las personas sean las mismas que siguieron el juicio, que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos y que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada.

Si bien el actor siguió un juicio de nulidad de escritura pública, no menos cierto es que entre el indicado proceso y el que es materia sobre mejor derecho de propiedad, reivindicación e indemnización por daños y perjuicios no se da la identidad (Exp. N° 845-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 557-558).

La excepción de conclusión del proceso por conciliación, solo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico, situación que no se da con los procesos de privación de la patria potestad y tenencia (Exp. N° 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429).

No obstante que la fundamentación fáctica de la pretensión no es sobre anulabilidad del acto jurídico, sino sobre la resolución de contrato por vicios ocultos, la misma que a la fecha de interposición de la demanda ha caducado, no procede amparar dicha excepción, pues importaría sustituirse a lo expresamente peticionado por la demandante, situación que debe meritarse en la sentencia sustancial, a la luz de la prueba aportada (Exp. N° 62528-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 463).

Es errado considerar el plazo previsto en el artículo 92 del CC, para impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales, como prescripción. Cuando la Ley concede un plazo para el ejercicio de una determinada acción, es de caducidad (Exp. N° 35908-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 283).

Se contraviene el principio de cosa juzgada cuando en la sentencia de vista, se resuelve revocar la sentencia de primera instancia, declarar nulo todo lo actuado e improcedente la demanda por haber caducado la acción ejercida, cuando anteriormente la misma Sala, confirmando lo resuelto por el juez, se había pronunciado por declarar infundada la excepción de caducidad interpuesta por el demandado (Cas. N° 3338-98-Lima, El Peruano, 27/10/99, p. 3825).

Para que empiece a correr el plazo de prescripción es requisito esencial que la acción pueda ser ejercitada de derecho, lo que dependerá de la naturaleza de esta última. Así, en el caso de la acción personal, se entiende que la acción puede ejercitarse desde el día en que se cumplen los requisitos y modalidades a los que estaba sometida la exigibilidad del derecho o, inmediatamente, si no había modalidad establecida. En el caso de que la acción personal no pueda ser ejercitada de derecho por la falta de cumplimiento de los presupuestos y modalidades pactadas por las partes, debe entenderse que el plazo prescriptorio se encuentra suspendido; por lo que, mientras exista la causa de suspensión, no podrá ser opuesto el transcurso del tiempo mediante la excepción de prescripción (Cas. N° 1849-98-Lima, El Peruano, 31/08/99, p. 3389).

Si un contrato padece de un vicio igual al de otro contrato de similar naturaleza por cuya razón este fue declarado nulo, aquel también resulta nulo, pero para que sea considerado como tal y tenga efectos erga omnes, debe recaer también declaración judicial expresa de nulidad, ya que si transcurridos diez años y dicha pretensión no es incoada, un contrato nulo deviene en convalidado por prescripción (Cas. N° 345-97-Huaura, El Peruano, 19/10/98, p. 1990).

Si a la interposición de la demanda de divorcio por adulterio, ha operado el plazo mayor de caducidad, esto es, cinco años, de producida la causa, deviene en improcedente.

Dicho plazo incluye los seis meses de conocida la causa, de tal suerte, que este último plazo opera en tanto y cuanto no sobrepase el antes referido, de cinco años (Exp. N° 3132-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 121).

Si bien la excepción de prescripción extintiva tan solo la ha invocado un codemandado, ella debe extenderse a los demás, en razón del principio de la unidad procesal.

No puede ampararse la caducidad si no precisa el derecho específico sobre el cual debe declararse, ello es elemento indispensable, si se tiene en cuenta que los plazos de caducidad se fijan mediante ley (Exp. N° 1366-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 432-433).

Para determinar la procedencia o no de la excepción de caducidad, debe examinarse previamente, si la sentencia cuya nulidad es objeto de la demanda, es de naturaleza ejecutable o no; y si lo fuera, determinar si la sentencia se ha ejecutado o no, para hacer viable la demanda de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta (Exp. N° 571-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 370).

Adolece de error insubsanable, previsto en el artículo 171 del CPC, la resolución que resuelve en forma conjunta la excepción de caducidad y/o prescripción, por cuanto estas deberán ser evaluadas en forma independiente (Exp. N° 294-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 353).

En la caducidad los plazos los fija la ley; no admite pacto el contrario ni interrupción. De manera que el simple transcurso del tiempo desde que se produce el evento que la ley considera como inicio del plazo de caducidad hasta que se interpone la demanda, trae como consecuencia inevitable la extinción del derecho y la acción.

La comunicación respecto a la opción de resolución contractual no es forma admitida por la ley para evitar la caducidad, ni menos permite su interrupción (Exp. N° 1690-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 274).

La acción de nulidad de matrimonio no caduca. La caducidad a que se refiere el inciso 3 del artículo 274 del CC. solo es aplicable al caso que el primer matrimonio contraído haya sido invalidado o disuelto por divorcio o que el primer cónyuge del bigamo hubiere fallecido (Exp. N° 3242-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 82).

Si no se ejercita la acción cambiaría sino la causal, no le son aplicables las causales de caducidad y prescripción previstas en la Ley de Títulos Valores sino las que prevee el Código Civil (Exp. N° 1695-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 418-421).

La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato (Exp. N° 966-95-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 370-371).

Si bien es nulo el acto jurídico por el cual el codemandado transfirió la totalidad del inmueble como bien de su exclusiva propiedad, siendo su menor hijo también copropietario, también es que al haber operado la caducidad con relación a la nulidad de dicho acto jurídico, el contrato de compraventa es válido solo en las acciones y derechos del vendedor, puesto que nadie puede transferir más derechos de los que posee (Exp. N° 280-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 390-391).

La acción contestatoria de impugnación debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de caducidad de 90 días. La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte (Exp. N° 1733-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 125).

Si el primer matrimonio del bigamo ha sido disuelto por divorcio, el segundo cónyuge puede demandar la invalidación del segundo matrimonio, siempre que hubiese actuado de buena fe e interponga la acción dentro del plazo de caducidad de un año, desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior (Exp. N° 832-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 78-79).

Producida la caducidad de la acción, resulta innecesario referirse a la contradicción y argumentaciones de las partes sobre la obligación puesta a cobro.

La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte (Exp. N° 69-1-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 238).

Si el cónyuge ofendido ha tenido conocimiento de la causal de adulterio y reconvino luego de seis meses de cometido el acto, procede amparar la excepción de caducidad. El auto que declara fundada una excepción, es apelable con efecto suspensivo (Exp. N° 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429).

Las acciones de saneamiento caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis meses si se trata de bienes inmuebles, computándose el plazo desde el momento de la recepción del bien (Exp. N° 1283-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, p. 297).

La caducidad como instituto procesal, tiene por finalidad extinguir el derecho material que se ha hecho valer planteándose la pretensión procesal correspondiente (Exp. N° 2765-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 443).

El plazo lato de caducidad de la acción de divorcio basada en la causal de adulterio, se cumple a los cinco años de producida la causa; y el plazo restringido de dicha caducidad es a los seis meses de conocida esta. La caducidad extingue el derecho y la acción, anulándose lo actuado y dándose por concluido el proceso (Exp. N° 1085-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 430).

Las excepciones de prescripción y caducidad son instituciones que sancionan relaciones jurídicas por el paso del tiempo cuando los derechos involucrados deben hacerse valer judicialmente.

Las excepciones tienden a destruir presupuestos procesales que no inciden en la determinación del fondo de la cuestión controvertida (Exp. N° 3167-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 432).

Si bien a la fecha de interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 92 del Código Civil para la impugnación judicial, la excepción propuesta debe ser rechazada desde que no se trata de un plazo de prescripción sino de caducidad (Exp. N° 739-7-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 434).

La caducidad no puede plantearse en vía de acción, pues, dicho medio de defensa solo puede hacerse valer dentro de un proceso y con el propósito de lograr la improcedencia de la demanda (Exp. N° 2880-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 273-274).

Los derechos nacidos según la legislación civil de 1936 se rigen por ella.

Opera el plazo de caducidad si la demanda de filiación ilegítima, hoy filiación extramatrimonial, se interpone con posterioridad a los tres años (Exp. N° 4452-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 26-27).

El plazo de extinción de las acciones derivadas de la letra de cambio, es a los tres años contra el aceptante y el avalista. La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque este sea inhábil (Exp. N° 358-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 589).

La obligación de saneamiento caduca en el plazo de un año a partir de la fecha en que se produjo la evicción y opera de pleno derecho como forma de conclusión de proceso sin declaración sobre el fondo (Exp. N° 2890-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 206-207).

Procede amparar la excepción de prescripción si desde que se produjeron los hechos a la fecha que se notificó la demanda, ha transcurrido el plazo de prescripción establecido en dos años. La citación de la demandada, como tercero civilmente responsable en el proceso penal, no interrumpe la prescripción a que refiere el inciso 3 del artículo 1996 del CC. (Exp. N° 1552-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 464).

Es fundada la excepción de prescripción extintiva, si desde la vigencia del Código Civil, ha transcurrido el término para la prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico que señala el artículo 2001 inciso 1 del acotado (Exp. N° 1157-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 465).

La prescripción comienza a correr desde el día en que se pueda ejercitar la acción. No debe ampararse la excepción si se acredita que desde que la demandante conoció su enfermedad y pudo ejercitar su acción, a la fecha de la interposición de la demanda, no

habían transcurrido aún los dos años que exige la ley para que prescriba la acción (Exp. N° 560-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 466).

El plazo de prescripción corre desde el día en que puede ejercitarse la acción y corre también contra los sucesores del titular del derecho.

Prescribe la acción indemnizatoria, si computando el plazo desde la ocurrencia de los hechos a la notificación con la demanda, han transcurrido más de dos años (Exp. N° 706-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 275).

La acción de nulidad de resoluciones administrativas, está comprendida como acción personal, por cuanto la misma no solo corresponde a las pretensiones que resultan de derechos creditarios, sino de todos los derechos subjetivos.

Al no considerarse las resoluciones administrativas dentro de la categoría genérica del acto jurídico, la misma prescribe a los 10 años y se computa el plazo desde la fecha de publicación de dichas resoluciones (Exp. N° 2054-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 277).

Si desde la transferencia del inmueble a la fecha de interposición de la demanda transcurren diez años calendarios, prescribe la acción real entablada para la restitución del inmueble (Exp. N° 1225-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 278).

No obstante, el demandante haber reclamado en forma directa una indemnización, este se encontraba en aptitud de recurrir al órgano jurisdiccional para satisfacer sus pretensiones, lo que recién ha materializado luego de transcurrido con exceso el plazo de dos años a que se refiere el inciso 4 del artículo 2001 del CC.

La excepción de prescripción solo procede en beneficio de la parte que lo ha propuesto. Se incurre en nulidad, declarar la nulidad del proceso y la conclusión del mismo (Exp. N° 1733-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 280).

Si el documento que da origen a la presente acción es el contrato de compraventa de acciones y no una ejecutoria suprema, se trata de una acción de carácter personal, para cuyo efecto el plazo de prescripción se encuentra sujeto a lo dispuesto por el artículo 2122 del CC (Exp. N° 2054-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 282).

La prescripción es una excepción para repeler la acción o mejor dicho una pretensión, de tal manera que el acreedor no tiene acción, pero conserva el derecho, por lo que estamos frente a una obligación natural. En consecuencia, cuando queda consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada la excepción de prescripción extintiva, debe anularse todo lo actuado y dar por concluido el proceso (Cas. N° 572-97-Ica, El Peruano, 02/10/99, p. 3658).

La prescripción extintiva es un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión procesal determinada, por haber sido interpuesto fuera del plazo establecido en la norma positiva para dicha pretensión (Cas. N° 807-98-Lima, El Peruano, 21/12/98, p. 2272).

Es fundada la excepción, si desde la inscripción del acto jurídico hasta la fecha en que es notificada la demanda, transcurrió con exceso el plazo de prescripción. Dicho plazo se computa desde el momento en que es publicitado, esto es, desde el momento en que el afectado se encuentra en aptitud de conocer de la existencia del mismo y puede ejercitar la acción.

La excepción solo afecta a la parte que lo invoca, por tanto, no puede el juez fundar sus fallos en ella si no ha sido invocada y menos hacerla extensiva a la codemandada (Exp. N° 50332, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 473-474).

Procede amparar la excepción de prescripción a mérito de haber transcurrido el plazo señalado por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, computados desde la fecha de la inscripción registral del acto jurídico, cuya ineficacia se solicita.

Se presume sin admitir prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones en los Registros Públicos (Exp. N° 3291-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 474-476).

De conformidad con el principio jure et de jure que preconiza el artículo 2012 del Código Civil, el decurso prescriptorio comienza a correr desde la fecha en que se realizó tal inscripción. Es fundada la excepción, si desde la fecha de la inscripción a la data de la reconvención, ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil (Exp. N° 46442-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 291-292).

Prescribe a los dos años la acción indemnizatoria de responsabilidad extracontractual. Dicho plazo comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción.

No interrumpe la prescripción, el hecho que entre las partes existiera un proceso por obligación de dar, que concluyera por conciliación, con la entrega del vehículo a los actores (Exp. N° 238-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 293-294).

Debe ampararse la excepción de prescripción, si desde que se suscitó el accidente de tránsito, a la fecha del emplazamiento con la demanda, ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.

El ejercicio de la acción no es subjetivo sino objetivo, ya que no está condicionado a una circunstancia de hecho sino de derecho (Exp. N° 4275-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 294-295).

Las acciones relativas al cobro de portes, fletes, gastos y demás contribuciones de averías comunes, prescriben a los seis meses de entregados los efectos que los adeudaron (Exp. N° 2678-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 648-649).

La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, sin detenerse ante el cambio o modificación personal que pueda producirse respecto a la titularidad del derecho. Prescriben al año las acciones sobre entrega del cargamento en los transportes marítimos o sobre indemnización por retrasos y daños sufridos en los objetos transportados (Exp. N° 3373-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 650-652).

En función al principio de prelación, resulta de aplicación preferente, en la acción de cobro por avería gruesa lo dispuesto en el artículo 962 del Código de Comercio, esto es que las acciones relativas al cobro de portes, fletes, gastos, a ello inherentes y de contribución de averías comunes, prescriben a los seis meses de entregados los efectos que los adeudaron (Exp. N° 3950-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 429-430).

La apertura de instrucción en un proceso penal u otro acto judicial producido en esa jurisdicción, no interrumpe la prescripción en un proceso civil, porque no se trata de la citación de una demanda que persiga el reconocimiento de la calidad de deudor del atribuido como responsable del acto dañoso, ni de reclamo de pago resarcitorio (Exp. N° 1458-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 431).

Si del examen médico ocupacional se determina que el actor adolece de silicosis, el término prescriptorio tiene que contarse desde que se diagnostica la enfermedad, no antes (Exp. N° 510-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 197).

La causal de violencia física y psicológica caduca a los seis meses de producida la causa. Tratándose de agresiones que han dado lugar a un proceso judicial, el plazo de prescripción se computa recién a partir de la resolución que ponga fin al proceso que quede consentida o ejecutoriada (Exp. N° 77-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 93).

La prestación de un servicio médico específico, tiene su origen no en una responsabilidad extracontractual sino en una relación de naturaleza obligacional. La vigencia del derecho de acción se fija en 10 años por tratarse de una acción personal (Exp. N° 175-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 200).

La prescripción comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción. El hecho continuado del corte de los servicios de luz y agua no es causal de suspensión ni de interrupción del plazo de prescripción (Exp. N° N-191-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 435).

Si los demandantes alegan haber sido perjudicados por la falsedad de la denuncia imputada en su contra, es evidente que la acción ha podido ser intentada desde que se concretizó el daño, esto es, desde que se denunciaron los hechos delictuosos.

El plazo de ejercicio de la acción no es subjetivo, sino objetivo, pues, el ejercicio de la acción no está condicionado a una circunstancia de hecho sino de derecho (Exp. N° 2668-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 266).

Si la pretensión se origina en el incumplimiento de pago de parte de los demandados, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción; ello significa que el demandante ha tenido expedito su derecho desde que se produjo el incumplimiento de pago por los demandados, momento en que supuestamente se habría producido el provecho o ventaja económica (Exp. N° 290-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 267).

Opera la prescripción extintiva si la acción personal se ejercita luego de haber transcurrido más de diez años desde que se produjo el hecho que se intenta declarar como consumado. La imprescriptibilidad que consagra el artículo 985 del C.C. está prevista única y exclusivamente contra la acción de partición de bienes sujetos a las reglas de la co-propiedad, que supone un estado previo de indivisión y el derecho siempre vigente de sus partícipes de terminar con esta situación (Exp. N° 3122-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 268).

La excepción de prescripción extintiva es un medio de defensa de forma, destinado a acreditar que el interés para obrar del demandante ya no reviste uno de sus presupuestos principales, la actualidad o inminencia, que se sustenta en el hecho que la necesidad de tutela jurídica no puede ser prematura ni extemporánea, sino vigente o actual.

El plazo de prescripción de la pretensión de pago de dividendo, contenida en el artículo 259 del D. Leg. 295 no puede ser oponible al demandante si la misma, aún no es exigible de pago (Exp. N° 2802-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 444-445).

La prescripción extintiva o liberatoria, es un medio de defensa que la Ley otorga al deudor contra el titular de un crédito a fin de ser liberada de una acción tardíamente interpuesta, cuya consecuencia es la extinción de la pretensión principal. Se ejerce a través de la formulación de la excepción, no pudiendo el juez fundar sus fallos en la prescripción si esta no ha sido invocada en el tiempo y la forma prevista (Exp. N° 2194-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 624).

Debe intentarse dentro del plazo de dos años, a partir de la fecha de arribo de la mercadería, reclamo por daños en el transporte.

Las reglas del Código de Comercio y supletoriamente las del Código Civil se aplican para cualquier divergencia en el contrato de transporte aéreo (Exp. N° 1222-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 419-420).

La demanda judicial admitida no interrumpe los términos de prescripción. La citación con ella o la notificación al demandado sí la interrumpen.

La acción, de anulabilidad y la indemnizatoria prescriben a los dos años computados desde el día en que pudo ejercitarse la acción, hasta vencido el último día de plazo (Exp. N° 293-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 147-148).

La excepción de prescripción de la acción de reivindicación planteada por la demandada, debe ampararse si desde la fecha de adquisición del vehículo hasta la interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción adquisitiva de bienes muebles previsto en el artículo 893 del Código Civil de 1936.

Si se declara fundada la excepción de prescripción carece de objeto pronunciarse sobre la acción de reivindicación (Exp. N° 1662-89-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 285-288).

Se suspende la prescripción mientras sea imposible reclamar el derecho ante un Tribunal Peruano. Desaparecida la causa de la suspensión de la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente.

En el periodo comprendido entre el 19 de diciembre de 1992 hasta el 8 de enero de 1993 no podía admitirse a trámite demanda o solicitud alguna, quedando en suspenso dentro de dicho periodo transitorio y hasta la plena reanudación de la actividad jurisdiccional todos

los plazos y términos procesales, así como los de prescripción, caducidad y abandono de los procesos (Exp. N° 710-95-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 486-487).

La acción es imprescriptible, cuando el tiempo no le afecta ni produce su extinción.

El otorgamiento de escritura pública como formalidad para la seguridad y afianzamiento del acto o contrato que contiene, no está sujeto a término de prescripción, incluso para el supuesto de su inscripción en los Registros Públicos (Exp. N° 68-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 488).

La prescripción prevista por el Inciso 3 del artículo 2001 del Código Civil se refiere a la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.

Es fundada la excepción de prescripción si se reclama el pago de honorarios insolutos después de tres años de la conclusión del servicio no laboral (Exp. N° 266-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 488-490).

Las demandas relativas al cobro de la contribución de averías comunes prescriben a los seis meses desde la fecha en que hay obligación de entregar los efectos que se adeudaran. Si no se ha producido este último supuesto, dicho plazo es computable desde el momento en que la actora estuvo en la posibilidad de demandar judicialmente el pago de la obligación (Exp. N° 20-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 656-659).

Tratándose de la anulabilidad del acto jurídico por simulación relativa el plazo de prescripción opera a los dos años (Exp. N° 490-94-Arequipa, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 128-130).

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

No procede amparar la actuación de medios probatorios en prueba anticipada, bajo la pretensión genérica que se va a interponer proceso ejecutivo, el acudir a la vía jurisdiccional resulta improcedente por la competencia pactada por las partes (Exp. N° 36249-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 608).

Debe ampararse la excepción de convenio arbitral si en los estatutos de la empresa demandada se ha establecido, que toda clase de controversias o desacuerdos entre accionistas y la sociedad, deben ser sometidos a la decisión inapelable de un Tribunal Arbitral.

Si se declara fundada la excepción de convenio arbitral, debe abstenerse de pronunciarse de las otras excepciones planteadas (Exp. N° 72-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 435-436).

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se, admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia (Exp. N° 217-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 436).

Si el actor persigue la indemnización por la responsabilidad extracontractual, pero los hechos emergen de la relación laboral con la demandada, merece amparar la excepción de incompetencia, pues, fue a mérito de esa relación que se produjo el hecho generador del

daño (Exp. N° 2589-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 328-329).

Habiendo otorgado Cofopri un título de propiedad, por el cual el actor pretende cuestionar su validez, este deberá acudir al sistema arbitral especial de la propiedad para el conocimiento de la nulidad planteada (Exp. N° 1975-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 305).

Es nula la sentencia que sostiene que sin el fallo administrativo de la autoridad portuaria, no es posible establecer si el siniestro que se precisa en la demanda, se produjo. Si el procedimiento administrativo iniciado ante la Capitanía del Puerto no ha sido resuelto; ello sin embargo, no exime al Juzgador de emitir un fallo razonable acorde a las pruebas actuadas, toda vez que no existe impedimento legal que condicione el ejercicio de la acción propuesta al agotamiento de la vía administrativa como vía previa (Exp. N° 1374-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 343-344).

No resulta de aplicación el plazo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil para negar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, por cuanto, una interpretación extensiva del mismo, importaría la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad. Dichos derechos se encuentran contemplados en nuestra norma constitucional en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política; así como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos tales como el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño (Exp. N° 860-2002, Sala Especializada de Familia de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 144).

La acción posesoria que promueve el propietario basado en su calidad de dueño del bien, mediante el proceso de desalojo por ocupación precaria, no prescribe porque no se trata únicamente de discutir el mejor derecho a la posesión, sino que esta desde la perspectiva del demandante se deriva de su derecho de propiedad. Sostener lo contrario sería no dar una respuesta eficaz al justiciable, quien tendría que ejercitar una acción reivindicatoria, la misma que al igual que la acción de desalojo por ocupación precaria que inicia el propietario, tiene idéntica finalidad, esto es, obtener la restitución del bien del que ha sido privado su dueño. Ambas acciones se diferencian en que la acción reivindicatoria únicamente puede ser promovida por el propietario y la acción posesoria puede serlo por todo aquel que tenga un título posesorio incluyendo por tanto al propietario (Exp. N° 796-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 159).

El término prescriptorio en la pretensión indemnizatoria extracontractual comienza a computarse desde el día en que puede ejercitarse la acción. A partir de la fecha en que se interpuso la denuncia penal es que comienza a correr el plazo de prescripción, ya que es a partir de dicha fecha que se sufre el daño alegado (Exp. N° 3725-2000, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 312).

El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada. La prescripción es una institución capaz de poderse suspender o interrumpirse, pero no se extingue

ipso iure. Se concede al demandado la excepción de la cosa prescrita. Para realizar cualquier acción, surte efectos a instancia de parte y no de oficio. Opera la ultra actividad de la norma. Ley 16587, si las letras de cambio fueron giradas en el mes de diciembre de 1998 (Exp. N° 1585-2002, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 335).

En la prescripción lo que se extingue por el transcurso del tiempo es el derecho de acción del interesado, mas no el derecho mismo. El plazo legal previsto no se dirige contra el Derecho mismo sino contra la forma de hacer valer ese derecho (acción). El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si esta no ha sido invocada, conforme lo señala el artículo 1992 del Código Civil; por tanto, no cabe declarar la improcedencia de la demanda por dicha causa (Exp. N° 339-2001, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 336).

El artículo 1993 del Código Civil recoge la teoría de la actio nata en materia de prescripción extintiva, reconociendo como nacimiento de la acción al momento cuando esta puede ejercitarse. El inicio del término prescriptorio se computa desde el día en que el demandante toma conocimiento de la celebración del negocio jurídico cuya declaración de ineficacia pretende, máxime si esta circunstancia está dada por la inscripción de dicho contrato de Registro de la Propiedad Inmueble y se presume, sin admitirse prueba en contrario, que la demandante tenía conocimiento del contenido de dicha inscripción al momento mismo en que esta se produjo (Exp. N° 81-02, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 340).

Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente, siempre que se le avise por escrito y dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso, según el artículo 178 del Código Civil es de caducidad. Ella puede ser declarada de oficio o a pedido de parte (Exp. N° 53-2002, Quinta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 342).

Por el principio de especialidad de la norma, la existencia de una norma específica para un caso concreto, es suficiente por sí misma para desplazar a toda norma que también exija su aplicación, siempre que esta última tenga un alcance general. En atención al inciso 4 del artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el juzgado especializado es competente para conocer de los asuntos civiles contra el Estado. Ella desplaza a aquella que se ha aplicado para amparar la excepción de incompetencia (Exp. N° 952-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 357).

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos surte pleno efecto sobre lo resuelto en la jurisdicción interna, pero únicamente en aquellos procesos donde se haya violado los derechos por ella reconocidos y cuyo goce manda restituir. No cabe aplicarla en el proceso donde se ha declarado la improcedencia de la demanda por falta de conexión lógica entre el petitorio y sus fundamentos, porque aquí no se ha emitido pronunciamiento alguno sobre los derechos constitucionales que promovieron la intervención de la Corte Interamericana (Exp. N° 1776-2000, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 411).

Cuando el derecho le otorga fuerza a una decisión judicial es porque entiende que con ella, la finalidad peculiar del proceso ha quedado alcanzada. Es peculiaridad en los procesos

de ejecución de garantías que el actor o ejecutante pretenda ejecutar un título, de donde se tiene que la resolución que dispone se proceda al remate no constituye en modo alguno cosa juzgada (Exp. N° 1163-01, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6. *Gaceta Jurídica*, p. 419).

Los plazos de caducidad los fija la Ley sin admitir pacto en contrario, por tanto dichos plazos deben ceñirse a lo que dispone esta y no al arbitrio del juzgador. Debe aclararse la improcedencia de la demanda cuando se interpone la demanda fuera del plazo que señala el artículo 178 Código Procesal Civil, caso contrario, debe ampararse la excepción de caducidad (Exp. N° 1619-1999, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6. *Gaceta Jurídica*, p. 440).

La legitimación es una condición de la acción que procura que exista identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva (legitimación activa) y entre la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley sustantiva (legitimación pasiva). La legitimación de los demandantes fluye del artículo 1970 del Código Civil que faculta a demandar a todo aquel que hubiera sufrido un daño mediante un bien riesgoso o como consecuencia de una actividad riesgosa o peligrosa. La legitimidad pasiva del recurrente se encuentra precisada en el D.S. 049-2000-MTC que indica que el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transportes terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados (Exp. N° 602-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6. *Gaceta Jurídica*, p. 576).

Cuando la pretensión del obligado deriva de una norma legal laboral dictada por el Estado como acto de gobierno, regulando la relación de una empresa del Estado, con sus servidores y ex servidores; todos los hechos que originaron los supuestos daños son de carácter estrictamente laboral, no resultando de competencia para conocer de la misma el juzgado civil sino el juez laboral (Exp. N° 1301-2000, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6. *Gaceta Jurídica*, p. 581).

No cabe amparar la excepción de caducidad si no se han impugnado los acuerdos adoptados en las juntas universales de accionistas sino la declaración judicial que los acuerdos se realizaron con abuso del derecho otorgado por mandato judicial en el proceso de amparo. Resultan inaplicables los plazos a que se refieren los artículos 142 y 150 de la Ley General de Sociedades, desde que los plazos que señala esta norma se refieren a derecho caducible, relativos a pretensiones sobre impugnación y nulidad de acuerdos sociales (Exp. N° 867-2000, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6. *Gaceta Jurídica*, p. 583).

La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante es el instrumento procesal dirigido a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal; es decir, se afirma que el accionante no es titular de la pretensión que está intentando o no es el único que debería hacerlo sino en compañía de otro u otros (Exp. N° 14521-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6. *Gaceta Jurídica*, p. 588).

La defensa procesal (excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante) está destinada a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal. No puede ampararse la excepción propuesta, si del contrato privado de compraventa el actor da en venta

real y enajenación perpetua a favor de la emplazada, el inmueble que hoy pretende el desalojo, habiendo recibido en parte de pago más de cincuenta por ciento del precio pactado. Si el actor ha acreditado haber reasumido la titularidad del bien por efecto de la resolución del contrato, resulta amparable la defensa procesal propuesta (Exp. N° 2861-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 589).

La institución de la cosa juzgada, supone en esencia una declaración de certeza positiva o negativa de la pretensión esgrimida. Cuando el derecho le otorga fuerza a una decisión judicial es porque entiende que con ella la finalidad peculiar del proceso ha quedado alcanzada. La identidad del petitorio no debe entenderse únicamente como la expresión clara y concreta de lo que se pide, sino que también debe tomarse en cuenta los fundamentos de hecho bajo los cuales ha sido ejercitada la acción. No procede amparar la excepción de cosa juzgada si en este proceso el cuestionamiento del negocio jurídico redunde en la falta de manifestación de voluntad y la inobservancia de la forma prescrita, a diferencia del primer proceso, que dicho negocio jurídico ha sido cuestionado bajo el supuesto de la simulación (Exp. N° 343-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 591).

La cosa juzgada es aquella excepción procesal por medio de la cual se pide la declaración de certeza de la existencia de un hecho jurídico, al cual, el Derecho Procesal objetivo le impone la prohibición de pretender otro proceso. Opera la extinción del derecho de acción y del derecho de jurisdicción. La excepción de cosa juzgada será amparada, cuando la pretensión controvertida ha sido objeto de pronunciamiento anterior en un proceso, contando con sentencia firme, siempre y cuando, exista identidad de procesos, esto es, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos (Exp. N° 1199-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 592).

La prescripción comienza a correr desde el día que puede ejercitarse la acción. Dicha expresión no es referente fáctico sino jurídico-conceptual. El plazo de prescripción comienza a correr en la fecha que se produjo el accidente de tránsito que ocasionó la muerte del cónyuge de la demandante y no a partir de la fecha de la sentencia (Exp. N° 1125-00, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 593).

La prescripción extintiva es una institución que impide el ejercicio de la acción real o personal por el transcurso del tiempo, siendo el plazo para el caso de autos, según lo prescribe el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil de dos años (Exp. N° 39924-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 596).

No cabe amparar el argumento de la renuncia a la prescripción, si la emplazada en el reconocimiento en prueba anticipada no ha interpuesto la excepción de prescripción extintiva, toda vez que el legislador ha limitado la actividad defensiva de forma en el inciso 2 del artículo 761 del Código Procesal Civil al consagrar la improcedencia del planteamiento de excepciones y defensas previas. No hay renuncia tácita de la prescripción ganada, pues, la parte emplazada al indicar oralmente que ya no debe ha puesto de manifiesto la inexistencia de la obligación (Exp. N° 497-2002, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 597).

La prescripción se configura por la inacción del titular del derecho, quien durante considerable tiempo transcurrido no hace efectiva su pretensión ejercitando la acción correspondiente para que el órgano jurisdiccional lo declare y lo haga efectivo. Constituye causa de

interrupción la notificación de la pretensión de la demandante que se encontraba destinada a obtener la nulidad de la escritura pública sustentada en un acto de disposición de sus derechos y acciones sin su consentimiento. El reinicio del decurso prescriptivo opera a partir de la emisión de la ejecutoria suprema que resolvió declarar la nulidad de la escritura pública, mas no del acto que lo contiene (Exp. N° 762-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 598).

Si bien el artículo 15 de la Ley de Arbitraje 26572 permite la renuncia al arbitraje, ella no opera cuando se ha deducido la excepción de convenio arbitral dentro del término (Exp. N° 00-32147-992, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 602).

Las partes que conforman la relación procesal han sometido diversas pretensiones al conocimiento del aparato jurisdiccional, quien ya ha declarado terminantemente el mejor derecho de propiedad a favor de la demandada; por tanto, debe ampararse, la excepción de cosa juzgada. El inciso 2 del artículo 443 del Código Procesal Civil, señala que dicha excepción es fundada cuando se inicie un proceso idéntico a otro que cuenta con sentencia o laudo firme (Exp. N° 1073-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 603).

Para la admisión de la excepción de cosa juzgada es necesario que el nuevo proceso se sustancie en pretensiones invocadas en proceso anterior y que exista un pronunciamiento judicial sobre la misma cuestión y entre las mismas partes. Es necesario que el derecho haya sido reconocido en la sentencia expedida con anterioridad. Si el proceso que siguieron anteriormente las mismas partes fue uno de desalojo por falta de pago y el presente refiere al desalojo por ocupante precario, debe desestimarse la excepción por referirse a figuras jurídicas diferentes (Exp. N° 2518-2002, Sexta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 606).

No procede amparar la excepción de prescripción extintiva si el demandante ha demostrado ser propietario del predio, pues el derecho de propiedad constituye el máximo derecho real, el mismo que es perpetuo y como tal le concede a su titular el poder de pedir la restitución del bien, en cualquier momento. Si bien el demandado alega ejercer la posesión sobre el bien de litis hace aproximadamente 57 años y en mérito a ello ha iniciado el proceso de prescripción adquisitiva, no puede considerarse como un título que justifique su posesión por cuanto debe existir una declaración judicial expresa con la calidad de cosa juzgada respecto de la propiedad ganada por prescripción (Exp. N° 1573-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 652).

PLAZO Y FORMA DE PROPONER EXCEPCIONES

ARTICULO 447

Las excepciones se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 445, 478 inc. 3 y 4, 491 incs. 3 y 4, 552, 761 inc. 2.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 98, 99.
C.P.C.N. Argentina arts. 346, 349, 350.

Comentario

1. La excepción como señala Alsina⁽²²⁸⁾, "es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se límite a impugnar la regularidad del procedimiento". En ese sentido, ese medio de defensa requiere articularse en el proceso bajo ciertas condiciones de plazo y forma; esto es, proponerse dentro de los plazos fijados para cada procedimiento y tramitarse en cuaderno separado del principal.

Con relación a los plazos hay que tener en cuenta que en los procesos de conocimiento los plazos se fijan en diez días, conforme los incisos 3 y 4 del artículo 478 del CPC; en los procesos abreviados se fijan en cinco días, según los incisos 3 y 4 del artículo 491 del CPC; en el caso de los procesos sumarísimos, estas se interponen al contestar la demanda (ver el artículo 552 del CPC).

No es procedente interponerlas en procesos no contenciosos (ver el artículo 761 inciso 2 del CPC). Agotados los plazos y formas, precluye la posibilidad del demandado, para oponerse a la acción promovida contra él.

En ese sentido véase la Casación N° 328-96-Tacna⁽²²⁹⁾, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que dice: "la excepción se debe hacer

(228) ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*, EJE, Buenos Aires, 1958, p. 17.

(229) Publicada en *El Peruano*, el 02/12/97, p.133.

valer en la etapa procesal correspondiente y en la forma establecida por ley, no se considera formulada si se plantea como argumento en la demanda”.

2. A pesar de que la excepción es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia, fundada en una omisión procesal o en una norma substancial, ese fin no justifica la suspensión de la tramitación del principal por la mera interposición de la excepción; todo lo contrario, requiere de un espacio en el que se aprecien los medios probatorios ofrecidos a la excepción y la absolución de esta por la contraria, además el juez puede escuchar los informes de los abogados, para lo cual, se ha diseñado la tramitación de estas excepciones, en cuaderno separado, a fin de no suspender la tramitación del expediente principal.

En este cuaderno no solo se recogerá los actuados referentes a la excepción propuesta sino que también en él se verificará la audiencia de saneamiento procesal (ver el artículo 449 del CPC) en la que el juez puede declarar infunda la excepción propuesta y además declarar saneado el proceso, declaración que no estará contenida en el principal, sino en el cuaderno de excepciones.

Este diseño descrito no es aplicable en los procesos sumarísimos y en la contradicción (basada en excepciones conforme al inciso 4 del artículo 700 del CPC) de los procesos ejecutivos, pues el debate y pronunciamiento acerca de las excepciones propuestas, se realiza en audiencia única, según las reglas de actuación que describe el artículo 555 del CPC.



JURISPRUDENCIA

El cómputo para interponer excepciones debe entenderse a partir del primer día hábil que precede a la fecha de notificación con la demanda, luego del cual, se adiciona el término de la distancia en días naturales (Exp. N° 20887-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 468-469).

Las excepciones y defensas previas se tramitan en cuaderno separado, sin suspender la tramitación de lo principal (Exp. N° 1922-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 162-163).

MEDIOS PROBATORIOS DE LAS EXCEPCIONES

ARTICULO 448

Solo se admitirán los medios probatorios documentales que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en que se absuelven. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.
LEY 26572

arts. 189, 424 inc. 10, 446 inc. 13, 449.
arts. 16, 99.

Comentario

1. Como la excepción es un mecanismo a través del cual la parte demandada va a denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida, esa denuncia debe ir premunida, no solo de una argumentación fáctica sino de medios de prueba que lleven a corroborar lo que alega. El objeto de la prueba no son los hechos simplemente, sino "las afirmaciones de los hechos que hacen las partes".

Bajo esa premisa, se advierte que las excepciones tienen un camino y reglas procesales propias, las mismas que aparecen descritas en el artículo 447 del CPC y que se complementan con lo regulado en el presente artículo sobre los medios de prueba.

Una de las consideraciones a tener en cuenta para la admisibilidad de la prueba en las excepciones se relaciona con la oportunidad y forma de su ofrecimiento. Esta se materializa en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven.

2. Como señala el artículo en comentario, solo se admitirán los **medios probatorios documentales** que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en que se absuelven.

Documento es un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Los documentos contienen un mensaje.

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

Ese mensaje, señala Falcón⁽²³⁰⁾, puede ser útil a efectos jurídicos cuando contenga un dato que haga al proceso. El mensaje es diverso, pues puede responder a un acto voluntario (como una carta, un contrato, una confesión, etc.) como involuntario (restos, impresiones digitales, rastros de ADN, papeles sueltos, daños naturales de los que derive responsabilidad objetiva, etc.). Para Chioventa, documento es toda representación material destinada a reproducir una cierta manifestación del pensamiento; mientras que para Liebman documento es una cosa que representa o configura un hecho, para dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él. Encajan dentro de este concepto las fotografías, las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas y videograbaciones, las contraseñas, radiografías, dibujos, planos, cuadros, esculturas, murales, discos, etc. Devis Echandía⁽²³¹⁾ considera al documento como objeto de percepción. Señala "el juez necesita percibir el documento, para asumirlo como medio de prueba. Esas percepciones sensoriales pueden ser diversas: visuales, para verificar la clase de materia que lo forma, como papel o tela o plástico o cuero, etc., la clase de escritura o de dibujo empleado y el material que se utilizó para escribir o dibujar (tinta, pintura, lápiz, máquina de escribir o de imprimir, etc.); olfativas, para conocer si contiene o no perfumes u olores nauseabundos, si está impregnado o no de cierto olor propio del lugar, del recipiente, caja o cartera en donde se presume que estuvo guardado y el olor propio de la clase de papel empleado; auditivas, cuando interesa precisar el ruido que puede percibir al ser rasgado el documento o estrujado en una mano o dejado caer al piso".

3. En los procesos sumarísimos, solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata (ver el artículo 552 del CPC) sin particularizar a la prueba documental en especial. Véase que no es lo mismo referirse a la prueba de actuación inmediata que a la prueba documental, como es el caso en comentario. Si bien, esta última presupone la primera, no necesariamente ello es cierto, porque puede concurrir la posibilidad que ciertas pruebas documentales requieran de actuación, como sería el caso de los vídeos, audios u otros documentos trabajados bajo soportes óptico-magnético.

Si bien la ley limita la prueba a la documental, ello no implica que no se señale audiencia para actuar la prueba documental o se realice el reconocimiento o exhibición de los documentos, como parte de la actuación de la prueba documental. Véase el caso de un documento privado ofrecido, el mismo que requiere reconocimiento para su eficacia probatoria. La parte contra quien se opone el reconocimiento tacha dicho documento; lo que motiva que tenga que actuarse el reconocimiento en una audiencia especial, situación que no operaría si la parte a quien se

(230) FALCÓN, Enrique. *Tratado de la prueba*. T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2003. p. 836.

(231) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. 1, 13ª ed., Dike, Medellín, 1994, p. 416.

opone dicho documento no formula tacha, pues aquí operaría el reconocimiento tácito de la certeza del contenido y forma de dicho documento privado. En igual forma, cuando una parte busca aportar un medio de prueba documental al proceso pero que esta se encuentra en poder de un tercero o de la contraparte; también debe operar la actuación a la exhibición de la prueba documental. Aún más, cuando la prueba documental se ofrece en un soporte que no sea el papel, por citar, un audiovisual, un soporte magnético (disquete), etc. En estos casos, se requiere necesariamente la actuación para verificar el contenido de este, al margen del reconocimiento que se hubiere ofrecido, al contenido de la información. Aun más, la propia normatividad exige "el **documento privado reconocido** tiene para las partes y en relación a tercero, si este es el otorgante, el valor que el juez le asigne" (ver el artículo 246 del CPC). Frente a todo ello, el juez como director del proceso, tiene el deber de velar por la pertinencia del medio probatorio ofrecido a la excepción propuesta. Este debe versar, no al fondo de la litis sino al contenido de la excepción; caso contrario, debe proceder a rechazar su admisión, en aplicación del artículo 190 del CPC.

4. La exigencia de la prueba documental para las excepciones resulta coherente con la anterior redacción del artículo 448 del CPC (segunda parte), cuando expresamente establecía que para la excepción de convenio arbitral, la única prueba que se admite es la documental. Ello era razonable porque en la teoría del proceso, el arbitraje, es un fenómeno de desplazamiento de la competencia, como excepción a la regla de la competencia permanente. Este desplazamiento opera a través del convenio arbitral. Este convenio es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, porque como convención supone el libre acuerdo de las voluntades de los contratantes, aun en los contratos con el Estado en los que opera la contratación por adhesión. El convenio, se presenta como un medio de prueba típica, que recoge un acto declarativo y *ad probationem*.



JURISPRUDENCIA

Es nula la resolución que resuelve una excepción sin motivar la prescindencia de los medios probatorios ofrecidos y pendiente de actuación (Exp. N° 341-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 457).

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se, admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia (Exp. N° 217-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 436).

CONTENIDO DEL AUTO QUE RESUELVE LA EXCEPCIÓN

ARTÍCULO 449

Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 448, 450, 451, 468.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 351.

Comentario

1. El saneamiento procesal es la actividad judicial por la que se expurga o purifica el proceso de todo vicio, omisión o nulidad que pueda afectar posteriormente una decisión sobre el fondo de la litis o, en su caso, da por concluido el proceso si verifica la presencia de una nulidad absoluta o defecto insubsanable en general.

La actividad saneadora acaece en diversos momentos en la etapa postulatoria de la demanda. Ella opera en la calificación de la demanda; la resolución de las excepciones y el saneamiento del proceso. Tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar), para que el juez al expedir sentencia resuelva el fondo del conflicto de intereses.

2. La norma se refiere precisamente al segundo momento del saneamiento a la valoración de las excepciones. Si el demandado ha propuesto excepciones procesales o defensas previas y el juez las declara infundadas, o en su caso improcedente, debe declarar simultáneamente, en la misma resolución, el saneamiento del proceso, como lo establece el artículo 449 del CPC. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 del CPC.

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

Además, inmediatamente, deberá examinar todos los demás presupuestos procesales y las condiciones de la acción que no hayan sido cuestionados, vía la excepción resuelta, así como verifica que no existan otras causales de nulidad no alegadas, para luego de haber resuelto las excepciones propuestas realizar el saneamiento procesal, bajo la regulación del artículo 465 del CPC.

3. La Ley Nº 29057 ha modificado la redacción originaria de este artículo, a fin de evitar recurrir al saneamiento probatorio por audiencia, limitando inclusive los medios de prueba a las excepciones a la documental. Tampoco se regula la posibilidad de que los abogados pueden hacer uso de la palabra ante el juez sustentando la tesis que defienden y patrocinan, a través de las excepciones.

El juez se pronuncia sobre el saneamiento procesal bajo las siguientes posibilidades: a) establece que la relación jurídica procesal es válida y continúa el proceso, con la etapa siguiente de promover la conciliación; b) establece que la relación jurídica procesal es inválida, insubsanable, dando por concluido el proceso; y, c) establece que la relación procesal es inválida, pero subsanable, por lo que concede un plazo para que se subsanen los defectos (ver el artículo 465 del CPC).

4. Otro aspecto a contemplar en el saneamiento procesal es el rol que le corresponde al juez en relación a ello, esto es, ¿si constituye una carga o un deber realizarlo? Los deberes se instituyen en interés de la comunidad; las obligaciones en interés de un acreedor; y las cargas se determinan en razón de nuestro propio interés. Couture⁽²³²⁾ califica a los deberes procesales como "aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad".

Estos deberes no solo pueden ser atribuidos a las partes, sino a terceros y al propio juez. En el caso de las partes, estas aparecen reguladas en el artículo 109 del CPC y se refieren a los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. Los deberes también alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo. En el caso de los jueces, esta actividad tiene una regulación en los artículos 50 al 53 del Código Procesal Civil, en los que se describe no solo los deberes sino las facultades y por ende las responsabilidades de los jueces en el proceso.

Como se aprecia de la redacción del inciso 1 del artículo 50 del CPC, es deber del juez en el proceso, "dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal". Esto nos lleva a preguntarnos si la actividad saneadora que hace el juez ¿es una facultad o un deber? La Ley Orgánica del Poder Judicial, ha contemplado tales supuestos, al señalar en el inciso 5 del artículo 184 de la Ley Orgánica del

(232) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 211.

Poder Judicial, como deber del magistrado: "sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a ley".

El saneamiento debe ser considerado como un deber del juez. Ello resulta coherente con la estructura del proceso, porque el saneamiento es la primera sentencia de contenido puramente procesal, que se pronuncia sobre la validez de la relación procesal entablada, a fin de evitar vicios en la actividad jurisdiccional, haciendo realidad los principios de economía y celeridad procesal.

La nueva redacción del artículo 449 del CPC precisa "absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso". Esto nos lleva a sostener que el ejercicio del deber de saneamiento, no requiere materializarse a través de la oralidad, en la audiencia de ley, sino que puede plasmarse a través de la escritura. En similar sentido, al pronunciar sentencia el juez puede optar por hacerlo oralmente, que será recogida en el acta que se redacta en la audiencia respectiva; o por escrito, pero en ambos casos, tienen como soporte el papel, pero el ámbito de producción en el que se emite o produce el acto, es diverso. De ahí que resulta coherente la modificación al artículo 449 del CPC, al evitar las audiencias para realizar el saneamiento procesal.

5. En cuanto a si se requiere la presencia de las partes en el acto procesal del saneamiento. La modificatoria que recoge la Ley N° 29057 ha puesto fin a la vieja praxis de señalar audiencia para el saneamiento y concluir luego el proceso por inasistencia de ellas. Ya no se requiere audiencias para sanear el proceso y por tanto, tampoco hacer de extensivo de manera errada los efectos del artículo 203 del CPC a dicho acto.

Como hemos señalado, el saneamiento procesal es un deber del juez, no es un deber de las partes, por tanto, no se comprende cómo si el propio juez genera el incumplimiento de su propio deber proceda luego a concluir el proceso invocando la ausencia de las partes. Sería bueno recordar que "el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia" (ver el artículo II del TP del CPC), en lugar de buscar justificantes para su inoperancia en el artículo 203 del CPC. Resulta paradójico que se traslade el incumplimiento del deber, bajo la excusa de no estar presentes las partes en la audiencia de saneamiento y conciliación. En la modificatoria que acoge la Ley N° 29057, ello ya no podrá operar.

6. Hay casos en que el diseño procesal separa las etapas del proceso para ser realizadas en diversos actos, por citar, el saneamiento se realiza mediante auto y luego el juez fijará los puntos controvertidos en los términos que señala el artículo 468 CPC. A partir de la Ley N° 29057, el saneamiento procesal se hace por escrito, quedando pendiente la actividad probatoria para realizarse a través de las

audiencias, si hubiere prueba que actuar. En caso no hubiere procede el juzgamiento anticipado. En el procedimiento abreviado, antes de la modificatoria de la Ley N° 29057, tanto la conciliación como el saneamiento procesal se realizaban en una misma audiencia, continuando en otra la actuación probatoria. Hoy solo hay audiencia para la actividad probatoria; sin embargo, hay casos en que el procedimiento está diseñado para hacer en audiencia única, todas las etapas procesales: saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, como en el caso del procedimiento sumarísimo y el ejecutivo. En estos casos el saneamiento se desarrollaba por escrito y la actividad probatoria en audiencia única, sin embargo, no resulta coherente la redacción del artículo 554 del CPC con la regla general del saneamiento por escrito, cuando señala: "contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad".

Hay que entender que cuando la norma del artículo 554 remite a la audiencia de saneamiento, ello se da bajo el contexto en el que se hubieren interpuesto excepciones o defensas previas, caso contrario, regresaríamos a la regla del saneamiento por escrito. Sobre el particular, véase el caso del pronunciamiento emitido por la Sala en materia Comercial de Lima⁽²³³⁾, en el que se señala expresamente "no puede entenderse –como afirma el a quo– que las normas aplicables a los procesos ejecutivos contienen un vacío o deficiencia en el tema de las consecuencias de la inasistencia de las partes a la audiencia única, advirtiendo el colegiado por el contrario, una ausencia en ellas de voluntad del legislador para que tal situación genere técnicamente la conclusión del proceso. En tal medida, no es pertinente que la jurisdicción dicte por analogía sanciones tan gravosas como la que contiene la resolución apelada, pues ello atenta contra la tutela jurisdiccional efectiva y deja latente un conflicto de intereses sustentado en título al que la ley otorga preliminarmente certeza".

Recién en la audiencia de pruebas se podrá invocar los efectos del artículo 203 del CPC. De su simple lectura se aprecia que el efecto de la conclusión del proceso es para la inasistencia de las partes en la audiencia de pruebas. No se trata de un vacío normativo, en el caso de la audiencia única para los procesos ejecutivos y sumarísimos, al que hubiere tenido que recurrir a la integración de la norma, ni tampoco se trata de alguna regulación supletoria implícita, pues simplemente estamos en el saneamiento ante un deber procesal imputable –única y exclusivamente– a la juez y no a las partes. A diferencia de este, las partes tienen

(233) Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 1277-2005, de fecha 25 de noviembre de 2005, en los seguidos por Comercial Industrial Silvestre S.A. con Teodoro Huerta Franco sobre ejecución de obligación de dar suma de dinero.

la carga de la prueba y de su actuación, por tanto se justifica el contenido del artículo 203 del CPC, al considerar que la inasistencia de la audiencia de pruebas, de ambas partes, genera la conclusión del proceso. Debe apreciarse que el artículo 203 del Código Procesal Civil, solo esta referido a la audiencia de pruebas porque bajo el principio dispositivo que regula la actividad probatoria en el proceso, son las partes, las que no solo deben ofrecer sus medios de prueba sino que además tienen la carga de su actuación. Ello no es un deber del juez, sino una carga de las partes, a la que solo ellas son las llamadas a satisfacer, por lo tanto, en toda la dinámica del proceso, perfectamente, este podría desarrollarse con el solo impulso de oficio del juez, pero, llegará un momento en que este impulso tendrá que paralizarse, para dar paso –a la actividad de parte– en la prueba.



JURISPRUDENCIA

La etapa procesal para deducirse excepciones y defensas previas, dentro del Proceso Único, es al momento de iniciar la Audiencia (Exp. N° 3679-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 417).

La etapa del saneamiento del proceso sirve para resolver las excepciones o defensas previas que se hubieran propuesto y para evaluar nuevamente si la demanda cumple con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Si el juez considera insuficientes las copias presentadas con la demanda, de oficio, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales en la etapa correspondiente mas no disponer en la audiencia de saneamiento que en el término de 2 días cumpla el demandante con presentar los originales (Exp. N° 1188-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 437-438).

DECISIÓN Y RECURSO EN LAS EXCEPCIONES

ARTICULO 450

Las excepciones se resuelven en un solo auto. Si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral y el juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás; pero si concedida apelación, el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes. El auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 121 párr. 2, 371.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 353.

Comentario

1. La norma nos ubica ante la concurrencia de excepciones, las que luego de haber agotado el debate probatorio corresponde resolver.

La regla general señala que todas deben ser resueltas en un solo acto y contenidas en una sola resolución llamada auto. Este acto único, se explica por los efectos que van a producir estas en el proceso, como son la suspensión o la conclusión del proceso, según la excepción que se ampare; por citar, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral, se anulará todo lo actuado y se dará por concluído el proceso, tal como lo señala el inciso 5 del artículo 451 del CPC. En cambio, si las excepciones se refieren a la incapacidad del demandante o su representante, la representación defectuosa o insuficiente del demandante, la oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; y la falta de legitimidad pasiva, generan el efecto de la suspensión de este.

Vemos pues que frente a la concurrencia de excepciones, con efectos totalmente disímiles (la suspensión y la conclusión del proceso), la norma ha marcado la prevalencia en el pronunciamiento, de unas frente a otras, de tal forma que cuando concurren las excepciones de incompetencia, litispendencia y convenio

arbitral (tienen un efecto fulminante como es la conclusión del proceso), si el juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás.

Esto implica que solo resolverá una de ellas, dejando pendiente de pronunciamiento las demás concurrentes, que también pudieren tener el efecto de las citadas, como es concluir el proceso (véase el caso del desistimiento de la pretensión o la cosa juzgada, por citar) y no por ello habrá cuestionamientos de nulidad a su omisión.

2. Por otro lado, concedida la apelación, si el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las demás excepciones restantes. Ahora bien, la norma no precisa si las restantes, en caso de que fueran las citadas de incompetencia o litispendencia, deban resolverse con el conjunto restante o seguirán desarrollando la misma regla que recoge el presente artículo, que solo una de ellas es motivo de pronunciamiento, absteniéndose de resolver las demás.

La norma señala expresamente que el auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo, ello es coherente con lo regulado en el artículo 371 del CPC, por dirigirse contra autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación.

3. Una de las interrogantes que plantea la redacción del artículo es la selectividad de las citadas excepciones frente al universo que contienen también el mismo efecto, la conclusión del proceso. Frente a ello señalamos que dichas excepciones están dirigidas a cuestionar en primer orden la incompetencia del juez, no solo a través de la excepción propiamente dicha sino del convenio arbitral, que busca sustraer del conocimiento del juez el conflicto remitido por delegación a la sede arbitral; sin embargo, la excepción de litispendencia tiene también un especial significado, sobre todo con la excepción de convenio arbitral, porque el arbitraje produce litispendencia del mismo modo que cualquier proceso judicial, de suerte que, al igual que este, genera la correspondiente excepción de litispendencia.

La excepción de litispendencia solamente es admisible cuando el pleito anterior, cuya existencia se denuncia, está pendiente ante otro juzgado competente, por consiguiente, dicha excepción es desde todo punto improcedente para alegar la litispendencia de un arbitraje, por más que ello sí sería posible en estricta dogmática, siempre que concurriesen las necesarias identidades entre las dos pretensiones pendientes. El cauce adecuado para denunciar la litispendencia de un arbitraje en un proceso posterior, es la excepción de convenio arbitral, puesto que no tiene por presupuesto la pendencia del proceso arbitral anterior, a diferencia de lo que ocurre con la excepción de litispendencia.

Por otro lado, se plantea el cuestionamiento de si la excepción de litispendencia puede utilizarse para denunciar la existencia de un arbitraje, cuando se da la

circunstancia de que este se encuentra en la fase de ejecución judicial del laudo. Sobre el particular, hay algunos criterios que se orientan a rechazarlo, únicamente por no concurrir las necesarias identidades entre ambos juicios. Sin embargo, señala Málaga⁽²³⁴⁾, la solución correcta es la contraria: "el hecho que la ley obligue a acudir al Poder Judicial para lograr la ejecución forzosa de laudo arbitral no "judicializa" el arbitraje, y precisamente por ello tampoco obsta a la necesidad de denunciar su existencia en un juicio posterior mediante la excepción específica que la ley prevé al efecto, o bien, si el laudo ya es firme y solo queda pendiente su ejecución ante el juez de primera instancia, mediante la excepción de cosa juzgada. En cualquiera de los dos casos, la excepción de litispendencia sigue siendo improcedente para resolver este tipo de supuestos".



JURISPRUDENCIA

Las excepciones se resuelven conjuntamente y el auto que declara fundada una excepción debe anular lo actuado en lo principal, mas cuando hay demandas y reconvencciones, tal nulidad se entiende referida a las acciones afectadas por la excepción, en este caso las demandas, pues las reconvencciones son acciones contra las cuales no se ha deducido excepciones y que por tanto son independientes (R.N. N° 6-97-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo 259, Diciembre 1997, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10).

La demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la ex empleadora, por haber dañado su salud, a consecuencia de realizar trabajos en ambientes altamente contaminados de gases tóxicos, humos y polvos debe ser apreciado por los juzgados de trabajo, por lo que debe declararse fundada la excepción de incompetencia (Exp. N° 3326-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 294-295).

La excepción de incompetencia ataca la validez de la competencia del juzgado en razón del grado jerárquico y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa ataca la relación procesal desde el punto de vista de la vía previa administrativa antes de recurrir al órgano jurisdiccional (Exp. N° 1663-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 276-277).

Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso.

Si el demandante persigue la reivindicación del inmueble y en otro proceso pretende, sobre el mismo inmueble, la declaración de un mejor derecho a la propiedad, posesión e indemnización, no opera la litispendencia, por no existir la triple identidad, a que refiere el artículo 453 del CPC. (Exp. N° 991-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 462)

(234) MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. *La litispendencia*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 313.

Si en un proceso se exige la indemnización por daños y perjuicios a raíz de la denuncia calumniosa de la cual fue víctima el demandante y en otro proceso pretende una indemnización aduciendo perturbación en el derecho de propiedad, no se da la triple identidad para amparar la litispendencia (Exp. N° 195-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 471).

(...) El colegiado al haber amparado la excepción de litis pendencia, lo ha hecho otorgando virtualidad jurídica a un expediente fenecido e incluido (sic) iniciado con posterioridad al de autos, no concurriendo por tanto los presupuestos contenidos en el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal citado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad insubsanable" (Cas. N° 1816-98-Cono Norte, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 425-426).

Si se ha omitido pronunciarse sobre la excepción de pleito pendiente, tal irregularidad acarrea la nulidad de la resolución pero en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad en la administración de Justicia no es del caso declarar la nulidad, si dicho medio de defensa es notoriamente improcedente (Exp. N° 913-93-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 538-539).

No obstante ser idénticas la partes es infundada la excepción de litis pendencia, si la vía procedimental y la naturaleza de las acciones difieren una de otra (Exp. N° 233-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 425).

Si un proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, no puede afirmarse que sea un proceso en curso y por ende mal puede ampararse la excepción de litis pendencia. Procede amparar la excepción de litis pendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (Exp. N° 130-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 427).

La excepción de litispendencia se configura cuando en dos procesos tramitados simultáneamente, se encuentran presentes las mismas partes, discutiendo el mismo petitorio, y tengan similar interés para obrar.

El interés deberá ser siempre actual, por ello, quien deduce una excepción de litis pendencia, está denunciado que, el interés procesal, de su oponente, se ha agotado, porque ya ha sido empleado en el proceso anterior (Exp. N° 2984-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 441-442).

Es fundada la excepción de litispendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentre en curso.

Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos (Exp. N° 44-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 285-286).

Debe ampararse la excepción de convenio arbitral si en los estatutos de la empresa demandada se ha establecido, que toda clase de controversias o desacuerdos entre accionistas y la sociedad, deben ser sometidos a la decisión inapelable de un Tribunal Arbitral.

Si se declara fundada la excepción de convenio arbitral, debe abstenerse de pronunciarse de las otras excepciones planteadas (Exp. N° 72-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 435-436).

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se, admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia (Exp. N° 217-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 436).

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

EFFECTOS DE LAS EXCEPCIONES

ARTICULO 451

Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:

- 1. Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.*
- 2. Suspender el proceso hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante dentro del plazo que fijará el auto resolutorio.*
- 3. Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que este fije, si se trata de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.*
- 4. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que este fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado. Vencido los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.*
- 5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.*
- 6. Remitir los actuados al juez que corresponda, si se trata de la excepción de competencia territorial relativa. El juez competente continuará con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre. Si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de prueba hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50. (*)*

(*) Inciso adicionado por el artículo 2 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 171, 320 321 inc. 4, 446, 449 párr. 3.
C. de P.P. art. 5 párr. 7.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 352, 354.

Comentario

1. Las excepciones, como medios de defensa de la parte demanda, se pueden agrupar: por los efectos que se busca producir en el proceso, en suspensivas o meramente conclusivas de este.

Las excepciones de representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral anulan todo lo actuado y dará por concluido el proceso, tal como lo señala el inciso 5 del artículo 451 del CPC, implicando ello un pronunciamiento sin declaración de fondo, si esta queda consentida, tal como lo señala el inciso 4 del artículo 321 del CPC. Esto se justifica porque el proceso viene a ser un conjunto concatenado de actos procesales; siendo así, la nulidad de un acto puede acarrear la nulidad de los actos procesales subsiguientes y así motivar la nulidad de lo actuado en el proceso. La nulidad es el estado de anormalidad del proceso civil originado por la falta de uno de sus elementos constitutivos, que son colocados en situación de ser declarados inválidos. Con relación a la excepción de incompetencia, la modificatoria de este artículo permite distinguir los efectos de la incompetencia, siempre que esta se refiera a la competencia territorial relativa. Bajo esta circunstancia no cabe declarar la nulidad de todo lo actuado y la conclusión de todo el proceso; todo lo contrario, se remite lo actuado al juez que corresponda. Ello permite que el juez competente continúe con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre. Si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de prueba hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50 del CPC. La excepción de incompetencia sustentada en cuestionamientos no territoriales permite la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso.

2. En cambio, si las excepciones se refieren a la incapacidad del demandante o su representante, la representación defectuosa o insuficiente del demandante, la oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y la falta de legitimidad pasiva, generan el efecto de la suspensión de este, tal como se advierte de los incisos restantes.

Nótese que los efectos en el tema de la legitimidad varían según el sujeto que la sufra, pues si esta es atribuida al actor, el efecto será fatal, la conclusión del proceso; a diferencia que esta deficiencia se advierta en el emplazado, allí se produce la suspensión del proceso.

Cuando se cuestiona la representación insuficiente del demandado se genera la conclusión del proceso, pero si la deficiencia en la representación se atribuye al demandante, producirá la suspensión del proceso, hasta que se subsane el defecto; ello es explicable (en el primer supuesto) por tratarse del emplazamiento del apoderado, siempre que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del juzgado, tal como lo exige el artículo 436 del CPC.

Con relación a la excepción de falta de oscuridad o ambigüedad en proponer la demanda, señala Morales Godo que el tratamiento de esta coloca al demandado en un estado de indefensión, violatorio del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, pues el demandado debe contestar la demanda, a pesar de que esta no sea clara. Efectivamente, como se aprecia de la redacción del inciso 3, al declarar fundada esta excepción se suspende el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados, pero no implica que ese reparo o aclaración que se busca, sea motivo para que, a partir de ello, el demandado conteste corregir la demanda. Como señala Morales Godo⁽²³⁵⁾, dicha situación merece un tratamiento normativo concreto, a fin de evitar colocar al demandado en una situación de indefensión.

Por último, adviértase que los efectos que describe la norma en comentario operarán una vez consentido o ejecutoriado el auto que lo declara fundados.

(235) MORALES GODO, Juan. "La inconstitucionalidad del trámite establecido en el Código Procesal Civil para resolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 56, Lima, Dic. 2003, pp. 531-545.

PROCESOS IDÉNTICOS

ARTÍCULO 452

Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 453.

Comentario

1. La identidad de procesos es un elemento determinante para dilucidar la existencia de la cosa juzgada o la litispendencia. El artículo recoge los elementos que deben concurrir para la existencia de procesos idénticos: identidad de partes, petitorio e interés para obrar. Estos elementos deben apreciarse en procesos que tengan naturaleza jurisdiccional, pues no opera la identidad en procedimientos administrativos, pero sí en el arbitraje y los actos de jurisdicción voluntaria que se llevan a cabo en presencia de un juez.

Cuando concurren a satisfacción los elementos que cita la norma en comentario, estaremos ante procesos idénticos, generando como consecuencia de ello la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso. La identidad protege a la parte interesada en la continuación del mismo de una eventual denegación de justicia. En efecto, señala Málaga⁽²³⁶⁾ "mediante este presupuesto se impide que el juez que conoce de dicho pleito deje sin resolver pretensiones formuladas en la demanda que no se hayan planteado en el primero o que la litispendencia afecte a una parte que solo litiga en el juicio posterior, puesto que a menos que existiese la posibilidad de acumular esa pretensión al proceso precedente o que dicha parte interviniese en el mismo, ambas quedarían privadas de tutela jurisdiccional".

Como se aprecia de la norma en comentario, la trilogía para la identidad se va a expresar en el aspecto subjetivo, en el petitorio y en el interés para obrar. Para otros ordenamientos jurídicos la triple identidad se construye a nivel subjetivo, entre las mismas partes, el mismo objeto o petitorio y los mismos hechos o *causa petendi*. Señala Málaga⁽²³⁷⁾, que el requisito de la triple identidad tiene un doble

(236) MÁLAGA DIEGUEZ, Francisco. *La litispendencia*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 511.

(237) Ídem.

fundamento: "por un lado, permite al juez invocado en segundo lugar pronosticar con una alta probabilidad de éxito que, de continuar la sustanciación del pleito, la sentencia que pronuncie será incompatible con la del juicio precedente. En principio, este elevado riesgo de resoluciones contradictorias ya justificaría de por sí el archivo de los autos, puesto que si la firmeza de la sentencia se alcanza antes en el primer juicio, el juez investido del segundo habrá de llegar a la misma solución estimando de oficio la existencia de cosa juzgada, mientras que si es el segundo proceso el que termina antes, se estará vulnerando claramente la litispendencia del primero, lo que explica la actuación de la eficacia excluyente de esta última con carácter preventivo".

2. Uno de los elementos a tener en cuenta para afirmar la existencia de procesos idénticos es el petitorio. Consideramos que la norma debió contemplar además la *causa petendi* como otro referente a valorar; sin embargo, si asumimos que bajo la definición de petitorio está comprendida el concepto de objeto, diremos que "dos procesos son iguales cuando su objeto es idéntico"; esto es, tanto el *petitum* y la causa de pedir deben ser iguales.

Para que concorra la identidad en el petitorio es requisito necesario que las mismas partes hayan efectuado la misma petición en los dos procesos y que esa petición verse sobre el mismo bien corporal o incorporal; sin embargo, en la doctrina se acepta que la identidad en el petitorio subsiste aunque se sustituya la prestación solicitada en el primer proceso por una prestación equivalente. Tampoco excluye la existencia de identidad objetiva el hecho de que el actor haya asignado distinta cuantía a cada una de las demandas, como tampoco hace la presentación de una de ellas como de cuantía indeterminada para su fijación en ejecución de sentencia. En cambio, no concurren procesos idénticos en el caso de que en uno de ellos se discuta la nulidad del matrimonio y en otro, el divorcio.

Situación especial se plantea en el caso de dos pretensiones declarativas opuestas, es decir, cuando en una se pide la declaración de la existencia del derecho afirmado y en la otra la declaración de su inexistencia. En estos casos, señalan algunos autores que la respuesta es afirmativa, porque no existe diversidad de *petitum*, habida cuenta que el tipo de tutela que se solicita es el mismo (declarativa) y en ambos casos se refiere al mismo bien, no siendo suficiente para cambiar la petición que en un caso se efectúe en sentido positivo y en el otro en sentido negativo. La razón de esta identidad es que no hay necesidad de una verdadera tutela jurisdiccional, pues, la primera sentencia declarativa resolverá —con efecto de cosa juzgada— la cuestión de la existencia o validez del derecho afirmado y dichos efectos cubrirán por igual los hechos impositivos en el otro proceso.

El otro elemento que concurre a la identidad del objeto es la causa de pedir, que comprende al conjunto de hechos aportados por el actor en su demanda, que originan e individualizan la pretensión formulada por el mismo. Para dilucidar cuándo

existe identidad causal es necesario delimitar cuales son los hechos esenciales, relevantes, que han de coincidir en ambas pretensiones. Por citar, no hay identidad causal en un accidente de tránsito cuando en un proceso se reclama la pretensión indemnizatoria sobre la base de un seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación y uso de vehículos motorizados (SOAT); frente a otro proceso en el que las mismas partes formulan reclamación por responsabilidad extracontractual frente al conductor y al propietario del vehículo, sobre la base de un contrato de seguro voluntario frente a la misma compañía aseguradora. Por otro lado, la calificación y argumentación jurídica no integran la *causa petendi*, sino la motivación de la demanda, ya que los elementos jurídicos alegados en la misma no vinculan al juez por obra del aforismo *iura novit curia*.

En cuanto a la identidad subjetiva, es esencial la identificación de las partes que litigan en ambos procesos para determinar si ambos son completamente idénticos. Esta exigencia trata de evitar que una persona que no litigaba en el primer pleito se vea privada de tutela jurídica; por otro lado, se asume que en tales casos no existe el riesgo de sentencias incompatibles que justifica la eliminación del proceso posterior.

Existe identidad subjetiva entre dos procesos que tienen idéntico objeto si los demandados en el segundo proceso (que no coinciden con los del primero) son causahabientes de los mismos o están unidos a ellos por vínculos de solidaridad. Ello resulta coherente con lo que señala la norma en comentario "hay identidad de procesos, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos (...)". En cambio, no existe identidad de partes cuando uno de los litigantes actúa en un proceso como representante (sea legal, judicial o convencional) y en el otro proceso interviene defendiendo un derecho o interés propio.

3. Otro de los elementos que recoge la norma para determinar la existencia de procesos idénticos es el interés para obrar. Tradicionalmente, se concebía al interés como el "juicio de utilidad actual para su titular" y si la falta de pronunciamiento jurisdiccional pedida produciría un daño. Solo si se infería la existencia del daño se admite el interés, si tal perjuicio no existe, no hay duda que tampoco existe dicho interés. Según Rocco⁽²³⁸⁾, el interés tanto para accionar o contradecir debe ser concreto y actual. No concebía interés para accionar concerniente a derechos futuros o eventuales que no constituyan ya objeto y materia de tutela por parte del derecho material objetivo. Este concepto clásico ha sido superado por la tutela jurisdiccional preventiva. Adelantándose a la violación del derecho, se permite transitar por el proceso de cognición y obtener una sentencia que solo podrá desplegar sus efectos una vez producida la violación de aquel. En esta línea se presenta el caso de la condena a futuro regulado en el artículo 594 del CPC. Aquí ya

(238) ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 345.

no opera el juicio de utilidad de la concepción clásica de interés para obrar sino que frente a cualquier deber de prestación, y ante el temor del incumplimiento por parte del deudor, puede el acreedor sin esperar que el incumplimiento se materialice promover un proceso tendiente a obtener una sentencia que condene al cumplimiento de la prestación debida, aun cuando el crédito no es exigible y no ha habido aún incumplimiento, en suma, no ha habido aún violación del derecho sustancial.

A pesar de que la redacción de la norma recoge la identidad de partes, petitorio e interés para obrar como supuestos a considerar en los procesos idénticos, en estricta dogmática solo puede hablarse de identidad de procesos cuando dos pretensiones pendientes ante órganos jurisdiccionales competentes guardan entre sí una perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal; en caso contrario, existe conexidad en todos aquellos supuestos en los cuales la coincidencia se limite a alguno o algunos de dichos elementos esenciales.



JURISPRUDENCIA

No obstante que los colitigantes son las mismas partes y tienen el mismo interés, los petitorios de ambos procesos no son los mismos, puesto que uno se refiere a un proceso penal por estafa y la otra a una acción civil por responsabilidad extracontractual, por lo que no se cumple la triple identidad que exige el artículo 452 del CPC. (Exp. N° 404-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, p. 159).

Las pretensiones de petición de herencia y de nulidad de declaratoria de herederos no han sido formuladas con anterioridad, entre las mismas partes ni los petitorios son los mismos, por lo que no puede decirse que se trata de procesos idénticos al de división y partición y declaratoria de herederos ya fenecidos (Cas. N° 264-95-Cusco, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.10).

Procede la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro, esto es, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, y que baya sido resuelto mediante sentencia firme o ejecutoriada (Exp. N° 732-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 290-292).

No se puede considerar como pretensiones idénticas a la de nulidad del acto de inscripción de primera de dominio hecha a favor de los eventuales demandados, al acto que lo contiene sobre el bien materia de un conflicto judicial (que sería la pretensión principal) y el de solicitud de inscripción de primera de dominio a favor de los eventuales demandantes sobre el mismo bien (Cas. N° 2923-99-San Román, El Peruano, 17/09/2000, p. 6272).

AMPARO DE LAS EXCEPCIONES DE LITISPENDENCIA, COSA JUZGADA, DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN O CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN

ARTICULO 453

Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:

- 1. Que se encuentra en curso;*
- 2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;*
- 3. En que el demandante se desistió de la pretensión; o,*
- 4. En que las partes conciliaron o transigieron.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

LEY 26572

arts. 121 párr. 3, 328, 340, 344, 452, 496 inc. 7, 8, 9 y 10.

arts. 16, 99.

Comentario

1. La norma selecciona un grupo de excepciones sobre los que opera un elemento común: la identidad de procesos. El artículo 452 del CPC califica como procesos idénticos cuando las partes, el petitorio y el interés para obrar son los mismos. Bajo ese enunciado, la norma en comentario nos propone según la excepción que se trate de supuestos especiales que permitiría se ampare esta.

2. En el caso de la excepción de litispendencia, esta opera cuando existe otro proceso pendiente, o como lo cita la norma "que se encuentre en curso" entre las mismas partes, en virtud de un mismo objeto y una misma causa. Aquí coexisten dos pretensiones cuyos elementos son idénticos. Para la admisión de dicha excepción se requiere la más absoluta identidad en la trilogía descrita, de modo que la sentencia dictada en uno de los procesos debe producir la excepción de cosa juzgada en el otro. Solo cuando esa identidad se satisface de manera absoluta se declarará fundada la excepción propuesta, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso, sin declaración de fondo (ver el inciso 5 del artículo 451 del CPC e inciso 4 del artículo 321 del CPC).

3. Con respecto a la excepción de cosa juzgada, se expresa en el hecho de que no se puede volver a discutir ante un órgano jurisdiccional una decisión emitida por este. El supuesto que opera en esta excepción es iniciar un proceso idéntico a otro ya resuelto mediante sentencia firme. Si bien es un efecto natural de toda sentencia su imperio y obligatoriedad, también concurre a ella la propia utilidad de la función judicial del Estado, unida a consideraciones de seguridad jurídica que determinan la necesidad de asegurar del atributo, que su contenido no puede ser alterado en ningún otro proceso ulterior, tornando por lo tanto inadmisibles toda nueva discusión o resolución acerca de las cuestiones ya decididas o resueltas con carácter firme. Este mencionado atributo recibe el nombre de cosa juzgada, a la que puede definirse, en general, como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no proceda ningún recurso susceptible de modificarla. Este atributo, no solo es aplicable a las decisiones jurisdiccionales, sino a los laudos firmes provenientes del procedimiento arbitral.

4. La excepción de desistimiento de la pretensión opera cuando el pretendiente abdica en reclamar el derecho que alega. Es un acto de disposición que va a generar efectos fatales para quien lo formula, como es, asumir los efectos de una sentencia infundada. Nótese que el desistimiento no se refiere al proceso, sino a la pretensión, cuyos efectos son sustancialmente diferentes. De ahí que luego de que ha operado el desistimiento y aprobado este se vuelva a interponer idéntica pretensión, se declarará fundada la excepción propuesta, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso (ver el inciso 5 del artículo 451 del CPC). A pesar de que el inciso 6 del artículo 321 del CPC equipara al desistimiento del proceso con el desistimiento de la pretensión, como expresiones de conclusión del proceso sin declaración de fondo, consideramos que solo ese efecto debe atribuirse al desistimiento del proceso, pues permite volver a discutir en nuevo proceso el mismo conflicto, situación que no es extensiva al desistimiento de la pretensión por estar limitada por los efectos de la excepción que recoge el inciso 9 del artículo 446 del CPC y porque además produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada.

5. Cuando se inicie un proceso idéntico a otro que ha concluido porque las partes conciliaron o transigieron, merece amparar la excepción propuesta. Esta excepción tiene como objetivo aportar al proceso un medio de definición del conflicto con el fin de que el juez decrete la terminación del proceso.

Si partimos del supuesto de que tanto la transacción como la conciliación tienen efecto extintivo sobre la cuestión controvertida, impidiendo que las partes puedan volver sobre ella, la redacción que contiene este inciso podría llevar a entender que solo operaría para poner fin al proceso, situación que no necesariamente involucra poner fin al conflicto. Son dos categorías totalmente diferentes, cuyas consecuencias señalan lo siguiente: la transacción o la conciliación ponen

fin al conflicto y consecuentemente al proceso en el que se discute; pero puede darse el caso de que se ponga fin al proceso, mas no al conflicto, situación que puede permitir reanudar su discusión posteriormente, en otro momento y en otro proceso.

Por otro lado, debemos precisar que los efectos de la conciliación extraproceso son totalmente diferentes a los de la conciliación procesal, porque a esta última le es extensiva la cosa juzgada (véase el artículo 328 del CPC). Como señala el dictamen de la Comisión de Justicia al debatir el proyecto de Ley de Conciliación, "el título de ejecución, puede ser cualquier documento que la ley le confiera dicha calidad y no tiene que ser necesariamente cosa juzgada". El único ente que se encuentra facultado para administrar justicia con efecto de cosa juzgada es el Poder Judicial, conforme lo señala el artículo 139 de la Constitución del Estado. En esa misma línea Gozaini⁽²³⁹⁾ señala que "la cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes". Ello justifica que frente a una actividad dolosa estos acuerdos homologados puedan ser revisados, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta que recoge el artículo 178 del CPC.

Solo cuando esa identidad se satisface de manera absoluta, se declarará fundada la excepción propuesta, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso, con declaración de fondo (ver el inciso 5 artículo 451 del CPC e incisos 2 y 3 del artículo 322 del CPC).

6. Como se puede advertir, el efecto que genera declarar fundada cualquiera de las excepciones citadas es la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso. Esto se explica porque el proceso viene a ser un conjunto concatenado de actos procesales; siendo así, la nulidad de un acto puede acarrear la nulidad de los actos procesales subsiguientes y así motivar la nulidad de lo actuado en el proceso. La nulidad es el estado de anormalidad del proceso civil originado por la falta de uno de sus elementos constitutivos, que son colocados en situación de ser declarados inválidos.



JURISPRUDENCIA

No obstante ser idénticas la partes, es infundada la excepción de litispendencia, si la vía procedimental y la naturaleza de las acciones difieren una de otra (Exp. N° 233-1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 425).

(239) GOZAINI, Osvaldo. "La conciliación en el Código Procesal Civil del Perú, Teoría y técnica", en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 1998, p. 412.

Si un proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, no puede afirmarse que sea un proceso en curso y por ende mal puede ampararse la excepción de litis pendencia. Procede amparar la excepción de litis pendencia cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (Exp. N° 130-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 427).

La excepción de conclusión del proceso por conciliación, solo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico, situación que no se da con los procesos de privación de la patria potestad y tenencia (Exp. N° 182-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 428-429).

El nuevo Código Procesal Civil señala en su artículo 453 que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando la materia del mismo proceso ya fue resuelto y cuenta con sentencia firme; cuyos efectos alcanzan a las mismas partes y a quienes deriven sus derechos de dichas partes (Exp. N° 1084-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 160-161).

IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN COMO NULIDAD

ARTÍCULO 454

Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 171.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 100.

Comentario

Cada etapa del proceso tiene un tiempo para ser cumplida y se realiza en forma sucesiva, de tal manera que al vencer el plazo fijado para cada etapa ella queda cerrada y no puede volverse a abrir.

Bajo ese contexto decimos que una de las etapas en el proceso para albergar el cuestionamiento de parte, a la validez de la relación procesal es la postulatoria. La excepción se constituye en el medio de defensa que debe emplear el demandado para paralizar el ejercicio de la acción o destruir su eficacia, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial.

La denuncia de esos hechos como excepción está sujeta a preclusión, de tal manera que luego no puede ser alegado como causal de nulidad. Mediante la preclusión se cierra el paso a la inseguridad jurídica en el desarrollo del proceso. Esto se explica porque las formas no tienen por sí mismas una finalidad, sino que sirven de manera inmediata para garantizar el debido proceso, excluyendo toda posibilidad de volver a debatir o cuestionar lo actuado.

Ello no implica que las nulidades no denunciadas en su momento por el demandado puedan ser apreciadas por el juez de oficio, en el despacho saneador, conforme lo permite el inciso 3 del artículo 465 del CPC. Como señala Briseño Sierra⁽²⁴⁰⁾,

(240) BRISEÑO SIERRA, Humberto, "El saneamiento del proceso", en: *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 3, 1967, pp. 74-75.

“el despacho saneador se destina a remover las nulidades del proceso y a verificar la existencia de los requisitos legales de la acción, esto es, a determinar si su titular está en condiciones de pedir una decisión de mérito”.



JURISPRUDENCIA

No puede sustituir con pedidos de nulidad las defensas que pudieron hacerse valer en forma y modo oportunos. Quien no asistió a la audiencia está en condiciones de interponer apelación por escrito y dentro del término legal (Exp. N° 954-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 123-124).

PROPUESTA Y TRÁMITE DE LAS DEFENSAS PREVIAS

ARTÍCULO 455

Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 427, 541, 574, 661, 662, 1879 a 1884, 1888.
C.P.C.	art. 447, 700.
D.S. 054-97-EF	art. 38 literal b).

Comentario

1. La defensa previa, viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en proceso que corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción.

2. Las defensas previas son enunciadas en las normas materiales y en sí constituyen elementos propios de una institución determinada con mérito procesal. La norma en referencia cita al beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otros que regulen las normas materiales.

En relación al beneficio de inventario, al ser demandados los herederos por los acreedores del causante, podrán solicitar aquellos que el proceso se suspenda hasta saber si la masa hereditaria tiene un saldo positivo o favorable. Esta defensa tiene su sustento en el artículo 661 Código Civil que señala "el heredero responde por las deudas o cargas de la herencia, solo hasta donde alcancen los bienes de esta (...)". Con este medio defensivo no se cuestiona la pretensión del actor, tampoco se cuestiona la relación jurídica procesal, simplemente el heredero alega que previamente se debe acreditar mediante inventario que no existen bienes suficientes para pagar las deudas del causante. Esta defensa previa se fundamenta en el principio de que en ningún caso la herencia puede perjudicar al heredero.

El beneficio de exclusión, constituye otra de las referencias que hace la norma a la defensa previa. Esta defensa se sustenta en el carácter subsidiario y accesorio de la fianza; así lo establecen los artículos 1879, 1880 y 1883 del Código Civil. El fiador que hace valer este medio defensivo no cuestiona la pretensión, no negará tener la calidad de garante, se limitará a señalar un impedimento del ejercicio del

derecho de acción del actor, oponiendo la excusión conforme lo señala el artículo 1880 del CC. También concurre el beneficio de división cuando concurren pluralidad de fiadores, tal como lo prevé el artículo 1887 del CC.

La norma deja abierta la posibilidad de las defensas previas a otros casos que refieran las normas materiales; por citar, el caso de la donación a favor del tutor o curador (ver el artículo 1628 del CC). Aquí se priva de efectos a la donación realizada por el representado a favor de su tutor o curador, mientras no se aprueben las cuentas materia de rendición que exige el artículo 540 del CC; por citar, frente a una demanda del tutor a fin de que le sea entregado el bien materia de donación, podrá oponérsele una defensa previa. Con ello no estamos cuestionando la pretensión del actor, solo se acusará la omisión de un requisito previsto en las leyes de fondo ya citadas, como es la aprobación de la rendición de cuentas.

Existen diversas excepciones sustantivas enunciadas en el Código Civil, por citar, véase el caso del derecho de retención y las formas de ejecutarlo (artículo 1127 del CC); la excepción de contrato no cumplido (artículo 1426 del CC) la excepción de caducidad de plazo (ver el artículo 1427 del CC) y la excepción de saneamiento (artículo 1527 del CC).

3. Debe añadirse que algunos autores admiten la existencia de defensas previas proveniente del convenio de partes, por ejemplo, pactos que implican obligación de realizar comunicaciones, requerimientos previos a cualquier acción judicial, que obren en un contrato determinado. Este tipo de defensas previas de origen convencional, sin embargo, pueden confundirse con el título de la obligación en sí, en todo caso se trataría de una interpretación extensiva del presente artículo.



JURISPRUDENCIA

El instituto de la defensa previa tiene la finalidad de postergar la pretensión, en tanto se cumpla una condición a la que está subordinado el hecho que motiva su exigibilidad. No puede ampararse la defensa previa sustentada en la existencia de un proceso de otorgamiento de escritura pública, pues ello no es condicionante de la acción de resolución del contrato (Exp. N° 2138-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 437)

Es nula la sentencia que sostiene que sin el fallo administrativo de la autoridad portuaria, no es posible establecer si el siniestro que se precisa en la demanda, se produjo. Si el procedimiento administrativo iniciado ante la Capitanía del Puerto no ha sido resuelto; ello sin embargo, no exime al Juzgador de emitir un fallo razonable acorde a las pruebas actuadas, toda vez que no existe impedimento legal que condicione el ejercicio de la acción propuesta al agotamiento de la vía administrativa como vía previa (Exp. N° 1374-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 343-344).

Las defensas previas constituyen antecedentes naturales de orden civil que deben observarse previamente para el ejercicio del derecho de acción (Exp. N° 936-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 292).

EFECTOS DEL AMPARO DE UNA DEFENSA PREVIA

ARTICULO 456

Declarada fundada una defensa previa tiene como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

arts. 177, 320.

Comentario

1. La defensa del demandado la podemos agrupar en tres modalidades: defensas de fondo, defensas de forma y defensas previas.

La primera consiste en negar y/o contradecir la demanda del actor al momento de contestar. Sobre este particular véase el artículo 442, inciso 2 del CPC que regula la contradicción; sin embargo, debemos precisar que no debe confundirse la reconvencción con la contradicción, pues a pesar de que se formulen en el mismo escrito de contestación de la demanda, ella encierra una nueva demanda que se admite por un criterio de economía procesal, configurando así un tipo de acumulación objetiva sucesiva.

La otra modalidad de defensa se aprecia a través de las excepciones. Con ella no se hace otra cosa que acusar la omisión por parte del actor de un presupuesto procesal o de una condición de la acción.

Las defensas previas constituyen otra modalidad de defensa que busca la suspensión del proceso hasta que no se cumpla un requisito o acto previo, el mismo que debe necesariamente estar previsto en las normas sustantivas. En este sentido véase la redacción de la presente norma "declarada fundada una defensa previa tiene como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción".

2. Algunos autores califican a las defensas previas como excepciones que extinguen el derecho pero impiden su ejercicio. Se cuestiona que el Código Procesal se ocupe de ellas porque no se fundan en una omisión procesal sino en cuestiones íntimamente vinculadas a la relación sustantiva; sin embargo, como no hay un camino procesal especial para este tipo de cuestionamientos, clásicamente se consideraba que podía ser opuesta al contestar la demanda, desde que no se autorizaba a deducirlas como articulaciones de previo pronunciamiento, como sí lo es ahora.

La defensa previa responde a las siguientes peculiaridades: a) tiene una raíz de derecho material, por tanto no corresponde ubicarla bajo leyes procesales; b) se dirigen al derecho de acción, esto significa que en caso de prosperar una defensa previa, el derecho de acción aún no era expedito para ejercerlo, por tanto el proceso iniciado debe suspenderse; y c) no implican cuestionamientos a la pretensión del actor, simplemente se denuncia la omisión incurrida por el actor, en cuanto a un requisito enunciado en las normas sustantivas, a fin de demandar en el caso concreto.

En relación a la defensa previa Monroy⁽²⁴¹⁾ la conceptúa como aquella que sin un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo; por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el pago de lo debido, estos podrían alegar que desconocen aun si la masa hereditaria presenta un saldo positivo, por lo que el proceso debe suspenderse hasta conocer tal hecho. Esta es una típica defensa previa, no se ataca la pretensión, solo se dilata el proceso y su eficacia, incluso de manera definitiva.



JURISPRUDENCIA

La defensa previa constituye un obstáculo temporal, de orden legal, para la prosecución del proceso (Exp. N° 809-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 291).

No puede ampararse la paralización del proceso a través de una defensa previa apoyada en supuestas omisiones de tipo formal que de haber sido ciertas, hubieran llevado a la inadmisibilidad de la demanda en su oportunidad (Exp. N° 405-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 155-156)

(241) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Conceptos elementales del proceso civil II", en: *El Peruano*, Lima, 1 de julio 1992, p. B-5.

COSTAS, COSTOS Y MULTAS DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

ARTÍCULO 457

Las costas, costos y multas del trámite de las excepciones y defensas previas serán de cargo de la parte vencida. Adicionalmente y atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el juez puede condenarla al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

arts. VIII, 412.

Comentario

1. Las costas y costos son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, que le deben ser reembolsados por la otra, en virtud de un mandato judicial. El artículo 412 del CPC recoge el principio de la derrota para el reembolso de los gastos procesales, esto es, que la parte vencida debe devolver esos gastos, la que no debe entenderse como una sanción contra el litigante vencido, sino el medio de retribuir los gastos que se ha visto obligado a hacer el vencedor.

La actividad del Estado para obrar la actuación de la ley requiere de tiempo y de gastos, y dicha inversión no puede volverse contra quien acude al proceso en busca de razón, mucho menos si la tiene, de manera que la justificación de la condena en costas no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de quien se realiza. No hay relación entre el vencido y su petición, pues las costas y costos son declarados con base en el hecho objetivo de la derrota; es decir, que se desentienden de la existencia o inexistencia de culpa, mala fe o buena fe, ejercicio abusivo del derecho, etc.

En ese sentido, la norma en comentario guarda coherencia con el principio rector que rige los gastos procesales, esto es, el elemento objetivo de la derrota en la tramitación de las excepciones o defensas previas, condiciona la condena del gasto procesal.

2. Por otro lado, léase que la norma adicionalmente a la condena de gastos procesales regula la sanción pecuniaria, en atención a la manifiesta falta de fundamento que hubiere expresado en la excepciones o defensas previas. Nótese que la sanción se expresa aquí como resultado del abuso en la actividad procesal,

realizado por quien articuló dichos medios de defensa. El abuso procesal del demandado se mide en la carencia de fundamento de su actuación. Ello resulta coherente con lo calificado por el Código Procesal, en el inciso 1 del artículo 112 del CPC, como temeridad o mala fe.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que asumen un rol represivo que mira al pasado, y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.



JURISPRUDENCIA

El reembolso de los gastos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida. Habiendo sido declarada fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, es evidente que la parte vencida en el proceso está constituida por la demandante (Exp. N° 1234-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 401-402).

TÍTULO IV

REBELDÍA

PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

ARTICULO 458

Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente esta no lo hace, se le declarará rebelde.

También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79.

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 79, 465, 524.</i>
<i>LEY 26572</i>	<i>art. 114.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 24.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>art. 59.</i>
---------------------------	-----------------

Comentario

1. Frente al derecho que tiene toda persona de invocar tutela, emerge la carga de comparecer cuando otra persona pide al Estado lo emplace para el inicio del proceso. La resistencia a comparecer está sancionada como rebeldía, con los efectos que le confiere el artículo 461 del CPC a dicha situación.

La rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurrir en rebeldía.

También será declarado rebelde el litigante que, notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 del CPC.

La declaración de rebeldía tiene que responder a ciertos presupuestos. Uno de ellos es la notificación válida y oportuna al demandado, esto es, la citación debe ser practicada en debida forma, en el domicilio de la parte. Otra situación a contemplar es verificar que la rebeldía se declare una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda.

La declaración de rebeldía no requiere de la petición de la parte contraria; el juez debe declararlo de oficio en aras de impulsar el proceso por sí mismo a fin de evitar la demora de este (ver el artículo II del Título Preliminar).

No procede declarar la rebeldía de los terceros que son citados para intervenir en el proceso y no comparecen dentro del plazo que se les conceda al efecto, ya que la actitud solo los expone al riesgo de ser alcanzados por los efectos de la sentencia de la misma manera que las partes originarias. Solo hace excepción a esa regla la incomparecencia de quien es citado como litisconsorte necesario a fin de procederse a la integración de la litis.

2. Clásicamente no se concebía que el proceso se desarrollase en ausencia de una de las partes, razón por la cual se crearon medios compulsorios orientados a suplir la incomparecencia; sin embargo, en el Derecho actual no se admite utilizar medidas coercitivas para compeler a las partes a comparecer, pues no existe en rigor un deber de comparecencia, sino una facultad y correlativa carga de hacerlo. Palacio señala que "el incumplimiento de esa facultad solo se traduce en el desaprovechamiento de oportunidades propicias para ejecutar los actos que con vengan a los intereses de la parte omisa y por lo tanto, en la perspectiva desfavorable que esa circunstancia genera acerca del contenido de la sentencia final".

Según Montero Aroca⁽²⁴²⁾, "la rebeldía descansa en el principio de contradicción y en la noción de carga. El principio de contradicción entendido como derecho fundamental de audiencia o defensa, supone que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, pero no puede jugar [sic] de la misma manera en todos los procesos. En el civil el principio se respeta cuando se ofrece al demandado la posibilidad real de ser oído, sin que sea necesario que este haga uso de esa posibilidad. La demanda, pues, no impone al demandado obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no levantar según le parezca mas conveniente".

Tomando como referencia que la ausencia de una de las partes implica una falta de cooperación que afecta la estructura normal del proceso y el ejercicio de la actividad judicial, los modernos sistemas procesales acuden al hecho de crear ciertas ficciones o presunciones con relación a la incomparecencia al proceso

(242) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*, T. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 153.

tendiente a superar las dificultades que de tales contingencias emergen. La presunción que regula el artículo 461 del Código se orienta en ese sentido.

Por último, es importante señalar que el tema de la rebeldía no afecta el principio de bilateralidad del proceso porque lo vital del principio es que toda actividad que se realice en el proceso sea de conocimiento de las partes oportunamente, allí se agota el principio sin que sea necesario para su materialización su intervención o su asentimiento.

3. Por otro lado, no debe confundirse la rebeldía con la omisión en que puede incurrir cualquiera de las partes en el cumplimiento de actos procesales particulares, por citar, la omisión para interponer algún recurso impugnatorio. Dicha actitud solo determina la pérdida de la oportunidad de ejecutar el acto omitido y la caducidad de la facultad no ejercida dentro del plazo pertinente, pero de ninguna manera genera —como ocurre en la rebeldía— efectos que repercuten en la estructura total del proceso, como sí serían en el caso de las presunciones y medidas cautelares (ver los artículos 463 y 461 del CPC).

4. La rebeldía no se asocia a la ausencia del proceso, a la no comparecencia, pues, el emplazado perfectamente puede apersonarse al proceso, pero no contestar la demanda. El demandado perfectamente se apersona al proceso pero es rebelde en él; en igual forma, también es rebelde si se apersona pero tampoco contesta la demanda pero si reconviene (ver el artículo 445 del CPC). Aquí el demandado sigue siendo rebelde, pero en ejercicio de su derecho de acción ha interpuesto una contrademanda, provocando en el proceso, una acumulación sucesiva objetiva de pretensiones, pero igual, sigue siendo rebelde en relación a la demanda del actor.

La rebeldía está asociada a la carga procesal. Ella es definida por algunos autores como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. Un ejemplo de carga se ubica en la contestación de la demanda. El demandado no está obligado a contestar a la demanda y su conducta cuando no contesta no es antijurídica pero pierde la posibilidad de hacer valer las excepciones y demás argumentos que tuviera para conservar el pretendido derecho.

Como afirma Goldschmidt⁽²⁴³⁾ las cargas son imperativos del propio interés y se distinguen de las obligaciones en razón de que estas siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero. La conducta requerida en la

(243) GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, T. I, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 91.

carga es de realización facultativa, establecida, como quedó expresado, en interés del sujeto gravado quien se halla conminado o en estado de compulsión a ejercer su derecho, dado que la falta de ejercicio del mismo conlleva el riesgo de consecuencias tales como la pérdida del referido derecho. De allí que sea su titular el interesado en observarla. En consecuencia, "la carga constituye una conducta de realización facultativa, de cuya observancia resulta la obtención de un interés jurídico tutelado y para el caso de incumplimiento la pérdida de ese beneficio. El hecho de no verse cumplimentada la carga no constituye un obrar ilícito o antijurídico, sino que muy por el contrario el efecto que trae aparejado es la pérdida del efecto jurídico deseado, tolerando que el individuo adopte o no, el 'proyecto normativo'".



JURISPRUDENCIA

Si el emplazado, quien tiene la condición de rebelde, en apelación y sin acompañar ninguna prueba, niega no solo la autenticidad de las facturas sino la entrega de las mercaderías y hasta los documentos que se atribuyen como sustentatorios de pago a cuenta de su aporte, no destruye la presunción relativa sobre la verdad de los hechos, tanto más si se reconoce la vinculación comercial que relacionaba a las partes (Exp. N° 3726-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 400).

La rebeldía es una sanción impuesta al justiciable que incumplió en contestar un traslado o realizar un acto procesal ordenado y, es también, un medio de presunción judicial (Exp. N° 1560-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 294-295).

No es legal declarar rebelde a la demandada, respecto de quien se ha ordenado la notificación por edicto.

Haciéndose efectivo el apercibimiento precisado en los edictos debe nombrarsele curador procesal, órgano de auxilio procesal, con quien se entenderá el proceso y cuya actuación concluye cuando la parte o su representante legal comparecen al proceso (Exp. N° 2113-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 295-296).

NOTIFICACIÓN DE LA REBELDÍA

ARTÍCULO 459

La declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos. De la misma manera se le notificarán las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento. Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 157, 158, 159, 160, 161, 165, 166, 167, 168, 460, 506, 507.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 62.

Comentario

A la parte que se abstiene de contestar la demanda, pese a haber sido debidamente citada, le corresponde la declaración de rebeldía. La norma establece que la resolución correspondiente debe ser notificada al rebelde por cédula o en su caso, por edictos si no tuviere dirección domiciliaria.

A pesar de que la norma no precise por cuántos días debe publicarse los edictos, podría entenderse por tres días hábiles, en aplicación del artículo 168 del CPC.

Por otro lado, la norma advierte una limitación considerable a las notificaciones que corresponde cursar a la parte declarada en rebeldía. Estas se circunscriben a la que declara saneado el proceso, la que cita a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento.

Las restantes resoluciones que se dicten en el proceso se notifican al rebelde automáticamente, asumiendo el Código la ficción de que la notificación se produce el mismo día que lo fueron a la otra parte.

PROCESO Y REBELDÍA

ARTÍCULO 460

Declarada la rebeldía, el juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el artículo 461.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 449, 459, 461, 465, 473 inc. 2.

Comentario

1. Cuando cualquiera de las personas que intervienen o que deben intervenir en un proceso omita el cumplimiento de los actos procesales dentro de la correspondiente dimensión temporal genera inactividad, la misma que puede ser específica y genérica.

La rebeldía es una expresión de inactividad específica. Se configura con respecto a la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de la citación. No debe confundirse la rebeldía con la omisión en que puede incurrir cualquiera de las partes en el cumplimiento de actos procesales particulares, pues esa actitud solo determina la pérdida de la oportunidad de ejecutar el acto omitido, pero no repercute en la estructura total del proceso. En cambio, la inactividad procesal genérica implica la omisión de un número indeterminado de actos procesales. La inacción es absoluta y produce el abandono.

2. El conflicto es el elemento sobre el que va a operar el proceso judicial, entendido este como la existencia de intereses recíprocamente resistidos u opuestos, respecto de determinado bien jurídico. Los intereses recíprocamente resistidos se va a expresar en la coexistencia de una pretensión y de una resistencia; pero en esta colisión puede darse la posibilidad de que el resistido no contradiga o no controvierta la pretensión, generando así un conflicto sin controversia, que recoge la figura de la rebeldía, cuando quien está llamado a contestar una demanda no lo hace dentro del plazo señalado para ello, a pesar de haber sido notificado válidamente.

Como ya se ha señalado, uno de los efectos que genera la rebeldía en el proceso es la ausencia de controversia frente al conflicto de intereses. La controversia, según Atilio González, "es la contingencia procedimental consistente en la probabilidad que el conflicto sea discutido; es decir, la eventualidad que el sujeto

pasivo de la pretensión discuta, contradiga o controvierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte”.

A pesar de que el conflicto no tiene controversia, se permite al juez pronunciarse sobre el saneamiento del proceso, pudiendo hacer uso en esta etapa de la facultad que le confiere el inciso 3 del artículo 465 del CPC. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, produciendo con ello el juzgamiento anticipado del proceso, tal como lo señala el inciso 2 del artículo 473 del CPC, salvo las excepciones previstas en el artículo 461 del CPC.

3. La declaración de rebeldía no implica que el juez deba acoger favorablemente una pretensión que carezca de algún requisito de admisibilidad. El juez está obligado a verificar de oficio dichos presupuestos en el acto de saneamiento procesal, tal como lo faculta el inciso 3 del artículo 465 del CPC.

Por otro lado, la ausencia efectiva de controversia que involucra el proceso en rebeldía no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia que contenga una solución justa al conflicto. Si el juez lo considera necesario, podrá actuar medios probatorios de oficio, tendientes a verificar los hechos alegados. Las excepciones que regula el artículo 461 del Código así lo permiten, siempre y cuando el juez declare en resolución motivada que no le producen convicción.

EFFECTO DE LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

ARTICULO 76

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

- 1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;*
- 2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible;*
- 3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda; o,*
- 4. El juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 92, 188, 233, 279, 460, 465, 473 inc. 2, 524, 528 inc. 4, 746.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 60, 61

Comentario

1. La demanda no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no levantar según le parezca más conveniente.

La rebeldía debe ser declarada, para lo cual se parte de los supuestos de haberse notificado la demanda en debida forma, a persona cierta y con domicilio conocido; y la incomparecencia de esta, una vez transcurrido el plazo del emplazamiento. Si se trata de una persona incierta o cuyo domicilio o residencia se ignoran, corresponde la citación por medio de edictos durante un plazo cuyo vencimiento no determina la rebeldía del citado, sino la designación del defensor o curador procesal.

Gozaini⁽²⁴⁴⁾ sostiene que si el demandado contesta tardíamente o plantea extemporáneamente la reconvencción, aun sin estar declarado rebelde, sus actos son plenamente válidos pues el proceso aún no ha precluido: "La declaración de rebeldía requiere de una resolución expresa. El simple vencimiento del plazo no

(244) GOZAINI, Osvaldo. "Teoría general de la impugnación", en: *Recursos Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 37.

cierra esa etapa del proceso; es menester que el juez, ya sea de oficio o a pedido de parte, declare la rebeldía. No olvidemos que el juez no solo es el director del proceso, sino también el conductor del proceso, siendo incluso responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Una posición en sentido contrario constituiría en cierta forma una premiación a la negligencia del juzgador”.

2. La inactividad que genera la rebeldía constituye fundamento para la presunción sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, tal como lo señala la norma, salvo los cuatro supuestos que a continuación se detalla.

El inciso 1 considera que la contestación de la demanda por uno de los litisconsortes beneficia a los restantes. La norma, que inspira la existencia de partes múltiples, no altera la unidad del proceso que no es susceptible de fraccionarse sobre la base del número de sujetos que actúan en una misma posición de parte, como sería el caso de los litisconsortes necesarios.

La presunción legal relativa tampoco opera en los casos que la pretensión se sustente en un derecho indisponible, como la adopción y la filiación, en los conflictos familiares.

Por otro lado, la declaración de rebeldía no implica que el juez deba acoger favorablemente una pretensión que carezca de algún requisito de admisibilidad que la ley requiera. Véase en el caso de la tercería, en el que el artículo 535 del CPC, requiere que la pretensión demandada se pruebe con documento público o privado, de fecha cierta. Ante la ausencia de esa prueba documental, exigida legalmente al interponer la demanda, no cabe aplicar al caso la presunción legal de la rebeldía para subsanar dicha omisión.

Por último, la sentencia dictada en rebeldía debe representar una solución justa del conflicto. La rebeldía no altera sustancialmente las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba, pues si el demandado no comparece ni contesta la demanda y se le declara rebelde, esta decisión no afecta el sustrato material en debate, pues le corresponderá al actor probar los hechos que sostienen su demanda; de tal forma “si dichos medios de prueba no son idóneos para producir convicción sobre lo que se alega, el juez la declarará en resolución motivada”. Esto implica que no cabe prescindir de la actuación de medios probatorios si la pretensión del actor carece de todo respaldo probatorio; sin embargo, el juez está facultado para obviar la etapa probatoria normal cuando se ha aportado elementos probatorios suficientes para generar convencimiento del derecho que se alega. En este último caso, procederá al juzgamiento anticipado siempre y cuando la declaración de rebeldía produzca presunción legal relativa de verdad (ver el inciso 2 del artículo 473 del CPC).



JURISPRUDENCIA

Si bien se ha decretado la rebeldía de la demandada, también es verdad que nuestro ordenamiento procesal no prohíbe valorar los medios probatorios presentados por el rebelde, más aún, si con su apreciación se puede llegar a solucionar el conflicto (Exp. N° 20785-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 455).

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el juez en resolución motivada adopte otro criterio, de donde resulta que: a) la presunción legal es una consecuencia de dicha declaración, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; b) la presunción relativa es juris tantum, esto es que se sujeta a probanza y por tanto no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión; y, c) que si el juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, al momento de pronunciar sentencia, no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia, obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella (Cas. N° 1868-98-Callao, El Peruano, 22/07/99, p. 3093).

(...) Si bien se ha declarado extemporánea la contestación de la demanda y rebelde a la parte demandada, se encuentra aún así obligado (el juez) a revisar todos los medios probatorios (...) (Cas. N° 199-2000-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 160-161).

(...) la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; que la presunción relativa es juris tantum; esto es sujeta a probanza y por tanto no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión, y que si el juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, aplicando el inciso segundo del artículo cuatrocientos, setentitrés del mismo Código, al momento de pronunciar sentencia, no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia, obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella (Cas. N° 1868-98-Callao, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 309-311).

(...) La rebeldía solamente origina una presunción legal relativa y no definitiva (...) (Cas. N° 2654-99-Junín, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 304-305).

La rebeldía es una sanción impuesta al justiciable que incumplió en contestar un traslado o realizar un acto procesal ordenado y, es también, un medio de presunción judicial (Exp. N° 1560-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 294-295).

Debe declararse la nulidad de la resolución, si el juez al formular su declaración en aplicación del Inciso 4 artículo 461 del CPC no cumple con motivar su resolución (Exp. N° 1476-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 139-140).

INGRESO DEL REBELDE AL PROCESO

ARTÍCULO 452

El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que este se encuentre.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 473 inc. 2.
LEY 26636 art. 24.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina art. 64.

Comentario

La rebeldía es una situación permanente de la parte, a pesar de que ingrese al proceso. Decimos ello porque si bien la norma en comentario regula la incorporación del rebelde, no precisa si el mero hecho de la comparecencia hace cesar la rebeldía.

Si asumimos por válido ese efecto, diremos que a partir de su ingreso comienza a regir el régimen normal de las notificaciones, restringidas según el artículo 459 del Código.

Los efectos producidos con anterioridad a su ingreso son irreversibles para el rebelde, quien debe asumir el proceso en el estado en que se encuentre; sin embargo, frente a la medida cautelar dictada, el rebelde puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial siempre que se garantice suficientemente el derecho de la otra parte, así como también la sustitución por otros bienes del mismo valor o reducción del monto por el cual la medida ha sido trabada.

REBELDÍA Y MEDIDAS CAUTELARES

ARTÍCULO 463

Declarada la rebeldía, pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvenición.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 608, 445.

LEGISLACIÓN COMPARADA.

C.P.C.N. Argentina arts. 63, 65.

Comentario

1. Desde el momento que se declara la rebeldía podrá decretarse, si la otra parte lo pidiere, las medidas cautelares necesarias para asegurar el objeto del proceso y los gastos de este. Nótese que la norma no precisa que la resolución de rebeldía se encuentre consentida o ejecutoriada para que proceda la medida cautelar.

El hecho de que autoricen la adopción de medidas cautelares frente a la declaración de rebeldía no implica la sanción correlativa al incumplimiento de un deber, sino meras disposiciones asegurativas tendientes a evitar que el rebelde rehuya eventualmente las responsabilidades patrimoniales que pueden surgir de la sentencia definitiva.

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, crea presunción de la verosimilitud del derecho reclamado por la otra parte, por lo que en atención a dicha presunción la adopción de medidas cautelares no está condicionada al previo examen de los elementos aportados al proceso; sin embargo, considera Palacio⁽²⁴⁵⁾ que no cabe desconocer al juez la potestad de denegarlas en el supuesto de que las constancias del proceso demuestren que su improcedencia resulta manifiesta. "si bien no se requiere de prueba de la verosimilitud del derecho, es pertinente la denegatoria del pedido cuando aquella circunstancia aparezca totalmente descartada".

(245) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref., p. 199.

Compartimos esa opinión porque la presunción de veracidad de los hechos expuestos es relativa, por tanto concurre la posibilidad de que el juez se aparte de dicha presunción ante pretensiones que se sustenten en derechos indisponibles; en caso de litisconsorcio necesario en el que alguno de los emplazados hubiere contestado la demanda cuando no se aporte la prueba documental que la ley exige se acompañe en la demanda, como sería el caso de la tercería excluyente de propiedad (ver el artículo 535 del CPC), entre otras situaciones cuyos medios de prueba no produzcan convicción sobre lo que se alega. Como señala Gozaini⁽²⁴⁵⁾, "el procedimiento cautelar no es automático sino que está equilibrado por la verificación jurisdiccional sobre los extremos típicos de las medidas. No cabe actuar mecánicamente sino subordinar la procedencia de las precautorias solicitadas a las características y condiciones de cada situación particular".

2. El rebelde cuando se incorpore al proceso, frente a la medida cautelar dictada, puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial siempre que garantice suficientemente el derecho de la otra parte, así como también la sustitución por otros bienes del mismo valor o reducción del monto por el cual la medida ha sido trabada. Son aplicables las reglas de la ampliación, sustitución o reducción de medidas cautelares al rebelde.

Por otro lado, la declaración de rebeldía debe operar ajena a alguna evidencia que la invalide por vicios de nulidad en el trámite; por citar, si en el proceso principal se advierte que el emplazamiento al demandado se ha realizado de manera defectuosa, por citar, no se ha notificado en el domicilio señalado, ese defecto va a originar la nulidad de la rebeldía.

No hay duda que en este caso, la medida cautelar será levantada por los efectos que ha generado a posteriori el acto anulado, esto es, la rebeldía invalidada.

(245) GOZAINI, Osvaldo. "Teoría general de la impugnación", en: *Recursos Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 38.

COSTAS Y COSTOS DE LA REBELDÍA

ARTÍCULO 464

Son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 410, 411, 412.

Comentario

Las costas y costos son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes para la persecución y defensa de su derecho, que le deben ser reembolsados por la otra, en virtud de un mandato judicial. Chiovenda decía que el proceso es un procedimiento lícito por medio del cual la sociedad sustituye la fuerza para la defensa de los derechos por un sistema racional; por ello, quien lo utiliza hace uso de su derecho y los gastos que cause a su adversario no constituyen un daño que deba resarcirse, puesto que no se producen injustamente. El fundamento está en **el reconocimiento del derecho**, puesto que todo lo que fue necesario para ese reconocimiento es disminución del derecho y debe reintegrarse al propio sujeto del derecho, a fin de que este no sufra detrimento por causa del proceso.

Para nuestro ordenamiento procesal los gastos procesales son el corolario del vencimiento y se imponen no como sanción sino como devolución de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que hayan actuado, por haberse creído con derecho; sin embargo, se deja al magistrado un margen de libertad suficiente, para flexibilizar su decisión cuando permite que en declaración judicial expresa y motivada se exonere de estos gastos al vencido (artículo 412 –primera parte– del CPC).

Sobre el particular se registra el siguiente pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema “el rebelde es eximido de la condena de costas y costos causados por su rebeldía si solicitó auxilio judicial, siendo irrelevante si formuló su pedido antes o después de la rebeldía (Casación N° 1059-96-Tacna, publicada en *El Peruano* del 01/01/98, p. 338).

Por otro lado, cuando la norma señala “son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía” este cargo se sostiene en la presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda (ver el artículo 461 del CPC) que causa la declaración de rebeldía, presunción que es acogida en la sentencia, con el consiguiente resultado adverso al demandado.

Aquí, este tiene el deber de asumir el reembolso de los gastos por el efecto que ha generado su condición de rebelde, esto es, la presunción de veracidad de los hechos de la demanda.

TÍTULO V

SANEAMIENTO DEL PROCESO

SANEAMIENTO DEL PROCESO

ARTÍCULO 465

Tramitado el proceso conforme a esta Sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:

- 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,*
- 2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o,*
- 3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.*

Subsanados los defectos, el juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 321 inc. 8, 371, 449, 458, 460, 461, 468, 478 inc. 8, 493.</i>
<i>LEY 26636</i>	<i>art. 65.</i>
<i>D.S. 017-93-JUS</i>	<i>arts. 184 inc. 5, 24 DF.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 306.</i>
------------------------	------------------

Comentario

1. La relación jurídica material en conflicto se convierte en procesal cuando se propone la demanda. Si bien la relación material es relación de dos sujetos en particular, la procesal es una relación pública, porque interviene un elemento que lo dirige, lo orienta y controla que es el juez que actúa en nombre del Estado.

La relación procesal es pública, nunca se le reconoció al proceso en su carácter público, se entendió que como en el proceso civil se litigaban derechos privados, el proceso era privado y, por lo tanto, las partes debían tener el control de este. El juez se convirtió en un maniquí de ellos que aplicaba la ley.

En ese contexto, si el proceso es concebido desde el punto de vista privado, de repente, al momento de plantearse una relación procesal se hacía defectuosamente, de repente no era juez competente, la persona no tenía capacidad o representación o el derecho había caducado, pero, a pesar de ello, el juez decía: traslado de la demanda. No estaba apto para decirla liminarmente improcedente. El Código Procesal actual acoge una visión publicística. El juez es la autoridad más importante del proceso. Como la relación procesal es pública ya no se trata de que las partes se den cuenta o no que la relación es correcta, ya no se trata de ellas únicamente, sino hoy se impone al juez el deber de exigir al momento de la demanda la existencia de presupuestos procesales y condiciones de la acción. Luego hay otro momento en la hipótesis negada de su omisión, el juez vuelve a revisar la demanda y contestación, y vuelve a ver las condiciones y presupuestos, si así fuere se declara la validez de la relación. El juez tiene una función depuradora al calificar la demanda, al declarar el saneamiento, al resolver las excepciones y por último, de manera excepcional, al momento de sentenciar (artículo 121 del CPC).

2. El saneador es la primera sentencia proferida en el proceso y tiene contenido puramente procesal.

El despacho saneador es, cuanto a la forma, inspiración directa del legislador portugués, mas en su esencia es reproducción de las fases *in iure* e *in iudicium* del proceso formulario romano.

En el Derecho portugués este instituto fue denominado primitivamente "despacho regulador" porque se destinaba a conocer de las nulidades. El profesor Alberto Dos Reis, ponderando la amplitud de ese despacho, sustituye la designación primitiva de "despacho regulador del proceso" por el despacho saneador o expurgador del proceso.

La validez de la relación procesal es condición de la validez de la sentencia final, como acto último del proceso; y como el juez no debe producir sentencias anulables, ni intrínsecas, ni extrínsecas necesita certificarse anticipadamente si la instancia está apta a recibir la pretensión, sobre la cual él va operar para resolverla válidamente. La sentencia saneadora, con fuerza preclusiva –en casi el inicio del camino procesal– es útil a fin de evitar el desperdicio de la actividad jurisdiccional y procesal, de ahí que el despacho saneador sea consecuencia inseparable del principio de economía; sin esos fundamentos lógicos no se comprendería la necesidad de dos sentencias en un mismo hecho: una de forma y otra de mérito.

En otras palabras podemos decir que el saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Busca remover las nulidades del proceso y verifica si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo; en caso contrario, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto insubsanable.

A través del saneamiento se busca que no haya distracción de la actividad jurisdiccional, que no exista pérdida de tiempo, que se eviten gastos inútiles, que hagan viable un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, evitando sentencias inhibitorias. Bajo ese contexto la sala de casación⁽²⁴⁷⁾ señala "la estructura moderna del Código Procesal ha previsto las audiencias de saneamiento, que tienen por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión) ingrese a la fase probatoria y decisoria purificada y exenta de irregularidades".

3. Alfredo Buzaid⁽²⁴⁸⁾, considera que desde el punto de vista metodológico, el juez debe normalmente comenzar por el análisis de los presupuestos procesales, a fin de verificar si la relación jurídica procesal se constituyó y desarrolló normalmente. Superada esta fase examinará si concurren los requisitos de admisibilidad de la acción, para al final estudiar el mérito de la causa, declarando si es fundada o no la pretensión interpuesta. Según Monroy "los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio".

El legislador comprendió que si los presupuestos procesales y las condiciones de la acción pueden reunirse bajo la categoría de requisitos de admisibilidad del juzgamiento de mérito, y que tales cuestiones deben ser examinadas por el juez, de oficio, una regla elemental de política legislativa aconsejaba que la verificación de tales elementos no fuese diferida hasta el momento de emitir sentencia definitiva, cuando ya todas las pruebas hayan sido producidas, porque la falta de cualquiera de ellos, lejos de permitir la composición del conflicto de intereses, daría lugar a la terminación del proceso sin resolución de mérito.

4. Como ya hemos señalado líneas arriba, con el saneamiento se busca remover las nulidades del proceso y verificar la existencia de los requisitos legales de la acción, esto es, determinar si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo.

(247) Casación N° 83-98- Lima. Publicada en *El Peruano*, 03/01/99, p. 2345.

(248) BUZAID, Alfredo. "Del despacho saneador", en: *Estudios de Derecho*, Tomo I, Saraiva, Sao Paulo, 1972, pp. 18-19.

La nulidad es el estado de anormalidad del proceso civil, originado por la falta de uno de sus elementos constitutivos, que lo coloca en situación de ser declarado inválido. Para Devis Echandía, la nulidad se divide en las siguientes categorías: sanables e insanables, absolutas y relativas, totales y parciales, extensibles y no extensibles. Empero la mayor parte de la doctrina, dentro de la cual se adscribe nuestra legislación procesal, sostiene como regla general que la nulidad es relativa y excepcionalmente que la nulidad es absoluta.

En el saneamiento del proceso, concurren ambas nulidades procesales. En ese sentido, véase la redacción de los incisos 2 y 3 del presente artículo. En el inciso 2 se refiere a la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación; en el caso del inciso 3, hace referencia a conceder un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables. Esto nos permite decir que el inciso 2 regula la forma en que debe sancionarse la nulidad absoluta, mientras que el inciso 3, la subsanación de una nulidad relativa.

Por otro lado, la falta de un presupuesto procesal determina la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, por ejemplo, si el juez es incompetente por razón de materia o la cuantía, estamos ante causa de nulidad absoluta; sin embargo, en esta fase del saneamiento lo que examina el juez son otras causales de nulidad que pudiere albergar el proceso, pero que no provengan de la falta de un presupuesto procesal.

Lo expuesto líneas arriba nos permite señalar dos ideas base que recoge el artículo en comentario:

a) el saneamiento procesal tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar), para que el juez al expedir sentencia, en la estación procesal correspondiente, elabore y emita un juicio de fundabilidad, resolviendo de esta manera el fondo del conflicto de intereses.

b) la calificación de la demanda, la resolución de las excepciones y el saneamiento del proceso constituyen los tres momentos ordinarios a través de los cuales se materializa la actividad saneadora. Fruto de esta actividad, el juez puede declarar la existencia de una relación procesal válida; en cambio, si el juez constata un defecto y si su omisión es subsanable, ordenará al demandante que lo subsane, otorgándole un plazo para ello, según se trate cada caso; y si el juez verifica la existencia de un defecto u omisión de carácter insubsanable, procederá a declarar la invalidez de la relación procesal.



JURISPRUDENCIA

Cabe destacar que con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra Ley Procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así la primera es la calificación de la demanda, en la que no se da audiencia a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento, que también es otra oportunidad, y finalmente en sentencia, como prescriben los artículos 427, 446, 465 y 121 –in fine– del Código acotado; que, en el presente proceso se ha presentado el último de los casos expuestos; lo que no implica una vulneración del derecho al debido proceso, pues este se debe solicitar cumpliendo los requisitos y presupuestos que establece la Ley Procesal para la admisión de la demanda; por ende, sus alegaciones no son amparables (Cas. N° 557-2008-Cañete, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 28 de marzo de 2008, Cas. N° 5083-2007-Huaura, 13/03/2008).

Si bien es cierto que el juzgador puede declarar la improcedencia no solo al calificar la demanda, sino en la etapa del saneamiento y en forma excepcional en la sentencia, mas no en la audiencia de conciliación, pues altera la seguridad jurídica de los justiciables e incumple con el principio de legalidad (Exp. N° 3113-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 469).

Es improcedente la nulidad, si los hechos en que se funda no se refieren a aspectos estrictamente procesales, sino, constituyen medios de defensa.

Si la demanda ha sido calificada positivamente, en el supuesto de configurarse la falta de los presupuestos procesales o de las condiciones de la acción, es improcedente la nulidad, porque ella debe determinarse en la etapa del saneamiento (Exp. N° 34664-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 379).

Es en la sentencia donde el juzgador aprecia si la pretensión ha sido acreditada luego de analizar los fundamentos de las partes y merituar la prueba actuada, actos procesales que no proceden a efectuarse en la etapa saneamiento, en la que no cabe pronunciarse sobre el derecho de la parte actora (Cas. N° 2018-97-Puno, El Peruano, 02/10/98, p. 1723).

La estructura moderna del Código Procesal Civil ha previsto a las audiencias de saneamiento y conciliación, que tienen por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión) ingrese a la fase probatorio y decisoria purificado y exento de irregularidades; entre dichos mecanismos se encuentra la fijación de puntos controvertidos (Cas. N° 83-98-Lima, El Peruano, 03/01/99, p. 2345).

Los jueces de mérito aprecian la procedencia de la demanda en el momento de calificarla, al resolver las excepciones si se han producido, y nuevamente al momento de pronunciar el auto de saneamiento. Excepcionalmente, como autoriza el artículo 121 del Código Procesal Civil, los jueces en sentencia pueden pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, lo que quiere decir que pueden hacerlo no obstante haber precluido las etapas anteriores; en el caso de un proceso ejecutivo, esta facultad no queda limitada ni disminuida por el hecho de que el demandado no impugnara el mandato ejecutivo, no formulara contradicción ni apelara del auto de saneamiento, pues los jueces de mérito, en primera y

segunda instancia, como directores del proceso, aplican la norma pertinente (Cas. N° 1304-99-Cusco, El Peruano, 18/12/99, p. 4326)

Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra ley procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia (Cas. N° 724-99-Lambayeque, El Peruano, 12/11/99, p. 3902)

Las normas administrativas que dispusieron que los jueces civiles dicten el auto de saneamiento, fueron dadas únicamente con el objetivo de agilizar y culminar con la tramitación de los procesos a brevedad, a efectos de no caer en dilaciones innecesarias.

No puede compararse dentro de un contexto doctrinario ese saneamiento con el que exige nuestra normatividad procesal actual (Exp. N° 1134-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 476-477).

Las personas que son parte del derecho discutido, necesariamente deben ser emplazados con la demanda para establecer una relación jurídica procesal válida. Debe incorporarse a los liquidadores que intervinieron en representación de la empresa demandante, pues, la demanda tiene como sustento la causal de simulación que se atribuye al liquidador demandado con la participación de los demás liquidadores (Exp. N° 4143-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 478-479).

Si del contrato de arrendamiento se advierte que existe adicionalmente al actor otra persona que forma parte de la relación material y no ha intervenido en el proceso, la relación jurídica procesal no ha quedado válidamente establecida por no haberle incluido como sujeto activo de la relación; por lo que deviene en improcedente la demanda (Exp. N° 587-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 353-354).

El despacho saneador se destina a remover nulidades del proceso y a verificar la existencia de los requisitos legales de la acción, esto es, a determinar si su titular está en condiciones de pedir una decisión de mérito.

Si bajo la figura del saneamiento procesal se procede a compulsar medios probatorios que no han sido objeto de admisión o de rechazo y se analiza el fondo de la controversia, sin compulsar equilibradamente los medios probatorios aportados, merece declarar la nulidad de dicha decisión (Exp. N° 98-11972, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 439).

El juez está capacitado para sanear el proceso permanentemente, siendo obligación de la parte acreditar la coincidencia entre ser sujeto de la relación material con la relación procesal o negarla en caso de ser emplazado indebidamente.

En una pretensión indemnizatoria, no opera la legitimidad para obrar del demandante, si no prueba la propiedad del vehículo dañado (Exp. N° 1204-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 415).

Si se acumulan indebidamente pretensiones no es posible establecer una relación jurídica procesal válida.

Para la procedencia de la acumulación subjetiva de pretensiones se exige que estas provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto y exista conexidad entre ellas.

La pretensión de pago de una suma que proviene del contrato de préstamo celebrado entre el actor y la coemplazada y las pretensiones de indemnización y pago de honorarios provenientes de un contrato de asociación en participación celebrado entre el actor y un tercero no provienen de un mismo título, es decir, no nacen del mismo acto jurídico, motivo por el cual debe declararse la improcedencia de la demanda (Exp. N° 3767-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 314-315).

La etapa del saneamiento del proceso sirve para resolver las excepciones o defensas previas que se hubieran propuesto y para evaluar nuevamente si la demanda cumple con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Si el juez considera insuficientes las copias presentadas con la demanda, de oficio, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales en la etapa correspondiente mas no disponer en la audiencia de saneamiento que en el término de 2 días cumpla el demandante con presentar los originales (Exp. N° 1188-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 437-438).

La sentencia no es el acto procesal adecuado para intentar subsanar los defectos que acarrea la falta de legitimidad pasiva, corrección que debe hacerse en el saneamiento procesal, en aplicación del inciso 3 del artículo 465 del CPC (Exp. N° 1252-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 416).

Encontrándose la causa en la etapa del saneamiento, el juez debe establecer válidamente la relación jurídica procesal incorporando a los litisconsortes necesarios que conforme el artículo 93 del CPC deban intervenir en el proceso a efecto que la decisión a recaer en el mismo sea expedida en forma válida, por afectar sus derechos directamente (Exp. N° 18280-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 446-447).

Las partes no pueden cuestionar la validez de la relación procesal mediante la apelación de la sentencia, alegando una indebida acumulación de pretensiones, en aplicación del principio de preclusión procesal (Exp. N° 3306-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 448-449).

La institución del saneamiento procesal, tiene por objeto se reexamine las cuestiones relativas al cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

Si la sentencia apelada se pronuncia sobre una indebida acumulación de pretensiones, aspecto que debió advertir el juez oportunamente, ello no constituye un elemento excepcional para dejar de resolver un conflicto, máxime que la acumulación no constituye una imposibilidad para decir sobre lo pretendido (Exp. N° 3944-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 451-452).

Si del cobro del adeudo contenido en las letras de cambio se observa que la relación procesal entablada, difiere en parte de la relación sustantiva preexistente, pues, en tres de las treinta letras demandadas la firma del aval no se ha consignado; ello no amerita pronunciarse ni respecto a la existencia de una indebida acumulación de pretensiones ni a la invalidez insubsanable de la relación procesal, pues, no afecta las exigencias sustantivas ni

procesales en su integridad (Exp. N° 19482-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).

La existencia de la relación jurídica procesal está concebida en la satisfacción de exigencias de índole estrictamente procesales como competencia, capacidad, legitimidad para obrar del demandante o demandado y los demás requisitos que señala el código (Exp. N° 1314-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 208-210).

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

Para que un demandante sea sujeto de una relación jurídica procesal válida tiene que ser el titular de la relación jurídica material o sustantiva, esto es que exista "identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva".

Habiendo incautado definitivamente la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas del Ministerio del Interior el inmueble cuya desocupación se solicita, resulta tener este Ministerio legitimidad para obrar (Exp. N° 1356-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 205-206).

El saneamiento procesal no se limita al ámbito de las excepciones, ya que el juez de la causa tiene facultad para pronunciarse sobre la existencia de una resolución procesal válida, en aplicación del artículo cuatrocientos sesenticinco del Código Procesal Civil (Cas. N° 753-97-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 270, Noviembre 1998, Trujillo-Perú, pp. A.10-A.11).

Teniendo los demandados la condición de inquilinos a quienes además se les atribuye ser los causantes de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se demanda, es de concluir que sí existe una relación jurídica procesal válida.

Los propietarios, inquilinos y demás ocupantes legítimos, tienen como obligación no afectar la seguridad o salubridad de la edificación así como no perturbar la tranquilidad y normal convivencia con los demás propietarios (Exp. N° 613-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 210-211).

La representación defectuosa e insuficiente es perfectamente subsanable, motivo por el cual, el juez en el saneamiento del proceso debe conceder un plazo para tal fin en aplicación del inciso 3 del artículo 465 (Exp. N° 1085-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 450).

Es nula la sentencia si el juez omite pronunciarse sobre la validez o invalidez de la relación jurídica procesal. El saneamiento procesal es la actividad del juzgador por la cual inmacula, expurga o purifica el proceso de todo vicio, defecto, omisión o nulidad que pueda impedir ulteriormente resolver la litis sobre el fondo, o en su caso, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto subsanable (Exp. N° 98-33967-370, Quinta Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 608).

EFFECTOS DEL SANEAMIENTO DEL PROCESO

ARTICULO 466

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 121, últ. párr. 468.

LEGISLACIÓN COMPARADA

C.P.C. Colombia art. 101

Comentario

El saneamiento procesal es un instituto a través del cual se examinan los presupuestos y las condiciones de la acción, en la relación procesal. Confiere al juzgador una serie de deberes y facultades a fin de que sean resueltas *in limine* las cuestiones que entorpezcan el pronunciamiento sobre el fondo de la causa.

La finalidad del saneamiento es expurgar la instancia de defectos formales, para hacer viable un pronunciamiento sobre el fondo en la sentencia, evitando sentencias inhibitorias.

La primera expresión de este principio la ubicamos cuando el juez examina los requisitos de admisibilidad y procedibilidad al calificar la demanda. La segunda expresión se muestra en la resolución de las excepciones y por último en el acto mismo del saneamiento, antes de fijar los puntos de la controversia. Como vemos, el saneamiento está presente a través de toda la etapa de postulación.

Cuando esta etapa se concluye declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida, señala la norma que "precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada"; sin embargo, no podemos dejar de advertir que pudiera darse el caso, de manera excepcional, que el juez al momento de sentenciar volviera la mirada hacia lo recorrido y en ese mirar descubriera un errado examen a los presupuestos y las condiciones de la acción, en la relación procesal aparentemente declarada saludable.

La norma proclama la preclusión a toda petición referida directa o indirectamente a la validez de la relación citada; esa limitación debe entenderse dirigida a

las partes, quienes jamás podrán volver a alegar cuestionamientos sobre la relación procesal, situación que no es extensiva al juez, quien al momento de sentenciar podría recurrir a las sentencias inhibitorias cuando apreciaré vicios que afectan la validez de la relación jurídica procesal. En ese sentido léase la última parte del artículo 121 del CPC que señala "mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal". En ese sentido, la Casación N° 724-99-Lambayeque⁽²⁴⁹⁾, ha resuelto con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, "nuestra Ley Procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se notifica a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento; y, finalmente, en sentencia".



JURISPRUDENCIA

El juez cuando declara la existencia de una relación jurídica procesal válida es porque observa que con la demanda incoada concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

La parte que se considere afectada con ello, debe argumentar su agravio en base a ellos, mas no debe fundarse en hechos que no tienen nada que ver con el saneamiento procesal (Exp. N° 126-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 468).

Si bien es verdad que, consentida o ejecutoriada que sea la resolución que declara el saneamiento procesal, precluye toda petición referida a impugnar la validez de la relación jurídica procesal, esto no limita la facultad que tiene el juez para que excepcionalmente en sentencia revise nuevamente dicha relación y se pronuncie sobre ella (Cas. N° 1136-99-La Libertad, El Peruano, 12/11/99, p. 3914).

Las partes no pueden cuestionar la validez de la relación procesal mediante la apelación de la sentencia, alegando una indebida acumulación de pretensiones, en aplicación del principio de preclusión procesal (Exp. N° 3306-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 448-449).

(249) Casación N° 724-99-Lambayeque. Publicada en *El Peruano*, 12/11/99, p. 3902.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LA RELACIÓN PROCESAL

ARTÍCULO 467

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la invalidez de la relación procesal o vencido el plazo sin que el demandante subsane los defectos que la invalidan, el juez declarará concluido el proceso imponiendo al demandante el pago de las costas y costos.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 321 incs. 4 y 8.

Comentario

1. El saneamiento procesal tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar), para que el juez al expedir sentencia en la estación procesal correspondiente, elabore y emita un juicio de fundabilidad, resolviendo de esta manera el fondo del conflicto de intereses.

La calificación de la demanda, la resolución de las excepciones y el saneamiento del proceso constituyen los tres momentos a través de los cuales se materializa la actividad saneadora.

En esa actividad, pueden darse los supuestos siguientes: 1) el juez constata un defecto; si su omisión es subsanable, ordenará al demandante que lo subsane, otorgándole un plazo para ello, según se trate cada caso; y, 2) el juez verifica la existencia de un defecto u omisión de carácter insubsanable, situación en la cual, procederá a declarar la invalidez de la relación procesal.

Los supuestos descritos permiten dos respuestas: 1) declarar de plano la validez o invalidez de la relación procesal; 2) otorgar un plazo para que la parte subsane los defectos que la invalidan. En el primer supuesto, si se declara la validez, conforme señala el artículo 466 del CPC, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada. En cambio, cuando no se subsanan los defectos o la resolución que declara la invalidez de la relación procesal queda consentida o ejecutoriada, va a generar la conclusión del proceso, sin declaración sobre el fondo. En este extremo, véase también lo regulado en el inciso 4 del artículo 321 del CPC.

2. No solo la declaración de invalidez de la relación procesal genera la conclusión del proceso, sino que además debe imponerse el pago de los gastos procesales (entiéndase los costos y las costas).

Ellos son corolario del vencimiento, no se imponen como sanción sino como devolución de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que hayan actuado por haberse creído con derecho.

La teoría objetiva que rige los gastos procesales señala que ella es de cargo de la parte vencida (ver el artículo 412 del CPC) por tanto, en este caso, la norma asume la ficción de la derrota del demandante al no ser diligente en subsanar—de manera oportuna— los defectos de la relación procesal.

No existe una decisión de fondo que comunique la derrota en el derecho que se persigue, solo existe una decisión de improcedencia, la misma que conllevaría, a partir de ella, a asumir la ficción de la derrota del actor.

Como el reembolso de los gastos se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, no interesa si la parte ha dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha iniciado y sostenido un proceso sin justa razón; lo que interesa es el hecho objetivo del vencimiento; sin embargo, esta posición aparentemente rígida no lo es del todo porque deja al magistrado un margen de libertad suficiente, para flexibilizar su decisión de condena, al permitir que en declaración judicial expresa y motivada exonere de esos gastos al vencido (ver el artículo 412 —primera parte— del CPC). La norma en comentario no precisa nada al respecto, sin embargo, podría ello ser materia de reflexión, a casos particulares, en los que se pueda justificar la exoneración.

TÍTULO VI

AUDIENCIA CONCILIATORIA, O DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

ARTICULO 468

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta audiencia el juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 326, 449, 465, 466, 478 inc. 9.
C.N.A.	art. 171.
LEY 26572	art. 34 inc. 4.
LEY 26636	art. 66.
D. LEG. 823	art. 159.

(*) Artículo modificado por el D. Leg. Nº 1070 del 28/06/2008.

 **Comentario**

1. El saneamiento procesal es la actividad judicial por la que se expurga o purifica el proceso de todo vicio, omisión o nulidad que pueda afectar posteriormente una decisión sobre el fondo de la litis. A través del saneamiento se busca que no haya distracción de la actividad jurisdiccional, que no exista pérdida de tiempo, que se eviten gastos inútiles, que hagan viable un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, evitando sentencias inhibitorias.

El saneamiento es la primera sentencia proferida en el proceso y tiene contenido puramente procesal. La sentencia saneadora, con fuerza preclusiva, es útil a fin de evitar el desperdicio de la actividad jurisdiccional y procesal, de ahí que el despacho saneador sea consecuencia inseparable del principio de economía; sin esos fundamentos lógicos no se comprendería la necesidad de dos sentencias en un mismo hecho: una de forma y otra de mérito. Alfredo Buzaid⁽²⁵⁰⁾, considera que el juez debe normalmente comenzar por el análisis de los presupuestos procesales, a fin de verificar si la relación jurídico-procesal se constituyó y desarrolló normalmente. Superada esta fase examinará si concurren los requisitos de admisibilidad de la acción, para al final estudiar el mérito de la causa, declarando si es fundada o no la pretensión interpuesta.

2. Otro aspecto a contemplar es el rol que le corresponde al juez en el saneamiento procesal. La actividad que se realiza en el proceso puede ser calificada bajo deberes, obligaciones y cargas. Los deberes se instituyen en interés de la comunidad; las obligaciones en interés de un acreedor; y las cargas se determinan en razón de nuestro propio interés. Couture⁽²⁵¹⁾ califica a los deberes procesales como "aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad".

Estos deberes no solo pueden ser atribuidos a las partes, sino a terceros y al propio juez. En el caso de las partes, estos aparecen regulados en el artículo 109 del CPC y se refieren a los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. Los deberes también alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo. En el caso de los jueces, esta actividad tiene una regulación en los artículos 50 al 53 del Código Procesal Civil, en la que se describe no solo los deberes sino las facultades y por ende las responsabilidades de los jueces en el proceso. Como se aprecia de la redacción del inciso 1 del artículo 50 del CPC, es deber del juez en el

(250) BUZAID, Alfredo. "Del Despacho saneador", en: *Estudios de Derecho*, T. I, Saraiva, Sao Paulo, 1972, pp. 18-19.

(251) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 211.

proceso, "dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal". Esto nos lleva a afirmar que la actividad saneadora que realiza el juez es un deber procesal. La Ley Orgánica del Poder Judicial ha contemplado tales supuestos, al señalar, en el inciso 5 del artículo 184, como deber del magistrado: "sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a ley".

Si asumimos que la actividad saneadora es un deber, el cumplimiento de ese deber debe materializarse a través de la oralidad o de manera escrita. La actividad de saneamiento no reviste formalidades a satisfacer, bajo sanción de nulidad. Esta puede operar a través de la escritura o la oralidad, recogida luego en un acta. La nueva redacción del artículo 449 del CPC precisa "absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso". Esto nos lleva a sostener que el ejercicio del deber de saneamiento no requiere materializarse a través de la oralidad, en la audiencia de ley, sino que puede plasmarse a través de la escritura. De ahí que resulta coherente la actual redacción del artículo 449 del CPC, al evitar las audiencias para realizar el saneamiento procesal, criterio que aparece reafirmado con la modificatoria reciente al artículo 468 por el D. Leg. N° 1070, cuando hace referencia a la notificación del auto de saneamiento, para pasar luego a la fijación de los puntos controvertidos.

Una de las modificaciones que ha introducido el D. Leg. N° 1070 al proceso es la eliminación de la audiencia de conciliación, como una etapa obligada del proceso. Hoy luego del saneamiento, el juez ingresa a fijar los puntos controvertidos en el debate procesal, el que tendrá incidencia directa sobre la actividad probatoria, para lo cual ya no se requerirá de audiencia para realizar dicho acto. Como señala el artículo en comentario "expedido el auto de saneamiento, las partes dentro del tercero [sic] día de notificadas, propondrán al juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido ese plazo con o sin la propuesta de las partes el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso de los medios probatorios ofrecidos". Con esta redacción se ha puesto fin a la vieja práctica de recurrir a la audiencia para fijar el punto controvertido, dejando solo la concurrencia a ella, para los efectos de la audiencia de pruebas, si fuere el caso.

3. Si partimos por asumir que el proceso tiene diversas etapas que se realizan en forma sucesiva. Cada una de ellas tiene un tiempo para ser cumplida, al vencerse este, dicha etapa queda cerrada, y no puede volverse a abrir; esto es, precluye la posibilidad de retornar a la etapa ya agotada. Con ello se cierra el paso a la inseguridad jurídica en la evolución del proceso. La preclusión es la

antítesis de la antigua teoría de la libertad absoluta de las partes, por la cual la actividad procesal podía ejecutarse en cualquier tiempo a gusto de los litigantes, resultando confundidos y desordenados todos los períodos del proceso.

En ese sentido, léase el contenido de la presente norma: agotado el saneamiento procesal con éxito, el juez procederá a enumerar los puntos controvertidos y los que van a ser materia de prueba. Una vieja práctica judicial, que viene desnaturalizando la razón de ser de los puntos controvertidos, es la de reproducir como tal el petitorio de la demanda, a pesar de que la contestación cuestiona y contradice varios hechos de esta. Son importantes los puntos controvertidos porque en relación a ellos va a girar la actuación de la prueba. Lo que no es materia de controversia, no hay razón para una futura actuación probatoria; por citar, si el ejecutado acepta haber suscrito en blanco el pagaré materia de cobro, pero cuestiona el monto con el que ha sido llenado porque no se ajusta al interés pactado, el punto controvertido se orientará a dilucidar el monto de la ejecución. Genéricamente podemos calificar de puntos controvertidos aquellos hechos que han sido afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra; por citar, véase la pretensión para el cobro de una suma dineraria ascendente a 5,000 nuevos soles, proveniente de un mutuo; el demandado al contestar la demanda, acepta el origen de la deuda y reconoce inclusive el contrato privado suscrito al respecto, pero no acepta el monto reclamado, pues considera haber venido amortizando dicho pago y el nuevo saldo que corresponde es 3,000 nuevos soles y no los 5,000 que se reclama. En el caso propuesto, el punto controvertido no se debe orientar a determinar la existencia del mutuo porque el demandado acepta la relación, sino a dilucidar el monto real del adeudo, esto es, los 5,000 nuevos soles que reclama el demandante o los 3,000 nuevos soles que sostiene el demandado.

4. La norma agrega que luego de fijar los puntos controvertidos, el juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubiera. En esta parte el juez valorará si los medios ofrecidos son conducentes, esto es, pertinentes y útiles al objeto de la prueba. Con ello se busca centrar el foco litigioso, procurando que el debate se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante. La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. Guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba, por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer los hechos que no se encuentran en discusión.

Por otro lado, nótese que la norma señala que el juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos; ellos no serán admitidos de plano, por el solo hecho de producirse. La admisibilidad se relaciona, no con la posibilidad sino con la eficacia intrínseca de la prueba.

El principio de la amplitud probatoria tolera esta incorporación y producción de elementos que pudiesen ser inútiles o dispendiosos; en cambio, la redacción del

artículo prohíbe *ab initio* su ingreso a la litis, las priva de eficacia liminar cortándoles la posibilidad del debate y sustanciación. Tampoco procede la admisión de pruebas que fuesen manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias.

Existen dos posiciones sobre el grado de difusión que debe imperar en los actos del procedimiento y de la actividad procesal: lo público o lo secreto. Nuestro Código se inclina por el primero, pues permite que a través de las audiencias públicas, quien estuviere interesado en seguir el desarrollo del debate lo pueda realizar, sin limitaciones más que la facultad disciplinaria conferida al juez para velar por la seguridad del público o por el buen orden de quienes asisten a la audiencia, pudiendo limitar el número de asistentes por razones de decoro, orden, higiene, seguridad, etc.

5. No necesariamente la prueba admitida requiere de actuación que justifique convocar a una audiencia para tal fin. Véase el caso de las declaraciones, de parte o terceros, de la pericia, de la inspección judicial, que como medios de prueba ofrecidos, **sí requieren de actuación**. Los medios de prueba trasladan al proceso fuentes de prueba, las que requieren en algunos casos de actuación para poder viabilizar la información que acoge. En estos casos, "cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez fijará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas". Caso contrario, procederá al juzgamiento anticipado, como señala el artículo 473 del CPC, sin perjuicio de conceder el uso de la palabra para el informe oral si así lo solicitaren. La decisión de ordenar la realización de la audiencia de pruebas o de prescindir de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.



JURISPRUDENCIA

Si bien es cierto que el juzgador puede declarar la improcedencia no solo al calificar la demanda, sino en la etapa del saneamiento y en forma excepcional en la sentencia, mas no en la audiencia de conciliación, pues altera la seguridad jurídica de los justiciables e incumple con el principio de legalidad (Exp. N° 3113-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 469).

Debe declararse la nulidad de lo actuado si el juez luego del saneamiento se reservó el derecho de proponer fórmula conciliatoria.

La conciliación es trámite obligado en todo tipo de proceso (Exp. N° 1264-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 171-173).

No puede ampararse la resolución que desestima la nulidad sustentada en el hecho de que se le citó a una fecha distinta de la que se llevó a cabo la audiencia. Si bien acompaña copia simple del cargo de notificación que le fuera remitido; sin embargo, del tenor de la resolución se advierte que la fecha de realización de la citada audiencia ha sido enmendada, siendo esto así, el juez ha debido agotar todos los medios posibles para dilucidar la

citación cuestionada. Los actos procesales realizados en audiencia única, en ausencia de la parte ejecutada, vulneran el derecho de defensa de dicha parte (Exp. N° 1579-01, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 428).

En las acciones contencioso-administrativas no es viable propiciar la conciliación, porque los bienes jurídicos debatidos en estos procesos no son susceptibles de disposición o transacción. Igualmente, en estos procesos, no se actúan las pruebas admitidas, limitándose por ley a tener presente el mérito de las aceptadas, por esta razón, no es viable una audiencia de actuación de pruebas. El punto controvertido en este tipo de procesos está delimitado por el documento, hecho o acto administrativo, cuya ineficacia o invalidez se demanda; su expedición ha sido precedida de pruebas actuadas en la esfera administrativa; que estas características evidencian que el contenido del debate de estos procesos es por lo general de puro derecho (Exp. N° 2089-02, Primera Sala de Procesos Contenciosos Administrativos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 610).

FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

ARTÍCULO 469

Esta audiencia tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes. Para tal efecto, el juez sujetará su intervención a lo dispuesto en este Código sobre conciliación. ()*

AUDIENCIA CON CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 470

Si se produjera conciliación, el juez especificará cuidadosamente el contenido del acuerdo. El acta debidamente firmada por los intervinientes y el juez equivale a una sentencia con la autoridad de cosa juzgada. Los derechos que de allí emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el solo mérito de la copia certificada del acta. ()*

AUDIENCIA SIN CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 471

De no haber conciliación, el juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

Al final de la audiencia, el juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria. ()*

(*) Artículo derogado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

REGULACIÓN SUPLETORIA

ARTÍCULO 472

Para todos los efectos de su actuación, esta audiencia se regulará por lo establecido para la audiencia de pruebas, en lo que fuese aplicable.

No procede el archivamiento por ausencia de las partes a la audiencia de conciliación. ()*

Nota

Los artículos del presente título, salvo el 468, fueron derogados por el D.Leg. N° 1070, publicado el día 28 de junio de 2008, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Conciliación N° 26872. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre temas relacionados con la mejora de la administración de justicia, a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

(*) Artículo derogado por el D. Leg. N° 1070 del 28.06.2008.

TÍTULO VII

JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

Capítulo I JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

ARTÍCULO 473

El juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral:

- 1. Cuando advierte que la cuestión debatida es solo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,*
- 2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 279, 326, 461, 462.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica art. 20.

Comentario

1. El proceso es un conjunto de etapas, de pasos, orientados hacia el logro de un fin; en ese camino, cada etapa se agota para permitir el inicio de la siguiente;

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

es así que en el proceso judicial el procedimiento tiene que ir dejando consolidadas las posiciones alcanzadas y superadas por una nueva etapa procesal, ese es el efecto de las preclusiones.

Una de las etapas que cierra este juzgamiento es el debate probatorio e inicia la etapa decisoria. Opera aquí lo que se denomina el juzgamiento anticipado del proceso, esto es, sin actividad probatoria que actuar, pero sí ofrecida, el juez comunica a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite. Esto ocurrirá en tres circunstancias: cuando se refiera a conflictos sin controversia (véase el inciso 2 de la norma) y en casos de conflictos de puro derecho y cuando no haya necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva (véase el inciso 1 de la norma).

2. Son casos de conflictos sin controversia el allanamiento (siempre que lo haga en el plazo para contestar la demanda) y la rebeldía.

Allanarse implica abdicar el ejercicio del derecho de defensa, esto es, renunciar a toda oposición. Se presume la sujeción a las pretensiones de la parte contraria; equivale a una suerte de rendición incondicional en el ámbito procesal. Asumida tal actitud de sometimiento y rendición desaparecerá la pugna de voluntades y se anticipará el dictado de una sentencia que haga mérito de la pretensión triunfante, lo que no implica que tenga que ser necesariamente favorable al demandante, pues este no se libra de la carga de probar el derecho que alega. Véase el caso de la pretensión de desalojo por ocupante precario, en el que el demandado se allana; sin embargo, la sentencia declara infundada la demanda, por no haber acreditado debidamente el actor ser propietario del predio cuya desocupación busca.

La rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurrir en rebeldía. Tomando como referencia que la ausencia de una de las partes implica una falta de cooperación que afecta la estructura normal del proceso y el ejercicio de la actividad judicial, los modernos sistemas procesales acuden al hecho de crear ciertas ficciones o presunciones con relación a la incomparecencia al proceso tendientes a superar las dificultades que de tales contingencias emergen. Sobre el particular, el artículo 461 del Código sobre el particular refiere que "la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos en la demanda"; sin embargo, debemos tener presente que ello es una presunción relativa y que no es extensiva bajo los supuestos que recogen los diversos incisos del artículo 461 del CPC citado.

Por otro lado, el juez está facultado para obviar la etapa probatoria normal cuando cualquiera de las partes ha aportado elementos de juicio suficientes para engendrar su convencimiento; también cuando la prueba aportada sea exclusivamente

documental, en la que no haya necesidad de actuación en audiencia. En tales casos, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia. La redacción actual del artículo no solo reafirma el juzgamiento anticipado, bajo los supuestos que acogen los incisos 1 y 2 sino que permite solicitar el uso de la palabra para el informe oral, redacción que no contemplaba la anterior versión.



JURISPRUDENCIA

Se incurre en violación a las garantías del debido proceso, si el juez declara que la cuestión debatida es de puro derecho y decreta el juzgamiento anticipado del proceso, la que no es comunicada a las partes (Exp. N° 153-97-7, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 331).

(...) La audiencia de pruebas tiene como finalidad la actuación de las pruebas admitidas, en el orden que señala el artículo doscientos ocho del Código Procesal Civil, de tal manera que si las pruebas no requieren de actuación, esta carece de objeto, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos setentitres inciso primero del mismo Código, no habiendo necesidad de actuar medio probatorio alguno, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia, sin admitir otro trámite (Cas. N° 225-98-Cusco, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 323-325).

Capítulo II

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

CONCLUSIÓN DEL PROCESO

ARTÍCULO 474

El juez declarará concluido el proceso si durante su tramitación se presentan cualquiera de los casos previstos en el artículo 321 y los incisos 2, 4 y 5 del artículo 322.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 321, 322 incs. 2, 4 y 5, 327, 328, 334, 343, 345.

Comentario

1. La norma regula las posibilidades de concluir el proceso, con o sin declaración de fondo. Estas figuras que están recogidas en los artículos 321 y 322 del CPC son tomadas como justificantes para concluir "de manera anticipada el proceso" esto es, sin esperar el pronunciamiento final a través de la sentencia firme.

Cuando el proceso concluye sin extinguir el conflicto nos ubicamos en todos los supuestos del artículo 321 del CPC, que implica la postergación de la discusión del conflicto para otra oportunidad; sin embargo, puede darse la coincidencia de concluir el proceso y concluir el conflicto; como la sentencia, la conciliación, la transacción y la renuncia. En esos casos, nos ubicamos ante la conclusión del proceso con declaración de fondo; sin embargo, la norma en comentario regula la conclusión anticipada del proceso, supuesto en el que no debe ingresar el allanamiento y el reconocimiento que requieren de un pronunciamiento recogido en la sentencia; por ello, el artículo hace referencia expresa que solo la conciliación, la transacción y la renuncia son modos especiales de conclusión anticipada del proceso, descartando de ello a la sentencia.

2. La conciliación es un acto jurídico bilateral, solemne, por medio del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero conciliador. Se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad. Para que este acto jurídico-procesal concluya el proceso y el conflicto es necesario que el acuerdo haya sido controlado por la jurisdicción positivamente, teniendo en cuenta

que dicho acto jurídico opere dentro de los límites de los derechos disponibles y se ajuste a la naturaleza del derecho en litigio. Solo si la conciliación está aprobada judicialmente se puede colegir que ha operado sus efectos conclusivos; mientras tanto, subsistirá como un acto procesal sin la eficacia de la cosa juzgada.

La transacción también es un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas con carácter patrimonial. No es suficiente el acto bilateral, oneroso y consensual para que ponga fin al conflicto sino que además es necesaria la aprobación judicial para que recién pueda surtir sus efectos homologatorios. En tanto no opere el control, regulado en el artículo 337 del Código Procesal, el acto jurídico procesal no generará los efectos de la conclusión y la cosa juzgada.

Por último, la renuncia al derecho que sustenta su pretensión, es el acto jurídico mediante el cual la persona abdica, abandona, se desprende de un crédito ingresado o por ingresar en su patrimonio. Comprende todos los derechos renunciables y no solamente los creditorios. Se relaciona la renuncia con el desistimiento de la pretensión porque también implica una renuncia al derecho que se reclama. Como se aprecia del artículo 342 del CPC, la oportunidad para el desistimiento opera antes de la sentencia de primera instancia, pero luego de ello y en el ínterin que esta quede firme, puede operar la renuncia al derecho ya declarado en la sentencia, situación que hace referencia el inciso 5 del artículo 322 del CPC. El proceso termina aquí no por los efectos de la sentencia, aún no firme, sino por los efectos de la renuncia, generando con ello, la conclusión anticipada de este, por su puesto que quien renuncia debe ser la parte que ha obtenido una sentencia favorable; en caso contrario, no tendría ningún derecho sobre qué renunciar.

3. En el procedimiento arbitral, en igual forma se permite que los árbitros promuevan la conciliación en todo momento. Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada. Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este laudo no requiere ser motivado. Cuando la conciliación o transacción fueran parciales, continúa el proceso respecto de los demás puntos controvertidos. En ese sentido véase el artículo 41 de la LGA (Ley N° 26572).

SECCIÓN QUINTA

PROCESOS CONTENCIOSOS

TÍTULO I

PROCESO DE CONOCIMIENTO

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

PROCEDENCIA

ARTICULO 475

Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los juzgados civiles, los asuntos contenciosos que:

- 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considere atendible su tramitación;*
- 2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal;*
- 3. Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el juez considere atendible su procedencia;*
- 4. El demandante considere que la cuestión debatida solo fuese de derecho; y,*
- 5. Los demás que la ley señale. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 104, 106, 122, 200, 231, 542, 664, 865.

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

C.P.C.	arts. 447, 477, 480, 824, 1 DM, 2 DM.
LEY 26887	arts. 139, 146, 150, 151, 326, 422.
LEY 27287	art. 18.2.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica	arts. 297-304.
C.P.C. Colombia	arts. 398-405.
C.P.C.N. Argentina	arts. 319, 320.

Comentario

1. Cuando se postula un conflicto de intereses a la jurisdicción, este discurre por diversos caminos para su satisfacción. En un primer momento se va orientar a conocer y esclarecer quién tiene la razón y quién no la tiene; luego de ello, se procederá a hacer efectivo el derecho definido. En tanto, puede concurrir la actividad cautelar, dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento de la jurisdicción con el derecho a declarar. Como se advierte, junto con la cognición y la ejecución, la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, a las que se agrega una tercera actividad, la cautelar.

En el proceso de cognición —como señala Liebman⁽²⁵²⁾ “el órgano jurisdiccional está llamado a juzgar, esto es, a ejercitar la actividad más característica de su función, la de declarar entre dos contendientes —con la solemnidad y con los efectos de la sentencia— quién tiene la razón y quién no la tiene”.

Además de constatar y declarar los derechos, busca que ellos sean satisfechos. Esta segunda forma de tutela jurisdiccional se cumple por medio del proceso de ejecución, que se contrapone y se coloca al lado del proceso de cognición. Como dice Liebman⁽²⁵³⁾, “además de formular la regla jurídica concreta que regula una determinada situación, es necesario proveer a actuarla, a traducirla en hechos reales, modificando la situación de hecho existente, el modo de hacerla que llegue a ser conforme a lo que debería ser”.

A la cognición y a la ejecución se agrega la cautelar. Ello se explica en atención al tiempo que transcurre, mientras se espera poder iniciar o mientras se desarrolla un proceso. Para Liebman⁽²⁵⁴⁾, “puede suceder que los medios que le son necesarios (pruebas y bienes) se encuentren expuestos al peligro de desaparecer o de ser sustraídos a la disponibilidad de la justicia; o, más genéricamente, puede suceder que el derecho cuyo reconocimiento se pide, resulte amenazado por un

(252) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 121.

(253) LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 149.

(254) LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 161.

perjuicio inminente e irreparable". Aquí los órganos jurisdiccionales, a pedido de parte, pueden conservar las pruebas o los bienes, de manera que asegure que el proceso pueda conseguir un resultado útil.

En esta sección del Código Procesal se regula precisamente lo descrito líneas arriba. Así pues, apreciamos en los títulos I, II y III la actividad del proceso de cognición a desarrollarse a través de las vías procedimentales de conocimiento, abreviado y sumario. Los procesos de ejecución son abordados en el título V, a través del procedimiento ejecutivo, de ejecución de resoluciones judiciales y ejecución de garantías; y por último el título IV regula el proceso cautelar.

2. Los procesos de cognición tramitados bajo la vía procedimental de conocimiento tienen las siguientes características: a) son definidos por la competencia objetiva (materia y cuantía) y por la funcional; b) el modelo, a través del cual, se realiza la actividad procesal permite una mayor amplitud en los plazos, la reconvencción y una amplia actividad probatoria, aun en segunda instancia.

El artículo en comentario hace referencia a las reglas generales para fijar la vía procedimental de conocimiento. El inciso 1 establece que los conflictos contenciosos que "no tengan una vía procedimental propia" se tramitarán bajo la vía de conocimiento. No tienen vía procedimental propia el cambio de nombre, el mejor derecho de propiedad, por citar. La norma deja también a la discrecionalidad del juez asumir dicho procedimiento cuando la naturaleza o complejidad de la pretensión así lo justifiquen. Véase el caso de la pretensión sobre extinción de hipoteca (regulada en el artículo 1122 del CC); la referida a la excesiva onerosidad de la demanda (ver el artículo 1440 del CC).

Para dichas pretensiones no se establece una vía procedimental propia, a diferencia de otras pretensiones donde la norma expresamente le asigna un mecanismo, como sucede en el caso de la ineficacia de actos jurídicos gratuitos y onerosos que refiere el artículo 200 del CC o la disolución de asociaciones (ver el artículo 96 del CC). En la Casación N° 3570-2002-Ucayali publicada en *El Peruano* el 31 de marzo de 2004, la Sala Suprema en la pretensión de exclusión de nombre, ha señalado que el Código Procesal Civil no prevé que ella se tramite por la vía abreviada; por el contrario, como dicha acción no tiene una vía procesal específica no cabe declarar la nulidad del proceso sosteniendo que se tramitó en una vía que no corresponde. La Sala Suprema considera que si una acción no tiene una vía procedimental específica, la decisión del juez de tramitar la causa en vía de conocimiento no acarrea nulidad procesal alguna pues por su naturaleza el proceso de conocimiento permite a las partes un mejor ejercicio de los derechos de acción y de contradicción.

Otro criterio a valorar –según el inciso 2– es la competencia objetiva por cuantía. Ello implica que si el petitorio de la pretensión tiene una estimación patrimonial mayor de mil Unidades de Referencia Procesal se debe recurrir a esta vía procedimental.

La Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año. Para el cálculo de la cuantía se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 11 del CPC. Tratándose de pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina sobre la base del valor del inmueble vigente a la fecha de la interposición de la demanda (ver el artículo 12 del CPC). Esta cuantía ha sido modificada por Ley N° 29057 (publicada el 29 de junio de 2007) de su redacción original que la establecía en una cantidad mayor a trescientas Unidades de Referencia Procesal, ampliando con ello la cobertura de las vías procedimentales hacia los procedimientos sumarísimos y abreviados, los primeros de mayor incidencia en los juzgados de paz letrados. Con esto se permite que los conflictos que tengan una mayor significancia económica puedan ser debatidos en un modelo amplio como es la vía procedimental de conocimiento, orientando en promedio el debate de los conflictos con una estimación económica menor a un mil unidades de referencia procesal a los procedimientos abreviados y sumarísimos. Esto podría evidenciar la tendencia a privilegiar modelos de rápido debate y de reducidos plazos procesales para hacer realidad la celeridad y economía procesal.

En oposición al citado inciso 2, aparece el inciso 3 para comprender a las pretensiones inapreciables en dinero o con duda sobre su monto, siempre y cuando el juez considere atendible su empleo. Véase el caso del divorcio por causal que acoge una pretensión no patrimonial (ver el artículo 480 del CPC). Como señala el artículo 12 del CPC, aquí no se aplicará el criterio de la cuantía para fijar la competencia sino procede designar al juez civil directamente bajo la tramitación de la vía procedimental de conocimiento.

Conforme refiere el inciso 3 esta calificación está sujeta a la consideración del demandante, lo que no impide al juez —en caso de error en la calificación de parte— poder dictar las medidas para que se tramite bajo los alcances de la vía procedimental debida. Si bien el artículo 477 del CPC permite la sustitución de la vía propuesta en la casos de los incisos 1 y 3 del artículo 475 del CPC, situación que no comprende al caso en comentario, consideramos que el argumento central para este cuestionamiento es la competencia objetiva por materia y su consecuente implicancia en la vía procedimental propuesta. Lo que califica la naturaleza de la pretensión no es el criterio de la parte que lo postula sino el contenido de ella, esto es, los hechos que la sustentan o la describen (véase el artículo 9 del CPC), por tanto, en aplicación del artículo 6 del CPC, esta competencia no puede modificarse por la mera calificación de parte.

Especial situación opera en las pretensiones de puro derecho como sería en los casos de mejor derecho de propiedad. Según el inciso 4 la vía procedimental para dichas pretensiones el camino procedimental es el de conocimiento. Las impugnación de acto o resolución administrativa es una expresión de pretensión de derecho con una vía procedimental abreviada definida en el inciso 6 del artículo 486 del CPC.

El inciso 5 hace referencia a los casos establecidos por ley. Véase el supuesto del artículo 150 de la Ley General de Sociedades que establece el procedimiento de conocimiento para la nulidad de los acuerdos de la junta, contrarios a normas imperativas.

El Código Civil fija la vía procedimental de conocimiento para el debate de las siguientes pretensiones: en las fundaciones, la desaprobación de cuentas o balances (parte final, artículo 106 del CC); desaprobación de cuentas (artículo 122 del CC); ineficacia de acto jurídico oneroso (artículo 200 del CC); invalidez del matrimonio (artículo 281 del CC); rendición y desaprobación de cuentas del tutor (artículo 542 del CC); petición de herencia (artículo 664 del CC); desaprobación de cuentas de albacea (artículo 794 del CC); nulidad de partición por preterición de heredero (artículo 865 del CC).



JURISPRUDENCIA

Si bien la formalidad del contrato de arrendamiento financiero exige que sea celebrado por escritura pública e inscrito en el registro público, también es cierto, que se constituye por un documento de fecha cierta donde hay expresión de voluntad, siempre que no se elija la vía ejecutiva, como faculta el D.Leg. 299, sino la de conocimiento. Debe ampararse la pretensión si el derecho de exigir la restitución de la cosa está prevista en el D.Leg. 299 y la fianza que forma parte del contrato, reúne la formalidad del artículo 1871 del C.C., por cuanto, recoge la voluntad del fiador frente al acreedor de pagar hasta una determinada cantidad en garantía de una obligación ajena (Exp. N° 56030-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 632-633).

Si el juez ha decidido la incorporación a los nuevos propietarios del bien, materia de anticipo de legítima cuya ineficacia se solicita, porque podrían ver afectados sus derechos; sin embargo, al haber adquirido el bien a título oneroso, su ineficacia se tramita como proceso de conocimiento según el artículo 200 del Código Civil (Exp. N° 98-46534, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 121).

REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

ARTICULO 476

El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 424, 474, 489, 548.

Comentario

El proceso se inicia con la demanda. Ella es calificada como la petición formulada por las partes al juez. Es un acto de iniciación procesal que no implica necesariamente el planteamiento de un conflicto suscitado entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia de fondo que lo dirima, sino que se configura, con motivo de la petición formulada ante el órgano judicial, por una persona distinta de este, a fin de que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso. Precisamente este ulterior trámite es el que hace referencia el artículo en comentario, tratándose de procesos sometidos a la vía procedimental de conocimiento.

Este se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro. La norma exige que esta actividad se sujete a los requisitos que allí se establecen para cada acto; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones, tachas u oposiciones y la tramitación de estas (en cuaderno separado), la actividad probatoria se desarrolla a través de varias audiencias y no en audiencia única, como lo es el procedimiento sumarísimo, entre otras particularidades.

Este procedimiento tiene las características siguientes: a) ser definido por la competencia objetiva (materia) y por la cuantía de la pretensión a dilucidar; b) el modelo, a través del cual, se realiza la actividad procesal permite una mayor amplitud en los plazos procesales; c) la reconvencción, así como una mayor actividad probatoria, inclusive en segunda instancia.

Por otro lado, es importante señalar que en toda pretensión debe concurrir tres condiciones: la posibilidad jurídica, el interés y la legitimación. A pesar de que otros criterios la reducen a dos condiciones: interés y legitimidad, no podemos dejar de señalar que la posibilidad jurídica consiste en que la pretensión se halle regulada por el derecho objetivo, esto es, que se encuentre tutelada por este.

Requiere de una cierta adecuación entre el hecho alegado y la norma invocada, por citar, en un país donde no existe el divorcio no podría plantearse tal pretensión. El interés procesal consiste en el interés en el actuar, en el móvil que tiene el actor (o eventualmente el demandado para contradecir) por citar, quien tiene un crédito cuyo plazo aún no ha vencido, no lo podrá reclamar en el proceso; tampoco el caso del heredero si no ha fallecido el causante. La legitimación encierra la especial posición del que actúa en el proceso con respecto de la situación jurídica pretendida. Están legitimados para la pretensión de desalojo, el propietario, los condóminos, el arrendador, el subarrendador, etc. Los legitimados pasivos son el arrendatario y el subarrendatario.



JURISPRUDENCIA

Si la ejecutada en su apelación precisa que la obligación ha sido cancelada, para lo cual acompaña un documento expedido por la ejecutante que da por cancelada la integridad de la deuda que es materia del proceso, el juez en ejecución de sentencia debe merituar dichos documentos y establecer su eficacia como un instrumento de pago, a efectos de verificar si la ejecutada, finalmente ha cumplido o no con su obligación (Exp. N° 261-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 540).

FIJACIÓN DEL PROCESO POR EL JUEZ

ARTÍCULO 477

En los casos de los incisos 1 y 3 del artículo 475, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 475 incs. 1 y 3.

Comentario

1. Montero Aroca⁽²⁵⁵⁾ define a la demanda como el acto procesal de parte, por el que se ejercita el derecho de acción y contiene la pretensión; por ello, se dice que la demanda como acto es un continente, por medio de ella se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión. Hay por lo tanto diferencia conceptual entre pretensión y demanda, a pesar de que se presenten fundidos en un acto único: el actor al mismo tiempo que solicita la apertura del proceso (ejerce el derecho de acción) formula la pretensión que ha de constituir el objeto de esta.

La demanda es importante porque es el vehículo a través del cual el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. También en la demanda el actor propone la vía procedimental a través del cual se dirigirá el debate de sus pretensiones, sin embargo, pudiera darse el caso que dicha propuesta procedimental no sea coherente con el objeto de litis, situación que permite al juez sustituirla por la del procedimiento de conocimiento, en los casos a que se refieren los incisos 1 y 3 del artículo 475 del CPC. Nótese que la propuesta procedimental no es ejercicio del principio dispositivo, como sí lo serían los hechos y la prueba que aportan las partes al proceso. La vía procedimental hay que entenderla como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo.

2. Hay que tener en cuenta que la demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia, determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia y el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del

(255) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*, T.II, Proceso civil, Bosch, Barcelona, 1995, p.129.

derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros (véase en ese sentido el artículo 438 del CPC). Resulta importante este primer acercamiento que tiene el juez de apreciar debidamente la pretensión, para fijar posteriormente la competencia objetiva (por razón de la materia y la cuantía) y su incidencia de esta en la vía procedimental. Conforme señala el inciso 9 del artículo 424 del CPC, el demandante propone la vía procedimental; sin embargo, frente a dicha propuesta pudiera darse el caso de que por la naturaleza o complejidad de la pretensión, por tratarse de una pretensión inapreciable en dinero o porque hay duda sobre su monto, el juez sustituya la vía procedimental propuesta por la de conocimiento.

Esta variación está contemplada como una de facultades genéricas con que cuenta el juez para "adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación". En ese sentido, léase el inciso 1 del artículo 51 del CPC. Dichas facultades hay que entenderlas bajo el concepto publicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso.

3. Un elemento fundamental para que opere la sustitución de la vía procedimental es la motivación debida. El juez tiene el deber de justificar por qué ha decidido apartarse de la vía procedimental propuesta y optar por el de conocimiento.

Como refiere la norma en comentario, la resolución será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

Si partimos de la idea que en el admisorio de la demanda se establece la vía procedimental a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, tal como lo exige la norma en comentario; todo lo contrario, el emplazamiento del demandado contiene la notificación entre otros del admisorio de la demanda.

La fijación de la vía procedimental por el juez se explica por qué es el juez, no las partes, quien fijará el escenario a través del cual ellas debatirán sus pretensiones, bajo un escenario no reducido y tampoco limitado, todo lo contrario un medio amplio que permite en mejor forma el ejercicio del derecho de acción y de contradicción. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido publicístico, hay un fin social en el proceso, que permite al juez fijar el contexto a través del cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustentan sus pretensiones.

4. Véase que la variación de la vía procedimental encierra la sustitución de esta. Ello implica que necesariamente la parte actora ha propuesto un mecanismo de tramitación, sin embargo, para la calificación del juez, por las razones que especifican los incisos 1 y 3 del artículo 475 del CPC puede ser sustituido de oficio por el juez, sin posibilidad de impugnación; situación distinta, es cuando no se ha propuesto vía procedimental. Aquí ya no operaría la sustitución sino la exigencia a que la parte actora cumpla con precisar el camino procedimental por donde se encausará el debate del conflicto jurídico, tal como lo exige el inciso 9 del artículo 424 del CPC.

PLAZOS

ARTÍCULO 478

Los plazos máximos aplicables a este proceso son:

1. Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.
2. Cinco días para absolver las tachas u oposiciones.
3. Diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción.
4. Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.
5. Treinta días para contestar la demanda y reconvenir.
6. Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, conforme al artículo 440.
7. Treinta días para absolver el traslado de la reconvencción.
8. Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al artículo 465.
9. Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al artículo 468. DEROGADO (*)
10. Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471.
11. Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.
12. Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al artículo 211.
13. Diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 208 párr. 2, 211, 265, 270, 300, 301, 303, 373, 440, 443, 445, 447, 455, 465, 468, 471 párr. 2.

Comentario

1. El tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Para Palacio⁽²⁵⁶⁾, tales lapsos se denominan

(*) Inciso derogado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

(256) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref., pp. 55-56.

plazos y su existencia responde a razones de seguridad y certeza. No basta el establecimiento del orden consecutivo en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que además es menester determinar los lapsos específicos dentro de los cuales estos deben ejecutarse, ya que de lo contrario las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde desarrollar su actividad procesal; además, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

Tomando como referencia la forma de fijación de los plazos, podemos calificarlos en legales, judiciales y convencionales. El plazo legal es aquel cuya duración se halla expresamente establecida por ley, por citar, diez días para interponer excepciones en procesos de conocimiento (ver el inciso 3 del artículo 478 del CPC). La norma en comentario recoge la expresión de los plazos legales en la actividad asignada a los sujetos procesales (partes y juez). Con relación a sus efectos, los plazos pueden ser calificados de perentorios y no perentorios. El primero es preclusivo, fatal, porque su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedieron, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial. El artículo en comentario acoge precisamente el plazo perentorio; no se admite la posibilidad de que ambas partes con anterioridad a la expiración de un plazo determinado convengan por escrito su prolongación, estableciendo por esa vía un plazo convencional. En ese sentido léase lo regulado en el artículo 146 del CPC que dice: "los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales".

Los plazos que recoge este artículo son indivisibles. Se conceden independientemente a cada parte para la ejecución de actos procesales determinados. En tal sentido, véase los plazos fijados para oponer excepciones, contestar demandas, interponer recursos, etc. Aquí resulta indiferente que intervengan en el proceso una persona o una pluralidad de personas en la misma posición de parte, como ocurre en los casos de litisconsorcio, pues en tal hipótesis cada una de aquellas cuenta con plazos independientes para ejercer las facultades procesales que trate. Apreciéese que el artículo en comentario no acoge el plazo común. Este plazo se acuerda en forma conjunta para ambas partes, a fin que realicen uno o más actos procesales de la misma índole, como sería el caso de los alegatos. El artículo 212 del CPC al respecto dice: "dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado". Mientras que los plazos individuales se computan desde que se practica la respectiva notificación a la parte a quien afectan o, en su caso, a cada uno de los litisconsortes, los plazos comunes empiezan a correr desde la última notificación, tal como lo señala el artículo 147 del CPC.

2. Cuando se postula una pretensión, opera la carga de probar los hechos que afirman las partes (ver el artículo 194 del CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad, estará sometido al control de la contraparte, quien podrá cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de las tachas u oposiciones.

Estos mecanismos se utilizarán en atención al medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 del CPC y constituye una carga para quien se opone la prueba, caso contrario se asume que está aceptando la veracidad de los hechos que contiene el medio probatorio. Por citar, si tenemos un documento privado y se ofrece este solicitando además el reconocimiento, la contraparte si no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito al contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver el artículo 246 del CPC). Como se aprecia de la redacción de la norma, la contraparte tiene cinco días para cuestionar la eficacia probatoria de los medios probatorios ofrecidos, plazo que se computará desde la notificación que se tienen por ofrecidos. Es común que estos medios se ofrezcan con la demanda; sin embargo, no se descarta la posibilidad de que habiéndose dictado el admisorio se hubiere postergado el pronunciamiento sobre el ofrecimiento de los medios de prueba, para subsanar deficiencias de orden formal, situación que generará que se tome en cuenta posteriormente para fijar el cómputo del plazo para su impugnación.

El inciso 2 es la expresión del principio de bilateralidad en el proceso. Este opera siempre y cuando se hubieren interpuesto tachas u oposiciones a los medios probatorios. Brinda la posibilidad a la parte que ofreció los medios de prueba para que absuelva las observaciones realizadas por la contraparte.

El inciso 3 otorga un plazo especial para la interposición de las excepciones y defensas previas. Monroy⁽²⁵⁷⁾ considera a la excepción como "un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción".

La defensa previa viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso. Corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción. Monroy⁽²⁵⁸⁾ la conceptúa como aquella que sin un cuestionamiento a la pretensión

(257) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas del proceso civil*, Studium, Lima, 1987, pp. 102-103.

(258) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Conceptos elementales del proceso civil II", en: *El Peruano*, Lima, 01/07/1992, p. B-5.

y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo, por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el pago de lo debido, estos podrían alegar que desconocen aun si la masa hereditaria presenta un saldo positivo, por lo que el proceso debe suspenderse hasta conocer tal hecho. Esta es una típica defensa previa, no se ataca la pretensión, solo se dilata el proceso y su eficacia, incluso de manera definitiva.

En relación al inciso 3 en comentario apreciése que los plazos se computan bajo dos supuestos: a) con el inicio de la relación procesal, esto es, desde la notificación de la demanda; y, b) con la admisión de la acumulación sucesiva de pretensiones, como es el caso de la reconvenición. Apreciése que esta última, implica el ejercicio del derecho de acción del demandado, a través del cual interpone una pretensión contra el demandante, provocando una acumulación de pretensiones. Esta contrapretensión también está sujeta a cuestionarse a través de la excepciones.

El inciso 4 en ejercicio del contradictorio, otorga un plazo de diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas propuestas. Es la posibilidad que se otorga al demandante para que absuelva el cuestionamiento realizado a su pretensión a través de la excepción, caso contrario, se procederá a señalar fecha día y hora para la audiencia de saneamiento, en el supuesto que se hubieren ofrecido medios probatorios pendientes de actuación. En esta audiencia es procedente escuchar los informes orales de los abogados si fueren solicitados. El juez puede reservarse la decisión sobre las excepciones por un plazo que no excederá de cinco días, contado desde la conclusión de la audiencia. Su decisión debe considerar los efectos que señala el artículo 451 del CPC, así como la abstención a que refiere el artículo 450 del CPC, en caso de que se refiera a excepciones de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral. Otro supuesto en el tratamiento de las excepciones es cuando absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez en decisión motivada e inimpugnable puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneando el proceso.

Véase que en esta vía procedimental, las excepciones se sustanciarán en cuaderno separado, sin suspender la tramitación del principal (ver el artículo 447 del CPC).

El inciso 5 fija el plazo de treinta días para contestar la demanda y reconvenir. Comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse. El otorgamiento de plazos debe operar bajo el principio de igualdad, de permitir a las partes por igual similares posibilidades sin que ello lleve a exigir una igualdad aritmética, sino a una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. La Sala Suprema ha establecido en la Casación Nº 1103-2002-La Libertad, publicada en *El Peruano*, el 1 de marzo de 2004, "el debido proceso importa el derecho a la defensa de fondo, esto es, la

contestación de la demanda o la contradicción. Ellas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando esta omisión rechazo del escrito”.

Esta etapa es importante porque determinará para el futuro proceso la existencia o no de controversia. La demanda no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede levantar o no, según le parezca más conveniente. La inactividad que genera la rebeldía constituye fundamento para la presunción sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo los casos que contempla el artículo 461 del CPC.

Otro aspecto a considerar en la contestación es que puede generar hechos admitidos, los mismos que van a tener incidencia para la futura actividad probatoria, en los términos que señala el inciso 2 del artículo 190 del CPC. Los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no hay discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta. Genera dos consecuencias inmediatas: obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar, y genera suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna.

El plazo legal que señala este inciso también hace referencia a la reconvencción, entendida esta como la pretensión que puede incoar la parte demandada al proceso, provocando así una acumulación objetiva sucesiva de pretensiones.

El inciso 6 otorga diez días para ofrecer medios probatorios, si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción. Este inciso resulta coherente con lo expuesto en el artículo 440 del CPC que dice: “cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”. Véase en el caso del cobro de un mutuo. El demandado reconoce la existencia del mutuo pero no está de acuerdo en el monto, porque el demandante no ha tomado en cuenta la compensación celebrada entre ambas partes. Este hecho nunca fue referido por el demandante pero es introducido al proceso por el demandado en su contestación y que resulta procedente llevarlo al debate para asumir con certeza que el monto demandado ha sido variado a otra suma producto de la compensación realizada.

El inciso 7 fija en treinta días el plazo para absolver el traslado de la reconvencción. Como ya hace referencia el inciso 6 citado, el demandado frente al emplazamiento no solo puede contestar sino incorporar una nueva pretensión a través de la llamada reconvencción; como implica esta una nueva pretensión, necesariamente debe el actor tener la posibilidad de absolverla y deducir excepciones e impugnar los medios de prueba ofrecidos. Los plazos para interponerlas aparecen fijados en los incisos 1 y 3 de este artículo.

El inciso 8 se ubica en el examen de la relación procesal. Conforme refiere el inciso 3 del artículo 465 del CPC, el juez —de oficio— y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, concederá un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental. En el caso del procedimiento de conocimiento este inciso lo fija en diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal.

Con la modificación realizada por el D. Leg. N° 1069 de los artículos 468 y 324 del CPC, la etapa conciliatoria en el proceso ya no es obligatoria. Es un acto facultativo a realizarse ante los centros de conciliación extrajudicial, de ahí que luego del saneamiento procesal, se procede a la fijación de los puntos controvertidos los que serán materia de la actividad probatoria; para luego ingresar a valorar la admisión o no de los medios probatorios ofrecidos en la demanda y contestación, así como los referentes a las cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) si hubiere. En caso la prueba admitida requiera de actuación, se señalará día y hora para la audiencia respectiva, la que se tramitará bajo los alcances del artículo 203 del CPC. Especial situación se aprecia en las pretensiones de puro derecho. Aquí, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite, esto es, recurre al llamado juzgamiento anticipado. Aquí no cabe actuación probatoria alguna por la naturaleza de la pretensión en discusión. En ese sentido, léase la ejecutoria recaída en el Expediente N° 2089-02 de la Primera Sala Contencioso-Administrativa que asume el criterio ya reseñado⁽²⁵⁹⁾.

El inciso 10 fija el plazo de cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas. Este plazo es coherente con lo establecido en el artículo 471 del CPC precisando que la audiencia de pruebas será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria; sin embargo, debemos precisar que a pesar de que se hubiere admitido los medios de prueba ofrecidos, no cabría señalar fecha para audiencia de pruebas, cuando estamos ante el supuesto del inciso 1 del artículo 473 del CPC que refiere al juzgamiento anticipado, cuando no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, como sería el caso de la prueba

(259) Dicha ejecutoria aparece publicada en LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. T. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 609-611.

documental admitida, la misma que no ha sido objeto de tacha. En estos casos es procedente recurrir a la figura del juzgamiento anticipado.

El inciso 11 establece el plazo de diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso. Véase el caso de la incorporación de un litisconsorcio necesario, luego de agotada la audiencia de pruebas, tal como lo señala el artículo 96 del CPC; sin embargo, el plazo que establece el citado artículo 96 del CPC refiere a uno que no excederá de veinte días.

Otro aspecto que regula este artículo está referido al plazo para expedir sentencia. Como señala el artículo 211 del CPC, "antes de dar por concluída la audiencia, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará". En el caso del procedimiento de conocimiento, el inciso 12 fija en cincuenta días para expedir sentencia. Ella debe considerarse como el acto procesal por el cual el juez, en calidad de órgano independiente del Estado, cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho en contradicción, de resolver el conflicto sobre las pretensiones del demandante y las defensas del demandado.

Los plazos de impugnación también difieren según la vía procedimental. Tratándose de procesos de conocimiento se establece en diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373. Véase que en los procedimientos de conocimiento es procedente ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación, tal como lo reconoce el artículo 374 del CPC. En este caso, reafirmamos la posición que los plazos son perentorios, esto implica que aun cuando un recurso de apelación haya sido concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, debe ser, considerado ineficaz por el superior en grado, si este se ha interpuesto después de transcurrido el plazo legal fijado al efecto, pues conforme lo señala el artículo 146 del CPC "los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales".

Por otro lado, hay que tener presente que en los procesos de conocimiento y abreviado la fecha para la vista de la causa debe ser notificada a las partes con diez días previos a su realización (ver el artículo 375 del CPC). Además que entre la notificación y la realización de dicha actuación procesal debe transcurrir como mínimo tres días hábiles (en ese sentido, léase la Casación N° 1477-2003-Puno del 14 de octubre de 2004⁽²⁶⁰⁾).

(260) Publicada en *El Peruano* el 28 de febrero de 2005.

**JURISPRUDENCIA**

Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar impicante para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta (Exp. N° 1123-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 316).

PLAZO ESPECIAL DEL EMPLAZAMIENTO

ARTICULO 479

Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos serán de sesenta y noventa días, respectivamente.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 435 párr. 3.

Comentario

1. La norma hace referencia a los plazos para el emplazamiento, esto es, los plazos que se aplican para el llamado al demandado para que comparezca al proceso. No se trata de una citación sino de un emplazamiento. Si bien en ambos casos se busca la comparecencia al proceso, difieren en que la citación supone la presentación en un momento determinado (día y hora), mientras que el emplazamiento lo hace en un plazo prefijado, por citar, sesenta días de notificado el admisorio.

2. El traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

Lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su actuación. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley, como sería el caso que regula el artículo 435 del CPC, cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; y, cuando el demandante ignora el domicilio del demandado. Aquí el emplazamiento se hará mediante edicto. El plazo del emplazamiento será no mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

Apreciése que el plazo que regula este artículo se vincula con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer o el lugar donde corresponde realizar uno o más actos procesales.

Los plazos ordinarios se fijan sobre la base de que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En cambio, los plazos extraordinarios son aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia de que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial o fuera de la República, como es el caso del artículo en comentario.

Capítulo II DISPOSICIONES ESPECIALES

Sub-Capítulo 1 SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO POR CAUSAL

TRAMITACIÓN

ARTÍCULO 480

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo. Estos procesos solo se impulsarán a pedido de parte. ()*

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 333 incs. 1 a 12.
C.P.C.	arts. IV, 475.

Comentario

1. La única pretensión que es desarrollada en esta vía procedimental está referida a la separación de cuerpos o divorcio por causal. Se trata de una pretensión constitutiva que busca modificar la relación jurídica existente del matrimonio a fin de disolverla; ello explica el porqué no puede operar sobre un matrimonio disuelto por muerte.

El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial, mediante declaración judicial, al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por ley y con la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, en caso de que los cónyuges hubieren optado por dicho régimen patrimonial.

(*) Texto según el artículo 7 de la Ley Nº 27495 de 07/07/2001.

Los sistemas legales que concurren al divorcio son calificados como divorcio sanción y divorcio remedio. En el primer caso se contempla la existencia de causas legales de inculpación y la imposibilidad de fundamentar la demanda en el hecho propio, siendo el divorcio la sanción para el culpable incurso en la causa legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales del divorcio, que son diferentes para el inocente y para el culpable. En el caso del divorcio remedio, cabe el acuerdo de los cónyuges, evitando toda inculpación, y de otra, la decisión unilateral basada en el propio hecho de la separación efectiva o cese de la convivencia, sin indagar sus motivaciones.

2. Con la separación de cuerpos se suspende los deberes relativos al lecho y habitación y se pone fin automáticamente al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial; sin embargo, el estado de separación de cuerpos legalmente establecido por la sentencia puede terminar de dos modos: por el regreso a la vida conyugal o por la completa ruptura del vínculo.

Las causales de separación de cuerpos aparecen establecidas en los 11 incisos del artículo 333 del CC y son extensivas –alguna de ellas– al divorcio (ver el artículo 349 del CC). El matrimonio solo podía extinguirse por mutuo acuerdo de los cónyuges o por causa de incumplimiento de los deberes conyugales, pero nunca unilateralmente por causa propia; sin embargo, ello ha sido superado por la causal de “separación de hecho”.

3. Desde la vigencia de la Ley N° 27495 la posibilidad de disolver el vínculo conyugal se ha flexibilizado, pues depende exclusivamente del cónyuge que quiere dar por terminado el matrimonio, a diferencia de las demás causales que dependen del incumplimiento de los deberes matrimoniales del otro cónyuge, permitiendo que por causa propia fenezca un matrimonio. Bajo esta causal se aprecia que prevalece la voluntad en continuar o no con la relación matrimonial. Si alguno de los cónyuges ya no quiere seguir unido a la vida del otro y desea recuperar su individualidad, simplemente se retira del hogar y deja pasar el tiempo, para conseguir luego el divorcio. Como señala la Casación N° 1720-2003-Junín⁽²⁶¹⁾ esta causal de divorcio, “tiene como esencia dar respuesta a un problema social de nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad que prevé el artículo 234 del CC, cuya tendencia es poner fin a un matrimonio ficticio, que en su mayoría han formado nuevos núcleos familiares”.

Para invocar esta causal deben haber transcurrido cuatro años de separación si hubiere hijos menores y 2 años sin ellos, además, que el demandante esté al día en el pago de las pensiones alimenticias judicialmente ordenadas. Con

(261) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el martes 30 de noviembre de 2004, p. 13101.

relación a la aplicación temporal de la Ley N° 27495, mediante la Casación N° 1720-2003-Junín del 25 de abril de 2003⁽²⁶²⁾, se ha establecido que “solo a partir de la entrada en vigencia del citado cuerpo legal (ocho de julio de dos mil uno) se puede acumular el plazo legal para la separación de hecho”.

La consecuencia prevista en la norma es el deber de indemnizar de quien ha promovido el divorcio, sin justa causa a quien ha sido perjudicado y aquí aparece la disyuntiva si esta indemnización debe ser expresamente demandada o debe ser fijada –de oficio– por el juez. Frente a ello, la Sala Suprema a través de la Casación N° 2548-2003-Lima⁽²⁶³⁾, del 10 de agosto de 2004, ha considerado “daño personal como el daño no patrimonial, inferido en los derechos de la personalidad, en valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, influyendo directamente en las emociones, sufrimiento, dolor, pena, angustia y el proyecto de vida de la persona directamente afectada y quienes dependan de esta. Para configurar entonces el daño moral o personal, debe probarse el desmedro sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede llegar a ser cuantificable económica o patrimonialmente por el juez; que el acotado artículo no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación de la inestabilidad económica de este, en el caso que se declare fundada la demanda”.

El Pleno Jurisdiccional Superior Regional de Familia realizada en septiembre del año 2007, por mayoría se acordó lo siguiente: a) que la indemnización regulada por el artículo 351 del CC es excluyente a la establecida por el artículo 345-A del CC al encontrarse inscritas en dos sistemas de divorcio diferentes como son el divorcio sanción en el primer caso y divorcio remedio en el segundo, reconociendo que se trata de una postura híbrida de la Ley N° 27495; b) la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada solo a petición de parte, esto es, si es que se postula en la demanda, en la contestación o en la reconvencción, siempre y cuando esté acreditado el daño; c) que el artículo 345-A del CC al consignar en términos generales la indemnización por daños incorpora tanto el daño a la persona en sus diversas modalidades, tales como el daño moral, daño al proyecto de vida, daño psicológico y daño a la integridad física, así como también los daños de carácter patrimonial.

4. Otro tema recurrente en el divorcio por causal se vincula con el derecho a probar que tiene todo litigante como parte del debido proceso. Como los hechos a probar lindan con aspectos íntimos de la vida conyugal o de la conducta particular de cada cónyuge, ello podría llevar a confrontar el derecho a probar con el derecho a la intimidad del cónyuge agresor. En esas circunstancias, el tema en discusión se orienta en dilucidar la admisibilidad o no del medio probatorio obtenido

(262) Ibidem.

(263) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el martes 30 de noviembre de 2004, p. 13121.

bajo cualquier medio; por citar, la grabación subrepticia de una conversación telefónica de uno de los cónyuges con su amante o la video grabación de escenas de vida íntima del cónyuge con persona ajena a su cónyuge. Al respecto no hay una respuesta uniforme. Existen criterios que no aceptan, que en aras de alcanzar la verdad pueda admitirse el empleo de una grabación subrepticia, aun entre las mismas partes. En igual forma, la video grabación realizada sin la aprobación del cónyuge, cuya voz e imagen es mostrada en el proceso se reputa como prueba prohibida, contraria a la dignidad humana.

5. Un aspecto a tener en cuenta en este tipo de pretensiones pasa por establecer la competencia territorial del juez. Si bien la regla general dice que "cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio", también es factible recurrir a la competencia territorial del juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad (ver el inciso 2 del artículo 24 del CPC). En este caso, la competencia territorial queda sujeta a elección del demandante.

6. Por otro lado, apreciese que el desarrollo del proceso, en este tipo de pretensiones, está sujeta a la actividad de parte. Ello debe considerarse como una excepción a la regla general fijada en el artículo II del TP del CPC que dice: "el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia". Otro caso, que exceptúa el Código del impulso de oficio está referido a los procedimientos de ejecución de resoluciones judiciales, tal como se advierte del artículo 713 del CPC.

La pretensión de divorcio por causal es personalísima y solo puede ser ejercitada por apoderado cuando el mandato contenga la expresa declaración de la causal a invocar. Ello en virtud del principio de literalidad que requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados (artículo 75 del CPC).

7. En relación con el emplazamiento, si partimos de la premisa de que la demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado, esta debe materializarse a través de la notificación por cédula. En el caso de cónyuges que viven en el mismo domicilio, el traslado de la demanda de divorcio, pedido por uno de ellos, debe notificarse personalmente al demandado. Si la dirección de la parte demandada se ubica en un departamento, la recepción por el encargado de la administración del edificio no puede sostener inequívocamente que el interesado se enterase de la demanda interpuesta en su contra. Otra situación que configura un emplazamiento inválido es el caso que recoge la Casación Nº 646-95-Callao del 16 de setiembre de 1996: "si bien se encuentra acreditado que el demandado se encontraba cumpliendo condena privativa de la libertad por delito de narcotráfico en el Centro Penitenciario Cras San Pedro 'ex Lurigancho', ello no impedía que se le notificará la demanda en dicho centro de reclusión. El artículo 160 del CPC establece la forma en que tiene que hacerse la notificación por cédula, que en

este caso no se ha practicado, porque en el auto admisorio de la instancia se dispuso que se designara curador procesal al demandado”.

8. La actividad probatoria en este tipo de pretensiones se desarrolla bajo los alcances del procedimiento de conocimiento. Esto implica que se puede incorporar medios de prueba con la apelación, tal como lo señala el artículo 374 del CPC. En ese sentido, léase lo pronunciado en la Casación Nº 958-03-Puno del 12 de setiembre de 2003 (publicada en *El Peruano*, 30 de abril de 2004) que dice: “precluida la etapa postulatoria, solo se pueden ofrecer nuevos medios probatorios junto con la apelación conforme al artículo 374 del CPC. En tal sentido, la Sala Superior debió pronunciarse sobre la nueva prueba presentada, aunque no se mencione el dispositivo aplicable, pues lo contrario genera incertidumbre respecto de los medios probatorios que sustentan la demanda”.

9. Especial situación ha provocado la posibilidad de invocar el *iura novit curia* en los pronunciamientos sobre divorcio por causal, cuando los hechos alegados y probados son calificados erradamente. En sede nacional aparecen posiciones contrarias a la aplicación del *iura novit curia*, bajo las circunstancias descritas. Por citar, Morales Godo sustenta su posición a favor del principio citado, proponiendo el siguiente caso: Pedro demanda a María divorcio por las casuales de adulterio y conducta deshonrosa, e invoca los incisos 1 y 6 del artículo 333 del del CC. Hace más de un año que los cónyuges, de mutuo acuerdo, están separados; sin embargo, Pedro descubre que María ha dado hospedaje a un amigo italiano en su casa y además ha viajado al Cuzco con él y se han hospedado en un hotel, en una habitación matrimonial, pese a que existían otras habitaciones disponibles. Acreditados los hechos como aparecen descritos, el juez desestima la demanda por las dos causales. Sostiene que no está probado las relaciones carnales con el italiano y no se ha dado la conducta reiterada y escandalosa que haga imposible la vida en común. En el ejemplo propuesto por Morales Godo, este sostiene que si bien no se dan los supuestos de las causales invocadas, sin embargo, “era evidente que una conducta de esa naturaleza no podía quedar impune, máxime si el demandante en los hechos narrados está demostrando su indignación por ello”. Esos hechos son efectivos para la injuria grave, que no ha sido invocado por el actor, pero el juez como técnico en el derecho debe aplicar la norma jurídica pertinente. No hay modificación del petitorio, pues el actor quiere que se declare la disolución del vínculo matrimonial por los hechos descritos. El juez no estaría otorgando algo diferente a lo solicitado. Frente a esta posición, aparecen criterios contrarios a ella, como el sostenido por Apolín Meza, para quien se vulneraría el principio del contradictorio y de congruencia al aplicar el *iura novit curia* en esas condiciones, pues, el demandante busca disolver el vínculo por una causal específica y mal podría el juez, hacerlo por otra no demandada. Lo que debería operar es la reconducción de postulaciones, es decir, la posibilidad de subsanar errores en la calificación jurídica de los hechos. Esta reconducción implica la posibilidad de modificar el objeto del proceso, ya sea en

la causa o en el objeto, situación que no puede realizarse bajo el aforismo del *iura novit curia* citado.

10. Por último, debe tenerse presente la resolución N° 125-97-ORLC/TR, del 15 de abril de 1997, al momento de inscribir la sentencia de divorcio en los Registros Públicos. Señala dicha resolución que la sentencia de divorcio que disuelve la sociedad conyugal debe inscribirse en el registro personal pertinente antes de efectuarse su inscripción en la partida registral correspondiente al inmueble de propiedad de la sociedad conyugal. La Sala Suprema, a través de la Casación N° 836-96 del 30 de enero 98, ha establecido que: "La sentencia de divorcio una vez consentida o ejecutoriada, origina importantes efectos en cuanto a los cónyuges y al patrimonio de la sociedad de gananciales que procedan de los bienes del otro, conforme al artículo 352 del CC. La razón esencial de esta norma se fundamenta en que es reprochable que el cónyuge culpable pretendiere obtener beneficio de los bienes del inocente cuando de por medio no supo cumplir con sus deberes morales y legales, esto es, cuando su conducta da lugar al divorcio, fractura la íntima comunidad de vida e intereses sobre la que se funda el régimen de gananciales. En efecto, la norma invocada obedece propiamente al carácter punitivo por el cual se sanciona al cónyuge culpable que ha incurrido en una de las causales prevista en la Ley que dan lugar a la ruptura del vínculo matrimonial".



JURISPRUDENCIA

La causal de violencia física y psicológica consiste en la crueldad en el tratamiento, manifestada de un lado a través de maltratos físicos, que inflija uno de los cónyuges al otro para hacerlo sufrir, actos que importan un daño material visible, así como mediante maltratos psicológicos o morales que causen humillación y sufrimiento.

Habiéndose iniciado los actos de violencia invocados como causal de divorcio el 13 de enero de 1993 y teniendo el último de estos fecha el 24 de enero de 1996, a la interposición de la demanda, ha operado la caducidad (Exp. N° 357-10JF-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 122).

No se acredita la intencionalidad del cónyuge de hacer abandono de la casa común, si se evidencia que ambas partes sostenían una manifiesta confrontación, lo que pudo haber provocado la salida del accionante del hogar conyugal.

El hecho que se interponga demanda de alimentos, no corrobora el incumplimiento de las obligaciones del accionante para con su familia, pues, en el proceso de tenencia, se le ha confiado al menor, a esta misma parte, sin ponerse de manifiesto su incumplimiento (Exp. N° 175-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 123).

En los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, el Ministerio Público es parte y como tal se le debe notificar con las resoluciones que se le expidan, inclusive con la sentencia consultada (Exp. N° 388-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 333).

Para que se configure el abandono injustificado del hogar conyugal, se requiere acreditar la existencia del hogar conyugal, o si este ha variado, señalar cuál ha sido el último domicilio; por cuanto resulta determinante establecer cuál de los cónyuges se apartó del mismo. Justifica el retiro del domicilio conyugal la agresión de la cual fue víctima la demandada. Si bien esta no ha merecido sanción penal por su relativa gravedad, ello no deja de representar falta al respeto propio que se deben los consortes entre sí (Exp. N° 2864-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 99-100).

El adulterio se produce por la cohabitación ilegítima de un hombre y una mujer, siendo uno de ellos, o ambos, casados.

La acción de divorcio por adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida dicha causal.

En caso de divorcio, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio (Exp. N° 196-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 105).

Se justifica esta causal debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas, en forma habitual, que pueda inducir al uso, tanto al cónyuge sano como al resto de la familia.

La acción por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. La historia clínica del demandado, remitida por el Hospital Víctor Larco Herrera, constituye prueba instrumental idónea y suficiente que produce convicción sobre la configuración de esta causal (Exp. N° 144-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 106-107).

El hecho que el nombre y libreta electoral de la cónyuge aparezca registrado en el libro de huéspedes de un hostel, sin que se consigne su firma, no es suficiente para acreditar la causal de conducta deshonrosa.

Dicha causal implica la realización de una pluralidad de actos carentes de honestidad, que afecten la imagen conyugal y social del otro cónyuge, tornando insoportable la vida en común (Exp. N° 3163-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 96).

Para que proceda el abandono del hogar conyugal, como causal de divorcio, este debe ser injustificado y ha de ser contra la voluntad del otro cónyuge.

No se satisface la causal, si la accionante no objeta el retiro del demandado del hogar conyugal, y es más, se manifiesta contraria a su retorno (Exp. N° 96-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 98).

El poder general solo comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

El divorcio es una acción personalísima donde se requiere poder específico (Exp. N° 892-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 28-29).

El divorcio puede sustentarse en violencia física o psicológica, a fin de que se invoque una u otra o ambas concurrentemente. Puede darse el caso de la violencia psicológica sin violencia física, en cambio la violencia física conlleva necesariamente un componente de violencia psicológica, máxime si dicha violencia se produce en forma repetida (Exp. N° 3392-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 115-116).

Habiéndose acreditado la conducta deshonrosa, injuria grave y violencia física y/o psicológica debe ampararse el divorcio solicitado, máxime que el informe médico señala que la actora padece de trastorno de estrés como producto de los maltratos físicos, verbales y amenazas por parte de su esposo, lo cual requiere un tratamiento psiquiátrico por tiempo indefinido (Exp. N° 2538-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 113-115).

Para configurar la causal de abandono injustificado de la casa conyugal requiere el apartamiento físico de uno de los cónyuges del hogar común, la falta de justificación del cónyuge culpable y la separación por más de dos años.

Son bienes sociales las acciones adquiridas en la vigencia del matrimonio, las que deberán ser comprendidas en la liquidación de gananciales. Si bien existen vehículos registrados a nombre del emplazado, es necesario que se acredite que estos han sido adquiridos en la vigencia del matrimonio (Exp. N° 1963-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 116-117).

(...) De acuerdo con la normatividad actual, el abandono debe tener como base insoslayable, el alejamiento de la casa conyugal, del recinto fijado para la vida común, lo que conlleva desde luego, al incumplimiento de todas las demás obligaciones conyugales determinadas en los artículos doscientos ochentisiete, doscientos ochentiocho, doscientos noventa (del CC) que se resume, en alimentos para los hijos, asistencia y fidelidad mutuas, apoyo, compañía, participar en el gobierno del hogar; además de acuerdo con nuestro Código actual ese alejamiento debe ser injustificado (...) lo que propiamente significa, que debe ser intencional y voluntario, sin que exista causal real y moral para ello, razonablemente entendido ese carácter de injustificado podía desaparecer y desaparece si ambos cónyuges acuerdan vivir separados o viviendo en la misma casa convienen variar el cumplimiento de sus obligaciones conyugales; por lo que el que invoca esa causal, no solo debe acreditar la naturaleza indicada del abandono sino que sea de carácter injustificado (Cas. N° 528-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 473-475).

Si no se demuestra de manera palmaria que el demandado haya tenido relaciones sexuales con tercera persona, no procede la causal de adulterio.

La causal de conducta deshonrosa debe sustentarse en una multiplicidad de hechos de carácter abusivo que den lugar al decaimiento del vínculo matrimonial (Exp. N° 1278-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 44-45).

El adulterio constituye violación a la fe conyugal. El adulterio es el acceso carnal que una casada tiene con hombre que no es su marido (Exp. N° 431-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 45-46)

No obstante ser insuficiente la certificación policial que denuncia el abandono de hogar, sin la constatación pertinente; debe tenerse en cuenta el certificado de movimiento migratorio, donde consta que el cónyuge salió del país hace varios años y no registra entrada al país (Exp. N° 1212-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 50-51).

Es fundada la demanda si la accionante prueba haber desconocido las actividades ilícitas de su cónyuge y no han transcurrido cinco años de producido el hecho delictivo (Exp. N° 1997-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 57-58).

La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio (Exp. N° 1692-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 35-36).

El simple hecho de haberse presentado ante la delegación policial y la división de investigaciones de personas desaparecidas no prueba el abandono de hogar.

No se aprecia requerimiento alguno para que regrese al hogar, no obstante conocer donde había ido la cónyuge (Exp. N° 722-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 51-52).

Las testimoniales no son prueba suficiente para acreditar la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

Es requisito indispensable para la interposición de la acción por esta causal, establecer donde se fijó el domicilio conyugal y la fecha en que se produjo el supuesto abandono (Exp. N° 904-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 196).

La causal de abandono injustificado del hogar conyugal supone para su configuración la concurrencia de tres elementos: el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común; la deliberada intención de poner fin a la comunidad matrimonial, por lo que corresponderá al cónyuge emplazado acreditar los motivos que justifiquen su apartamiento; y, el transcurso de dos años continuos de abandono o si sumados los periodos de abandono, estos excedan dicho plazo (Exp. N° 1235-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 118-120).

Se tipifica el trato cruel si el demandado en la audiencia de pruebas admite no ser la primera vez que ha cometido maltratos físicos a su cónyuge, en estado de embriaguez (Exp. N° 1211-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 56-57).

No acredita el abandono de hogar la denuncia policial sin verificación que la respalde. Ello es solo un acto declarativo.

Es insuficiente para probar la conducta deshonrosa, la denuncia policial y la solicitud de garantías personales contra cualquier amenaza o agresión por parte del cónyuge (Exp. N° 382-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 53-55).

La sentencia que declara infundada la demanda de divorcio no es objeto de consulta, sino de apelación por quien puede considerarse agraviado con dicho fallo (Exp. N° 3467-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 120).

La causal de adulterio consiste en el trato sexual de uno de los cónyuges con tercera persona, violando el deber de fidelidad que nace del matrimonio. El cónyuge ofendido acredita esta causa con presunciones que revistan gravedad y se refieran a hechos concretos, toda vez que el ayuntamiento carnal se realiza generalmente en forma oculta y se establece por indicios.

La conducta deshonrosa se produce por la realización de hechos carentes de honestidad y actitudes impropias o escandalosas, que atentan contra el respeto entre marido y mujer, alterando la integridad y la dignidad de la familia, dentro de una práctica habitual, que hace intolerable la vida en común.

El adulterio y la conducta deshonrosa son diferentes y se sustentan en hechos autónomos porque los mismos no pueden calificar ambas causales (Exp. N° 3532-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 101-102).

Debe ampararse la demanda de divorcio por la causal de sevicia, si se acredita con la constancia expedida por el centro de salud, el daño físico infringido a la cónyuge, más aún si este dio origen a la instauración de un proceso penal.

La causal de atentado contra la vida del cónyuge supone la realización de un acto lo suficientemente grave que esté dirigido a poner en peligro la vida del consorte. El abandono injustificado de la casa conyugal supone el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común, con la intención deliberada de poner fin a la comunidad de vida matrimonial y el apartamiento temporal por dos años continuos o que sumados los periodos de estos excedan dicho plazo (Exp. N° 224-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 103-104).

El divorcio se declara solo por causales contempladas en el Código Civil. El hecho de suscribir una transacción extrajudicial consignándose que la separación de los cónyuges y el retiro del hogar se produjo por desavenencias conyugales, dicho acuerdo no puede ser invocado como causal pues transgrede la naturaleza de la institución matrimonial y la tutela (Exp. N° 176-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 105).

El hecho de que los cónyuges vivan separados no imposibilita que en caso de acreditarse conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, pueda, el que se considera ofendido, accionar por la disolución del vínculo.

Debe comprenderse la vida en común de manera extensiva, es decir, que sea imposible reanudarla (Exp. N° 532-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 107-108).

Se configura el adulterio por el yacimiento carnal de uno de los cónyuges, con persona distinta a su pareja. Este hecho no solo puede demostrarse, con la existencia del hijo producto de estas relaciones extramatrimoniales, sino con otros hechos que pongan en evidencia el incumplimiento de esta obligación, por parte de uno de los cónyuges.

Caduca la acción cuando se interpone la demanda a los seis meses de conocido el hecho, o en todo caso a los cinco años de haberse producido (Exp. N° 893-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 109-110).

Procede declarar el divorcio por violencia física o psicológica, cuando se acredita que el comportamiento agresivo del demandado entraña deseo de provocar daño. La violencia contra la mujer constituye una ofensa a su dignidad de ser humano, rebasando los límites del respeto mutuo que debe primar entre los cónyuges como una de sus obligaciones recíprocas (Exp. N° 942-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 111).

La Constancia Policial por retiro voluntario del hogar conyugal de mutuo acuerdo entre los cónyuges, no constituye prueba suficiente para declarar el divorcio por dicha causal, pues no se ha demostrado que hayan cohabitado los cónyuges en domicilio diferente en fecha posterior al retiro voluntario (Exp. N° 09-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 119).

Debe ampararse la demanda por divorcio si se acredita que el demandado ha procreado un hijo con persona ajena a su cónyuge, estando vigente el vínculo matrimonial con la demandante (Exp. N° 12-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 21-22).

El abandono es la dejación o falta de protección del hogar conyugal sin motivo justificado por uno de los cónyuges. No basta la expresión material del retiro del hogar sino, es necesario que exista la intención deliberada de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales dentro de un periodo determinado por ley (Exp. N° 30-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 23-24).

Incorre en abandono de hogar, el cónyuge que se niegue a hacer vida en común y además no cumpla con sus responsabilidades y deberes para con sus hijos (Exp. N° 4995-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 24-25).

La violencia física supone crueldad en el trato y se manifiesta mediante maltratos físicos. La violencia psicológica consiste en actos vejatorios, de intimidación y amenazas, a través de elementos de carácter subjetivo que producen sufrimientos moral y psicológico, que se traduce en la llamada crueldad mental (Exp. N° 4353-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 30-32).

La denuncia policial de retiro voluntario; sentada por el demandante por constantes maltratos físicos y morales e incompatibilidad de caracteres, no acredita el abandono del hogar conyugal por parte de la cónyuge (Exp. N° 5040-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 35-36).

La causal de conducta deshonrosa se traduce en una sucesión de actos deshonestos que afectan la estimación y el respeto que deben reinar entre los cónyuges, cuya actitud quiebra la armonía que debe existir en el hogar conyugal, lindando con el escándalo (Exp. N° 2233-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 51-52).

Si bien el cónyuge inocente tiene derecho a pedir la disolución del matrimonio, por causal específica; también es que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido.

Cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que solo el cónyuge inocente está autorizado a pedir la disolución del vínculo del matrimonio, se ampararía la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada (Exp. N° 1025-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 188-191).

No puede considerarse acreditada la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, con el solo mérito de la copia certificada de la denuncia policial, pues, ella constituye una manifestación unilateral.

No existiendo otros elementos de prueba que acrediten que el demandado se haya retirado del hogar conyugal por el lapso que predetermina el inciso 5 del artículo 333 del C.C. y sin justificación alguna, debe desestimarse la pretensión (Exp. N° 3232-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 97).

Debe de estimarse la demanda si durante los lapsos establecidos en el artículo 339 del CC, no ha probado la demandante que desconocía que el demandado mantenía relaciones

extramatrimoniales, de la cual ha procreado tres hijos (Exp. N° 4890-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 22-23).

Si el demandante interpuso con anterioridad demanda de separación de cuerpos por abandono malicioso del hogar conyugal para luego retractarse de los cargos, no puede hoy sostener en una nueva acción de divorcio que su cónyuge ha incurrido en abandono injustificado del hogar porque no se reintegró al mismo después del desistimiento (Exp. N° 857-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 196-198).

La causal de injuria grave para dar lugar al divorcio debe importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que haga imposible la vida en común.

Debe declararse infundada la demanda si no ha probado dicha causal en los términos antes citados (Exp. N° 189-89-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 199-201).

Para el abandono injustificado de la casa conyugal es necesario que se configure el hecho material del abandono, el tiempo de duración por ley así como, que dicho abandono sea injustificado.

No basta indicar la ausencia y sustentarla con una denuncia policial, que recoge únicamente el dicho de la parte interesada sin ninguna investigación (Exp. N° 730-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 113).

Para que proceda el abandono injustificado del hogar conyugal, debe necesariamente acreditarse el requisito de temporalidad de dos años establecidos en la norma sustantiva. La partida de nacimiento no es suficiente para acreditar el adulterio, si el emplazado no aparece como declarante reconociendo al menor. En igual forma las cartas amorosas no sustentan el adulterio, porque no está demostrada la autoría de dichas correspondencias ni que sea el demandado el destinatario de ellas.

La realización de actos habituales que atenten contra el mutuo respeto y estimación que deben guardarse los cónyuges, que hagan intolerable el continuar viviendo juntos, ampara la causal de conducta deshonrosa (Exp. N° 363-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 89-90).

La causal de divorcio por adulterio está referida a la violación de uno de los deberes esenciales del matrimonio, la fidelidad, entendida esta como el acceso carnal que uno de los cónyuges mantiene con otra persona. No procede amparar la causal de adulterio, si desde la fecha que tuvo conocimiento de la situación de hecho que alega hasta la interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo de caducidad a que se refiere el artículo 339 del Código Civil (Exp. N° 3255-2002, Sala Especializada de Familia. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 133).

La causal de adulterio se configura por el acceso carnal sobre persona diferente al cónyuge, infringiendo el deber de fidelidad que ellos se deben. Si bien mediante las partidas de nacimiento se verifica que la demandada ha procreado dos hijos, el primero de ellos nació antes que ella contrajera matrimonio con el actor; el segundo durante la vigencia del matrimonio, sin embargo, este adulterio habría sido perdonado, por cuanto el actor en fecha posterior procreó con su cónyuge a su menor hijo. situación que conlleva a que desapruuebe la sentencia (Exp. N° 896-2002, Sala Especializada de Familia. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 135).

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

ARTÍCULO 481

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 113 incs. 1, 115, 117, 118, 574.

Comentario

1. El proceso no es un monólogo sino un diálogo, un cruzamiento de acciones y reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques; por ello, es importante establecer quién asume el rol de la parte demandada en el divorcio por adulterio.

El Código Procesal diferencia el rol del Ministerio Público en atención a que este actúe como parte o como dictaminador. También permite su actuación como tercero legitimado, pero solo en los casos que por ley se le cite.

Cuando el Ministerio Público interviene como parte en el proceso civil, puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, realizar en el proceso todos los actos propios de las partes. El Ministerio Público asume la condición de parte, de manera especial, porque su interés no es privado sino que actúa en defensa de la legalidad. La legitimación del Ministerio Público es extraordinaria. Parte de la imposibilidad práctica de la defensa individual del derecho subjetivo, pues se orienta a la protección de intereses públicos.

Veamos a continuación algunos supuestos donde el Ministerio Público actúa como parte: la nulidad del matrimonio que regula el artículo 275 del Código Civil; la disolución de la asociación por actos contrarios al orden público o las buenas costumbres que describe el artículo 96 del Código Civil.

2. Especial comentario merecen los casos de divorcio por causal o por separación convencional. Los artículos 481 y 574 señalan que el Ministerio Público es parte en los procesos y como tal no emite dictamen; sin embargo, debemos apreciar que en el divorcio por causal, la parte resistente u opositora a la pretensión planteada es precisamente el cónyuge agresor a diferencia de la separación convencional, donde la parte opositora a la pretensión de disolver el vínculo lo asume el Ministerio Público. El rol del Ministerio Público, no es el mismo en divorcio por causal y en la separación convencional. En el primer caso, la parte demandada está

definida por el cónyuge agresor emplazado y en el segundo caso, no hay cónyuges enfrentados; todo lo contrario, ambos se juntan, en una sola parte actora, bajo un único interés. Aquí se emplaza al Ministerio Público como parte.

Por otro lado, el Ministerio Público puede intervenir como tercero con interés, en casos que la ley expresamente lo cite. Concurren diversos supuestos, como el caso de la designación de curador del desaparecido. El artículo 47 del Código Civil considera que puede solicitar que se designe curador quien invoque legítimo interés en los asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. En el supuesto de las fundaciones, el artículo 108 del Código Civil permite solicitar la modificación de los fines de la fundación, con citación del Ministerio Público, cuando haya cesado el interés social.

La intervención del Ministerio Público puede reducirse también, a una labor dictaminadora, de expresión de una opinión jurídica, que suele denominarse dictamen. Cuando es dictaminador, su intervención es apreciada –por algunos sectores de la doctrina– como asesoría al órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del Derecho objetivo. Opera una situación intermedia pues el interés público no llega al extremo de legitimar al ministerio pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión del Ministerio Público en el extremo concreto.

En las pretensiones sobre prescripción adquisitiva de predios rústicos, el artículo 507 del Código Procesal considera que cuando el emplazado se haya declarado rebelde, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. En el supuesto de la responsabilidad civil de los jueces, el artículo 512 del Código señala que antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta. En conclusión, bajo la premisa, descrita líneas arriba, consideramos que no es parte el Ministerio Público en el divorcio por causal. Este interviene como tercero legitimado, por el interés social de preservar el vínculo del matrimonio.

VARIACIÓN DE LA PRETENSIÓN

ARTÍCULO 482

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

CONCORDANCIA:

C.C.

art. 357.

Comentario

1. El vehículo a través del cual, las partes plantean sus pretensiones, se califica como demanda. Ella es importante porque limita los poderes del juez, materializando así el principio de congruencia que debe existir entre lo que se solicita y lo que se declara, caso contrario, nos ubicaríamos ante sentencias *ultra, extra o citra petita*. La demanda no es cualquier acto procesal, es el primer acto en el proceso, que no solo materializa el derecho de acción sino que busca que se resuelvan las pretensiones que se plantean. Uno de los efectos que provoca la demanda es fijar el objeto del proceso, el mismo que no puede ser alterado luego del emplazamiento, conforme lo refiere el artículo 428 del CPC.

2. Bajo el contexto descrito, la norma en comentario permite que en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia, se modifique la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos; esto implica que la preclusión que aborda el artículo 428 del CPC para la modificación de la demanda, es superada por el artículo 482 del CPC en comentario, al permitir que la originaria pretensión de divorcio, sobre la que recaído toda la actividad probatoria, pueda ser modificada por una diversa a la planteada con la demanda o en la reconvencción. Como se aprecia de la norma, esta variación solo puede obrar de una pretensión de divorcio hacia una de separación de cuerpos, mas no a la inversa; regulación que también aparece recogida en similar sentido en el artículo 357 del CC que dice: "el demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación". Como se podrá apreciar, el Código Civil tiene una regulación subjetiva limitada, pues solo hace referencia a la posibilidad de la variación al demandante, a diferencia de la acertada redacción del artículo en comentario, pues permite que esa liberalidad pueda también ser ejercida por el demandado, a través de su reconvencción.

Por otro lado, la oportunidad para la variación, no puede ser irrestricta. Bajo la redacción del artículo 357 del CC, la variación puede operar "en cualquier estado

de la causa" situación que no es aceptable invocar luego de emitida la sentencia; de ahí que la redacción del artículo 482 del CPC resulte acertada, al limitar la oportunidad de esta modificación. Hay que recordar que luego de ella, la posible reconciliación de los cónyuges permite concluir el proceso, tal como prevé el artículo 346 del CC.

3. Otro supuesto diverso al que regula el artículo en comentario, opera cuando los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal, a una de separación convencional. En este supuesto, en la audiencia de conciliación deben proceder a acordar los otros puntos de la propuesta de convenio, como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales. Apresiasi en el caso propuesto que no se trata de la variación del divorcio por causal a la separación de cuerpos por causal, sino, a la separación convencional.

4. Por último, esta modificación del objeto del proceso puede operar de oficio, al momento de sentenciar. Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez solo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien. En ese sentido, léase el artículo 358 del CC y la Casación N° 85-96 del 19 noviembre de 1996 que dice: "El juzgador tiene la facultad de declarar la simple separación de cuerpos aunque la demanda o reconvencción tengan por objeto el divorcio vincular; para que el juez varíe y resuelva cosa distinta de lo solicitado por las partes, deben mediar circunstancias que por mandato de la ley le permitan hacer tal variación". Situación diversa es cuando el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio por causal. Aquí, al no haberse probado la pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime si dicha pretensión no fue demandada (Casación N° 454-95 del 26/08/96).



JURISPRUDENCIA

Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien, ello en virtud de la unidad familiar; pero lo que no se puede es declarar dicha separación sin que las causales invocadas sea acreditadas pues esto sería admitir el divorcio sin causal (Exp. N° 638-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 193-195).

No es procedente la revocación del consentimiento en la separación convencional, fuera del plazo de los treinta días naturales posteriores a la mencionada fecha, por haber producido efecto la situación procesal a la que se ha renunciado (Exp. N° 3524-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 371).

Si los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal a una de separación convencional, en la audiencia de conciliación deben acordar los otros puntos de la

propuesta de convenio como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales (Exp. N° 2577-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 112).

El allanamiento no significa acuerdo de ambas partes como para que se convierta en separación convencional, menos que el juzgador varíe la demanda. Más bien prevalece una sola pretensión cual es la disolución del matrimonio por la causal propuesta (Exp. N° 2265-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 47-51).

ACUMULACIÓN ORIGINARIA DE PRETENSIONES

ARTICULO 483

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

No es de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1 y 3 del artículo 85.

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 83, 85, 87, 484 párr. 1.

Comentario

1. La norma hace referencia al proceso acumulativo originario de pretensiones objetivas. La razón que justifica esta acumulación es la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo, darían lugar a diferentes procesos. La necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios, a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también justifica esta acumulación. Como lo refiere la propia norma, asume el supuesto de la acumulación originaria, dejando la sucesiva o sobrevenida al artículo 484 del CPC.

En este tipo de acumulación de pretensiones, tiene como elemento fundamental, la dualidad de sujetos, a diferencia de la llamada acumulación subjetiva donde concurre una pluralidad de sujetos, esto es, "varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados" (artículo 86 del CPC).

Tratándose de la concurrencia de varias pretensiones, estas deben ser acumuladas de manera subordinada, alternativa o accesoria. El artículo 87 del CPC hace referencia a cada una de ellas, señalando que la pretensión es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. La redacción del artículo 483 del CPC en comentario acoge precisamente

las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, como accesorias o derivadas del divorcio por causal.

Como expresamente lo refiere el artículo 483 del CPC, esta acumulación procede cuando no hubiere sentencia firme, caso contrario, no resulta procedente buscar nuevos pronunciamientos sobre lo ya declarado; sin embargo, señala literalmente la norma "si las pretensiones accesorias tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación". Frente a esta redacción adviértase que la procedencia de la acumulación de pretensiones accesorias a la principal está dada por la existencia de la "decisión judicial firme", lo que no implica la concurrencia de la cosa juzgada, pues, lo que se busca es que se haya logrado una decisión en la que se hubiere agotado el impugnatorio, mas no, que hubiere generado cosa juzgada material pues tratándose de temas de familia, como los alimentos o la tenencia, por citar, no recae sobre lo decidido la inmutabilidad de la cosa juzgada; sin embargo, es de advertir que cuando la norma en comentario permite la posibilidad de la acumulación de pretensiones accesorias ya definidas, para buscar la variación de estas, la condiciona a que la decisión judicial hubiere quedado consentida. Una interpretación literal al respecto, nos podría llevar a sostener que solo cabría la acumulación de pretensiones ya decididas, siempre y cuando estas no hubieren sido impugnadas sino consentidas, situación que no resulta coherente con lo enunciado por la propia norma, cuando excluye de la acumulación pretensiones que tuvieran decisión judicial firme, lo que no implica necesariamente decisión consentida. Solo cuando las pretensiones accesorias estuvieren pendientes de sentencia, procede la acumulación objetiva sucesiva de pretensiones, tal como refiere el artículo 484 del CPC.

Uno de los requisitos que exige el artículo 85 del CPC para la procedencia de esta acumulación es que sean de competencia del mismo juez. Sobre el particular debemos tener en cuenta que uno de los requisitos a tener en cuenta para la acumulación, es la coincidencia transversal en todas las modalidades del reparto. Si partimos que la competencia puede ser distribuida en atención a la materia, al grado, a la cuantía y al territorio, es necesario que todas las pretensiones que se pretendan acumular coincidan en el mismo juez competente, sin embargo, esta no es una regla absoluta, porque el Código permite expresamente, en ciertos casos, alterar este requisito para que prospere la acumulación de pretensiones. Véase el caso de la competencia funcional que se altera para acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal (ver el artículo 483 del CPC). Así pues, el juez competente para conocer la pretensión

principal de divorcio es el de primera instancia y para los alimentos el juez de paz letrado, sin embargo, en atención a la licencia que permite el citado artículo 483 del CPC se permite la acumulación.

Por último, la norma exige que las distintas pretensiones se sustancien bajo "una misma vía procedimental". No cabría acumular una pretensión ejecutiva a una pretensión de conocimiento, ni esta a ninguna pretensión que se encuentre sometida a un procedimiento especial. Véase el caso de la acumulación de las siguientes pretensiones: filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos; si bien el juez de paz letrado es competente por razón de grado para conocer ambas pretensiones, las vías procedimentales a la que se recurre son distintas, pues en el caso de la filiación se trata de un procedimiento especial regulado por la Ley Nº 28457 a diferencia del procedimiento sumarísimo que regula la pretensión de alimentos o el procedimiento único del Código de los Niños y Adolescentes. Como se puede advertir en dichos modelos, por técnica legislativa, la lógica de la contradicción es diferente en cada caso, pues mientras en la filiación "si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad" en los alimentos, tanto los que se tramitan bajo el procedimiento único y el sumarísimo, responden al traslado de la demanda y a la condena posterior de la sentencia, si la prueba así lo justifica. Nótese que en la filiación se parte de la presunción de la paternidad, dejando al contradictorio del emplazado destruir esa presunción condicionada a la práctica de la pericia biológica del ADN, situación diversa al procedimiento en los alimentos, donde también existe contradictorio, dejando la condena para el momento de la sentencia. Por otro lado, la facultad probatoria se encuentra reducida —en el caso de la filiación— a la pericia del ADN a diferencia del procedimiento de alimentos que no tiene limitación probatoria.

Esta regla no es absoluta, pues, conforme señala la última parte del artículo en comentario, hay situaciones de excepción que la propia Ley Procesal dispensa para que prospere la acumulación, como es, en el caso del divorcio por causal. Así pues, léase el artículo 488 del CPC que permite acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

2. Como se aprecia de la redacción del artículo, se permite a la acción de divorcio vincular la de separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectados como consecuencia de la pretensión principal.

La sociedad de gananciales es una expresión del patrimonio colectivo, que se configura como una masa de bienes separada y autónoma respecto del patrimonio general de la persona cuya titularidad está atribuida unitariamente a una pluralidad de sujetos que no constituyen una persona jurídica. Para Lledó y Zorrilla⁽²⁶⁴⁾, "el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales se caracteriza por la creación de un patrimonio separado colectivo, que sin constituir un ente dotado de personalidad jurídica está integrado por los bienes que están atribuidos conjuntamente a ambos cónyuges en cuanto miembros del consorcio conyugal, aun en aquellos supuestos en los que aparezcan externamente atribuidos a uno de ellos. Ni al marido ni a la mujer debe considerársele titular de un derecho actual a una cuota sobre cada concreto bien ganancial que pueda ser objeto de enajenación da lugar a una acción de división. En definitiva, no es posible determinar la participación concreta de cada cónyuge sin proceder a su previa liquidación".

Al declararse fundada la demanda de separación de bienes, el juez no puede proceder de plano a la distribución de estos, de acuerdo con su criterio, sino que debe seguir las reglas que para su liquidación establece el CC; sin embargo debe tenerse en cuenta que la sociedad de gananciales no responde por las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, si es que ellas no reportó algún beneficio para la sociedad. En ese sentido, aparecen diversos pronunciamientos de la Sala Suprema, como el que recoge la Casación Nº 2421-2002-La Libertad, publicada en *El Peruano* el 30 de setiembre de 2004 que dice: "en caso de que un cónyuge contraiga una obligación patrimonial, sin el conocimiento y consentimiento del otro cónyuge, dicha obligación no le será exigible a la sociedad de gananciales si es que no le hubiera representado algún beneficio". Señala la Sala Suprema que es adecuado el criterio de responsabilidad por las obligaciones previsto en el artículo 315 del Código Civil, que dispone que la sociedad de gananciales solo responderá por las obligaciones asumidas por esta y no por obligaciones asumidas personalmente por uno de los cónyuges, salvo que el objeto de estas hubiese tenido como beneficiario a la sociedad en conjunto.

La separación de cuerpos va a tener efectos sobre los hijos y sobre los cónyuges. En el primer caso, la sentencia debe regular el ejercicio de la patria potestad y la prestación de alimentos. Conforme refiere el artículo 340 del CC, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación, pero faculta al juez para que, si lo exige el bienestar de dichos hijos encargue algunos y aun todos ellos al otro cónyuge o, si hay motivo grave, a una tercera persona. En este último extremo, prefiere la ley (ver el artículo 341 del CC) que el tercero sea uno de los abuelos, hermanos o tíos; pero si no los hubiera idóneos, se puede confiar la guarda a otro pariente y

(264) LLEDÓ YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 380.

hasta un extraño, configurándose así una tutela legítima distinta de la que establece el artículo 506 del CC. En cambio, si ambos cónyuges son culpables de la separación, la ley prefiere que los hijos varones mayores de siete años queden a cargo del padre y todos los demás al cuidado de la madre, pero deja, al criterio del juez establecer otra solución, teniendo en cuenta el bienestar de los hijos, más que los deseos de los padres.

Esta situación difiere cuando se trata de la disolución del vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional. Aquí, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta de los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista en el artículo 340 del CC, concordante con el artículo 420 del CC, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o a ambos padres y se confía la misma al que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio del juez, atendiendo siempre al bienestar de los hijos

En el caso de los cónyuges, se suspende los deberes de lecho y habitación (ver el artículo 322 del CC), por tanto, cada uno de ellos fijará su propio domicilio, pero no autoriza a los cónyuges para iniciar o mantener trato sexual con distinta persona. Además, origina el fenecimiento de la sociedad de gananciales y la sustitución *ipso jure* por la de separación de patrimonios. Dicha sociedad es liquidada, consentida o ejecutoriada la sentencia, de acuerdo al contenido de los artículos 320 al 324 del CC, en forma análoga a la que se observaría si el vínculo hubiera quedado invalidado o disuelto.

Por otro lado, la recíproca obligación alimentaria entre los cónyuges también se altera con la separación de cuerpos. Conforme señala el artículo 342 del CC el juez debe fijar la pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba pasar al otro. Esta regla también es extensiva al divorcio por causal; en ese sentido, resulta interesante apreciar la Casación N° 1673-96, del 30 de abril de 1998 que señala: "uno de los efectos del divorcio radica en la incidencia que tiene en la relación alimentaria que el matrimonio hizo surgir entre los cónyuges, en tal sentido, el Código Civil, en el artículo 350 establece como regla general explícita que el divorcio pone fin a los alimentos, sin embargo, dicha regla contiene excepciones en las cuales puede subsistir y precisamente el segundo párrafo del mencionado artículo constituye una excepción, pues preceptúa que si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado para trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, se le asignará una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta del obligado. Otra excepción está regulada en el cuarto párrafo del mencionado artículo, en el cual se preceptúa que el indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio". En igual sentido, léase la Casación N° 1673-96, del 30 de abril de 98.

También con la separación de cuerpos se altera los derechos hereditarios. Refiere el artículo 343 del CC que el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden, sin embargo, Cornejo Chávez⁽²⁶⁵⁾ advierte la implicancia de esta norma con lo regulado en el artículo 746 del CC sobre la desheredación entre los cónyuges. Sostiene que "la pérdida de los derechos hereditarios por el cónyuge culpable constituye un efecto insoslayable mandado por ley, según el artículo 343 del CC; mientras que sería facultativa del cónyuge inocente, según el artículo 746 del CC (...) No existe contradicción alguna, sino que se trata de dos situaciones diferentes: si producida la causal, el cónyuge inocente plantea y gana la acción de separación, rige de pleno derecho el artículo 343 del CC, y el culpable pierde sus derechos hereditarios; si, producida la causal, el cónyuge inocente no plantea demanda de separación, acaso por no herir a los hijos o por otro motivo, rige el artículo 746 del CC: el cónyuge ofendido puede desheredar al culpable".

3. El estado de separación de cuerpos, legalmente establecido por la sentencia respectiva, puede terminar de dos modos: por el regreso a la vida conyugal, o por la completa ruptura del vínculo, ingresando en este caso al llamado divorcio. En este último caso, en el supuesto que se ampare la demanda de divorcio por causal, fenece la sociedad de gananciales, por lo que en vía de ejecución debe procederse al inventario de bienes y después al pago que señala el artículo 322 del CC, si lo hubiere. El remanente se dividirá entre los que conformaron la sociedad, determinándose su porcentaje o la división del bien. No corresponde hacerlo a través del nombramiento de administración judicial.

Además, son distintos los supuestos de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho y del divorcio. En el primer caso, producida la separación, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. En el segundo caso, regulado en el artículo 352 del CC, el cónyuge divorciado por su culpa pierde las gananciales que procedan de los bienes propios del otro cónyuge (véase al respecto la Casación N° 1301-96 del 22 diciembre del 97). En ese sentido, señala la Casación N° 1150-95, del 11 de noviembre del 96, que "el cónyuge culpable del divorcio perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro cónyuge que ingresaron al caudal de la sociedad de gananciales, como son los frutos y productos de dichos bienes, sin que ello implique que pierda el derecho de los bienes gananciales obtenidos durante la vigencia de la sociedad conyugal provenientes de los otros bienes".

Por otro lado, véase que al cónyuge inocente se confía la patria potestad, suspendiéndose al otro en su ejercicio, salvo que el juez determine otra cosa. En cuanto al régimen de visitas diremos que también es una pretensión acumulativa accesoria, derivada del divorcio y condicionada a la tenencia de los hijos, por

(265) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*, 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 318.

tanto, solo si la acción principal de divorcio se declara fundada, serán amparadas también las demás.

4. En estos últimos tiempos, viene generando efectos la Ley N° 27495 referida a la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio. De su redacción se aprecia la concurrencia de varias pretensiones ante el pedido de separación de hecho, las que conforman una acumulación objetiva originaria. Señala el artículo 345-A que para invocar esta causal, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Además dice que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Dicha indemnización no es apreciada de manera uniforme en los pronunciamientos en Casación, como los que a continuación se exponen: "para configurar entonces el daño moral o personal, debe probarse el desmedro que ha sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede llegar a ser cuantificable económicamente o patrimonialmente, por el juez; que el artículo 345-A no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación del cónyuge perjudicado, y en segundo lugar, a la determinación de la inestabilidad económica de este, en el caso que se declare fundada la demanda" (Casación N° 2548-2003-Lima, publicada el 30 noviembre de 2004, p. 13121).

En sentido contrario al criterio expuesto, aparece la Casación N° 606-2003-Sullana, del 17 julio de 2003, reproducida también en la Casación N° 620-2006-Lima, publicada el 1 de febrero de 2007, que dice: "toco decaimiento matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, de modo tal que, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado, de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijaran una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estimen puedan adjudicarse de modo que compense su mayor perjuicio".

El Pleno Jurisdiccional Superior Regional de Familia realizada en setiembre del año 2007, por mayoría se acordó lo siguiente: a) que la indemnización regulada por el artículo 351 del CC es excluyente a la establecida por el artículo 345-A del CC al encontrarse inscritas en dos sistemas de divorcio diferentes como son el divorcio sanción en el primer caso y divorcio remedio en el segundo, reconociendo que se trata de una postura híbrida de la Ley N° 27495; b) la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada solo a petición de parte, esto es, si es

que se postula en la demanda, en la contestación o en la reconvencción, siempre y cuando esté acreditado el daño; c) que el artículo 345-A del CC al consignar en términos generales la indemnización por daños incorpora tanto el daño a la persona en sus diversas modalidades, tales como el daño moral, el daño al proyecto de vida, daño psicológico y el daño a la integridad física, así como también los daños de carácter patrimonial.

Por último, en materia de alteración de la presunción de bienes sociales de la sociedad conyugal, léase la Resolución del Tribunal Registral N° 003-2002-ORLC/TR que dice: con la finalidad de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1 del artículo 311 del CC e inscribir un bien inmueble con la calidad de bien propio, no es suficiente la declaración jurada efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa.

Se presume que todos los bienes son sociales si no se prueba su carácter propio (artículo 311 inciso 1 del CC). Es una presunción basada en razones de utilidad y verosimilitud y protege a ambos cónyuges y es susceptible de prueba en contrario. Al exigir de modo riguroso la prueba que determinados bienes son propios de los esposos, pues tratando de salvaguardar el derecho de los terceros, no admite que la propia declaración (confesión) aún por escritura pública de un cónyuge es haber realizado una adquisición con dinero del otro sea bastante para dar al bien adquirido carácter no social, por no ser suficiente dicha confesión para destruir la presunción.



JURISPRUDENCIA

El padre tiene derecho a visitar a su hijo. Es natural en la relación paterno-filial, que padre e hijo estén vinculados de modo directo, personal y libre para que desarrollen sus afectos, potencialidades y responsabilidades.

Para que la relación paterno-filial con el hijo sea positiva, deben darse las condiciones necesarias, como un ambiente adecuado donde exista la suficiente libertad para que surjan conductas espontáneas de parte de ambos (Exp. N° 1373-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 130).

Siendo norma que la patria potestad se suspende en los casos de separación o divorcio de los padres, aun cuando la conciliación extrajudicial practicada por las partes ha sido presentada al proceso e incluso ratificada por las partes en la audiencia respectiva, ello no enerva el significado imperativo de dicha norma (Cas. N° 719-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2205).

Cuando las partes han conciliado judicialmente, ante el Juzgado de Paz Letrado, la pensión alimenticia a favor del menor, la sentencia de divorcio debe sujetarse a dicho acuerdo, pues, ha generado cosa juzgada.

Si al establecerse que la tenencia del menor sea ejercida por la madre, y se ha omitido señalar un régimen de visitas para el padre, dicha omisión debe señalarse, en vía de integración a efectos de mantener la relación paterno filial (Exp. N° 868-97, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 118-121).

Con el divorcio fenece la sociedad de gananciales, por lo que en vía de ejecución debe procederse al inventario de bienes y después al pago que señala el artículo 322 del Código Civil, si lo hubiere. El remanente se dividirá entre los que conformaron la sociedad, determinándose su porcentaje o la división del bien. No corresponde hacerlo a través del nombramiento de administración judicial (Exp. N° 21439-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 109-110).

El juez puede conceder una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral, cuando los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente.

La suma debe establecerse de acuerdo a las circunstancias personales del cónyuge obligado al resarcimiento, como es el no contar con trabajo fijo (Exp. N° 490-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 205).

El artículo 340 del CC faculta al juez a que confíe a los hijos menores de edad al cónyuge que obtuvo la separación o en su caso, el divorcio, por causa específica, a no ser que este adopte por el interés supremo de aquellos, otra disposición.

Si bien la causal de adulterio es imputable a la cónyuge, debe considerarse la permanencia que viene manteniendo la niña con su madre, con la cual desarrolla su vida personal, familiar y académica en términos normales para asignar la tenencia de la menor a la madre y la patria potestad a ambos padres (Exp. N° 2992-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 135-136).

Por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en la que pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes. Ninguno de los cónyuges puede renunciar a ellos.

Declarado judicialmente disuelto el matrimonio, debe procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales con arreglo al artículo 320 y siguientes del Código Civil, oportunidad en la que se forma el cuaderno de inventarios, se pagan las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad en el orden que establece la ley (Exp. N° 371-94-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 168-170).

Todos los bienes adquiridos dentro del matrimonio se presumen sociales, salvo prueba en contrario (Exp. N° 383-93-La Libertad, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 172).

Si se ha hecho la disolución del vínculo matrimonial, la liquidación de la sociedad de gananciales requiere de una solución definitiva que establezca los derechos que les asiste a las partes, ya que nada justifica que se prolongue por más tiempo la incertidumbre jurídica que pesa sobre las mismas (Exp. N° 16-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 179-180).

El régimen de visitas es una acción acumulativa accesoría, derivada de la acción de divorcio, por tanto solo si la acción principal de divorcio, se declara fundada, serán amparadas también las demás (Exp. N° 830-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 84).

La patria potestad es una institución jurídica que contempla el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En el divorcio la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Entre los atributos de la patria potestad, se encuentra la tenencia. El régimen de tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos, en cuyo caso el juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor (Exp. N° 787-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 126-127).

Si se demuestra que el patrimonio que ha sido objeto del juicio de separación de bienes ha sido adquirido durante la época de la unión de hecho con la actora, sin que la cónyuge del codemandado, hubiere hecho contribución alguna, por el hecho de estar subsistente el vínculo matrimonial entre los codemandados le corresponde legalmente a la cónyuge demandada el cincuenta por ciento de todos los bienes no obstante que la actora fue quien contribuyó en su adquisición.

Habiendo los cónyuges demandados obtenido una ventaja patrimonial en detrimento de la demandante, debe ampararse la demanda de enriquecimiento indebido (Exp. N° 85-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 172-174).

Es nula la sentencia que se ha expedido con pruebas diminutas y si no se han tenido en cuenta las reglas relativas a la liquidación de gananciales. Si en la liquidación de gananciales se argumenta haber construido una casa y adquirido un camión, para dilucidar la controversia el juez debe solicitar la declaratoria de fábrica de la construcción y los documentos comprobatorios del pago del camión por el demandante (Exp. N° 40-96-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 181-184).

Son bienes sociales las acciones adquiridas en la vigencia del matrimonio, las que deberán ser comprendidas en la liquidación de gananciales. Si bien existen vehículos registrados a nombre del emplazado, es necesario que se acredite que estos han sido adquiridos en la vigencia del matrimonio (Exp. N° 1963-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 116-117).

La venta hecha por el cónyuge de un bien de propiedad de la sociedad conyugal, no está afectado de nulidad.

El jurídico traslativo estaría limitado a la cuota o parte que le correspondería cuando se liquide el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por lo que la venta estaría sujeta a un plazo indeterminado (Exp. N° 1838-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 38-40).

La sociedad de gananciales fenecce por divorcio, procediéndose inmediatamente a la formación del inventario judicial. El cónyuge divorciado por culpa suya perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (Exp. N° 362-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 34-35).

Si el padre presenta una personalidad con rasgos pasivo-agresivos, debe otorgarse la tenencia del menor a la madre porque es inconveniente que al niño se le presenten cuadros que puedan influir en sus sentimientos. Ello impide la natural formación y desarrollo del niño, que debe hallar valores en sus progenitores (Exp. N° 577-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 159-160).

El cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge.

Al cónyuge inocente se confía la patria potestad, suspendiéndosele al otro en su ejercicio, salvo que el juez determine otra cosa. No puede confundirse la privación de la patria potestad con la suspensión de esta (Exp. N° 442-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 121).

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

Corresponde al juez fijar, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y acoger en la sentencia la propuesta del convenio, siempre que asegure adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad (Exp. N° 1547-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 130-131).

No debe confundirse patria potestad con tenencia, pues esta última es atributo de la patria potestad, la cual si bien puede ser materia de convenio, dicho acuerdo no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo más conveniente al menor o al adolescente (Exp. N° 1844-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 134).

En caso de separación convencional, el juez fija el régimen de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

El juzgador debe fijar el régimen alimenticio en forma precisa, toda vez, que el convenir en forma genérica e imprecisa los gastos de alimentación constituye un ofrecimiento incierto que no permite distinguir el monto de la pensión ni la forma de acudirle, haciendo ilusorio el derecho de los alimentistas (Exp. N° 2540-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 42-44).

El juez civil que conoce del divorcio solo puede pronunciarse sobre el régimen de tenencia y patria potestad de los menores, en los casos que declare fundada la demanda de divorcio, pero no en aquellos en que se pronuncia declarando infundada dicha demanda, puesto que al subsistir el vínculo matrimonial, quien debe pronunciarse sobre ese extremo es el Juzgado de Menores, cuya competencia es esa materia se basa en su carácter social y especializado (Exp. N° 2510-91-Áncash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 191-193).

Es principio fundamental regulador del derecho de infancia que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño y que se encuentra ratificado en nuestro sistema jurídico nacional, el respeto a la opinión del niño. Para fijar la patria potestad y la determinación de la tenencia separada de dos hermanos, que han vivido regularmente juntos, se amerita no solo conocer la opinión de cada uno de ellos, respecto a tal medida, sino además es necesario, por el bienestar de los mismos, apreciar el informe profesional emitido por el equipo multidisciplinario (Exp. N° 2815-2002, Sala Especializada de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 143).

ACUMULACIÓN SUCESIVA

ARTÍCULO 484

Los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias citadas en el artículo 483 se acumulan al proceso principal a pedido de parte.

La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente, debiendo el juez ordenar se remita este dentro del tercer día, bajo responsabilidad. El juez resolverá su procedencia en decisión inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 83, 88 inc. 3, 90, 483.

Comentario

1. Si las pretensiones se proponen conjuntamente desde el comienzo del proceso con la demanda son originarias. Pero si durante el transcurso del proceso, a la pretensión originaria se agregan o incorporan otra u otras, estaremos ante pretensiones sucesivas o sobrevenidas.

Hay otros criterios rectores para definir la oportunidad de la acumulación, como la del emplazamiento, sin embargo, nuestro Código no asume dicha posición, pues, si leemos el inciso 1 del artículo 88 del CPC dice "la acumulación objetiva sucesiva se presenta cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones", esto significa, que a pesar de que no hubiere ocurrido emplazamiento, si el actor incorpora una nueva pretensión ampliando su demanda (ver el artículo 428 del CPC) esa acumulación es catalogada como sobrevenida o sucesiva, por realizarse luego de la interposición con la demanda.

En el caso de las pretensiones sucesivas o sobrevenidas, se distinguen la acumulación por inserción de la acumulación por reunión. La primera opera cuando una nueva pretensión se incorpora, dentro de un proceso ya pendiente para la satisfacción de otra, ver el caso de la intervención del tercero excluyente principal (artículo 99 del CPC). La segunda tiene lugar cuando, existiendo diversas pretensiones que se han hecho valer en otros tantos procesos, estos se funden en uno solo, a través de la reunión de procesos (ver el inciso 3 del artículo 88 e inciso 2 del artículo 89 del CPC). La norma en comentario regula precisamente este último supuesto.

2. La norma hace referencia a la acumulación objetiva de pretensiones, pues, condiciona esta acumulación a la existencia de pretensiones accesorias, citadas

en el artículo 483 del CPC, pendientes de sentencia. Como señala el artículo 87 del CPC, hay pretensión accesoria, cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. Apréciase que la norma no hace referencia a la acumulación subjetiva sucesiva, pues no se trata de una pluralidad de sujetos con pluralidad de pretensiones, sino de una dualidad de sujetos con una pluralidad de pretensiones, ordenadas como accesorias de una principal: la disolución del vínculo conyugal por causal.

Por otro lado, adviértase que esta acumulación objetiva opera a pedido de parte, por tanto, no resulta aplicable lo normado en la última parte del artículo 90 del CPC, a pesar de que los procesos que contengan las pretensiones accesorias estén ante un mismo juzgado.

3. Como ya se ha referido, esta acumulación opera en atención al momento procesal en que se proponen. Si estas se plantean, luego de la demanda, estamos ante las pretensiones sucesivas o sobrevenidas. A pesar de que la norma no precisa hasta qué momento se puede proponer esta acumulación, consideramos en aplicación extensiva del artículo 90 del CPC, que ella debe pedirse antes de que la pretensión principal sea sentenciada, pero bajo el supuesto de que el proceso que contiene la pretensión accesoria se encuentre también pendiente de sentencia. Más aún, no es necesario que el proceso a acumular se encuentre con el llamado para sentencia, pues resulta procedente la acumulación, aun si este se encuentre recién en la etapa postulatoria.

Para proponer la acumulación se debe acreditar la preexistencia del expediente y hacer referencia al estado procesal de este. En esas circunstancias, el juez solicitará le envíen el proceso materia de la acumulación, para decidir sobre la procedencia de la propuesta, decisión que es inimpugnable, tal como refiere el artículo en comentario.

MEDIDAS CAUTELARES

ARTÍCULO 485

Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 608, 610, 677, 678, 680.

Comentario

1. Cuando un conflicto es sometido a la jurisdicción no solo busca un pronunciamiento dirimente sino también generar situaciones previsoras para que cuando se concrete y culmine la función dirimente tenga la jurisdicción una real efectividad; pero la tutela cautelar no solo tiene como finalidad asegurar el resultado del juicio, sino como señala Reimundín⁽²⁶⁶⁾ tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional. Hay una razón de eficacia que justifica la existencia de la medida cautelar, pues si bien el proceso es un instrumento al servicio del Derecho, la medida cautelar asume el rol de ser una herramienta del proceso, orientada a garantizar la realización de la solución que pone fin a este.

2. La norma hace referencia a las medidas que anticipan el pronunciamiento final en el proceso principal. No importa una medida cautelar porque afecta o altera la relación sustancial al buscar satisfacer de manera anticipada la pretensión principal, pero siempre a las resultas de la sentencia definitiva. Tanto la medida cautelar como la medida anticipada pertenecen a la jurisdicción asegurativa; sea a través de las cautelares o sea por medio de satisfacción de la pretensión, van a buscar garantizar de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia. La medida anticipada o llamada por nuestro código temporal sobre el fondo, requiere de los siguientes elementos para su procedencia. De una casi certeza del derecho que se reclama, no es suficiente la simple apariencia, la verosimilitud,

(266) REIMUNDÍN, Ricardo. *Derecho Procesal Civil*, Viracocha editorial, Buenos Aires, 1956, p. 362

sino la casi certeza. Por otro lado, es urgente brindar dicha tutela por una necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama, ello hace que sea innecesaria su privación.

3. En materia de conflictos familiares se distinguen dos grandes grupos de medidas anticipadas a dictar: las relacionadas con los procesos matrimoniales y con los hijos menores. El artículo 680 del CPC regula este primer supuesto y el artículo 677 del CPC hace referencia al segundo.

En los procesos de separación y divorcio no se ventila solo lo relativo a la disolución o separación conyugal, sino que hay cuestiones personales y patrimoniales que necesitan una regulación inmediata, en atención a que se puede acumular a la pretensión principal de separación o de divorcio, pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal (véanse los artículos 483 y 575 del CPC).

A solicitud de cualquiera de los cónyuges, luego de iniciado el proceso, el juez puede autorizar a que estos vivan separados así como que cada uno administre los bienes de la sociedad, medidas sobre las que el juez se pronunciará al momento de la disolución del vínculo.

La separación provisional de los cónyuges es la única medida cautelar verdadera, no solo por su provisionalidad e instrumentación en función de un proceso principal, sino porque "anticipa" en alguna medida la ejecución de la sentencia que ha de recaer en el proceso de separación y divorcio. Evidentemente que los supuestos para estas medidas son la casi certeza del derecho invocado, esto es, la firmeza del fundamento de su demanda y prueba anexa así como la necesidad impostergable de optar por dicha medida anticipada. Véase que los supuestos con que opera este tipo de tutela son de mayor exigencia. No se trata de una simple verosimilitud del derecho invocado ni del peligro en la demora porque no se trata de una cautela ordinaria que busca asegurar la eficacia de una decisión final, sino que este tipo de medidas busca anticipar la situación jurídica bajo la justificación de una necesidad impostergable de brindar urgentemente este tipo de tutela, para lo cual se requiere de mayores exigencias para su emisión por la trascendencia de la cobertura que estos mandatos tutelan.

Mediante la separación de los cónyuges, se autoriza a que estos vivan en domicilios separados. Allí cesa la presunción de convivencia conyugal. Nótese que aunque la norma no lo precise, el juez determinará la separación teniendo en cuenta, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos que se ha de llevar el otro cónyuge.

Por otro lado, el juez puede autorizar la directa administración por cada uno de ellos, de los bienes que conforman la sociedad conyugal. Dichos bienes, previo inventario, se entregan a uno u otro cónyuge así como las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.



JURISPRUDENCIA

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Violencia Familiar, puede solicitarse a los juzgados de familia, medidas cautelares que se tramitarán como medidas anticipadas fuera de proceso cuando la seguridad de la víctima o su familia requiera de una decisión jurisdiccional. Procede una medida anticipada de alimentos (Exp. N° 98-48, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 515).

El régimen de visitas, más que un derecho de los padres resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral. Está sujeto a variación, según las necesidades de los hijos. La patria potestad es una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres, con el nacimiento de los hijos matrimoniales, y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los cuales se ejercen, en tanto que esta no haya sido objeto de suspensión o pérdida (Exp. N° 1015-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 85).

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

El padre que no ejerce la patria potestad tiene derecho a mantener relaciones personales con el menor.

Resulta conveniente para el menor mantener un régimen de visitas, que permita fortalecer la relación con el padre, si existe entre el actor y su hijo una buena relación afectiva y la figura paterna se encuentra en un nivel de madurez y responsabilidad (Exp. N° 5114-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 66-68)

TÍTULO II

PROCESO ABREVIADO

Capítulo I DISPOSICIONES GENERALES

PROCEDENCIA

ARTÍCULO 486

Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

1. *Retracto;*
2. *Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos;*
3. *Responsabilidad civil de los jueces;*
4. *Expropiación;*
5. *Tercería;*
6. *Impugnación de acto o resolución administrativa;*
7. *La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal;*
8. *Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el juez considere atendible su empleo; y,*
9. *Los demás que la ley señale. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 16, 26, 28, 31, 92, 96, 104, 106, 108, 109, 292, 297, 329, 463, 465, 471, 539, 542, 562, 751, 796 inc. 5, 850, 854, 855, 875, 952, 984, 1076, 1079.

C.P.C.

arts. 487, 490, 4 DF, 1 DM, 5 DM.

D. LEG. 822

art. 195.

LEY 26887

arts. 35, 76, 139, 140, 142, 143, 275, 293, 326, 343, 365, 366, 390, 424.

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

LEY 27287	art. 18.2.
LEY 27444	art. 218.
D.S. 017-93-JUS	arts. 33 inc. 3, 192.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 408.
-----------------	-----------

Comentario

1. Para asumir al procedimiento abreviado, como el mecanismo a través del cual se debatirán las pretensiones contenciosas, se debe tener en cuenta referentes como la cuantía y materia de la pretensión; sin embargo, hay casos en que al margen de los parámetros de la competencia objetiva, esta vía procedimental se encuentra establecida por ley o porque el juez la fija, en atención a la naturaleza de la pretensión en debate.

Los incisos 1 al 6 hacen referencia a la naturaleza de la pretensión, como condicionante para asumir el procedimiento abreviado. Otro referente es la cuantía de la pretensión, tal como se advierte de lo regulado en el inciso 7; sin embargo, hay supuestos que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto. En esos casos, también es permisible acoger el debate de ellos bajo las reglas del procedimiento abreviado. La redacción del inciso 8 del artículo en comentario, reproduce los referentes para el procedimiento de conocimiento, señalado en los incisos 1 y 3 del artículo 475 del CPC; sin embargo, lo que se reserva de particular el procedimiento de conocimiento, son las pretensiones complejas, que por su particular naturaleza requieran de un amplio debate judicial.

Conforme se advierte del artículo en comentario, materias como el retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos; responsabilidad civil de los jueces; expropiación; y tercería son materias calificadas expresamente para ser debatidas bajo el procedimiento abreviado.

2. Uno de los parámetros que se tiene en cuenta para fijar la competencia de un juez es la cuantía de la pretensión. Este es un criterio que se utiliza para delimitar la competencia objetiva; el otro referente es la materia o naturaleza de la pretensión. La competencia por razón de la cuantía aparece fijado en el inciso 7.

Es importante señalar que la cuantía se fija en atención a dos referentes: valor cuestionado y valor disputado. Nuestro Código asume como referente el valor cuestionado. El monto de lo reclamado en la petición es el valor cuestionado; en cambio, el valor disputado implica la diferencia entre lo reclamado y lo concedido en la sentencia.

La cuantía, en este caso, se estima en atención a lo expresado en la demanda. Es el reclamo concreto de lo que se aspira a que sea reconocido. Si bien se señala que la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil unidades de referencia procesal; este enunciado debe ser complementado con lo recogido en el artículo 488 del CPC que fija la competencia por grado, en atención a la cuantía. En efecto, los jueces de paz letrado son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas unidades de referencia procesal; coligiéndose que los jueces especializados en lo civil son competentes para conocer pretensiones que superen las quinientas unidades de referencia procesal; superada esta cuantía, la pretensión se tramitará bajo las reglas del procedimiento de conocimiento también ante el juez especializado en lo civil.

Como se puede advertir de la lectura del artículo, la competencia por cuantía tiene un referente: la Unidad de Referencia Procesal (URP), la misma que está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria que varía cada año. Para el cálculo de la cuantía se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 11 del CPC; así como tratándose de pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina sobre la base del valor de este, vigente a la fecha de la interposición de la demanda (ver el artículo 12 del CPC).

3. Entre los casos que no tienen vía procedimental propia, ubicamos a la extinción de hipoteca y del usufructo, a la reivindicación, a la excesiva onerosidad de la prestación. Estas pretensiones podrían tramitarse como procedimiento abreviado o de conocimiento, según la cuantía en discusión. La sustitución del régimen de sociedad de gananciales, partición judicial de bienes heredados, remoción judicial de albacea a pedido de parte, cambio de identidad por modificación de sexo, cambio de nombre, abuso de bien sujeto a prenda, entre otros.

La ley es también otro referente para establecer la vía procedimental aplicable. Véase el caso de la impugnación de un acuerdo societario que se tramita por el proceso abreviado, como lo dispone el artículo 143 de la Ley General de Sociedades.

El Código Civil fija la vía procedimental abreviada en los siguientes casos: la impugnación judicial de acuerdos de la asociación (artículo 92 del CC), disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres (artículo 96 del CC), presentación de cuentas y balances de la fundación, suspensión de los administradores de la fundación (artículo 106 del CC), ampliación y modificación de los objetivos de la fundación (artículo 108 del CC), disolución de la fundación solicitada por el Consejo de Supervigilancia (artículo 109 del CC), disolución del comité por atentar contra el orden público (artículo 120 del CC), limitación a la representación de la sociedad conyugal (artículo 292 del CC), sustitución y abuso del régimen de la sociedad de gananciales (artículos 297 del CC y 329 del CC), impugnación a la desheredación

(artículo 751 del CC), tutela preventiva para oponerse a la partición y al pago de los legados (artículo 875 del CC), prescripción adquisitiva (artículo 952 del CC), expropiación (artículo 968 del CC), la partición de un bien en copropiedad (artículo 984 del CC), prenda de bien destinado a la explotación (artículo 1078 del CC), responsabilidad del depositario (artículo 1079 del CC), retracto (artículo 1592 del CC).

En el caso de la privación de la patria potestad por negarse a prestar alimentos, la autorización judicial a los hijos para vivir separados de sus padres, la restitución de la patria potestad y la remoción judicial del cargo de albacea, el inciso 1 de la cuarta disposición final del D.Leg. N° 768 refiere que dichas pretensiones se tramitan como proceso abreviado.



JURISPRUDENCIA

Para reclamar indemnización por responsabilidad civil de las empresas de aviación, independientemente del monto a reclamarse, corresponde al proceso abreviado.

El hecho de que la actora señale el monto a resarcir en moneda extranjera ello no resulta óbice para que al momento de sentenciar el juez de la causa señale la indemnización en moneda nacional (Exp. N° 4585-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 268).

Si el banco ejecutante hace uso de la cláusula resolutoria, ante el incumplimiento de la otra parte, está autorizado a exigir la devolución del bien mutuado, aun cuando no haya vencido el plazo, pues por la resolución contractual las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se produjo la causal que la motivó. Ello implica que el mutuario demandado debe devolver la cantidad de dinero recibido del mutuante, en el monto pendiente de devolución (Exp. N° 43795-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 236).

Si no se ejecutó el cheque que carece de la constancia de no pagarlo por falta de fondos en el proceso ejecutivo, para luego recurrir a la vía abreviada a fin de hacer valer la acción cambiaria; ello no significa que el título valor no reúna los requisitos para que el tenedor pueda hacer valer su derecho (Exp. N° 502-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 597).

Resulta improcedente la ineficacia del título valor si no se alega ni prueba que el título haya sufrido deterioro, extravío, o sustracción (Exp. N° 681-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 296-297).

No obstante los accionantes haber adquirido el inmueble sub-litis mediante contrato de compraventa, cancelando el precio; la propiedad también se puede adquirir por la posesión pacífica, continua y pública como propietarios por más de diez años, como lo señala el artículo 950 del CC.

La sentencia que accede a la petición constituye título para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (Exp. N° 2500-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 142-144).

Si la resolución objeto de impugnación es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de carácter local o regional, es competente en primera instancia la Sala Civil de Turno de la Corte Superior.

Cuando se impugnan las partidas de nacimiento y matrimonio, otorgados por funcionarios autorizados por las municipalidades, dicha competencia no es aplicable al registrador y al jefe de los Registros Civiles, porque estos no forman un órgano colegiado ni autoridad unipersonal (Exp. N° 148-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).

No obstante que del contrato de compraventa se observa que el apelante se constituyó en fiador de los compradores; el hecho que no recuerde haber celebrado dicho contrato, por ser una persona absolutamente incapaz, deberá hacerse valer vía acción y por las causas que señala el artículo 219 del CC y no en vía de apelación.

Si el proceso versa sobre obligación de dar suma de dinero, y no obra en autos resolución alguna que invalide el citado contrato, surte este todos sus efectos, hasta que no se declare judicialmente (Exp. N° 2905-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 84).

Las relaciones de una comunidad campesina con los miembros que la integran, respecto de la posesión de las parcelas familiares no pueden resolverse mediante acciones reivindicatorias, sino en el marco de la Ley 14656, Ley General de Comunidades Campesinas, su reglamento y de los estatutos comunales (Exp. N° 1406-7-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 177-178).

A pesar de que la sentencia ha ordenado se autorice a la demandante a exigir el cumplimiento de las obligaciones que contiene los títulos cuya ineficacia se ha solicitado, se da un sentido distinto a la sentencia, si el juez dispone que se proceda a la emisión de una sola letra de cambio por el total de la suma adecuada, por considerar que ya se ha cancelado parte de la misma (Exp. N° 63186-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 660).

El mandante solo está obligado al pago de los honorarios reclamados hasta la finalización del contrato. El monto otorgado con posterioridad constituye un acto de liberalidad al no haberse probado pacto posterior alguno.

La aparente subsistencia del mandato, por omisión de la inscripción de la revocatoria, no significa la continuación de aquel ni el pago de honorarios profesionales, por no haberse acreditado además la prestación de labores que justifiquen el pago que reclama (Exp. N° 2691-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 486).

Tal como lo recomienda el Código de Ética Profesional, debe ser práctica usual del abogado evitar controversias con sus patrocinados acerca de sus honorarios (Exp. N° 3302-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 455-456).

Si la parte no ha pagado los honorarios de su abogado, no es motivo para que el juez tramite un incidente por dicho pago en el mismo proceso. El pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de un vínculo no laboral, debe tramitarse en un proceso abreviado (Exp. N° 4026-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 457).

FIJACIÓN DEL PROCESO POR EL JUEZ

ARTICULO 487

En el caso del inciso 8 del artículo 486, la resolución que declara aplicable el proceso abreviado, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 486 inc. 8.

Comentario

1. La demanda es el acto procesal de parte, por la cual se ejercita el derecho de acción y se plantea pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues, este solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. También en la demanda, el actor propone la vía procedimental a través del cual se dirigirá el debate de sus pretensiones, sin embargo, pudiera darse el caso que dicha propuesta procedimental no sea coherente con el objeto de litis, situación que permite al juez sustituirla por la del procedimiento abreviado, en los casos a que se refiere el inciso 8 del artículo 486 del CPC. Nótese que la propuesta procedimental no es ejercicio del principio dispositivo, como sí lo serían los hechos y la prueba que aportan las partes al proceso. La vía procedimental hay que entenderla como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el cual se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo.

2. Hay que tener en cuenta que la demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia que determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia y el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros (véase, en ese sentido, el artículo 438 del CPC). Resulta importante este primer acercamiento que tiene el juez de apreciar debidamente la pretensión, para fijar posteriormente la competencia objetiva (por razón de la materia y la cuantía) y la incidencia de esta en la vía procedimental. Conforme señala el inciso 9 del artículo 424 del CPC, el demandante propone la vía procedimental; sin embargo, frente a dicha propuesta pudiera darse el caso de que por la naturaleza o complejidad de la pretensión, por tratarse de una pretensión inapreciable en dinero, porque hay duda sobre su monto, el juez sustituya la vía procedimental propuesta por la abreviada. Esta variación está contemplada como una de facultades genéricas con que cuenta

el juez para “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación”. En ese sentido léase el inciso 1 del artículo 51 del CPC. Dichas facultades hay que entenderlas bajo el concepto públicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso.

3. Un elemento fundamental para que opere la sustitución de la vía procedimental es la motivación debida. El juez tiene el deber de justificar por qué ha decidido apartarse de la vía propuesta y optar por el proceso abreviado.

Como refiere la norma en comentario, la resolución será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable. Si partimos de la idea que en el admisorio de la demanda se establece la vía procedimental a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, tal como lo exige la norma en comentario; todo lo contrario, el emplazamiento del demandado contiene la notificación entre otros del admisorio de la demanda.

La disposición que hace el juez de la vía procedimental, conforme refiere el artículo en comentario, permite que sea el juez y no las partes, quien fije el escenario en el cual ellas van a debatir sus pretensiones, bajo un escenario no reducido y tampoco limitado; para debatir en mejor forma el ejercicio del derecho de acción y de contradicción. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido públicístico, hay un fin social en el proceso –que permite al juez fijar el contexto en el cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustentan sus pretensiones–, la misma que es inimpugnable.

COMPETENCIA

ARTICULO 488

Son competentes para conocer los procesos abreviados los jueces civiles, los de paz letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los juzgados de paz letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, los jueces civiles. ()*

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 10.

Comentario

Uno de los parámetros que se tiene en cuenta para fijar la competencia de un juzgado es la cuantía de la pretensión. Este es un criterio que se utiliza para delimitar la competencia objetiva; el otro referente es la materia o naturaleza de la pretensión.

Como se puede advertir de la lectura del artículo, la competencia por cuantía tiene un referente: la Unidad de Referencia Procesal (URP). Ella está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año. Para el cálculo de la cuantía se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 11 del CPC. Tratándose de pretensiones relativas a derechos reales sobre inmuebles, la cuantía se determina sobre la base del valor del inmueble vigente a la fecha de la interposición de la demanda (ver el artículo 12 del CPC).

La norma regula la competencia de los jueces, en atención a la cuantía, sin alterar para nada el diseño procedimental asignado, como es el procedimiento abreviado. Establece que le corresponde conocer al juez de paz letrado, toda pretensión cuya cuantía sea mayor de cien y hasta quinientas unidades de referencia procesal. Caso contrario, corresponderá conocer al juez de primera instancia, toda pretensión que supere las quinientas Unidades de Referencia Procesal.

En este último supuesto, condicionará además, la vía procedimental; esto es, si la pretensión tiene una estimación patrimonial mayor de quinientas y hasta mil

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

Unidades de Referencia Procesal corresponderá el procedimiento abreviado (ver el inciso 7 del artículo 486 del CPC), si lo supera, se le asignará el de conocimiento (ver el inciso 2 del artículo 475 del CPC). Esto implica que la vía procedimental establecida en el inciso 7 del artículo 486 del CPC debe ser complementado con lo regulado en el presente artículo, para delimitar la correcta competencia del juez. A ello hay que agregar la naturaleza de las pretensiones demandadas, de tal manera que la competencia del juez se fijará en atención a la cuantía y al territorio, teniendo en cuenta, además los artículos 475, 486 y 546 para la vía procedimental en la que se desarrollará el debate judicial.



JURISPRUDENCIA

Los honorarios profesionales, por su naturaleza, se califican como remuneraciones derivadas de una relación no laboral, por lo que el trámite que le corresponde al pago de dichos honorarios es del proceso abreviado (Exp. N° 2570-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 440).

NORMATIVIDAD SUPLETORIA

ARTICULO 489

Es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

art. 424 a 474; 476.

Comentario

Como vemos, la norma alberga a la integración normativa, para llenar los vacíos o lagunas de la Ley Procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza". En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver la primera disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 del CPC (aplicable al procedimiento de conocimiento) para suplir el vacío en la regulación del procedimiento abreviado.

Como señala el citado artículo 476 del CPC, el proceso se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro. La norma exige que esta actividad se sujete a los requisitos que allí se establecen para cada acto; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones y la tramitación de estas, la actividad probatoria se desarrolla a través de varias audiencias y no en audiencia única, como lo es el procedimiento sumarísimo.

RECONVENCIÓN

ARTÍCULO 490

Es improcedente la reconvencción en los asuntos referidos en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 486.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 128, 445, 486 incs. 1, 2, 3, 5 y 6.

Comentario

La reconvencción es la pretensión procesal que el demandante se halla facultado para interponer frente al actor. Hay una posición unánime en toda la doctrina de calificarla como una demanda nueva y autónoma que se acumula —por el demandado— a un proceso en curso.

El derecho a reconvenir de la parte demandada solo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda y ha de conducirse contra el que demandó. En otras palabras, “es jurídicamente imposible aceptar la presencia de un tercero, dado que las partes en la reconvencción tiene que ser las mismas que figuran en el proceso originario, si bien con los papeles invertidos, porque en ella el actor reconvenccional (sujeto activo) solamente puede serlo el demandado, y demandado reconvenccional (sujeto pasivo) única y exclusivamente puede serlo el actor, nunca cualquier otra persona que no sea parte en el proceso principal”⁽²⁶⁷⁾.

No debe ser considerada como un medio de defensa frente a la acción, sino una nueva demanda que formula el demandado en el mismo proceso ya iniciado; de ahí que la prohibición que recoge el presente artículo, de no admitirla en pretensiones sobre retracto, prescripción adquisitiva, título supletorio, rectificación de áreas, responsabilidad civil de jueces, tercería e impugnación de resolución administrativa no significa la vulneración al principio de contradicción, sin embargo, hay algunas voces que confunden el derecho a la contradicción con la reconvencción y señalan que “la ausencia de reconvencción afecta el derecho de contradicción, limitándola en su ejercicio” como sería, en el caso que detalla el presente artículo y en los procesos sumarísimos (ver el inciso 1 del artículo 559 del CPC) al no permitirles ejercer la reconvencción por responder a un procedimiento breve

(267) Sentencia emitida por el Tribunal Supremo español el 21 de mayo de 1969, citado por TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La reconvencción, límites y jurisprudencia*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1994, p.133.

que requiere una tramitación rápida. Subyace aquí, un criterio de economía procesal para evitar incorporar pretensiones a las ya originariamente propuestas por el actor, lo que no impide que el demandado pueda ejercer su derecho de acción en un proceso independiente, y si fuere el caso y momento procesal, proponer una posible acumulación de procesos (ver el inciso 3 del artículo 88 del CPC).

Como ya lo hemos señalado, la reconvención es una expresión del derecho de acción que tiene el demandado de recurrir a la jurisdicción y puede materializar ese derecho (según la vía procedimental) dentro del mismo proceso, en la contradicción, provocando como resultado de ello una acumulación de pretensiones; situación que también puede verse materializada fuera de proceso, en otro proceso autónomo, pues, con la reconvención el demandado ejerce el derecho de acción y no su derecho de contradicción, esto es, su derecho a la defensa.

PLAZOS

ARTÍCULO 491

Los plazos máximos aplicables a este proceso son:

1. *Tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos.*
2. *Tres días para absolver las tachas u oposiciones.*
3. *Cinco días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción.*
4. *Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.*
5. *Diez días para contestar la demanda y reconvenir.*
6. *Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, conforme al artículo 440.*
7. *Diez días para absolver el traslado de la reconvencción.*
8. *Diez días para la expedición del auto de saneamiento contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir. (*)*
9. *Veinte días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471.*
10. *Cinco días para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.*
11. *Veinticinco días para expedir sentencia, conforme al artículo 211.*
12. *Cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 146, 147, 208 párr. 2, 211, 265 párr. 3, 270, 301, 373, 440, 443, 445, 447, 471 párr. 2, 493.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 409, 410, 411, 412, 413.

(*) Inciso modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

Comentario

1. La redacción de este artículo sigue la misma estructura del 478 del CPC con las variantes en cuanto a la duración de los plazos para cada actividad procesal. Como ya se ha expresado al comentar el citado artículo 478 del CPC, el tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Para Palacio⁽²⁶⁸⁾, tales lapsos se denominan plazos y su existencia responde a razones de seguridad y certeza. No basta, el establecimiento del orden consecutivo en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que además es menester determinar los lapsos específicos dentro de los cuales estos deben ejecutarse, ya que de lo contrario las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde desarrollar su actividad procesal, además, resultaría imposible el funcionamiento de la preclusión y la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente.

Tomando como referencia la forma de fijación de los plazos, podemos calificarlos en legales, judiciales y convencionales. El plazo legal es aquel cuya duración se halla expresamente establecida por ley, por citar, diez días para interponer excepciones en procesos de conocimiento (ver el inciso 3 del artículo 478 del CPC). La norma en comentario recoge la expresión de los plazos legales en la actividad asignada a los sujetos procesales (partes y juez). En relación con sus efectos, los plazos pueden ser calificados de perentorios y no perentorios. El primero es preclusivo, fatal, porque su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedieron, sin que para lograr tal resultado se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial. El artículo en comentario acoge precisamente el plazo perentorio; no se admite la posibilidad que ambas partes con anterioridad a la expiración de un plazo determinado convengan por escrito su prolongación, estableciendo por esa vía un plazo convencional. En ese sentido, léase lo regulado en el artículo 146 del CPC que dice: "los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales".

Los plazos que recoge este artículo son indivisibles. Se conceden independientemente a cada parte para la ejecución de actos procesales determinados. En tal sentido, véase los plazos fijados para oponer excepciones, contestar demandas, interponer recursos, etc. Aquí resulta indiferente que intervengan en el proceso una persona o una pluralidad de personas en la misma posición de parte, como ocurre en los casos de litisconsorcio, pues, en tal hipótesis, cada una de aquellas cuenta con plazos independientes para ejercer las facultades procesales que trate. Apréciase que el artículo en comentario no acoge el plazo común. Este plazo

(268) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref., p. 55-56.

se acuerda en forma conjunta para ambas partes, a fin de que realicen uno o más actos procesales de la misma índole, como sería el caso de los alegatos. El artículo 212 del CPC al respecto dice: "dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado". Mientras que los plazos individuales se computan desde que se practica la respectiva notificación a la parte a quien afectan o en su caso, a cada uno de los litisconsortes. Los plazos comunes empiezan a correr desde la última notificación, tal como lo señala el artículo 147 del CPC.

2. Cuando se postula una pretensión, opera la carga de probar los hechos que afirman las partes (ver el artículo 194 del CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad estará sometido al control de la contraparte, quien también tiene la carga de cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de los mecanismos de las tachas u oposiciones. Estos mecanismos se utilizarán en atención al medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 del CPC. Decimos que es una carga para quien se opone a la prueba, caso contrario se asume que está aceptando la veracidad de los hechos que contiene el medio probatorio. Por ejemplo, si tenemos un documento privado y se ofrece este solicitando además el reconocimiento y la contraparte no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito a la certeza del contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver el artículo 246 del CPC). Como se aprecia de la redacción de la norma, la contraparte tiene 3 días para cuestionar la eficacia probatoria de los medios ofrecidos, plazo que se computará desde la notificación que se tienen por ofrecidos. Es común que estos medios se ofrezcan con el admisorio de la demanda; sin embargo, no se descarta la posibilidad que habiéndose dictado el admisorio, se hubiere postergado el pronunciamiento sobre el ofrecimiento de los medios de prueba, para subsanar deficiencias de orden formal, situación que influirá posteriormente para fijar el cómputo del plazo para su impugnación.

El inciso 2 es la expresión del principio de bilateralidad en el proceso. Este opera siempre y cuando se hubieren interpuesto tachas u oposiciones a los medios probatorios. Brinda la posibilidad a la parte que ofreció los medios de prueba para que absuelva las observaciones realizadas por la contraparte.

El inciso 3 otorga un plazo especial para la interposición de las excepciones y defensas previas. Monroy⁽²⁶⁹⁾, considera a la excepción como "un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún

(269) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas del proceso civil*, Studium, Lima, 1987, pp. 102-103.

presupuesto procesal o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción”.

La defensa previa, viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso. Corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción. Monroy⁽²⁷⁰⁾ la conceptúa como aquella que sin un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo, por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el pago de lo debido, estos podrían alegar que desconocen aún si la masa hereditaria presenta un saldo positivo, por lo que el proceso debe suspenderse hasta conocer tal hecho. Esta es una típica defensa previa, no se ataca la pretensión, solo se dilata el proceso y su eficacia, incluso de manera definitiva.

En relación con el inciso 3 en comentario apréciase que los plazos se computan bajo dos supuestos: a) con el inicio de la relación procesal, esto es, desde la notificación de la demanda; y, b) con la reconvencción. Apréciase que esta última, implica el ejercicio del derecho de acción del demandado, a través del cual, interpone una pretensión contra el demandante, provocando una acumulación de pretensiones. Esta contrapretensión también está sujeta a que pueda cuestionarse a través de las excepciones.

El inciso 4, en ejercicio del contradictorio, otorga un plazo de cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas propuestas. Es la posibilidad que se otorga al demandante para que absuelva el cuestionamiento realizado a su pretensión a través de la excepción, caso contrario, se procederá a señalar fecha día y hora para la audiencia de saneamiento, en el supuesto de que se hubieren ofrecido medios probatorios pendientes de actuación y se procederá en la forma que refiere el inciso 1 del artículo 493 del CPC. A diferencia de la audiencia de saneamiento del procedimiento de conocimiento, regulado en el artículo 449 del CPC, no hay referencia a la procedencia a escuchar los informes orales de los abogados si fueren solicitados ni a la posibilidad que el juez pueda reservar su decisión sobre las excepciones.

Su decisión debe considerar los efectos que señala el artículo 451 del CPC, así como la abstención que refiere el artículo 450 del CPC, en caso se refiera a excepciones de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral. Otro supuesto en el tratamiento de las excepciones es cuando absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez en decisión motivada e inimpugnable, puede prescindir

(270) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Conceptos elementales del proceso civil II", en: *El Peruano*, Lima, 01/07/1992, p. B-5

de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneando el proceso.

Véase que a diferencia de lo regulado en el artículo 447 del CPC, en esta vía procedimental, las excepciones no se sustancian en cuaderno separado, procediendo su tramitación en una sola audiencia, en la forma que prevé el artículo 493 del CPC (audiencia de saneamiento procesal y conciliación). Cuando se declara fundada una excepción o defensa previa, tendrá efecto suspensivo, las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada (ver el artículo 494 del CPC).

El inciso 5 fija el plazo de diez días para contestar la demanda y reconvenir. Comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse. El otorgamiento de plazos debe operar bajo el principio de igualdad, de permitir a las partes por igual similares posibilidades sin que ello lleve a exigir una igualdad aritmética, sino a una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. La Sala Suprema ha establecido en la Casación Nº 1103-2002-La Libertad, publicada en *El Peruano*, el 01 de marzo de 2004, "el debido proceso importa el derecho a la defensa de fondo, esto es, la contestación de la demanda o la contradicción. Ellas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando esta omisión rechazo del escrito".

Esta etapa es importante, porque determinará para el futuro proceso, la existencia o no de controversia. La demanda no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede levantar o no, según le parezca más conveniente. La inactividad que genera la rebeldía constituye fundamento para la presunción sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo los casos que contempla el artículo 461 del CPC.

Otro aspecto a considerar en la contestación es que puede generar hechos admitidos, los mismos que van a tener incidencia para la futura actividad probatoria, en los términos que señala el inciso 2 del artículo 190 del CPC. Los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no hay discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta. Genera dos consecuencias inmediatas: obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar, y genera

suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si la emplazada cumplió con absolver el traslado de la demanda sin haber deducido excepciones ni defensas previas, concluyó la etapa postulatoria, por lo cual correspondía —en virtud al principio de preclusión procesal— el saneamiento del proceso, acto procesal que constituye un deber del juez, quien de oficio, debe pronunciarse sobre la validez de la relación jurídico-procesal (ver la Casación N° 030-1999-Lima, publicada en *El Peruano*, el 01 de marzo de 2004).

El plazo legal que señala este inciso también hace referencia a la reconvencción, entendida esta como la pretensión que puede incoar la parte demandada al proceso, provocando así una acumulación objetiva sucesiva de pretensiones.

El inciso 6 otorga cinco días para ofrecer medios probatorios, si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción. Este inciso resulta coherente con lo expuesto en el artículo 440 del CPC que dice: “cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”. Véase en el caso del cobro de un mutuo. El demandado reconoce la existencia del mutuo pero no está de acuerdo en el monto, porque el demandante no ha tomado en cuenta la compensación celebrada entre ambas partes sobre el monto demandado. Este hecho nunca fue referido por el demandante pero es introducido al proceso por el demandado en su contestación y que resulta procedente llevarlo al debate para asumir con certeza que el monto demandado ha sido variado a otra suma producto de la compensación realizada.

El inciso 7 fija en diez días el plazo para absolver el traslado de la reconvencción. Como ya hace referencia el inciso 6 citado, el demandado frente al emplazamiento no solo puede contestar sino incorporar una nueva pretensión a través de la llamada reconvencción; como implica una nueva pretensión, necesariamente debe el actor tener la posibilidad de absolverla y deducir excepciones e impugnar los medios de prueba ofrecidos. Los plazos para interponerlas aparecen fijados en los incisos 1 y 3 de este artículo.

El inciso 8 se ubica en el examen de la relación procesal y fija en diez días el plazo para que el juez pueda emitir el auto de saneamiento. Conforme refiere el inciso 3 del artículo 465 del CPC, el juez —de oficio— y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, concederá un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

En el caso del procedimiento abreviado, antes de la modificación del artículo 493 del CPC por el D. Leg. N° 1070, se fijaba en cinco días el plazo para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal (ver el inciso 1 del artículo 493 del CPC derogado), sin embargo, con la nueva redacción de dicho texto no se establece plazo

legal alguno para el caso del inciso 3 del artículo 465 del CPC, dejando a la discrecionalidad del juez fijarlo.

El cómputo del plazo para expedir el auto de saneamiento tomará como referente el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir.

Luego del saneamiento, se procederá a realizar, en el plazo de veinte días, la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471 del CPC (ver el inciso 9 del artículo 491 del CPC); sin embargo, debemos precisar que la admisión de los medios probatorios ofrecidos en la demanda y contestación deben ser apreciados bajo los alcances del artículo 468 del CPC, así como los referentes a las cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) si hubiere, en la forma que detalla el artículo 301 del CPC.

Luego de haber dilucidado la admisión de los medios probatorios ofrecidos, en atención a los puntos controvertidos fijados el juez definirá la necesidad de ingresar a una audiencia de pruebas o recurrir al juzgamiento anticipado. Especial situación se aprecia en las pretensiones de puro derecho, en la que no cabe actuación probatoria alguna por la naturaleza de la pretensión en discusión. En ese sentido, léase la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2089-02 de la Primera Sala Contencioso-Administrativa que asume el criterio ya reseñado⁽²⁷¹⁾. Debemos precisar que a pesar de que se hubieren admitido los medios de prueba ofrecidos, no cabría señalar fecha para audiencia de pruebas, cuando estamos ante el supuesto del inciso 1 del artículo 473 del CPC que refiere al juzgamiento anticipado, cuando no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, como sería el caso de la prueba documental, siempre que no hubiere sido objeto de tacha. En estos casos es procedente recurrir a la figura del juzgamiento anticipado.

El inciso 10 establece el plazo de cinco días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso. Véase el caso de la incorporación de un litisconsorcio necesario, luego de agotada la audiencia de pruebas, tal como lo señala el artículo 96 del CPC; sin embargo, el plazo que establece el citado artículo 96 del CPC refiere a uno que no excederá de veinte días.

Otro aspecto que regula este artículo está referido al plazo para expedir sentencia. Como señala el artículo 211 del CPC, "antes de dar por concluida la audiencia, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará". En el caso del procedimiento abreviado, el inciso 11 fija en veinticinco días para expedir sentencia. Ella debe considerarse como el acto procesal por el cual el juez, en calidad de órgano

(271) Dicha ejecutoria aparece publicada en LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. T. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 609-611.

independiente del Estado, cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho en contradicción, de resolver el conflicto sobre las pretensiones del demandante y las defensas del demandado.

Los plazos de impugnación también difieren según la vía procedimental. Trátese de procedimientos abreviados, se establece en cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 del CPC. Véase que en los procedimientos abreviados, al igual que el de conocimiento, es procedente ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación, tal como lo reconoce el artículo 374 del CPC. En este caso, reafirmamos la posición que los plazos son perentorios, esto implica, que aun cuando un recurso de apelación haya sido concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversaria, debe ser, considerado ineficaz por el superior en grado, si este se ha interpuesto después de transcurrido el plazo legal fijado al efecto, pues conforme lo señala el artículo 146 del CPC: "los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales". Por otro lado, hay que tener presente que en los procesos de conocimiento y abreviado la fecha para la vista de la causa debe ser notificada a las partes con diez días previos a su realización (ver el artículo 375 del CPC). Además que entre la notificación y la realización de dicha actuación procesal debe transcurrir como mínimo tres días hábiles (en ese sentido, léase la Casación N° 1477-2003-Puno del 14 de octubre de 2004⁽²⁷²⁾).

(272) Publicada en *El Peruano* el 28 de febrero de 2005.

PLAZO ESPECIAL DEL EMPLAZAMIENTO

ARTICULO 492

Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos serán de treinta y cuarenticinco días, respectivamente.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 435 párr. 3.

Comentario

El emplazamiento es el llamado que se hace a una persona para que comparezca al proceso dentro de un plazo determinado.

La norma regula un plazo especial para el emplazamiento sujeto a la comunicación por edictos, el mismo que también se contempla para el procedimiento de conocimiento, con la variante propia del tiempo. Como ya se ha señalado, al comentar el artículo 479 del CPC, el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (oírgase a la otra parte). Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

Lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley, como sería el caso que regula el artículo 435 del CPC, cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; y, cuando el demandante ignora el domicilio del demandado. Aquí el emplazamiento se hará mediante edicto. El plazo será no mayor de treinta días si el demandado se halla en el país, de cuarenta y cinco si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

Apréciese que el plazo que regula este artículo se vincula con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer o el lugar donde corresponde realizar uno o más actos procesales.

Los plazos ordinarios se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En cambio, los plazos extraordinarios son aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial o fuera de la república, como es el caso del artículo en comentario.

ABREVIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

ARTÍCULO 493

Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez procederá conforme a los artículos 449 y 468. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 301 párr. 3, 324, 455, 446, 465, 468, 471, 491
inc. 8.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 414.

Comentario

1. Una de las peculiaridades del procedimiento abreviado era su diseño. A diferencia del procedimiento de conocimiento, el saneamiento procesal y la conciliación se realizaban en una sola audiencia, sin embargo, a raíz de la modificación del artículo 449 del CPC por la Ley N° 29057, dicho saneamiento ya no requería de la oralidad de la audiencia sino que se realizaba por escrito. El artículo en comentario reafirma esa posición y altera radicalmente su versión originaria para asumir que no se requiere audiencias para declarar el saneamiento. Tampoco se requiere recurrir a la actividad conciliatoria como una etapa obligada del proceso y la actividad probatoria a través de audiencias está condicionada a que la naturaleza de los medios de prueba admitidos requiera actuación.

La redacción actual del artículo resulta coherente con la modificación del artículo 449 por la Ley N° 29057 y con el artículo 468 del CPC en relación al saneamiento procesal, el mismo que venía siendo realizado a través de audiencias y de manera conjunta con la actividad conciliatoria.

2. El saneamiento procesal es la actividad judicial por la que se expurga o purifica el proceso de todo vicio, omisión o nulidad que pueda afectar posteriormente una decisión sobre el fondo de la litis, o en su caso, da por concluido el proceso si verifica la presencia de una nulidad absoluta o defecto insubsanable en general. La actividad saneadora acaece en diversos momentos en la etapa postulatoria de la demanda. Opera en la calificación de la demanda, en la valoración de las excepciones y en la declaración del saneamiento procesal. Tiene como finalidad procurar que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, sin falta de

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

legitimidad e interés para obrar, para que el juez, al expedir sentencia, se pronuncie sobre el fondo del conflicto de intereses.

Un supuesto a contemplar es la interposición de excepciones. Señala el artículo 448 del CPC que solo se admitirán los medios probatorios documentales que se ofrezcan en el escrito en el que se proponen las excepciones o en que se absuelven. Esto implica que absuelto el traslado de las excepciones o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 (ver el artículo 449 del CPC).

Otro supuesto es que no se haya interpuesto excepción alguna. Aquí el juez procederá a realizar el saneamiento procesal bajo las siguientes alternativas: a) establecer que la relación jurídico-procesal es válida y continúa el proceso a la fijación de puntos controvertidos; b) establecer que la relación jurídico-procesal es inválida e insubsanable, dando por concluido el proceso; y, c) establecer que la relación procesal es inválida, pero subsanable, por lo que concede un plazo –no definido por ley– para que se subsanen los defectos (ver el artículo 465 del CPC).

Agotado el saneamiento probatorio se procede a fijar los puntos controvertidos del proceso y los que van a ser materia de prueba, para luego decidir la admisión de los medios de prueba ofrecidos, si los hubiera. Caso contrario se procede al juzgamiento anticipado a que refiere el inciso 1 del artículo 473 del CPC; sin embargo, puede darse la posibilidad de que la parte demandada tenga la condición de rebelde o se hubiere allanado a la demanda dentro del plazo para contestarla, circunstancias que no permitirían fijar algún punto en controversia, por no existir resistencia a la pretensión planteada. En este caso también se procede al juzgamiento anticipado del proceso, bajo la presunción legal relativa de verdad de los hechos.

APELACIÓN

ARTÍCULO 494

En este proceso tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia. Las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 368, 369, 371, 372, 375, 376.

Comentario

La apelación es un medio de impugnación ordinaria que tiene por objeto revisar las decisiones a fin de corregir los errores que causan agravio. Esa revisión puede generar dos efectos: suspender o no la eficacia de la resolución impugnada. Clásicamente, se atribuía a la apelación, el efecto suspensivo y devolutivo, según el caso; sin embargo, modernamente la doctrina ha desterrado la expresión devolutivo, para considerar como efecto lo suspensivo y lo no suspensivo. La concesión del recurso con efecto suspensivo, impide al juez ejercer la jurisdicción hasta tanto el pronunciamiento no quede firme por el superior revisor, sin embargo, hay situaciones que la concesión del recurso de apelación no impide la ejecución de lo resuelto (ver el artículo 372 del CPC). El fundamento de esa posibilidad de ejecución inmediata de lo resuelto, a pesar de la existencia del recurso de apelación se halla en razones de urgencia y necesidad que tornarían en irreparables los perjuicios derivados del lapso inevitable que deberá producirse hasta el pronunciamiento definitivo de la alzada.

Para la norma en comentario corresponde la apelación con efecto suspensivo, a la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia. Ello implica que el acto impugnado no puede ejecutarse hasta que sea resuelto el recurso que contra él se interpone. El efecto suspensivo que enumera este artículo resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 371 del CPC, pues se otorga este efecto contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación. El efecto suspensivo

de esta impugnación no debe llevar a olvidar, como refiere el inciso 1 del artículo 368 del CPC, que el juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.

Las demás apelaciones, señala el artículo 494 del CPC, se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el juez decida su trámite inmediato, por resolución debidamente motivada. En aras de una bien entendida celeridad procesal, se ha incorporado a la apelación concedida el efecto diferido de esta. Es necesario que los recursos sin efecto suspensivo, deban consignar además, si el efecto es diferido o no. Aquí, la apelación funciona como una reserva para el caso en que el expediente sea luego elevado en alzada, interpuesta la sentencia definitiva. Esta forma de recurrencia responde al principio de celeridad, evitando continuas interrupciones del procedimiento principal. Así, las incidencias en el proceso apeladas sin efecto suspensivo se resolverán conjuntamente con la sentencia u otra resolución final, evitando formar cuadernos separados por cada incidencia. Como señala la norma (ver el artículo 372 del CPC) cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida; sin embargo, la norma en comentario permite que el juez decida su trámite inmediato, y no opte por la apelación diferida, mediante resolución debidamente motivada.

Por último, cuando se revive los cuestionamientos en la apelación, debe tenerse en cuenta que este no debe incidir en los extremos consentidos por las partes. Mediante Casación N° 1480-03-Arequipa del 22 de octubre de 2003⁽²⁷³⁾ la Sala Suprema consideró que se viola flagrantemente el derecho a la cosa juzgada cuando la segunda instancia se pronuncia acerca de un extremo sobre el cual ya existía pronunciamiento anterior consentido por las partes. Resolviendo el caso, la Sala Suprema señala que el principio de prohibición de reforma en peor establece que el juez no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Agrega que este principio tiene como sustento el principio dispositivo, por el cual el proceso civil se inicia o promueve solo a iniciativa de parte, y en el caso de la apelación el juez superior conoce del proceso por iniciativa del impugnante, por lo que únicamente puede pronunciarse sobre los extremos apelados.

(273) Publicada en el diario oficial *El Peruano*, 30 de abril de 2004.

Capítulo II DISPOSICIONES ESPECIALES

Sub-Capítulo 1 RETRACTO

REQUISITOS Y ANEXOS ESPECIALES

ARTÍCULO 495

Además de cumplir con los artículos 424 y 425, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por este y que se hubieran devengado.

Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro de segundo día.

CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 1592, 1593.

C.P.C.

arts. 424, 425, 426, 427, 500.

Comentario^(*)

1. De acuerdo al artículo 1592 del Código Civil, "el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa". El retracto es pues un derecho establecido normativamente a favor de determinados sujetos, que otorga la posibilidad de subrogarse en la posición activa de un contrato de compraventa. Se señala que las características del derecho de retracto son⁽²⁷⁴⁾:

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(274) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Derecho de retracto", en: *Themis*, Revista de Derecho. Segunda Época. N° 38. Lima, 1998, p. 125.

- 1) Es un derecho otorgado por la ley; no puede crearse convencionalmente.
- 2) Solo gozan del derecho determinadas personas, señaladas taxativamente por la ley.
- 3) El derecho consiste en la subrogación de estas personas en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.
- 4) Quien ejerce el retracto debe reembolsar al comprador: el precio, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados.

Cabe señalar que de acuerdo al artículo 1594 del Código Civil, el derecho de retracto procede contra bienes inmuebles y contra bienes muebles inscritos. Asimismo, este derecho es irrenunciable e intransmisible por acto entre vivos (artículo 1595 del Código Civil), y ello porque se quiso mantener el carácter de privilegio que tiene este derecho para determinados sujetos (por ello es irrenunciable) y a su vez, se prohíbe la transmisión de este derecho entre vivos, con el propósito de reducir sus efectos y evitar entorpecimientos en la circulación de los bienes⁽²⁷⁵⁾.

Por otro lado, cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación solo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma (artículo 1601 del Código Civil). Quedan sin efecto, las otras enajenaciones.

2. Hay diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del retracto, desde los que entienden que este tendría una naturaleza real, hasta los que comprenden que tiene una naturaleza personal. Ante estas posiciones, debe señalarse que el retracto no es propiamente ni un derecho real ni un derecho de crédito, es un derecho subjetivo distinto que tiene la naturaleza de un privilegio que la ley otorga a determinados sujetos para subrogarse en una relación contractual ya establecida. De esta manera, el retracto no importa la nulidad o la resolución del contrato celebrado entre el enajenante y el adquirente, sino la subrogación legal en la posición de este último⁽²⁷⁶⁾.

Ahora bien, cabe señalar que en la actualidad se ha puesto en duda las bondades de este instituto, especialmente, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, propugnando algunos su limitación frente a las necesidades del

(275) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo II, Contratos Nominados. Tercera edición. Gaceta Jurídica, diciembre del 2000, p. 147.

(276) Ya afirmaba ello: LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Tomo V. Contratos Nominados. Primera parte. Primera Edición. Walter Gutiérrez Editor, noviembre, 1992, p. 129. En la actualidad, entre otros véase: DÍAZ ESPONDA, Javier. "El derecho de retracto: actos y hechos extraprocesales y procesales para la validez jurídica del derecho a retraer". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año III. Nº 4. Gaceta Jurídica Editores, enero, 1997, p. 136. La jurisprudencia también ha consolidado esta orientación (Cas. Nº 3845-2000. *El Peruano* 31/05/2002; Cas. Nº 31-95-Cusco. 13/10/1995; Expediente Nº 3655-97. 21/03/1998. Expediente 922-98. 31/07/1998).

tráfico económico y la protección de los terceros de buena fe⁽²⁷⁷⁾, y otros su derogación⁽²⁷⁸⁾. Ello porque siendo el contrato el principal instrumento de circulación de la riqueza, el ejercicio del derecho de retracto impediría que los contratos cumplan esta función, evitando que las partes que libremente han establecido una operación económica lleguen a satisfacer sus necesidades de forma eficiente.

A favor del retracto, por el contrario, se señala que ayuda a consolidar la propiedad permitiendo que los bienes que se encuentran vinculados a diversas titularidades puedan pertenecer a una sola, y así evitar que se traspase el derecho a un tercero, situación que podría derivar en diversos conflictos. Asimismo, a favor de este instituto se señala que el adquirente del bien no pierde nada si es que el legitimado ejerce el retracto, pues tiene derecho al reembolso de lo pagado. Sin embargo, desde una perspectiva económica esta orientación no tiene un adecuado fundamento; y es que el comprador valora el bien en un nivel económico mayor del que se ha ofertado, justamente por ello realiza la transacción, pues de esta manera obtendrá una ganancia. Por el contrario, al otorgarse solo el reembolso de lo pagado, el adquirente pierde, pues la ganancia que había planeado no es compensada, y además pierde en costos de transacción y, en muchos casos, en costos de oportunidad. Por otro lado, la preeminencia de la propiedad, y por lo tanto, el favor en propugnar ante todo la concentración de la misma en una titularidad, es muy discutible si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad ya no es más el eje central del Código Civil, sino por el contrario, el contrato, en tanto mecanismo de la circulación de la riqueza tiene en la actualidad una función predominante⁽²⁷⁹⁾.

En realidad, en la actualidad la utilidad del retracto es bastante discutible, sin embargo, los procesos judiciales sobre esta materia siguen presentándose, siendo necesario por ello un análisis agudo de la normativa procesal que lo regula.

3. El ejercicio del derecho de retracto se tramita mediante el proceso abreviado (artículo 486 inciso 1). En ese sentido, para determinar la competencia judicial,

(277) Por ejemplo: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La relación jurídico-patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. 1ª edición. Ara Editores. Lima, 1990. pp. 318 y 319. D'AURIOL STOESEL, Jacques y PENIORA BENITES, Jesús. "Seguridad jurídica vs. retracto". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 6. N° 21. Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2000, p. 35.

(278) Entre los detractores nacionales: CANTUARIAS, Fernando. "Retracto: réquiem de un Derecho Económico y Social". En: *Themis*, Revista de Derecho. N° 24. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. CARRANZA ÁLVAREZ, César. "¿Qué derecho queremos?: a propósito de la regulación del retracto en el Código Civil peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII. N° 34. Editora Normas Legales. Mayo, 2002, p. 87 y ss.

(279) Se señala en ese sentido, que el predominio de la propiedad expresaba una "economía prevalentemente agrícola, en la cual la tierra era el recurso productivo fundamental. En tal contexto era la propiedad (...) la que determinaba el entero proceso económico, mientras que al contrato se le reconocía un rol complementario de medio para su ocasional circulación. Las cosas cambian con el devenir del modo de producción capitalista: con el desarrollo de la industria basado sobre la innovación tecnológica; con la expansión de los mercados y de la actividad distributiva (...) con la economía moderna, pues, es sobre todo el contrato quien crea la riqueza (...). En este rol el contrato sustituye a la propiedad" (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Tratado de Derecho Privado al ciudadano Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Giuffè. Milán, 2001, pp. 55, 56).

debe atenderse a lo establecido en el artículo 488 del Código Procesal Civil que establece que son competentes para conocer los procesos abreviados los jueces civiles y los de paz letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Asimismo, se establece que los juzgados de paz letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de veinte y hasta cincuenta unidades de referencia procesal.

Cabe señalar además, que de conformidad con lo prescrito en el inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil, además del juez del domicilio del demandado, puede demandarse, a elección del demandante (retrayente), el juez del lugar en que se encuentre el bien materia de retracto. En el caso del domicilio del demandado, cabe agregar que, estando la parte demandada conformada por el adquirente y el enajenante, podrá demandarse en el domicilio de cualquiera de ellos.

El proceso de retracto es un proceso especial con particularidades propias, que normativamente tiende hacia la especial protección del retrayente. Así, se ha señalado que "la característica del proceso de retracto es únicamente el carácter reglado de las especialidades procedimentales derivadas del tratamiento positivo de la relación material. Mientras en los demás procesos las partes pueden obtener la consecuencia jurídica utilizando los medios que estimen más convenientes, en el proceso de retracto debe atenderse inexcusablemente a la normativa legal"⁽²⁸⁰⁾.

4. Además de cumplir con los requisitos generales de presentación de la demanda y de los anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe presentar unos anexos especiales. Estos anexos están constituidos por:

- a) El certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante. Constituye un presupuesto del ejercicio del retracto, el reembolso del dinero pagado por el adquirente. Este reembolso debe entenderse no como el "equivalente" (término que puede llevar a algunas confusiones) sino al monto real pagado por el adquirente. Se afirma que se justifica este presupuesto por la necesidad de evitar demandas temerarias obligando al retrayente a que efectúe el pago previamente, demostrando así que desea y puede ejercitar la acción de retracto⁽²⁸¹⁾.
- b) Los tributos y los gastos pagados por el adquirente. Estos constituyen los llamados costos de transacción que se realizan al efectuar una operación económica o un contrato. Sin embargo, estos gastos deben estar adecuadamente acreditados, tales como los gastos notariales, de asesoría y registrales.

(280) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Procesal*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, p. 480.

(281) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Op. cit., p. 49.

Consideramos que también podría integrar este monto los gastos ocasionados por la llamada pérdida de oportunidad siempre que esté adecuadamente acreditada. La pérdida de oportunidad se configura cuando el adquirente deja de contratar por preferir la oferta del vendedor sobre el bien materia de retracto, sin poder prever que puede perder al final, no solo la oferta que dejó pasar, sino su propia adquisición por el ejercicio de la acción del retrayente.

- c) De ser el caso, los intereses debidos por el adquirente que se hubieran devengado. Se trata básicamente del interés moratorio, que surge ante el retardo en el cumplimiento por parte del adquirente. El retrayente tiene la obligación de cubrir este monto si pretende ejercer el derecho de retracto.

Cabe señalar que si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro del segundo día de incoada la demanda.

5. El derecho de retracto, procede tanto en el contrato de compraventa como en la dación en pago, cuando la nueva prestación sea una de dar en propiedad (artículo 1593 del Código Civil). Solo a estos supuestos puede aplicarse el retracto no siendo procedente en la enajenación de la propiedad a título gratuito o cualquier otro contrato diverso a la compraventa por el que se enajene la propiedad. En ese sentido, consideramos que tampoco procede en el caso de la permuta⁽²⁸²⁾, pues si bien es cierto, de acuerdo al artículo 1603 del Código Civil, la permuta se rige por las reglas de la compraventa que le sean aplicables, el instituto del retracto es excepcional, por lo que su aplicación antes que extensiva debe ser restrictiva y por ello mismo, para que opere en institutos diversos de la compraventa la norma debería preverlo expresamente, tal como sucede con la dación en pago.



JURISPRUDENCIA

La sentencia que ampara una demanda de retracto simplemente da derecho a que el retrayente se sustituya al comprador en su calidad de tal.

El proceso de retracto no tiene por finalidad dejar sin efecto el contrato de compraventa (Exp. N° 3655-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 445-446).

No puede ser materia de retracto la parte del predio que no es ocupado por el arrendatario, toda vez que lesionaría el derecho de otros inquilinos.

El retracto es una institución limitativa del derecho de propiedad que por concesión legal se establece para determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Está rodeado de garantías y

(282) Una opinión distinta puede verse en: CASTILLO FREYRE, Mario. *Comentarios al contrato de compraventa*. Primera edición. Gaceta Jurídica, Lima, enero 2002, p. 304. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 146.

limitaciones, que le concede la calidad de excepción (Exp. N° N-151-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 443).

El retracto constituye una limitación de derecho de propiedad por lo que la intención de la ley es que solo la ejerza aquel en cuyo favor se estableció prohibiéndole su cesión conforme lo dispone el artículo 1535 del Código Civil (Exp. N° 881-93-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 413-414).

El retracto es una institución limitativa del derecho de propiedad, que por concesión legal se otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

Resulta prevalente la consideración de la oportunidad del pago del precio del bien que se pretende retraer (Exp. N° N-349-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 444).

No procede la sustitución de los demandantes por los demandados en una sola porción del bien sublitis, ya que por estar este indiviso, el derecho de retracto también le asiste al copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas (Exp. N° 2235-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 109-110).

La acción de retracto importa la sustitución del demandante en todos los derechos y obligaciones del comprador del inmueble que es materia de la litis.

Si el inmueble materia de retracto ha sido vendido en su integridad no procede que el actor pretenda retraer una parte del todo, pues se atentaría contra la unidad del contrato de compraventa (Exp. N° 1067-89-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 417-418).

El inciso 6 del artículo 1599 del Código Civil prevé el retracto a favor del propietario de un bien urbano en la venta de otro de igual clase, dividido materialmente, cuando ambos bienes están vinculados por servidumbres o servicios comunes, con el propósito de hacer desaparecer por consolidación precisamente dichas (Exp. N° 544-93-Junín, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 427-428).

Si bien el derecho de retracto es en esencia un mecanismo de protección del derecho de preferencia del condómino, tal derecho se protege permitiendo que el bien retraído sea entregado al retrayente, para lo cual este último debe reembolsar al comprador con el valor que este hubiera pagado más los gastos sufragados dentro del plazo de Ley (Exp. N° 1155-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 110-114).

La acción de retracto a quien refiere el artículo 22 del D. Ley 21938 solo resulta procedente cuando se trata de predios destinados a casa-habitación (Exp. N° 1067-89-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 418-419).

LEGITIMIDAD PASIVA

ARTICULO 496

La demanda se dirigirá contra el enajenante y el adquirente del bien que se intenta retraer.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 92, 93.

Comentario^(*)

1. El artículo en cuestión establece la legitimidad para obrar pasiva en el proceso de retracto. La legitimidad para obrar no es más que la afirmación de la titularidad de alguna situación jurídica, en el caso de la legitimidad pasiva, estamos necesariamente ante situaciones de deber jurídico o sujeción. En ese sentido, la ley establece que la legitimidad pasiva le corresponde al enajenante y al adquirente del bien materia de retracto. A ellos se les deberá incoar la demanda.

Debe señalarse que la norma establece un litisconsorcio necesario pasivo, ello quiere decir que necesariamente debe emplazarse a ambos sujetos, de lo contrario no se establecería una relación jurídico procesal válida. Ello implica que tanto el enajenante como el adquirente del bien forman una parte compleja (pasiva). Pese a ello, el juez tiene la facultad de integrar la relación jurídico procesal de oficio en este caso (artículo 95 del Código Procesal Civil), dado que es evidente que la sentencia va a afectar las esferas jurídicas tanto del enajenante como del adquirente.

Por otro lado, la determinación de uno de los sujetos pasivos (el enajenante) debe realizarse necesariamente al establecerse la legitimación del sujeto activo, y ello solo puede realizarse atendiendo a lo establecido en el artículo 1599 del Código Civil. Así, entre los enajenantes que constituyen esta parte pasiva de la relación jurídico procesal tenemos al copropietario, al litigante, el propietario que se encuentra en una relación de usufructo, el usufructuario, el propietario del suelo que se encuentra en una relación de contrato de superficie, el superficiario, el propietario de un predio urbano dividido materialmente en partes y que no puede hacer modificaciones a su propiedad sin afectar a los demás propietarios, y el propietario de una tierra colindante.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

Por su parte, "el adquirente", es cualquier persona física o jurídica que adquiere el bien en copropiedad, en litigio, en usufructo, en superficie, que adquiere el predio urbano dividido materialmente o la tierra colindante. No importa si el adquirente actúa de buena o mala fe, si sabía o no de la posibilidad del ejercicio de la acción de retracto, en cualquier situación formará parte pasiva de la relación jurídica procesal.

2. La legitimación activa se encuentra regulada en el artículo 1599 del Código Civil. Se trata de la legitimación para obrar activa que no es más que la afirmación de la titularidad de una situación jurídica de ventaja (derecho subjetivo, interés legítimo) para que sea actuada por medio del proceso judicial. Así, este artículo establece la legitimidad de una serie de sujetos que, por su especial situación con relación a un derecho real determinado, se les otorga una preferencia en la adquisición de dichos derechos por medio del ejercicio del retracto. Ellos son⁽²⁸³⁾:

a) El copropietario. Se señala que el fundamento del retracto del copropietario sería que en la práctica, un estado de indivisión es factor de perturbación social; allí donde hay condominio hay litigios, por eso el legislador busca atenuarlos por medio de la división y partición, y también por el retracto, porque evita que esos derechos pasen a terceros⁽²⁸⁴⁾.

Cabe señalar que la norma establece como supuesto de hecho "la venta a tercero de las porciones indivisas". De lo que puede entenderse que no es necesario que se enajene todas las porciones no pertenecientes al retrayente, sino que basta con la enajenación de cualquier porción de la copropiedad para que surja el derecho de retracto en los demás copropietarios. Así, en el caso de que uno de cinco copropietarios enajene su porción, los demás tendrían derecho de retracto sobre dicha porción, y cualquiera de ellos podría solicitar la adjudicación de la misma. Si lo hacen dos o más, el retracto debería importar la división por partes iguales del bien entre los retrayentes, pues se encuentran en el mismo rango, salvo, claro está, acuerdo distinto.

Debe tenerse en cuenta que los bienes sociales en el régimen de la sociedad de gananciales no pertenecen en copropiedad a los cónyuges sino en propiedad

(283) Cabe señalar que el inciso 1 del artículo 1599 del Código Civil legitimaba también al arrendatario para ejercer el derecho de retracto. Sin embargo, este inciso fue derogado por el inciso c) de la Primera Disposición Final del D.Leg. N° 757. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, publicado el 13/11/91. Se afirma al respecto que la derogación del inciso en mención se debe a que el legislador "quería quitarle al arrendatario el derecho que tenía de retraer conforme a la ley de la materia para otorgar seguridad jurídica a los que quisieran intervenir en el sector de construcción para dar viviendas en arrendamiento" (MARTÍNEZ COCO, Elvira. "La agonía del derecho de retracto". En: *Gaceta Jurídica. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. T. 31. Junio, 1996. p. 39 A y ss.).

(284) CANALES MIRANDA, Manuel. "El contrato de compraventa". En: *Contratos. Doctrina, legislación, jurisprudencia y modelos*. Compilación de Hugo Huayanay. Libro Homenaje a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2ª ed. Editorial RAO. S.R.L. Setiembre, 2002. p. 99. Asimismo: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios sobre el contrato de compraventa", en: *Gaceta Jurídica*, Lima, 1999, p. 281.

exclusiva a la sociedad de gananciales, por ello, no tienen derecho de retracto, sino otros mecanismos de protección, como por ejemplo la obligatoriedad de la intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición de los bienes de la sociedad, bajo sanción de ineficacia de dicho acto (artículo 315 del Código Procesal Civil).

b) El litigante. En este caso se concede el retracto no solo a favor del demandado sino también del demandante, ya que puede ocurrir que la venta sea efectuada por quien ha sido demandado en vía de petición de herencia, nulidad o resolución de contrato, etc., por lo que el vocablo "litigante" comprende a todo aquel que sea parte en un proceso.

Como ha sido afirmado, es menester que se trate de una cuestión sometida a una decisión precisamente judicial, descontándose, por ende, el supuesto de una cuestión pendiente de decisión arbitral⁽²⁸⁵⁾. El bien tiene que "discutirse judicialmente", es decir, el objeto del proceso (el *petitum*) debe ser el derecho sobre un bien determinado. Sin embargo, considero que no sería apropiado ser muy rigurosos con esta regla. En efecto, con este razonamiento solo podría ejercer el retracto el litigante de un proceso de reivindicación, desalojo, mejor derecho de propiedad y procesos en donde la pretensión principal esté encaminada a determinar la titularidad de algún derecho (ya sea de propiedad o posesión) sobre el bien. Sin embargo, pueden haber procesos en donde el bien no forma parte necesariamente del *petitum*, por ejemplo, en los procesos de ineficacia de acto jurídico por extralimitación del ejercicio del poder, o los casos de nulidad de acto jurídico de venta de bien inmueble, situaciones en donde la sentencia afectará indirectamente la titularidad del bien, pero que sin duda son relevantes para su determinación, por lo que en estos casos también podría ejercerse el derecho de retracto.

c) Propietario en la venta de usufructo y el usufructuario. Se afirma usualmente que el fundamento del retracto en este caso, al igual que en los casos de copropiedad, es la consolidación de la propiedad. Así, el ejercicio de este derecho sería un medio tendiente a dar fin a una situación de dominio incompleto o limitado. En una misma persona, el retrayente, se viene a reunir los caracteres de usufructuario y propietario, los que antes se hallaban desdoblados en personas diferentes.

d) Propietario del suelo y superficiario. El artículo 1030 del Código Civil establece que puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto en contrario.

(285) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, W.G. editor, Lima, 1991, p. 140.

Este retracto tendría igual finalidad que la del inciso anterior, es decir, la consolidación de la propiedad, bien sea en manos del dueño del suelo o del superficiario.

e) Propietario de predios urbanos divididos en partes iguales. Se señala que este supuesto de retracto se refiere a aquellas situaciones en donde existen quintas o tugurios, siempre que los propietarios de sectores materialmente divididos no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor. De esta manera, el objetivo es hacer desaparecer por consolidación, la servidumbre o servicios comunes que vinculan a diversos predios urbanos.

Cabe señalar que no estamos ante un caso de condominio, pues la norma expresamente señala que los predios urbanos se encuentran divididos en partes. Como no hay retracto por colindancia respecto a predios urbanos, el retracto considerado en este inciso reemplaza a aquel, aunque limitativamente, pues mientras en lo que concierne a predios rústicos el retracto es posible únicamente por la condición de colindancia del inmueble, haya o no servidumbres entre ellos, en los predios urbanos es necesaria la existencia de tales servidumbres (o servicios comunes).

f) Retracto del propietario de tierra colindante. La finalidad del ejercicio del retracto en este caso sería facilitar con el trascurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable a la acumulación de la riqueza. Los requisitos para que proceda el retracto en estos casos son:

- Que ambas fincas sean de naturaleza rústica, es decir, que el carácter de finca rústica debe darse tanto en la parcela objeto de la venta como en la finca de propiedad del retrayente.
- Que las fincas sean colindantes. No basta pues que sean próximas, sino que deben tener algún límite común.
- Que la cabida de la finca que se enajene no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando las fincas reunidas no excedan de dicha unidad.
- Que la venta se haga a un extraño, no a otro propietario colindante que tenga el mismo interés.

Cabe señalar que esta lista de legitimados activamente para ejercer el derecho de retracto es evidentemente taxativa, pues constituye una excepción a la libertad de contratación, afectando al tercer adquirente de buena fe. Dado que por razones de política legislativa se ha preferido en este caso tutelar a determinados sujetos, no podría interpretarse en forma analógica o vía interpretación extensiva que otras personas con específicas situaciones en torno a un derecho real, tengan

el derecho de retracto (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil). Así, este derecho no se extiende al comodatario, al usuario o al simple poseedor. Asimismo, a diferencia del Código Civil de 1936, no están legitimados para interponer esta acción el socio, el propietario de un piso sometido al régimen de propiedad horizontal y el enfiteuta.

Incluso, la propia jurisprudencia ha señalado que "El retracto es acción de excepción que va contra la voluntad de los contratantes y su procedencia debe admitirse en forma restrictiva"⁽²⁸⁶⁾.

3. Es importante señalar que el artículo 1600 del Código Civil, establece un orden de preferencia en caso de existir diversidad en los títulos de dos o más que tengan el derecho de retracto. En ese sentido, se establece que la preferencia atenderá al orden establecido en el artículo 1599, es decir, tendrá preferencia el copropietario, luego el litigante y así hasta llegar al propietario de tierra colindante. No existe una regla para establecer la preferencia en el caso de que concurren títulos de igual naturaleza (por ejemplo, dos copropietarios). Sin embargo, lo más idóneo en este caso sería entender que los retrayentes pueden demandar y adquirirán la parte retraída en proporción a su haber en la cosa común.



JURISPRUDENCIA

La acción de retracto importa la sustitución del demandante en todos los derechos y obligaciones del comprador del inmueble que es materia de la litis.

Si el inmueble materia de retracto ha sido vendido en su integridad no procede que el actor pretenda retraer una parte del todo, pues se atentaría contra la unidad del contrato de compraventa (Exp. N° 1067-89-Callao, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 417-418).

(286) Casación N° 2251-97-Lima. 05/10/1998.

IMPROCEDENCIA

ARTICULO 497

La demanda será declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de treinta días naturales computados a partir del conocimiento de la transferencia.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 1596, 1597, 2012.
C.P.C.	arts. 128, 427, 500.

Comentario^(*)

1. Este artículo debe complementarse con el artículo 1596 del Código Civil. En efecto, este artículo señala que "El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho. Cuando su domicilio no sea conocido ni cono- cible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encar- gado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación".

Se establece pues, una especie de carga para los contratantes para avisar por documento de fecha cierta a la persona que ostenta este derecho. Ello quiere decir, que mientras el retrayente no sea informado de la transacción de manera indubitable (fecha cierta) podrá ejercer el derecho de retracto y por lo tanto, la adquisición realizada de buena fe podría ser revocada, salvo que se pruebe que el retrayente conocía del contrato y han pasado 30 días desde dicho conocimiento. Sin embargo, probar este hecho sería bastante difícil

Evidentemente esta norma expresa a todas luces como el derecho de retracto afecta la seguridad jurídica, y como veremos a continuación, ni siquiera la inscrip- ción del contrato asegura definitivamente la adquisición.

2. Cabe señalar que el artículo 1597 del Código Civil establece que: "Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 solo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia”.

Según el artículo 2012 del Código Civil, se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones en los Registros Públicos. El artículo 1597 constituye entonces una regla especial para el caso del retracto. Así, se configura una especial protección al retrayente dado que el plazo de tres meses no se contarían –como normalmente debe suceder– desde la inscripción de la compraventa en los Registros Públicos, sino desde después de un año de la inscripción.

Esta protección especial, que ha sido reafirmada por la jurisprudencia⁽²⁸⁷⁾, nos parece excesiva y perjudicial para los adquirentes de buena fe. En efecto, con esta norma la función primordial del registro de dar seguridad jurídica a las transacciones es desvirtuada por el plazo de un año, tiempo en el cual no correrá el plazo de caducidad de 30 días para ejercer el derecho de retracto.

3. Por otro lado, es importante determinar si el plazo de treinta días es un plazo de prescripción o un plazo de caducidad. Esta diferenciación es bastante relevante puesto que si estuviéramos ante un plazo de prescripción, dicho plazo podría ser materia de suspensión o interrupción, mientras que si estamos ante un plazo de caducidad, solo se admite la suspensión por imposibilidad de demandar (artículo 2005 del Código Civil). Sin embargo, la estructura del artículo en comentario es suficiente para dilucidar el problema sin ninguna duda. Cuando señala que la demanda debe ser declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de 30 días, se está determinando un deber al juez para evaluar esta circunstancia, y teniendo en cuenta que solo la caducidad puede ser declarada de oficio, dado que la prescripción se declara sola a pedido de parte, estamos necesariamente ante un plazo de caducidad. Ello implica que presentada la demanda fuera del plazo de 30 días desde el conocimiento de la enajenación, la misma debe ser declarada improcedente (artículo 427 inciso 3 del Código Procesal Civil).

La declaración de improcedencia por caducidad implica que la demanda no puede ser planteada de nuevo, porque el derecho subjetivo que se pretendió actuar (el derecho de retracto) se extinguió por el paso del tiempo.

(287) “Por excepción contenida en la norma, la presunción del artículo 2012 solo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia, es decir, se da al comprador el beneficio de hacer valer la transferencia realizada e impugnada por el retrayente, para que la oponga una vez que esta se halle inscrita por más de un año; quiere decir que el legislador interrumpe por el plazo de un año el conocimiento que pueda imputarse al retrayente de que tiene conocimiento de las inscripciones de Registro Público, como lo establece el artículo 2012 del Código Civil” (Cas. N° 3845-2000. *El Peruano*, 31/05/2002).



JURISPRUDENCIA

Habiendo la persona que goza del derecho de retracto tomado conocimiento el 13/05/85 de la transferencia de la propiedad y habiendo interpuesto acción de retracto el 26/06/87, ha transcurrido en exceso el plazo de caducidad que señala el artículo 22 del D. Ley 21938 (Exp. N° 1787-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 63-64).

El derecho de retracto debe ejecutarse en el plazo de 30 días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho o del aviso publicado en el periódico encargado de la publicación de avisos judiciales (Exp. N° 1109-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 94-95).

Si el actor reconoce haber recepcionado la carta mediante el cual le ofrecían la venta del bien especificando el precio y la forma de pago y admite que no cumplió con responder expresando su aceptación, se concluye que declinó de esa opción, sin acreditar en contrario que los propietarios se desistieron de la venta (Exp. N° 881-93-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 412-413).

El derecho de retracto que establecía el D. Ley 21938 a favor del inquilino no era irrestricto, ni importaba una limitación a la libertad de contratación del propietario del inmueble, puesto que a este se le permitía establecer las condiciones de la oferta y el plazo de la aceptación, al mismo tiempo que lo protegía aun en el caso que transfiera el inmueble sin respetar el derecho preferencial del inquilino, puesto que la norma establecía un plazo de caducidad, 60 días, dentro del cual el inquilino, una vez que tomara conocimiento de la transferencia podía ejercer su derecho de retracto (Exp. N° 572-92-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 414-416).

Cuando una ley general se promulga primero y con posterioridad se da la Ley especial, se entiende que la ley general regula todos los casos y la Ley especial un punto específico.

El efecto que tiene la Ley especial es crear una excepción dentro de la Ley general, la misma que no anula sino que se opone a determinado aspecto. La Ley especial prevalece sobre la ley general.

Por Decreto Ley N° 21938 se ha creado una excepción a la Ley sustantiva por cuanto establece el plazo de 60 días para ejercitarla acción de retracto frente a los 30 días que exige el artículo 1596 del actual Código Civil (Exp. N° 2509-91-Cajamarca, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias supremas civiles, Legrima, 1997, pp. 419-422).

El término de caducidad no se suspende ni se interrumpe, ya que el decurso del plazo es fatal y opera de pleno derecho.

Si se ha perfeccionado el contrato de compraventa y la vendedora como la compradora han comunicado la transferencia de la propiedad al inquilino, para los efectos del retracto debe contemplarse el término que señala el artículo 22 del D. Ley 21938 (Exp. N° 1377-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 422-423).

Es improcedente la demanda sobre retracto si no se contempla el plazo que señala el artículo 1596 del Código Civil (Exp. N° 454-94-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 423-424).

La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente a la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo. El plazo que refiere el artículo 22 del D. Ley 21938 es de caducidad y no de prescripción. La acción de retracto constituye una acción personal (Exp. N° 1099-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 424-425).

Caduca el derecho del actor para ejercitar el retracto, a que se refiere el artículo 1599 del Código Civil, transcurrido el plazo de 30 días computados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de dicho derecho o en el aviso inserto en el diario encargado de su publicación de los avisos judiciales del lugar de la situación de los bienes (Exp. N° 532-94-Áncash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 425-427).

PRESTACIÓN DESCONOCIDA

ARTÍCULO 498

Si el retrayente desconoce la contraprestación pagada o debida por el adquirente, ofrecerá hacer el depósito u otorgar la garantía que corresponda, según el caso, dentro del segundo día de su conocimiento.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 495, 499, 500.

Comentario^(*)

1. Cómo se observó al analizar el artículo 495, constituye un requisito especial para la presentación de la demanda: el depósito de la contraprestación pagada por el adquirente, o el otorgamiento de garantía suficiente dentro del plazo de dos días, si se trataba de una contraprestación debida por establecerse un plazo para el cumplimiento.

Este artículo establece una regla frente al desconocimiento del monto pagado o debido del adquirente. En este caso, el retrayente deberá ofrecer el depósito u otorgar la garantía —de ser el caso— dentro del segundo día del conocimiento del precio efectivo. El problema de este artículo es que el momento del conocimiento del precio es bastante indeterminado y ello puede llevar a complicar más aún el panorama del ejercicio de este derecho.

En ese sentido, se entiende que la demanda debería ser admitida si se alega el desconocimiento del precio, esperando que de acuerdo al artículo 499 del Código Procesal Civil, el demandado en la contestación señale el precio efectivo. Sin embargo, esta disposición no soluciona el problema en todos los casos, por ejemplo, si la parte demandada se encuentra ausente o en un domicilio desconocido. En estas situaciones se seguiría este proceso sin tener certeza del precio de la enajenación, y por lo tanto, sin depositar ningún monto a favor del adquirente.

Una salida más idónea hubiese sido que en estos casos, luego de una tasación del bien, pueda otorgarse una garantía idónea a criterio del juez para asegurar el derecho del tercer adquirente, garantía que se mantendría hasta que efectivamente se tome conocimiento del monto del precio.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

REQUISITO ESPECIAL DE LA CONTESTACIÓN

ARTÍCULO 499

Si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer, en la contestación se deberá indicar expresamente esta circunstancia.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 498.

Comentario^(*)

1. Este artículo establece un requisito especial para la contestación de la demanda, consistente en la presentación del monto del precio del bien materia de retracto. En efecto, si bien es cierto, este artículo se limita a señalar que si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida, en la contestación se deberá indicar "esta circunstancia"; debemos entender que dicha circunstancia no es más que la información acerca del precio de la compraventa sobre el bien materia de retracto.

Cabe preguntarnos qué sucede si es que se contesta la demanda, pero no se hace mención al precio del bien. Atendiendo a que de acuerdo a la sumilla de este artículo la información acerca del precio constituye un "requisito especial de la contestación", consideramos que la omisión de esta información implicará el rechazo de la contestación, a menos que el argumento de fondo de la contestación sea la falta de enajenación del bien, pues en este caso el cumplimiento de este requisito sería contraproducente para su propia defensa.

2. En ese sentido, la presentación de la información acerca del precio representa en realidad una carga para el demandado. Así, de no cumplir con este requisito su contestación no será admitida y ello tendrá como consecuencia la declaración de rebeldía, situación procesal que implica una serie de efectos negativos en la esfera jurídica del rebelde. Así, la rebeldía implica: 1) Una presunción relativa de la veracidad de los hechos afirmados por el actor (artículo 461, primer párrafo)

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

2) Declarada la misma, el juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia (artículo 460 del CPC). Este último efecto tiene como excepciones que: a) habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; b) la pretensión se sustente en un derecho indisponible; c) la no presentación de un documento que la ley exigía para probar la pretensión, y, d) la falta de convicción del juez debidamente motivada (artículo 461).

Cabe señalar que la rebeldía es un *status* procesal, por lo que este puede cesar cuando el demandado decida otorgar la información acerca del precio del bien materia de retracto, y ello porque de acuerdo al artículo 462 del Código Procesal Civil: "el rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que este se encuentre". De esta manera, no puede afirmarse que en nuestro sistema el único mecanismo para evitar la rebeldía sea la contestación de la demanda, sino que cualquier tipo de incorporación en el proceso hace cesar esta situación procesal. Claro está, sin perjuicio del principio de preclusión, por el que la persona que interviene en el proceso está sometida a los plazos que ya se han iniciado con la presentación de la demanda.

IMPROCEDENCIA ESPECIAL DE LA DEMANDA

ARTÍCULO 500

Además de los supuestos del artículo 427, la demanda será rechazada si el retrayente no cumple con alguno de los requisitos previstos en el artículo 495 o con el señalado en el artículo 498, dentro del plazo allí establecido.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 1595.
C.P.C.	arts. 427, 495, 497, 498.

Comentario^(*)

1. Al ser el proceso de retracto un proceso tipo especial, es natural que existan requisitos específicos con relación a la normativa general que regula el proceso civil. Así, el artículo materia de comentario establece nuevos requisitos de procedencia de la demanda.

En ese sentido, además de los supuestos de improcedencia establecidos en el artículo 427 del Código Procesal Civil, tales como la falta de legitimidad para obrar, de interés para obrar, la caducidad, la falta de competencia, la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, la imposibilidad jurídica y física del petitorio y la indebida acumulación de pretensiones, también serán supuestos de improcedencia lo establecido en los artículos 495 y 498 del Código Procesal Civil.

Así, será improcedente la demanda si no se adjunta a la misma:

- El certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante.
- Los tributos y los gastos pagados por el adquirente.
- De ser el caso, los intereses debidos por el adquirente que se hubieran devengado.

Si atendemos a que la improcedencia implica un defecto en la constitución de la misma pretensión, nos parece excesivo entender que la omisión en la

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

presentación de esta documentación debe implicar la improcedencia de la demanda. En efecto, de acuerdo al artículo 42 del Código Procesal Civil, son supuestos de inadmisibilidad:

- a) Que la demanda no tenga los requisitos legales (artículos 130 y 424).
- b) Que no se acompañen los anexos exigidos por ley.
- c) Que el petitorio sea incompleto o impreciso.
- d) Que la vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de este, salvo que la ley permita su adaptación.

En dicho contexto, puede observarse que la omisión de la presentación de determinados anexos es un supuesto de inadmisibilidad y no de improcedencia. Así, en el caso del retracto, lo idóneo hubiese sido establecer que la ausencia de estos anexos especiales implica la inadmisibilidad de la demanda, ello para otorgar la posibilidad de que el demandado no pierda tiempo y dinero en incoar una nueva demanda y pueda subsanar la falta de presentación de los documentos señalados.

2. El otro supuesto especial de improcedencia sería la omisión de ofrecer el depósito u otorgar la garantía que corresponda dentro del segundo día de tomar conocimiento de la prestación pagada (artículo 498 del Código Procesal Civil). Es decir, presentada la demanda en la que se alegue el desconocimiento del precio del bien, esta es procedente, sin embargo, ya sea porque en la contestación se informó del precio, o porque el accionante se entera del mismo por otro vía, si es que a los dos días de tal situación no otorga el depósito o no ofrece una garantía, entonces el juez puede declarar improcedente la demanda.

Cabe señalar que además de estos nuevos supuestos de improcedencia, el Código Civil establece en su artículo 1592, que el retracto es improcedente en las ventas hechas por remate público. La finalidad de este dispositivo es otorgar firmeza a las adquisiciones hechas en subasta pública. Cabe recordar que conforme al Código Civil de 1936, procediendo el retracto respecto de la compraventa judicial, la persona con derecho a retraer esperaba generalmente el remate y luego lo retraía. Todo ello significaba un menor precio por el bien subastado, con perjuicio del deudor agobiado por el remate y un beneficio excesivo a favor del retrayente. En este caso, es propósito del legislador otorgar seguridad al adquirente en subasta pública y aliviar la situación del deudor.

CARGA PROBATORIA

ARTÍCULO 501

La carga de la prueba del conocimiento de la transferencia corresponde a los demandados.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 196.

Comentario^(*)

1. La presentación de los medios probatorios puede ser vista desde diversas ópticas, así "mientras sobre el perfil estático se habla de carga de la prueba, sobre el perfil dinámico o procesal se puede hablar de un derecho a la prueba, y correspondientemente de un deber del juez de admitir las pruebas propuestas"⁽²⁸⁸⁾. En ese sentido, la dinámica de la disciplina de la prueba debe ser analizada a la luz de las diversas funciones que cumple en el proceso civil. En lo que respecta a su aspecto estático y gravoso con relación a los justiciables, la prueba es una carga puesto que si bien es cierto su presentación es libre (nadie está obligado a presentar pruebas) su no presentación acarreará resultados negativos en la esfera jurídica del omiso. Así, por regla general del derecho procesal, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos (artículo 196 del Código Procesal Civil). En ese sentido, quien tiene la carga de probar es aquella persona que tiene interés en la concreción de su pretensión que tiene justamente como *causa petendi* los hechos materia de probanza. Por ello, es evidente que los emplazados en el proceso de retracto tienen interés en que el derecho de retracto caduque, para lo cual deberán acreditar que el accionante conocía de la transacción desde hace más de 30 días anteriores a la presentación de la demanda. Esta carga de la prueba tiene sentido siempre que la defensa de los demandados se base en la presentación extemporánea de la demanda de retracto, y no en otras circunstancias como por ejemplo, la inexistencia del contrato de compraventa por el cual se transfiere la propiedad.

2. Por otro lado, es importante resaltar que en general, en el proceso de retracto la prueba debe versar principalmente sobre:

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(288) SATTÀ, Salvatore. *Diritto processuale civile*. XIII ed. Carmine Punzi. Cedam, Milán, 2000, p. 318.

- La titularidad del retrayente. En este caso el retrayente debe demostrar que se encuentra legitimado para ejercer esta acción, y por lo tanto, demostrar que ostenta cualquiera de las calidades establecidas en el artículo 1599.
- El pago de la prestación recibida por el enajenante del bien que se pretende retraer, así como de los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, de los intereses debidos por este y que se hubieran devengado.
- La fecha del conocimiento de la transferencia del bien que se pretende retraer (a efecto del cómputo del plazo respectivo para ejercer la acción de retracto).
- La falsedad de la alegación del retrayente sobre el desconocimiento de la prestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer.

CONCLUSIÓN ESPECIAL DEL PROCESO

ARTICULO 502

En cualquier estado del proceso el juez puede declarar su conclusión si, habiendo indicado el retrayente desconocer la prestación pagada o debida, se acredita que la conocía o que estaba en razonable actitud de conocerla.

En la misma resolución el juez le impondrá una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos del proceso. La resolución es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

art. 53 inc. 1, 368 inc. 1, 412.

Comentario^(*).

1. Este artículo regula una especie de conclusión especial en el proceso de retracto, por causa imputable a la parte demandante. Como hemos señalado al comentar el artículo 498, el retrayente puede demandar alegando el desconocimiento del monto debido o pagado por el bien materia de retracto, con la condición de que apenas tome conocimiento del mismo (más precisamente, dentro de los dos días de este hecho), otorgue el depósito o la garantía correspondiente. En este caso, el artículo materia de comentario establece que si se acredita que en realidad el retrayente tenía conocimiento o debía conocer el monto del bien materia de retracto, el juez puede declarar la conclusión del proceso.

Este artículo constituye pues una clara sanción contra el demandante malicioso o negligente que pretende utilizar el derecho de retracto como un mecanismo de enriquecimiento. En efecto, esta norma pretende desincentivar estas conductas en dos ámbitos: el conocimiento del precio (conducta maliciosa) y la razonable actitud de conocer el precio (conducta negligente). Sin embargo, aparentemente la conclusión del proceso sería una potestad discrecional del juez dado que el artículo señala que el juez "puede" declarar la conclusión del proceso por este

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

hecho, pese a ello, consideramos que lo más idóneo es entender aquí que la sola acreditación del conocimiento o la posibilidad de conocimiento del monto por parte del retrayente, obliga al juez a concluir el proceso.

2. Cabe señalar que esta declaración de conclusión especial del proceso puede realizarse en cualquier etapa del mismo. Como la norma no diferencia debemos entender que ello puede hacerse incluso en segunda instancia. Asimismo, esta norma establece que en la resolución que se declara la conclusión del proceso, el juez debe imponer una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos del proceso. Es evidente que la función de este dispositivo es sancionadora y busca desincentivar aquellas conductas maliciosas y fraudulentas en el ejercicio del derecho de retracto. Cabe señalar que en este caso no hay ningún espacio para que el juez pueda utilizar un criterio discrecional en la aplicación de la sanción (salvo la graduación de la misma, aunque la norma como vimos, establece los parámetros), esto quiere decir, que si el juez declara la conclusión del proceso tiene el deber de establecer la sanción de multa. La resolución es apelable con efecto suspensivo.

La sanción dispuesta por el juez tiene su fundamento en el deber de todos los participantes del proceso de adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe (artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil), y en el consecuente deber del juez de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

3. La norma hace referencia a las multas. Ellas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado imposible.

No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite, bajo un rol conminatorio, como se aprecia en el inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciado por el juez de oficio. De esta manera, no repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso.

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

**JURISPRUDENCIA**

El juez puede en cualquier estado del proceso declarar su conclusión, si habiendo indicado el retrayente desconocer la prestación pagada o debida, se acredita que la conocía o que estaba en razonable aptitud de conocerla.

Esta declaración solo es viable cuando el retrayente no consigna el precio que haya pagado el comprador demandado, respecto al bien materia del proceso (Exp. N° 1369-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 447)

ACUMULACIÓN SUCESIVA DE PROCESOS

ARTÍCULO 503

En el caso del artículo 1600 del Código Civil, procede la acumulación sucesiva de procesos.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1599, 1600.
C.P.C. art. 88, 90.

Comentario^(*)

1. Este artículo precisa la posibilidad de ejercer la acumulación sucesiva de procesos en el proceso de retracto, en el caso de la existencia de una pluralidad de retrayentes. En efecto, el artículo 1600 del Código Procesal Civil regula el orden de preferencia ante la pluralidad de retrayentes que pueden estar interesados en adquirir la titularidad del bien enajenado. Cabe señalar que el artículo en comentario se refiere a la acumulación sucesiva de procesos y no propiamente a la acumulación de pretensiones.

2. La acumulación de procesos es la reunión de distintas acciones ya iniciadas en distintos procesos, para que se continúen en un solo expediente y se decidan en un solo fallo. Así, mientras la acumulación de pretensiones (objetiva o subjetiva) tiene lugar en un solo proceso desde la presentación de la demanda o cuando se amplía la demanda o se reconviene; la acumulación de procesos supone la existencia de dos o más procesos originados ante jueces distintos, que se tramitan independientemente, pero que, por razón de su vinculación jurídica, se reúnen para que sean decididos por un solo juez, con un mismo criterio.

En ese sentido, el fundamento de la acumulación de procesos es el principio de economía procesal y el interés del Estado y la comunidad de que no se dicten sentencias contradictorias. De esta manera, se busca evitar la repetición o aumento de procesos, el recargo inútil en la labor de los jueces y, principalmente, las decisiones contradictorias que pueden recaer en esos diversos procesos, que versan sobre materias tan íntimamente ligadas entre sí.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

En nuestro sistema procesal hay una confusión terminológica con relación al fenómeno de la acumulación. Así, se señala de manera general que la acumulación de pretensiones puede ser objetiva y subjetiva (artículos 85, 86 y 87 del CPC). Asimismo, se regula la llamada acumulación objetiva sucesiva (artículo 88 del CPC), que tendría tres supuestos: 1) cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones, 2) cuando el demandante reconviene; 3) cuando de oficio o a pedido de parte se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos. Los dos primeros supuestos se refieren propiamente a la acumulación sucesiva, pues no se realiza por medio de la unión de procesos, mientras el último supuesto sí estaría referido a la acumulación de procesos.

Por otro lado, el CPC también regula la llamada acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva (artículo 89), que tendría a su vez dos supuestos: 1) cuando un tercero legitimado incorpora al proceso determinadas pretensiones; 2) cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos se reúnen en un proceso único. Aquí también puede observarse que el primer supuesto puede entenderse como una acumulación subjetiva sucesiva mientras que en el segundo sí se unen dos procesos ya iniciados.

El problema entonces es determinar si los requisitos para la acumulación de procesos son los mismos que los de la acumulación de pretensiones, teniendo en cuenta que para nuestro Código Procesal Civil la acumulación de procesos serían especies de la acumulación objetiva y subjetiva sucesivas. Si ello fuera así, entonces la posibilidad de hacer este tipo de acumulación sería bastante difícil pues los requisitos para la acumulación de pretensiones regulados en el artículo 88 del CPC serían: la misma competencia, la misma vía procedimental, y la no contradicción entre las pretensiones, y ello evidentemente es imposible para la acumulación de procesos pues las pretensiones de cada proceso serían en el mayor de los casos contradictorias (por ejemplo, si se quiere acumular un proceso de nulidad de contrato con uno de cumplimiento del mismo contrato). Por otro lado, si tratamos de acumular procesos de acuerdo al artículo 98 del CPC, los requisitos de la acumulación serían: provenir del mismo título, referirse al mismo objeto, la conexidad y los requisitos ante señalados. Con estos requisitos también sería muy difícil realizar la acumulación de procesos, así, por ejemplo, en el caso del retracto, las pretensiones de diversos retrayentes pueden provenir de títulos distintos (de copropietario, superficiario, usufructuario, etc.).

En dicho contexto, debemos desvincular los requisitos de la acumulación de procesos con aquellos de la acumulación de pretensiones, por lo menos, de forma rigurosa. En ese sentido, el artículo 90 del CPC, que regula los requisitos de la "acumulación sucesiva de procesos", se limita a señalar que el pedido de la misma se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de la contestación si la hubiere, no señalando si los procesos que se

pretenden acumular deben seguir la misma vía procedimental, por el contrario, el último párrafo del artículo 89 del CPC deja entrever que el requisito de la misma vía no sería necesario pues señala que: “atendiendo a la conexidad y a la **eventual diferencia del trámite de los procesos acumulados**, el juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia”; es decir, si se prevé la posibilidad de desacumular porque los procesos tenían un trámite distinto, es totalmente válida la acumulación de procesos con estas características. Sin embargo, considero que ello es válido cuando se acumulan los procesos en aquel que tiene mayor alcance (en este caso, por ejemplo, en el proceso abreviado), ello para “respetar las reglas de la economía y de la celeridad procesales –fundamento y única razón de ser de este tipo de acumulación– sin detrimento del derecho de defensa del demandado, que así puede mejorar sensiblemente en orden a plazos, defensas y recursos oponibles”⁽²⁸⁹⁾.

3. En dicho contexto, es posible la acumulación de procesos en el caso del retracto, por ejemplo, si se instaura un proceso de retracto del copropietario sobre una porción que ha sido enajenada por el otro copropietario, y además se había ya instaurado el proceso de retracto por parte del usufructuario del bien; entonces por razones claras de economía procesal el juez podrá acumular los procesos. Ello evidentemente también sucederá en los casos en los que se haya instaurado procesos autónomos de retracto por parte de personas que tienen el mismo rango de preferencia (por ejemplo, los copropietarios).

(289) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil*. Segunda parte. Reimpresión. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004, p. 236.

Sub-Capítulo 2
**TÍTULO SUPLETORIO, PRESCRIPCIÓN
ADQUISITIVA Y RECTIFICACIÓN O
DELIMITACIÓN DE ÁREAS O LINDEROS**

TRAMITACIÓN

ARTÍCULO 504

Se tramita como proceso abreviado la demanda que formula:

- 1. El propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente.*
- 2. El poseedor para que se le declare propietario por prescripción; y,*
- 3. El propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten estos mediante deslinde.*

Este proceso solo se impulsará a pedido de parte.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 24 inc. 1, 488.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México arts. 513-520.

Comentario

1. El artículo acoge tres supuestos relacionados con el perfeccionamiento de la propiedad. Uno de ellos, es el **título supletorio**, que parte de la existencia de un propietario, pero que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente. Véase que la norma hace referencia al propietario que adquirió la propiedad por transferencia, no al propietario por usucapión del que se ocupa el inciso 2 siguiente.

En el caso de los bienes inmuebles, la transferencia de propiedad aparece regulada en el artículo 949 del CC así: "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o

pacto en contrario". En estos casos, lo que se busca no es el reconocimiento de su condición de propietario, porque este ya lo es a partir de la transferencia, sino tener un título —llámese documento— que le acredite como tal. Bajo este contexto, el actor al formular la demanda la dirige contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores, según el caso.

En el caso de bienes muebles la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición del acreedor (ver el artículo 947), sin embargo, a pesar de haber operado la transferencia, lo que se busca con el título supletorio, es que el nuevo propietario de este bien, que carece de documentos que acrediten su derecho, cuente con ellos.

Ahora bien, contar con la documentación que acredite la condición de propietario del bien, sea inmueble o mueble, va a permitir que, en el supuesto de la concurrencia de acreedores sobre el bien, se aplique la regla contenida en los artículos 1135 y 1136 del CC. En el caso de los bienes inmuebles, la preferencia se establecerá a favor del acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en su defecto de inscripción, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. En el caso de bienes muebles, se prefiere el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

En los contratos de compraventa, señala el artículo 1412 del CC, que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida, por la ley o por convenio. Dicha formalidad puede consistir en el otorgamiento de escritura pública sobre dicha compraventa, para lo cual se busca perfeccionar dicha transferencia recogida en un documento privado (minuta) en un documento público (escritura pública).

Frente a lo expuesto, no compartimos el criterio de la Casación N° 43-2002-Cajamarca del 18 de mayo de 2004 (*El Peruano*, 01/12/2004) que sostiene que el propietario de un inmueble que no cuente con un título que lo acredite como tal, también puede accionar la prescripción adquisitiva. La Sala Suprema señala que, por lo general, la acción de prescripción adquisitiva se inicia por el poseedor del bien a efectos de acceder a su propiedad, sin embargo, dicha acción también puede ejercerla el propietario que teniendo justo título y buena fe, no cuenta con las pruebas que lo acreditan como propietario. Para la Sala Suprema la prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma de adquisición de la propiedad a fin de consolidar la posesión o propiedad que ejerce una persona. No siempre implica un cambio de propiedad, sino que sanciona una modificación anterior que no puede acreditarse por prueba alguna; por lo que la prescripción no haría otra cosa que suplir la falta de prueba. En ese sentido, quien tiene justo título y buena

fe, como por ejemplo un propietario, estará facultado para accionar la prescripción adquisitiva de dominio.

Otro criterio polémico también se aprecia en la Casación N° 1043-2001-Puno de fecha 5 de setiembre de 2002 (publicada en *El Peruano*, el 1 de junio de 2004. En ella la Sala Suprema señala que para solicitar se declare la prescripción adquisitiva sobre un bien inmueble, este debe encontrarse inscrito en los registros, pues si el inmueble no está inscrito, debe acudir al proceso sobre títulos supletorios.

2. El otro supuesto que recoge la norma es el poseedor que busca se le declare **propietario por prescripción**⁽²⁹⁰⁾.

La prescripción adquisitiva –calificada de usucapión– es apreciada como una forma de adquirir la propiedad de un bien por efectos del tiempo. El tiempo puede operar para crear o extinguir derechos. Si bien la prescripción extintiva priva de efectos a pretensiones reales o personales antes existentes, la prescripción adquisitiva está referida solo a derechos reales. Se configura conjugando la inercia del titular despojado con la posesión de quien se arroga el derecho, generando con la usucapión una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria del anterior dueño.

Los artículos 950 y 951 del Código Civil hacen referencia a la usucapión, precisando que se adquiere por prescripción un bien, sea mueble o inmueble, mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario, en un tiempo de ley.

El estado de hecho que se prolonga en el tiempo se convierte en estado de Derecho. Para Albaladejo⁽²⁹¹⁾, el usucapiente durante ese tiempo y con esas condiciones aparece, figura, actúa o viene comportándose como titular del derecho, esto es, como dueño de la cosa que sea; y ese derecho que realmente no le pertenecía, se convierte en suyo en virtud que ha venido apareciendo como si le correspondiese.

La usucapión es un modo originario de adquirir el derecho usucapido, pues su adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir, el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera sino que se convierte en titular del mismo, con independencia que antes lo fuese otra persona, porque ha venido comportándose como tal. Y, es como consecuencia que un nuevo derecho, incompatible con el anterior, se establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien ante lo tuviera sobre la misma.

(290) El comentario en este acápite han sido reproducidos en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 100, Lima, 2007, pp. 195-207.

(291) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho de bienes*, 8ª ed., T. 3, V.1, Bosch, Barcelona, p. 166.

Hay diversas opiniones que tratan de justificar la razón de ser de la prescripción, como la de García Goyena⁽²⁹²⁾ que la califica como pena a la negligencia del antiguo propietario y a la presunción *iuris et de iure* que el antiguo propietario ha cedido su derecho o dominio al poseedor de la cosa. Otras opiniones sostienen que el ordenamiento jurídico ha puesto fin al estado precario de la propiedad, tan funesto para la paz y prosperidad del Estado.

Para Díez-Picazo, el centro de gravedad de esta institución, no se coloca en la conducta omisiva del titular como en la continuada posesión del usucapiente; lo que se protege no es el futuro inejercicio de un derecho conocido sino la seguridad del tráfico jurídico, esto es, que la persona no se vea de repente sometida a pretensiones inesperadas de terceros; que la publicidad que otorga una continuada posesión pueda ser considerada por todos como dominio.

En opinión de Albaladejo⁽²⁹³⁾, el fundamento de la usucapión radica en la seguridad del tráfico. En principio es aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado: "la usucapión se basa en la necesidad de dar certidumbre a los derechos, o dar fijeza a las situaciones jurídicas, lo que es exigido por el interés público; otras se dice que su fundamento es la presunción que el derecho que se trata fue abandonado por su titular. Mas, esto, es inexacto, ya que lo que importa es algo objetivo, que este no haya sido utilizado, aunque demuestre después hasta la saciedad que quería conservarlo. Ahora bien, la expresión presunción de abandono puede aceptarse que recoja el fundamento de la usucapión en el sentido que, si no se usa el derecho, es presumible que se abandonó, y sobre esa presunción fija como regla que los demás puedan adquirir usándolos, como si fuesen suyos, los derechos que sus titulares han abandonado presumiblemente".

Según Lacruz Berdejo⁽²⁹⁴⁾ "se reconoce la existencia de la prescripción como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de derecho la que solo será de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos todos estarían expuestos a la incertidumbre e inseguridad impropias de lo que constituye su esencia. La prescripción está encajinada a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida: aun cuando estas no se ajusten siempre a estricta justicia, hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una estabilidad indefinida".

(292) Citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho Reales*, 3ª ed., V.1, Bosch, Barcelona, 1991, p. 187.

(293) *Ibidem*.

(294) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Op. cit.*, p. 188.

3. En la Casación N° 766-2004-Lima de fecha 26 de mayo de 2005, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema aparecen los votos en discordia de los jueces de la Corte Suprema (24 de agosto de 2004) que sostienen lo siguiente⁽²⁹⁵⁾:

1. La sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular.
2. Si no existe sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria se encuentra expedita a favor del propietario, la misma que es imprescriptible.
3. La posesión pacífica debe prolongarse incluso una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la ley. Esta debe hacerse extensiva y ser permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda para que se declare la propiedad por prescripción.
4. Es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido, en atención a los atributos que otorga el artículo 923 del CC.
5. La concurrencia de los requisitos de continuidad, pacificidad y publicidad de la posesión deben configurarse dentro del periodo establecido para la prescripción, cumplidos los cuales, se genera un "derecho expectatio" sobre el derecho de propiedad que necesariamente debe ser declarado por la autoridad competente, mediante sentencia firme que declare propietario al beneficiario.

3.1) Dice el considerando 7 de la discordia que "no basta que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión, por el periodo de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso y que, por tanto, resulte meramente declarativa la sentencia que señala al poseedor beneficiario como propietario; toda vez que la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular".

Al respecto no compartimos dicha posición de calificar a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva como una decisión constitutiva. Las sentencias declarativas buscan que se reconozca una situación de hecho que se viene generando y que se sigue manteniendo; en cambio, la sentencia constitutiva, busca alterar (cambiar, modificar, extinguir) la relación jurídica preexistente. Es a partir

(295) Los comentarios a dicha casación, que en parte se reproducen en este comentario, aparecen publicados en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 100, Lima, 2007, pp.195-207.

de la declaración de la jurisdicción que la relación jurídica se alterará, por ejemplo, la sentencia que declara el divorcio es constitutiva, pues a partir de la declaración se disolverá el vínculo conyugal; en cambio, la sentencia declarativa reconoce una situación de hecho que se viene dando, no a partir de la declaración de la sentencia, sino antes de ella, por ejemplo, la nulidad absoluta de un acto jurídico es declarativa, pues reconoce un efecto que aparece desde el primer momento de su celebración, como es la nulidad, y lo único que hace la jurisdicción es verificar dicho efecto que ya se viene dando. No crea ni altera nada.

La prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad y se sustenta en la posesión de un bien por un determinado lapso de tiempo, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por ley. El adquirente por prescripción se proclama y reputa propietario si cumple con los requisitos del artículo 950 del CC. La sentencia judicial no es constitutiva de derecho sino declarativa del mismo, a tal punto que dicho reconocimiento también puede operar notarialmente.

El derecho de propiedad se adquiere por una situación de hecho, como es la posesión continua y pacífica, pero como propietario, no como un simple poseedor, esto es, con poderes no solo de uso, disfrute, sino hasta de disposición del bien; ese ejercicio de hecho "como propietario" debe ser público para que se configure la prescripción adquisitiva. Esto implica que no todo poseedor puede adquirir la propiedad por prescripción sobre el bien que posea, sino que este poseedor debe comportarse como un propietario. Nótese que no todos los poseedores pueden adquirir por prescripción el bien, esto es, el mero ejercicio de la posesión, entendida esta como el ejercicio de hecho de uno o más poderes de la propiedad lo califica como tal; véase el caso del poseedor inmediato del mediato. Aquí no opera la prescripción adquisitiva, pues la posesión del inmediato se realiza de manera temporal y en virtud de un título que obliga a la devolución del bien (ver el artículo 905 del CC); en el caso del servidor de la posesión a que refiere el artículo 897 del CC, si bien aparentemente se podría apreciar como poseedor del bien, este no lo es jurídicamente, pues conserva la posesión en nombre de un tercero y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas. En igual forma, en el caso de la coposesión, tampoco opera la prescripción sobre los bienes comunes, por más que uno de los copropietarios sea el que lo disfrute (ver el artículo 985 del CC).

La prescripción adquisitiva es un hecho jurídico voluntario orientado al ejercicio de los poderes de la propiedad de manera pública, continua y pacífica, por parte del poseedor, quien bajo la influencia del tiempo (expresado en un plazo legal) se convertirá en propietario del bien poseído. La propiedad por prescripción se adquiere con la satisfacción de los supuestos señalados y que recoge los artículos 950 y 951 del CC, no siendo necesario para que se configure tal situación jurídica el reconocimiento de la jurisdicción. Esta opera y genera sus efectos como tal, al margen de la declaración de esta, por ello, se considera que las sentencias

que amparan la prescripción adquisitiva, son meramente declarativas y no constitutivas como sostienen los citados jueces de la Corte Suprema, pues no se requiere de un pronunciamiento judicial para que se modifique o altere la condición del anterior propietario a favor del poseedor. Este es propietario, por el solo hecho del tiempo y las condiciones que establece la ley para su ejercicio.

3.2) El considerando 7 de los votos en discordia sostiene que "en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra expedita a favor del propietario, siendo a tenor del artículo 927 del CC, imprescriptible".

Esta afirmación tampoco la compartimos pues la adquisición por prescripción adquisitiva se produce *ipso iure*, tan luego se cumple el plazo que la ley fija, por tanto, aquel deviene desde ese momento titular del derecho que usucapió y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo. Debe apreciarse que frente a toda posición jurídica de poder corresponde, en la relación jurídica en que se inserta el derecho subjetivo, una situación de deber (es decir, la necesidad o exigibilidad de observar cierto comportamiento impuesto por el Derecho) que compete a alguien, ante quien se hace efectivo aquel poder. Para Lacruz⁽²⁹⁶⁾, el ámbito de poder que tiene el sujeto no solo se ejerce sobre algo (objeto) sino también frente a alguien: al poder de uno es correlativo el deber de otro.

Ahora bien, si alguno lo desconoce o niega o perturba, y para defenderlo, el usucapiente hubiese de demostrar que le pertenece, habrá de alegar y probar la usucapión, a menos que, por otra razón se presuma que le corresponde. De ahí que el artículo 952 del CC parte del supuesto que quien recurre a la jurisdicción para que se le declare propietario, es ya propietario. Textualmente dice: "quien adquiere un bien por prescripción" puede entablar juicio para que se le declare propietario, esto es, para que se le reconozca la situación jurídica de propietario, que ya la tiene con antelación. La sentencia no le va a convertir en propietario, porque el poseedor ya es propietario. Lo que se busca es obtener un medio de prueba que demuestre el derecho ya obtenido, de tal manera que aun sin reconocimiento judicial, el poseedor es propietario por prescripción adquisitiva. El derecho ya está ganado, solo se requiere de una sentencia firme para crear un título en Registros Públicos y oponer el derecho ganado frente a terceros. Como dice el artículo 952 del CC: "la sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño".

El citado considerando 7 sostiene que "en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra

(296) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Op. cit., p. 96.

expedita a favor del propietario". Esta afirmación tampoco es cierta, porque la acción reivindicatoria operará hasta antes que se hubiere materializado la prescripción adquisitiva, luego de ella, ya no cabe reivindicación, pues, el poseedor es propietario del bien, y por tanto, como señala la segunda parte del artículo 927 del CC no procede reivindicación contra aquel que adquirió el bien por prescripción. Esto implica, que si el poseedor al momento de la demanda de reivindicación, había adquirido la propiedad por prescripción, podría oponer la excepción de legitimidad activa al anterior propietario, para la cual, la actividad procesal que se desarrolle contra el demandado, deberá tomarse como una carga⁽²⁹⁷⁾ para este (caso contrario, estaría dejando pasar una posición ventajosa o una oportunidad de hacer valer su propio derecho); situación distinta es si todavía no hubiere transcurrido el plazo legal de la prescripción, porque allí estaríamos ante un caso de interrupción del plazo prescriptorio, a que hace referencia el artículo 953 del CC.

Otra alternativa que tuviere el poseedor propietario sería la de plantear la prescripción adquisitiva a través de la reconvencción frente a la pretensión de reivindicación del anterior propietario. La demanda de reconvencción que ejerce el demandado poseedor opera cuando este es demandado por el propietario en acción reivindicatoria y este lo contrademanda afirmando que el bien ya fue adquirido por prescripción.

Resulta interesante apreciar la experiencia colombiana que sobre el particular se ha desarrollado mediante la Ley 791 del año 2002, cuando el demandado en la contestación de la demanda simplemente alega la prescripción sin contrademandar. Velásquez⁽²⁹⁸⁾, nos señala que en casos como ese, el juez antes de la vigencia de la referida ley, solo se limitaba a enervar la pretensión sin declarar el dominio en el prescribiente, el cual, para poderlo lograr, necesitaba indefectiblemente una acción posterior. Mediante la referida Ley 791, señala Velásquez, "permite al demandado, con una clara finalidad de economía procesal, excepcionar la prescripción, con la prueba, claro está, de la posesión ejercida y los demás requisitos legales, y el juez, ante el acervo probatorio presentado, declara el dominio".

La posición que esgrimen los jueces supremos de nuestro país de considerar como constitutivas las sentencias en la prescripción adquisitiva, aparecen superadas en otros pronunciamientos judiciales, como el de la Corte Suprema colombiana que en reiterados pronunciamientos ha señalado⁽²⁹⁹⁾ "la jurisdicción

(297) La carga debe entenderse como la ocasión de la pérdida de una posición ventajosa o de una oportunidad de hacer valer el propio derecho. Véase el caso del demandado. Este no está obligado a contestar la demanda y su conducta cuando no contesta no es antijurídica pero pierde la posibilidad de hacer valer las excepciones y argumentos que tuviera para conservar su pretendido derecho.

(298) VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, *Bienes*, 10ª ed., Comlibros, Medellín, 2006, p. 420.

(299) Los pronunciamientos que se citan de la Corte Suprema colombiana aparecen reproducidos en el trabajo de VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, Op. cit., pp. 422-423.

del Estado por conducto del funcionario competente, no crea con la sentencia que en el respectivo proceso de pertenencia se profiera el derecho real que ya había sido adquirido por el prescribiente, si este así lo demuestra, sino que tan solo tiene carácter declarativo del mismo, jamás constitutivo del derecho”.

En otro fallo señala: “la sentencia que se profiera dentro del juicio de pertenencia, es de carácter meramente declarativo, o sea, que está encaminada a reconocer jurídicamente una situación fáctica preexistente que no resulta alterada por la decisión judicial que así lo admita. De ahí que se diga que se hace propietario de un inmueble por usucapión, quien se encuentre en las circunstancias antes señaladas, independientemente que se le haya declarado judicialmente como tal o no. De igual modo, la inscripción de la sentencia estimatoria de las pretensiones del poseedor en la oficina de registro pertinente, tiene una preponderante finalidad de publicidad que le permite al poseedor legitimarse para actuar en el tráfico jurídico como dueño, generando, por tanto, la seguridad suficiente frente a los terceros, quienes, en ese orden de ideas, podrán tener certeza de la calidad con la que obra el actor, sin que pueda decirse, entonces, que esa inscripción ostente el carácter de tradición; desde luego que, como es palpable, se trata de distintos modos de adquirir el dominio, pues mientras esta, la tradición, es la forma como se cumplen las obligaciones que tienen por objeto prestaciones de dar, la usucapión es la forma de hacerse dueño mediante la posesión en los términos y circunstancias prescritos por la ley; de manera que cuando se profiere la sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, el modo ya se ha operado mediante la prescripción adquisitiva (...)”.

3.3) Señala el considerando 10 “habiéndose establecido que el actor antes de interponer la presente demanda sobre prescripción adquisitiva de dominio fue emplazado judicialmente para que desocupe el predio objeto de litis, tal hecho ha perturbado la posesión del demandante, por la que ella ha dejado de ser pacífica”.

Debemos reconocer que uno de los supuestos para que opere la prescripción adquisitiva es que la posesión se ejerza de manera pública y pacífica. En la Casación N° 1992-2003-Tacna del 26 de abril de 2004 (*El Peruano*, 30/09/2004) la Sala Suprema sostiene que el requisito de la posesión pacífica y continua para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva, se interrumpe por la existencia de un proceso judicial en el que se discute el derecho de quien pretende la prescripción adquisitiva sobre el bien. En lo que respecta a la posesión pacífica, la Sala precisa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún tipo de conflicto con los derechos de los demás. Esta posesión pacífica se vulnera cuando ella es cuestionada a través de algún proceso judicial sobre el bien materia de prescripción adquisitiva que se hubiera instaurado en contra de quien pretende que se le reconozca este derecho.

Torres⁽³⁰⁰⁾ al referirse a estos supuestos señala que la posesión es pública cuando los actos de ejercicio de la posesión no son ocultos. La publicidad es una cualidad que acompaña a la posesión desde su origen y durante su transcurso. La publicidad se exterioriza mediante el uso normal del bien de acuerdo a su naturaleza y destino. La posesión pública conduce a adquirir la propiedad por usucapión. Precisa que la posesión clandestina, oculta, no es protegida por el Derecho y no es una posesión *ad usucapionem*. Por ejemplo, el guardián nocturno de un garaje que utiliza los automóviles para dormir unas horas. Si el propietario retira al guardián del automóvil no se puede sostener que tiene derecho a ser respetado en su posesión.

En cambio, la posesión pacífica es descrita por Torres⁽³⁰¹⁾, cuando es adquirida conforme a derecho sin lesionar la posesión de otro, por ejemplo, la posesión del usufructuario. Esta posesión es *ad usucapionem*. La posesión no pacífica es la obtenida invadiendo la esfera posesoria de otro, aun cuando no se utilice la violencia. Toda posesión violenta es no pacífica, ya se trate de la violencia física o de la intimidación, pero puede haber posesión no pacífica sin que para ello medie violencia, como la derivada del derecho que tiene el acreedor de retener el bien de propiedad de su deudor cuando este no ejecuta la prestación debida.

En el caso en comentario, consideramos que la posesión pacífica se ve alterada cuando, dentro del plazo legal fijado para la prescripción, se busca recuperar el bien, situación que no se justifica si luego de haber concluido el plazo de prescripción, se pretende obtener la desocupación del bien. Aquí ya no cabe hablar de la interrupción de la prescripción, pues no hay ningún plazo que paralice sus efectos, pues ellos ya se produjeron.

La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de juez incompetente. La citación adelanta los efectos de la cesación física de la tenencia, arretatándole desde entonces virtualidad prescriptiva.

Para Lacruz⁽³⁰²⁾, la interrupción civil se produce mediante la comunicación al poseedor que no modifica físicamente su tenencia, pero que le hace saber su oposición judicial, provocando un cambio en la condición del bien, que pasa a ser litigioso. "Los efectos son relativos, como no se interrumpe de hecho la posesión, la tenencia no reclamada puede ser eficaz y válida para usucapir frente a cualquier sujeto distinto del reclamante. Si el verdadero usufructuario de una cosa que yo poseo como dueño, sin serlo, se limita a reclamarme judicialmente su derecho,

(300) TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Derechos Reales*, T.1, Idemsa, Lima, 2006, pp. 358-359.

(301) *Idem*.

(302) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Op. cit.*, p. 203.

mientras se sustancia el pleito yo estoy usucapiendo la nuda propiedad, puesto que tengo una posesión de ella no afectada por la reclamación de aquel”.

La cesación de la posesión es la única causa que en rigor interrumpe la usucapión. Cuando la cesación adviene por vía judicial, en definitiva solo es la sentencia la que interrumpe la prescripción. Iniciado el procedimiento el usucapiente no puede durante él consumir la usucapión. Se abre un paréntesis en la vida de la usucapión, paréntesis que solo la sentencia cerrará. El pronunciamiento de la sentencia debe referirse al derecho del actor, derecho real incompatible con la posesión del demandado en concepto de dueño. En la interrupción civil, la sentencia solo interrumpe la prescripción a favor del litigante victorioso que además sea titular. La demanda para interrumpir la posesión civil ha de tener un contenido real, relativa a los bienes poseídos; siendo demandante el verdadero titular cuyo derecho resultaría extinguido por la usucapión y demandado el usucapiente.

Para Albaladejo⁽³⁰³⁾, “subsiste la posesión, pero se le priva de los efectos para usucapir, porque así se evita que se consuma la usucapión por seguir poseyendo el usucapiente desde que se le reclamó hasta que si el reclamante lleva razón, recaiga resolución que prive efectivamente de la posesión de aquel. Ya que sería injusto que, por retardarse esta resolución, pierda la cosa por usucapión quien la reclamó antes de haber transcurrido el tiempo necesario para que el otro la usucapiera”.

Lo que ocurre es que la litispendencia que se produce desde la presentación de la demanda deja en suspenso los efectos de la posesión (entre ellos, el que siga corriendo la usucapión) hasta que quede resuelta la reclamación, y cuando la resolución sea favorable al reclamante, se entiende que lo fue desde que la demanda se presentó. La interrupción debe producirse antes de que haya transcurrido el plazo de la usucapión. Ello es obvio, pues si tiene lugar después, esta ya está consumada, y el acto interruptivo no interrumpe nada.

En conclusión, consideramos que la posesión pacífica no debe prolongarse hasta la fecha de la interposición de la demanda para que se declare la propiedad por prescripción. Esta se agota con el plazo de prescripción legal, al margen de que exista o no reconocimiento judicial contenido en una sentencia. De ahí que no compartimos el considerando octavo que dice: “no existe en autos interpretación errónea del artículo 950 del CC, cuando el colegiado superior señala que la posesión pacífica que exige la norma acotada, para el caso concreto, debía prolongarse incluso una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la ley y que siendo así esta debería hacerse extensiva y permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda en la que se pretende la declaración judicial de propiedad por prescripción”.

(303) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., p. 191.

Por otro lado, sostienen los jueces supremos: "una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la ley (...) esta debía hacerse extensiva y permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda en la que se pretende la declaración judicial de propiedad por prescripción" (ver el considerando octavo).

Bajo ese criterio se estarían configurando dos plazos legales para la prescripción. Uno, preestablecido, que materializa la adquisición por prescripción y el otro, sin límite pero condicionado a la interposición de la demanda. La redacción, tanto del artículo 950 como del 951 del Código Civil establecen que opera la prescripción por la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante el plazo legal; en ningún momento se amplía el plazo legal hasta la fecha de la interposición de la demanda. Cuando esto ocurre, ya la prescripción ha operado, por eso el artículo 952 del CC parte del siguiente supuesto: "quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario", esto es, el futuro demandante de la prescripción adquisitiva, parte del supuesto que ya ha adquirido la propiedad del bien por prescripción y lo que busca de la jurisdicción es solo su reconocimiento, su declaración como tal.

En la casación citada, no solo sostienen que la posesión pacífica debe prolongarse incluso una vez cumplido el plazo de posesión fijado en la ley, sino que "debía hacerse extensiva y permanente hasta la fecha de la interposición de la demanda en la que se pretende la declaración judicial de propiedad por prescripción".

Asumir los criterios jurídicos de los citados jueces supremos nos llevaría a sostener la concurrencia de dos plazos para la prescripción. Uno legal, que es el originario que fija en los artículos 950 y 951 del Código Civil y otro, que según criterio de los citados jueces, ¿es un nuevo plazo o continúa este hasta el momento de interponer la demanda de prescripción?

En atención al criterio que asumen, consideran que si los demandantes ocupan un bien por más de diez años, sin haber demandado judicialmente la prescripción adquisitiva, posteriormente a dicho plazo legal, si han sido demandados por desalojo por sus anteriores propietarios, hace que la demanda de prescripción adquisitiva no prospere por haberse alterado la posesión pacífica, a pesar que dicha alteración haya sucedido luego de agotado el plazo legal de prescripción. Según el criterio que exponen, y sin mayor distinción, consideran que durante el plazo posesorio no debe alterarse la posesión pacífica, sin tomar en cuenta si dicha alteración acaeció bajo el plazo legal o cuando este ya se había agotado.

Sostienen que la demanda de desalojo interpuesta antes de la presentación de la demanda de prescripción adquisitiva determinó que la posesión dejara de ser pacífica y, por tanto, no puede ampararse la acción (sin tomar en cuenta si la alteración acaeció dentro del periodo legal de prescripción) pues transcurrido dicho plazo no debe ser de exigencia dicha condición porque la adquisición de la propiedad ya operó. Ella no está condicionada a que se sigan extendiendo las

condiciones del artículo 950 del CPC hasta el momento de la interposición de la demanda, pues este derecho ya se adquirió y lo que se busca es precisamente el reconocimiento de dicha relación jurídica.

Por último, tampoco compartimos el criterio que se expone en el considerando 12 que sostiene que es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido, en atención a los atributos que otorga el artículo 923 del CC. El ejercicio de esos atributos son ejercidos sin reconocimiento judicial, esto es, el poder de usar, disfrutar y disponer del bien, perfectamente puede materializarse, sin declaración judicial. Reiteramos, el derecho ya existe y se viene ejerciendo como tal. No requiere de una sentencia, para que se configure como tal, y para usar y disfrutar e incluso disponer del bien.

La adquisición del usucapiente se produce *ipso iure*, tan luego se cumple el plazo que la ley fija, por tanto, aquel deviene desde ese momento titular del derecho que usucapió y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo.

Ahora bien, si alguno lo desconoce o niega o perturba, y para defenderlo, el usucapiente hubiese de demostrar que le pertenece, habrá de alegar y probar la usucapición, a menos que, por otra razón, se presuma que le corresponde.

Si se trata de probar que se tiene el derecho que se dice haber usucapido, la prueba de la usucapición corresponderá al que afirma tener tal derecho, pero lo que se busca en la demanda de prescripción adquisitiva no solo es probar el derecho que se alega, sino en esencia, busca la destrucción del título, pues el derecho ya está ganado y no está condicionado a su reconocimiento para que exista como tal.

Compartimos la opinión de Albaladejo⁽³⁰⁴⁾, cuando señala: “la cesación de la inscripción acontece desde que se destruye. Además, ciertamente que, por las reglas generales, una vez demandada judicialmente su anulación, queda pendiente del fallo de los tribunales, que cuando recaiga será eficaz para anularla desde que se demandó (aparte, se sobreentiende, de la protección a los terceros). Así que la inscripción, en definitiva vendría a perder su condición de título por lo menos desde que se solicitó su cancelación. Pero hay más, como si se invalida, lo es desde que padece la causa de invalidez que sea, el efecto que esto se declare debe remontarse a desde cuando la causa existe. Pensar otra cosa, por ejemplo, que mientras que la inscripción no se declaró nula, hubo un título válido, sería como pensar que en la usucapición extraregstral con un título nulo ‘este es válido hasta que se declara nulo, lo cual no es cierto, pues lo que realmente habría, sería un título aparentemente válido, pero realmente inválido”.

(304) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., p. 211.

A consecuencia de lo dicho, sostiene Albaladejo⁽³⁰⁵⁾ los actos que el titular del derecho realizó durante el periodo de usucapión (periodo en el que aquel correspondía todavía a él, y no al usucapiente) devienen inválidos. Sin embargo, si con motivo de ellos alguien comenzó a usar algún poder sobre la cosa (por ejemplo, el dueño otorgó una servidumbre a favor del predio vecino, y el propietario de este empezó a utilizarla sin oposición del usucapiente) y esta fue poseída por el usucapiente, como gravada con él, subsiste después de la usucapión, porque constituido por quien podía hacerlo, dio lugar a que aquel poseyese la cosa como gravada, y, por tanto, no lo adquiriese como libre.

Esto implica para el citado autor que los gravámenes que limitasen el derecho del dueño anterior, no limitarán, en cuanto tales, el que el usucapiente adquiere (ya que no recibe la propiedad de aquel, sino que adquiere una nueva) pero como recaen directamente sobre la cosa, si se siguieron ejercitando sobre ella y el usucapiente no la poseyó como libre, sino como gravada, adquiere una propiedad gravada, no por razón de que lo estuviese la anterior, sino a causa de que poseyó la cosas como no libre.

Considera Albaladejo⁽³⁰⁶⁾ que la regla que se usucape tanto cuanto se posee se refiere, no solo a la extensión en cuanto al objeto poseído (si poseí únicamente media finca, no usucapo el resto), sino también a la amplitud en cuanto al poder poseído (si poseo la finca como libre de gravámenes, usucapo la propiedad plena). Dice que las posibles restricciones que el primitivo titular de la cosa usucapida tuviese en orden a esta (así, por ejemplo, la administración de la misma no podía llevarla por sí solo, sino que, por ejemplo, en el testamento en que se le legó aquella, se establecía que debía administrarla juntamente con otra persona designada por el testador), desaparecen para el usucapiente que poseyó libre de ellas. Si se usucape libre de poderes reales, más aún de cualesquiera otros.

En conclusión, de todo lo expuesto se sostiene lo siguiente: a) la pretensión que busca la prescripción adquisitiva en la jurisdicción no es constitutiva, pues no busca modificar o alterar la relación jurídica existente, todo lo contrario, tiene como objeto obtener el reconocimiento del derecho de propiedad, del que se goza por el transcurso del tiempo y por haber sido ejercido bajo una posesión pacífica, continua y pública; b) la usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad. No se basa en derecho anterior alguno, pues no hay transferencia, sino la mera conversión en titular del mismo, con independencia que antes lo fuese otra persona; c) la adquisición del usucapiente se produce *ipso iure*, tan luego se cumple el plazo que la ley fija, por tanto, aquel deviene desde ese momento en titular del derecho

(305) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., p. 172.

(306) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., p. 174.

que usucapió y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo; d) La citación con la demanda de desalojo interpuesta contra los poseedores, hoy demandantes de la prescripción adquisitiva, interrumpe el plazo prescriptorio. Esta interrupción debe producirse antes de que haya transcurrido el plazo de la usucapión y no luego de este; e) La posesión pacífica no debe prolongarse hasta la fecha de la interposición de la demanda por prescripción. Esta exigencia se agota con el plazo de prescripción legal, al margen de que exista o no reconocimiento judicial contenido en una sentencia.

3. El otro supuesto que acoge este artículo es la rectificación o delimitación de áreas o de linderos. Aquí el propietario o poseedor recurre a la jurisdicción para ejercer el juicio de deslinde.

Se trata, ante todo, de una pretensión declarativa ya que tiene como finalidad el pronunciamiento de una sentencia, con efecto de cosa juzgada, que despeje el estado de incertidumbre existente con respecto al área o linderos de terrenos contiguos, cuando no se conozca con certeza la línea divisoria a raíz de no haberse fijado nunca o de haber desaparecido los signos (mojones, cercos o piedras) mediante los cuales se exteriorizaba. Otros autores califican al deslinde como "el acto en cuya virtud se establece, mediante una mensura, la línea divisoria entre dos propiedades contiguas cuyos límites se encuentran confundidos".

El deslinde puede requerirse aunque no medie confusión de límites y al solo efecto de aplicar el título al terreno, operación que puede reportar ventajas cuando interesa determinar la superficie exacta de un inmueble a fin de enajenarlo o de constituir sobre el algún derecho real. Dictada la sentencia de deslinde, corresponde practicar el amojonamiento. Este consiste en colocar señales tendientes a precisar sobre el terreno los límites de las propiedades contiguas que han sido objeto de un deslinde, cuya eventual remoción por cualquiera de los colindantes es susceptible de un interdicto o de una pretensión posesoria.

Para que proceda esta acción se requiere que los terrenos pertenezcan a distintos propietarios y que sean contiguos, esto es, que no resulta procedente en caso que los terrenos se encuentren separados por una calle o camino, un curso de agua u otro accidente similar.

Como señala la norma, esta pretensión puede ser interpuesta por quienes tengan derechos reales sobre el bien, como el propietario o poseedor de terrenos cuyos límites se hallen confundidos con los de un terreno colindante, a fin de que los límites confusos se investiguen, demarquen y amojonen. La pretensión solo puede interponerse frente al propietario del fundo contiguo de manera que carecen de legitimación pasiva los titulares de otros derechos reales, quienes sin embargo pueden intervenir en el proceso a título de terceros adherentes simples.

Como ya se ha señalado, la pretensión de deslinde supone un estado de incertidumbre acerca de la extensión comprendida por el derecho de cada uno de los

colindantes y la finalidad consiste en que se investigue y determine la superficie que respectivamente le pertenece; en cambio, si sobre la base de los antecedentes, cualquiera de los colindantes afirma ser propietario de una determinada fracción de terreno poseída por su vecino y reclama la restitución de la posesión perdida, debe recurrir a la pretensión reivindicatoria y no al deslinde. Entre ambas pretensiones suelen destacarse las siguientes diferencias, según Palacio⁽³⁰⁷⁾: "1) mientras en la pretensión de deslinde cada una de las partes reviste simultáneamente la calidad de actora y demandada razón por la cual incumbe a ambas la carga de la prueba, en la pretensión reivindicatoria dicha carga solo pesa en principio sobre el demandante; 2) en la pretensión de deslinde el juez puede fijar la línea separativa, conforme a su criterio, en el supuesto que falten elementos probatorios susceptibles de determinarla, al paso que esa facultad judicial no es ejercitable en la pretensión reivindicatoria, la cual se halla sujeta a las reglas generales sobre la carga de la prueba".

Dice Palacio que en ambas hipótesis corresponde al juez establecer la línea divisoria entre las propiedades contiguas, determinando en consecuencia lo que pertenece a cada propietario colindante. Si bien para fijar el límite corresponde atenderse, ante todo, a los títulos de los colindantes, puede suceder que estos sea por superposición o indeterminación, no constituyan elementos de juicio idóneos para despejar la incertidumbre existente, en cuyo caso el juez con el auxilio de la pericia, se halla facultado para examinar si la posesión actual o la anteriormente ejercida según vestigios antiguos son susceptibles de interpretar el alcance de los títulos, pero en el caso contrario, es decir frente a la imposibilidad de determinar los límites "ni por los vestigios antiguos ni por la posesión, la parte dudosa de los terrenos será dividida, entre los colindantes según el juez lo considere conveniente".

4. Este proceso solo se impulsará a pedido de parte, apartándose con ello de la regla general que señala el artículo II del TP del CPC que dice: "el juez tiene el deber de impulsar el proceso por sí mismo".



JURISPRUDENCIA

La demandante pretende se le declare propietaria del inmueble propiedad de su cónyuge. Está establecido en autos, que la demandante y el recurrente son esposos, y de acuerdo a lo normado en el artículo 292 del Código Civil, la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, y conforme al artículo 306 del mismo Código, cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados por el otro, este solo tiene las facultades que corresponden a la mera administración. Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí por prohibirlo el artículo 312 del Código Sustantivo (Cas. N° 4609-2007-Cajamarca, 24/01/2008).

(307) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/ref., pp. 286-287.

Una de las condiciones para que se configure la adquisición de la propiedad vía usucapión es que la posesión se ejerza como dueño, esto es, que exista el animus domini, el mismo que no pueden ostentar los administradores, calidad que corresponde al cónyuge con relación a los bienes propios del otro cónyuge. Además, quien posee como propietario no debe reconocer la existencia de una potestad dominial superior; en el caso que esta provenga de algún título proporcionado por un tercero, como lo señala la recurrente en el punto cuatro punto uno de los fundamentos de hechos de su escrito de demanda, en que refiere que los padres del demandado eran los propietarios y que estos le hicieron entrega del inmueble para que lo conduzca como suyo, lo que no es un hecho acreditado, por lo que no se puede concluir que dicha entrega le haya conferido el animus domini a su posesión (Cas. N° 4609-2007-Cajamarca, 24/01/2008).

Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de este al emitir el fallo.

En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. N° 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 370).

Mediante una demanda de títulos supletorios, el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, pretende contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores, el otorgamiento del título de propiedad correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 504 del CPC; mientras que la prescripción adquisitiva tiene como finalidad se declare propietario a quien ha ejercido posesión sobre un bien en forma continua, pacífica y pública en los plazos que se precisan en el artículo 950 del CC (Exp. N° 1743-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 286).

Si la actora toma posesión del inmueble, en virtud del contrato de arrendamiento, significa que la posesión ha sido ejercida a nombre del arrendador; y, como tal, se encontraba obligada a recibir el inmueble, cuidándolo diligentemente, utilizándolo para el destino que se le concedió.

Es infundada la pretensión, pues el título que ostenta la accionante no le transfiere la propiedad. El justo título debe tener las siguientes características: ser un acto traslativo de dominio; no estar sujeto a causal de nulidad, tener existencia efectiva y probar su existencia (Exp. N° 1060-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 168).

No puede ampararse la demanda de prescripción si se ha demostrado que el accionante no viene ocupando el inmueble de litis en forma pacífica como propietario, lo que significa que debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás (Exp. N° 329-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 169).

Aun cuando de la fundamentación fáctica de la demanda se desprende que la posesión aducida sobre el inmueble ha sido ejercida por cada uno de los comerciantes que conforman la asociación pretensora, no puede soslayarse que conforme lo señala el artículo 78 del CC, la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros, motivo por el cual, la posesión que se atribuye a los integrantes de la persona jurídica demandante no puede servir de sustento ni de fundamento al momento de resolver la pretensión de la Asociación (Exp. N° 4787-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 170).

Si el pretensor cuenta con documentación que comprueba la titularidad del dominio que alega, la misma que ha dado origen a la escritura imperfecta celebrada ante el juez de Paz Letrado y a su vez a la escritura pública celebrada ante el notario público, deviene en improcedente la demanda por ausencia de interés para obrar.

Bajo la figura de los títulos supletorios, puede obtener el título de propiedad de un bien inmueble, el propietario que carece de documentos que acrediten su derecho contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores (Exp. N° 66985-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 480-481).

Es infundada la pretensión, si está probada que la sociedad conyugal demandante, se encontraba en posesión solo de una pequeña parte del área total del inmueble, cuya prescripción se invoca.

El hecho que los demandantes no sean los únicos que tributan por dicho inmueble, reafirma que no son los únicos que han detentado la posesión del íntegro del inmueble (Exp. N° 4264-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 168-170).

Resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva respecto al cincuenta por ciento del inmueble, si se afirma haber adquirido esta parte contrato de compraventa (Exp. N° 2981-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 168).

La prescripción es un modo de adquirir la propiedad de un bien ajeno, mediante la posesión ejercida sobre dicho bien. Para ello se requiere que la parte demandante pruebe plenamente la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

La sentencia que acceda a dicha petición, es título tanto para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo, como para cancelar simultáneamente el asiento que figura inscrito a favor del antiguo dueño (Exp. N° 1178-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 458-459).

Las servidumbres son gravámenes establecidos sobre un predio para beneficiar a otro predio y dan derechos al propietario del predio dominante para realizar ciertos usos en el predio ajeno o impedir que el propietario del predio sirviente ejerza algunos de sus derechos de propiedad.

Para adquirir por prescripción una servidumbre es necesario ser propietario del predio dominante.

Las servidumbres de paso por ser discontinuas no pueden ganarse por prescripción (Exp. N° 413-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 313-314).

(...) El demandante no ha probado tener la propiedad del bien sublitis, primero, al no adjuntar pruebas fehacientes que acrediten que tiene la propiedad del bien y, segundo, que no posee dicho bien en forma exclusiva tal como manifiesta en su demanda, presupuestos que impiden la procedencia de la acción de título supletorio (Cas. N° 1289-99-Lima, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 484-486).

La prescripción adquisitiva iniciada antes de la vigencia del nuevo Código se rige por las leyes anteriores, pero si desde que entró en vigencia transcurre el tiempo requerido en él,

la prescripción surte su efecto, aunque por dichas leyes antiguas se necesitase un lapso mayor (Exp. N° 1557-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 97-99).

Solo pueden adquirir el dominio por prescripción quienes han poseído el inmueble a título de propietarios y no de usufructuarios o arrendatarios.

Debe desestimarse la demanda si los actuales ocupantes del inmueble sublethas han venido detentando la posesión en calidad de inquilinos, pagando la correspondiente merced conductiva (Exp. N° 2269-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 99-100).

Adquiere un inmueble por prescripción según el C.C. de 1936, quien lo ha poseído como propietario de modo continuo durante 10 años, con justo título y buena fe o durante treinta años sin estos requisitos (Exp. N° 158-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 101).

Debe desestimarse la demanda si los accionantes acreditan tener la calidad de propietarios por instrumento privado sobre el predio cuya prescripción adquisitiva solicitan (Exp. N° 4301-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 102).

No se puede alegar buena fe por parte del demandante, cuando el bien está inscrito a nombre de otro propietario (Exp. N° 91-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 103-104).

Para que se declare judicialmente la adquisición del dominio de un inmueble por prescripción se requiere que el demandante pruebe plenamente que está poseyendo el inmueble y que dicha posesión comprende el plazo legal (Exp. N° 836-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 272-273).

No procede que ninguno de los condóminos adquiera por prescripción las cuotas ideales de sus otros condóminos.

En la propiedad común o indivisa, cada propietario puede ejercer los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la indivisión del bien. El condómino que no está en posesión del bien no puede interponer una acción reivindicatoria contra su condómino (Exp. N° 13469-89-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 274-276).

La usucapión es la facultad que tiene todo poseedor por el transcurso del tiempo de adquirir un bien inmueble mediante la posesión constante e ininterrumpida.

Quien pretende se le declare propietario debe estar en posesión del bien y ejercer de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Los bienes de uso público no se pueden ganar por prescripción (Exp. N° 309-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 280-282).

La propiedad de un bien inmueble se adquiere por prescripción cuando se ha poseído en forma pacífica, continua y pública.

El proceso de reivindicación interrumpe la posesión pacífica, por tanto la demanda de prescripción extintiva de dominio debe declararse improcedente (Exp. N° 08-96-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 284-285).

No obstante los accionantes haber adquirido el inmueble *sublitis* mediante contrato de compraventa, cancelando el precio; la propiedad también se puede adquirir por la posesión pacífica, continua y pública como propietarios por más de diez años, como lo señala el artículo 950 del CC.

La sentencia que accede a la petición constituye título para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (Exp. N° 2500-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 142-144).

Si sobre el inmueble y fábrica objeto de la demanda existe una copropiedad, la demanda no puede ser amparada por imperio del artículo 985 del Código Civil que expresamente niega que un copropietario o sus herederos puedan adquirir por prescripción los bienes comunes (Exp. N° 498-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 196).

No procede amparar la demanda de prescripción adquisitiva si el actor acompaña documentos que evidencian el pago del Impuesto del Patrimonio Predial y no así que haya ejercitado derecho de posesión alguno sobre el referido bien, tanto más, si dichos documentos no se encuentran corroborados con medio probatorio idóneo que permita inferir un comportamiento en el actor, orientado a adquirir el inmueble por usucapión (Exp. N° 236-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 636).

La prescripción adquisitiva es aquella institución jurídica que concede al poseedor diligente la posibilidad de adquirir el dominio de un bien por ejercer sobre el mismo alguno de los atributos propios del derecho de propiedad en el tiempo y forma previstos por ley. Tiene por finalidad disponer la exclusión del antiguo propietario por uno nuevo (poseedor), transformando una situación de hecho (la posesión) en una de derecho, y reconociéndole dicha titularidad (Exp. N° 06-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 639).

Si bien la sentencia recaída en el proceso de otorgamiento de escritura pública iniciado por la actora contra su inmediata transferente ha devenido en inejecutable por no figurar inscrito registralmente el derecho dominal de la demanda en aquel proceso, dicha imposibilidad material torna ilusorio el derecho de la actora; sin embargo, nada impide que pueda dirigir su pretensión material a ser declarada propietaria por usucapión del inmueble de litis, sustentándola en la posesión continua, pacífica y pública que viene ejerciendo sobre el bien inmueble (Exp. N° 435-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 640).

REQUISITOS ESPECIALES

ARTÍCULO 505

Además de lo dispuesto en los artículos 424 y 425, la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.
2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.
El juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.
3. Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.
4. Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.
5. Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio.

CONCORDANCIAS:

C.C.
C.P.C.

arts. 950 a 953.
arts. 222, 226, 272, 424, 425.

Comentario

1. A las exigencias generales que regulan los artículos 424 y 425 del CPC se fijan además los requisitos particulares que describen los incisos siguientes:

Los incisos del 1 al 4 hacen referencia a los requisitos específicos para la prescripción adquisitiva y el inciso 5 a la pretensión sobre deslinde.

El inciso 1 requiere se precise el tiempo de posesión del bien. Ello es atendible porque precisamente el objeto de discusión en la prescripción adquisitiva es precisamente la posesión del bien en calidad de propietario, dentro del plazo que establece el artículo 950 del CC. Esta posesión puede haber sido transmitida al actor por sus causantes, de tal manera que los tiempos de posesión se suman. Para el cómputo del plazo de prescripción se debe tener por cierto, la fecha del inicio de la posesión y la forma de adquisición de esta. Aquí se debe tener en cuenta que "si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (ver el artículo 914 del CC).

La exigencia de precisar el nombre de la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien, es importante para dilucidar la buena o mala fe por nuevo adquirente. Si el bien se encontraba inscrito, la buena fe no podría ser alegada, porque el poseedor sabía que poseía un bien cuya propiedad le pertenecía a un propietario, quien aparece en registros. Si bien la norma, hace referencia a los registros públicos y privados, los efectos para la buena o mala fe, se relativizarán en el caso de los registros privados, pues, a los actos allí registrados no se oponen los efectos de la publicidad del registro público que contiene el artículo 2012 del CC que dice: "se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones". El Registro Público precisamente está destinado a dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas y tienen como característica fundamental que los actos registrados producen cognoscibilidad frente a terceros. Los pronunciamientos del Tribunal Registral son reiterados en señalar que tanto en la doctrina como a nivel legislativo, se distinguen los conceptos de publicidad material y publicidad formal, los que se complementan entre sí. Por la publicidad material se presume de manera absoluta que todos conocen el contenido del Registro y, por la publicidad formal, se otorga la posibilidad efectiva de conocer aquello que el ordenamiento jurídico presume conocido.

2. Esta exigencia se complementa con lo referido en el inciso 3 que señala que "tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.

Además se señala que, cuando corresponda, se debe precisar los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes. Este supuesto es de mayor importancia en los casos de la usucapión de bienes que no aparezcan en registros.

No debe confundirse la calidad de bien registrable pero no registrado. El hecho que el demandado sea propietario de un bien inmueble pero que este no aparezca registrado a su nombre, no le otorga la condición a dicho bien como no registrado, pues el inmueble es un bien registrable pero no registrado bajo la titularidad del demandado. De ahí que la norma exija se acompañe "la certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos o registrados".

3. Se exige además la descripción del bien con la mayor exactitud posible, para lo cual, en caso de un inmueble se requiere que se acompañe los planos de ubicación y perimétricos, así como la descripción de las edificaciones existentes, suscritos por un ingeniero o un arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien. Si fuere el caso, se requiere la certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien. Un referente que propone la norma, para verificar la posesión del bien, es la posibilidad que tiene el juez de exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

A la prueba documental citada, de manera especial se requiere la declaración testimonial de no menos tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.

4. En el caso del deslinde, entendida esta como una pretensión declarativa que tiene como finalidad se despeje el estado de incertidumbre existente con respecto al área o linderos de terrenos contiguos, cuando no se conozca con certeza la línea divisoria a raíz de no haberse fijado nunca o de haber desaparecido los signos (mojones, cercos o piedras) mediante los cuales se exteriorizaba, entre dos propiedades contiguas cuyos límites se encuentran confundidos.

En esta pretensión, se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio, que implica la concurrencia directa del juez del proceso al escenario materia del deslinde para apreciar el objeto de discusión; sin embargo, consideramos que por lo técnico de la materia –pues están orientadas a dilucidar la rectificación del área o los linderos–, debería concurrir a la inspección judicial la actuación pericial para verificar en mejor forma la alteración de dichos linderos.

5. Como se aprecia del artículo, la norma particulariza determinados medios de prueba, según la pretensión que se busque acreditar; la libertad de utilizar los medios de prueba no excluye la posibilidad que el ordenamiento exija que un hecho sea probado con determinado tipo de medio probatorio y no con otro. Además, todos los medios de prueba que requiere este inciso, no solo deben agotarse en el

ofrecimiento y actuación de ellos, sino que por tratarse de un medio de prueba especialmente requerido por ley, para estas pretensiones, la valoración de dichos medios de prueba serán realizados de manera conjunta, pero necesariamente requerirá de un expresa motivación, dado que son requeridos expresamente por ley para estas pretensiones en especial, apartándonos de esta manera de la regla general contenida en el artículo 197 del CPC que considera "en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".

En el caso de la prescripción adquisitiva, los testigos que por ley, necesariamente se ofrecen, podrían ser subrogados por la parte que los ofreció y ofrecer en su reemplazo otros. Véase que estos testigos, no son únicos ni exclusivos, pues, pueden ser sustituidos por otros, con las mismas exigencias que describe el inciso 4 del artículo en comentario. En relación con este acto de disposición que hace la parte actora sobre el medio de prueba (declaración de testigos) ofrecido, se debe tener en cuenta que existen criterios contrapuestos sobre la procedencia del desistimiento. Como dice el artículo 342 del CPC, el desistimiento del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto. Bajo dicho referente, Devis Echandía sostiene que el principio de adquisición "determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada", esto es, no cabe desistirse del medio de prueba, después de actuado. En opinión contraria, Bustamante sostiene que dichas afirmaciones podría llevar a pensar que el principio de adquisición solo opera a partir de la práctica o actuación de los medios probatorios, es decir, que antes de la actuación de un medio probatorio es jurídicamente posible que quien lo ofreció renuncie o se desista de su práctica o actuación. Considera que una conclusión semejante sería errónea porque, al integrar el contenido del derecho fundamental a un proceso justo, el derecho a la prueba es indisponible, por lo tanto, renunciar o desistirse de un medio probatorio ofrecido o admitido, aunque todavía no practicado, es tanto como renunciar o disponer del derecho a la prueba; la renuncia o desistimiento de un medio probatorio puede impedir que se alcance la verdad jurídica objetiva y, por ende, que el juzgador emita una decisión justa; y porque si la comunidad o adquisición del material probatorio solo operara a partir de su práctica o actuación, es decir, si se permitiera la renuncia o desistimiento de los medios de prueba ofrecidos o admitidos, hasta momentos antes de su actuación, la contraparte que quisiera valerse de ellos también tendría que ofrecerlos como medios probatorios suyos a fin de evitar que el eventual desistimiento de su contraria impida que sean utilizados o tomados en cuenta en el proceso o procedimiento; en consecuencia, señala Bustamante, se afectaría el principio de economía y el de utilidad pues se invertiría doble tiempo y esfuerzo para incorporar al proceso o procedimiento medios probatorios que ya habían sido ofrecidos, haciendo que estos sean redundantes y por ende inútiles.

En conclusión, para dicho autor, "el principio de comunidad o de adquisición en materia probatoria rige a partir del momento en que los medios de prueba son

ofrecidos por las partes o terceros legitimados, o incorporados de oficio por el juzgador. Por ese motivo, y por el carácter indisponible del derecho a la prueba, no cabe la renuncia o el desistimiento de los medios probatorios, sea cual fuere la etapa de la actividad probatoria. Todo ello sin perjuicio del poder del juzgador para rechazar los medios probatorios que conforme a los límites al ejercicio del derecho a la prueba no deban ser admitidos y de la posibilidad que ante circunstancias justificantes basadas en una imposibilidad física o jurídica, o la mala gestión probatoria del proponente, el juzgador decida motivadamente que se prescinda de la actuación de algún medio probatorio".



JURISPRUDENCIA

Debe desestimarse el título supletorio si el plano que se anexa a la demanda no se encuentra visado por la autoridad municipal y se omite acompañar el certificado municipal sobre la persona que figura como propietaria del bien. Debe darse cumplimiento a todos los requisitos especiales que refiere el artículo 505 del CPC (Exp. N° 1770-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 463).

Debe desestimarse la demanda si los accionantes acreditan tener la calidad de propietarios por instrumento privado sobre el predio cuya prescripción adquisitiva solicitan (Exp. N° 4301-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 102).

La demanda de prescripción adquisitiva debe contener como requisito adicional, copia literal de los asientos respectivos de los últimos 10 años si se trata de inmuebles urbanos inscribibles en un Registro Público (Exp. N° 382-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 310-311).

Para que se declare judicialmente la adquisición del dominio de un inmueble por prescripción se requiere que el demandante pruebe plenamente que está poseyendo el inmueble y que dicha posesión comprende el plazo legal (Exp. N° 836-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 272-273).

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad de un bien ajeno mediante la posesión ejercida sobre dicho bien durante un plazo previamente fijado por la ley, de tal manera que la sentencia que acceda a esta petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.

Solo se adquiere el inmueble por prescripción cuando está inscrito en el Registro de la propiedad favor de la persona contra quien ha operado aquella, en cambio si el inmueble no está inscrito, el proceso viable es el procedimiento sobre títulos supletorios (Exp. N° 1330-93-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 273-274).

La propiedad inmueble se adquiere por prescripción a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

No puede considerarse justo título una escritura pública declarada nula por el Poder Judicial (Exp. N° 941-95-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 276-277).

La usucapión es la facultad que tiene todo poseedor por el transcurso del tiempo de adquirir un bien inmueble mediante la posesión constante e ininterrumpida.

Quien pretende se le declare propietario debe estar en posesión del bien y ejercer de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Los bienes de uso público no se pueden ganar por prescripción (Exp. N° 309-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 280-282).

La propiedad de un bien inmueble se adquiere por prescripción cuando se ha poseído en forma pacífica, continua y pública.

El proceso de reivindicación interrumpe la posesión pacífica, por tanto la demanda de prescripción extintiva de dominio debe declararse improcedente (Exp. N° 08-96-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 284-285).

Si el propio actor sostiene que poseía el inmueble como guardián por entrega que le hizo el padre de la demandada, para luego al fallecimiento de este proceder el accionante a consignar los alquileres, mal puede pretender se le declare propietario del predio por prescripción, si ese derecho está reservado para quien posee como propietario del predio por prescripción.

La acción reivindicatoria es imprescriptible (Exp. N° 444-95-Huaura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 282-284).

Es inadmisibles la demanda de prescripción adquisitiva de un bien inmueble si el accionante no indica el tiempo de posesión y el modo como adquirió el inmueble (Exp. N° 1310-94-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 279).

Haciendo una interpretación hermenéutica, este requisito (del ofrecimiento de tres testigos en el proceso de formación de título supletorio) se ha cumplido, pues el actor en el acto postulatorio ofrece como medio probatorio la declaración de tres testigos, que el no haberse actuado en su integridad dicho medio probatorio no puede acarrear la nulidad de actuados, pues el acto procesal ha alcanzado la finalidad a la que estaba destinado, por lo que no puede alegarse este de efecto (sic -entiéndase defecto-) para anular los autos, mas aun si no se ha acreditado agravio conforme señala el artículo ciento setenticuatro del Código Procesal Civil (Cas. N° 488-98-Ica, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 487-489).

Es nula la sentencia emitida con autos diminutos, si el juez no ha tenido a la vista el expediente ofrecido, ni ha prescindido de este al emitir el fallo.

En la pretensión de prescripción adquisitiva, resulta irrelevante para la declaración del derecho, la inspección judicial (Exp. N° 347-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 370).

EMPLAZAMIENTO

ARTÍCULO 506

Aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167 y 168.

En los casos del artículo 435 y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 167, 168, 169, 435, 438, 507.

Comentario

La regla que opera para el emplazamiento de personas inciertas o con domicilio ignorado es la notificación por edictos, sin embargo, dicha regla se traslada a la prescripción adquisitiva, a pesar de que el domicilio y el nombre del demandado sean perfectamente conocidos.

En efecto, el juez dispondrá además de la notificación ordinaria, que un extracto del admisorio de la demanda se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista para la publicación de edictos. Lo que se pretende con esta forma especial de emplazamiento, es dar la mayor publicidad posible, al reconocimiento judicial que se solicita prestarse, sobre todo, por los efectos *erga omnes*, que la declaración judicial generará, para lo cual se recurre a los medios de comunicación masiva para divulgar a través de edictos, el auto admisorio de la demanda.

El edicto debe contener en forma sintética las mismas enunciaciones de las cédulas, con transcripción sumaria de la resolución; en consecuencia, deberán incluirse en ellos, el nombre de los destinatarios, el objeto de la citación, la individualización de la materia, el juzgado y secretario así como cualquier otra referencia que facilite el conocimiento de la resolución.

En los casos del emplazamiento de personas indeterminadas o con domicilio ignorado, se procederá en la forma que describe el artículo 435 y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará, asimismo, la notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169. Ello es atendible porque por la ubicación de estos predios, es más frecuente la comunicación por radiodifusión que por periódicos.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

ARTICULO 507

En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 113 inc. 3, 114, 115, 116, 506 párr. 2.

Comentario

A pesar de que en el proceso civil predomina la autonomía de la voluntad de los particulares por la naturaleza privada de los conflictos, se permite que el Ministerio Público actúe en él, sea como parte, como tercero o como dictaminador.

En el presente caso, la norma regula la intervención del Ministerio Público antes de emitir sentencia en dos situaciones: cuando el demandado es incierto o tiene domicilio desconocido; y en el caso de la rebeldía.

Ello resulta coherente, para una mejor supervigilancia de la legalidad del proceso judicial, por parte del ministerio, toda vez, que se trata de emplazamientos especiales donde el demandado por ser incierto o estar rebelde, es el gran ausente en el proceso.

Apréciese que el Ministerio Público no interviene como parte sino como un dictaminador, y como tal, tiene el deber de emitir su dictamen fiscal con la debida fundamentación y dentro del plazo que le señala la ley, a los diez días de requerido, bajo responsabilidad.

La emisión del dictamen no solo constituirá un referente a apreciar por el juez sentenciador sino que también va a tener un efecto para la futura consulta que podría generar, en caso fuera contrario a la pretensión demandada.

El Ministerio Público, como dictaminador, es un informante al que se requiere oír. Algunos autores lo califican como asesor por ley del órgano jurisdiccional pero esta explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basada en el conocimiento y aplicación del derecho objetivo por el juez. Otras opiniones lo ubican en una situación intermedia, el interés público no llega al extremo

de legitimizar al Ministerio Público, pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es su opinión en el extremo concreto. El dictamen puede referirse tanto a la aplicación del Derecho material como del proceso.



JURISPRUDENCIA

La intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva se hace para cautelar el derecho de los rebeldes o de aquellos cuya citación se efectúa a través de publicaciones.

La falta de apelación del auto de saneamiento expedido en la audiencia, precluye la posibilidad de cuestionar la validez de relación procesal (Cas. N° 381-96-Piura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 253, Junio 1997, Trujillo-Perú, pp. A.29-A.31).

Si bien los autos no fueron remitidos en primera instancia al Ministerio Público a efectos que se cumpla con el dictamen conforme señala el artículo 507 del Código Procesal Civil, sin embargo, acorde con el principio de trascendencia, aquella omisión en modo alguno causa perjuicio a los justiciables, por el contrario, tal declaración significaría contravenir los fines del proceso y atentar contra los principios de economía y celeridad procesal (Exp. N° 2259-00, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 634).

CONSULTA

ARTÍCULO 508

Cuando el dictamen del Ministerio Público, en el caso del artículo 507, fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 408, 409, 507.

Comentario

1. La norma acoge la consulta que aparece regulada en el artículo 408 del CPC. Señala Escobar López⁽³⁰⁸⁾, "los recursos y la consulta buscan un mismo resultado, cual es la revisión de la decisión judicial por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada; sin embargo, la consulta, a diferencia de los recursos no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes sino que es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna, que determinadas resoluciones deban ser revisadas por el superior".

La consulta está condicionada a la opinión del Ministerio Público, recogida en su dictamen. Si esta fuera contraria a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior.

Sobre este extremo, la Sala Suprema en la Casación N° 1895-2003-Arequipa (*El Peruano*, 28/02/2005) establece que un expediente es elevado a consulta, a fin de que sea aprobado o desaprobado en razón de apreciarse o no alguna infracción legal procesal o sustantiva; mientras que en virtud del recurso de apelación, el colegiado debe pronunciarse sobre los extremos del expediente, sea para confirmar o revocar. De este caso en concreto, se puede inferir que el colegiado superior no conoció del recurso de apelación presentado por la demandada, lo cual contraviene manifiestamente la garantía del derecho al debido proceso. En conclusión, se incurre en causal de nulidad contemplada en el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, al no haberse observado el principio de congruencia.

(308) ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: "Regulación legal de la consulta en el proceso penal", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Vol. XIII, N°s 21 y 22, Medellín, 1990, p. 102, citado por SAN MARTÍN, Castro César. *Derecho Procesal Penal*, V.II, Grijley, Lima, 1999, p. 774.

La Sala Suprema señala que el término "aprobar" no puede ser empleado a efectos de estimar un recurso de apelación, pues dicha denominación pertenece al trámite de consulta. En ese sentido, para este recurso debe consignarse las denominaciones "revocar" o "confirmar" según se desestime o estime la pretensión.

2. Como la prescripción adquisitiva es declarativa, el interés del vencedor resulta satisfecho a través del simple pronunciamiento de aquella, por tanto, agotada la consulta y de modo favorable, procede –a pedido de parte– su inscripción en Registros, pues el cumplimiento de ese requisito solo tiene por objeto hacer extensiva a los terceros la eficacia de la cosa juzgada adquirida por el fallo; por ello, en aras de esa eficacia, una medida concurrente a la demanda de prescripción adquisitiva, debe ser la anotación de ella en el Registro pertinente, a fin de destruir la buena fe del posible tercero adquirente del bien en litigio.

Sub-Capítulo 3
RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LOS JUECES

PROCEDENCIA

ARTICULO 509

El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso solo se impulsará a pedido de parte.

CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>art. 139 inc. 4.</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>arts. IV, 50, 510.</i>
<i>C.P. Const.</i>	<i>art. 13.</i>

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Italia</i>	<i>art. 55.</i>
<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>arts. 37-40.</i>

 **Comentario^(*)**

1. El estudio de la responsabilidad civil es abordado bajo dos ámbitos contrapuestos. El primero que no admite ningún tipo de responsabilidad civil, esto es, se orienta a la inmunidad absoluta del juez frente a los daños ocasionados en el

(*) Los comentarios del presente artículo han sido tomados —en parte— de la investigación realizada sobre la responsabilidad civil de los jueces, por Walter Ángeles Bachet, Carmen Aponte Mariño, Liliana Dávila Broncazo, Jacqueline Mac Dowall Lira, Roxana Mac Rae Thays y David Suárez Burgos, como alumnos del ciclo doctoral en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

ejercicio de la función jurisdiccional. La segunda sí atribuye responsabilidad del juez y al Estado frente a los daños causados en la actividad judicial.

Inglaterra es uno de los países que permite la total inmunidad de sus jueces⁽³⁰⁹⁾; la inmunidad civil es absoluta por cualquier acto realizado en el ejercicio del cargo, no solo cuando actúen culposamente, sino también cuando lo hagan dolosamente; esto implica que si un particular considera que un juez ha actuado con dolo o con culpa, puede interponer los recursos correspondientes, pero no puede dirigirlos directamente contra el mismo juez. Esta irresponsabilidad civil tiene como principal fundamento la independencia real del juez. No es que se pretenda proteger ni favorecer a los magistrados corrompidos o mal intencionados con la inmunidad del juez, sino que más allá de ello se busca que los ciudadanos sean atendidos en sus reclamos por jueces libres, que les permita ejercitar su función con plena independencia y sin temer las consecuencias que sus actos le pudiera generar. Para Montero Aroca⁽³¹⁰⁾, "la inmunidad no era un privilegio de los jueces, como si estos tuvieran el derecho de actuar con negligencia y dolo, sino que se corresponde, más bien, a un derecho de los ciudadanos por su directo y específico interés a la independencia del juez".

En Estados Unidos de Norteamérica también se consagra la irresponsabilidad absoluta del juez, independientemente de la existencia del dolo y de no tener clara la limitación de su competencia. El caso *Stump vs. Sparkman* de 1978⁽³¹¹⁾ es un antecedente que ha hecho casi imposible el éxito de una demanda de responsabilidad civil contra un juez.

Los que se orientan por atribuir responsabilidad civil al juez por sus actuaciones judiciales parten de la afirmación de que el juez no es una persona a la que pueda dispensarse del deber de responder por su actuación, sin embargo, ella puede limitarse, en atención a "su independencia de la que debe gozar, a su autoridad y prestigio, a evitar venganzas personales y maniobras vejatorias de aquellas personas que han sido juzgadas; esto es, se busca conciliar la necesidad de

(309) MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 20.

(310) *Ibid.*, pp. 22-23.

(311) Este caso es desarrollado por Montero Aroca, *Ibid.*, p. 28, de la siguiente manera: "ante un juez estatal una mujer presentó una solicitud de esterilización de su hija de 15 años, alegando que esta, que era un poco deficiente mental, estaba conviviendo con hombres de lo que podían derivarse deplorables consecuencias. El juez no formó proceso alguno, limitándose a ordenar que se hiciera a la joven una ligadura de trompas, lo que se hizo al cabo de ocho días, y creyendo esta que se le iba a efectuar una operación quirúrgica de apendicectomía. Los hechos se conocieron dos años después cuando la menor contrajo matrimonio, entonces demandó al juez alegando la sección 1983. La Corte estadounidense desestimó la pretensión y proclamó la irresponsabilidad absoluta del juez, bajo los siguientes argumentos: 1) como no existía prohibición a los jueces de realizar actos relativos a la esterilización de personas, cabía deducir la competencia por la materia; y 2) como la madre había invocado la autoridad judicial, esta debía responder a la petición por lo que no puede hablarse de falta absoluta de jurisdicción".

exigir responsabilidad civil a los jueces por los errores que comentan, con la independencia y autoridad que precisan para cumplir su función”.

Un primer referente para construir esta responsabilidad es no atribuirle los elementos sustantivos de la responsabilidad civil común, sino elementos especiales, pues no es posible que cualquier error del juez sea argumento para indemnizar. Por otro lado, se considera que el factor antijuridicidad no estaría presente en sus fallos como presupuesto de la responsabilidad, dado que los magistrados siempre actúan conforme al Derecho que ellos mismos declaran.

2. Una de las reglas imperantes en el Derecho nos lleva a sostener que “todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. Bajo ese enunciado, podría darse la posibilidad de que el juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional cause daño a las partes o a terceros por su actuar doloso o culposo. La pregunta que surge entonces es ¿quién debe asumir la reparación del daño? Frente a esa interrogante aparecen dos posiciones: la que atribuye al Estado el deber de asumir la reparación directa del daño y la que atribuye al juez la responsabilidad subjetiva frente al daño.

Llegar a esbozar estas posiciones no ha sido de fácil aceptación, pues se aseveraba que el soberano o funcionario no se equivocaba, razón por la cual, no podría atribuírsele responsabilidad; sin embargo, hoy se reconoce y acepta, tanto la responsabilidad del Estado como la del juez.

Nuestro sistema jurídico nacional acoge ambas posiciones, pero diferenciándolas según el ámbito en el que se haya desarrollado la actividad generadora del daño.

Conforme apreciamos, la Constitución Política del Estado en el inciso 7 del artículo 139, atribuye responsabilidad objetiva directa al Estado por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias. En cambio, el Código Procesal Civil, regula la responsabilidad subjetiva directa del juez sustentado en el daño por dolo o por culpa inexcusable en el ejercicio de la función jurisdiccional proveniente de procesos no penales. Como se aprecia, el Estado es el gran ausente en la responsabilidad civil de los jueces. Solo para los casos de ejecución del pago, podría concurrir solidariamente con el juez, sin embargo, debemos reconocer lo vulnerable que se encontraría este, cuando directamente y en forma personal, tenga que asumir su propia defensa para demostrar lo acertado de su interpretación y la ausencia de actividad dolosa o culposa, en su actuación jurisdiccional. En este cuestionamiento no podemos dejar de apreciar al papel de la probable víctima que denuncia el agravio que pretende reivindicar con la indemnización. La carga de la prueba a la que se le somete es ilusoria, pues tiene la misión de probar el dolo o la culpa del juez en la actividad generadora del daño. Los criterios subjetivos para fijar la responsabilidad civil del juez deberían reorientarse no solo por la dificultad en la prueba del futuro demandante sino por

la viabilidad para buscar decisiones realmente satisfactorias y ejecutables para la propia víctima.

No consideramos que el sistema subjetivo que acoge el Código Procesal Civil sea el idóneo para tal fin; no solo porque se permita discutir la actuación dolosa o culposa del juez, sino que se ingresa a cuestionar la interpretación que este haga de la ley: "el juez incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de Derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado" (ver el artículo 509 del CPC).

Frente a ello consideramos que no puede asumirse una responsabilidad que tenga su origen en la actividad de interpretación de las normas jurídicas ni en la valoración del hecho o de las pruebas. La independencia judicial, como el núcleo duro de la judicatura, se vería gravemente comprometida si el juez no fuera libre a la hora de interpretar la norma, cuando se trata de configurar el supuesto de hecho o de valorarlo.

3. El Estado como organización jurídico-política suprema funciona como un ente orgánico unitario, que descansa sobre una base jurídica vinculante, y que detenta como una de sus principales características el exclusivo ejercicio del poder. En tal sentido, resulta coherente que frente al monopolio de la jurisdicción que ejerce el Estado, este asuma la responsabilidad directa frente a daños que pudiera generar el ejercicio de la función jurisdiccional, máxime que cuando los jueces imparten justicia lo hacen a nombre del pueblo, en atención a lo regulado en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado.

Este propósito de hacer extensiva la responsabilidad objetiva del Estado a los procesos civiles, fue planteado en la Constitución de 1979, sin embargo, esta propuesta no prosperó toda vez que a opinión de Chirinos Soto⁽³¹²⁾, era muy peligrosa pues el error judicial en el campo civil puede derivarse de un defecto de la prueba, lo que sería responsabilidad de parte. El defecto de prueba en materia penal es, en cambio, responsabilidad del Estado. Ante estos argumentos Ariano⁽³¹³⁾ opina que no hay sustento para tales afirmaciones pues "si hay defecto de prueba imputable a las partes simplemente no se está ante un error judicial". Si el particular ha provocado o inducido al error, él debe responder y si en ello también está comprometido el juez pues habrá una corresponsabilidad. En cambio, en los errores que proviene de los procesos penales, el Estado responde porque el órgano acusador, resolvió equivocadamente, pero en el ámbito no penal tenemos a dos partes que están en plano de igualdad y que deberían de responder en estos

(312) CHIRINOS SOTO, Francisco, *La Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, Lima, 1980, p. 268, citado por ARIANO DEHO, Eugenia. "Responsabilidad civil de los jueces", en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 2, Mayo, Lima, 2001, p. 176.

(313) Ídem.

supuestos dado que ellos son quienes aportan las pruebas. En el caso de procesos penales, la carga de la prueba la tiene el fiscal y obviamente, en atención a ello, la condena se impone por la prueba aportada por el fiscal y no por la aportada por el procesado.

4. Esperamos que a futuro se unifique el tratamiento de la responsabilidad civil proveniente del ejercicio de la actividad jurisdiccional, de tal forma que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se haga extensivo a todos los casos donde se produzca daño en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Esta posición es coherente, además, con la tendencia legislativa asumida en la Ley N° 274444 (ver el artículo 238 de la Ley de Procedimiento Administrativo General), mediante la cual el Estado asume directamente la responsabilidad de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados. Apréciense sobre el particular que el daño puede darse tanto en el ámbito de la Administración Pública como en la administración de justicia, pero el daño que se cause en la Administración Pública permitirá recurrir en primer orden para corregirse, al contencioso administrativo y además no genera principio de la cosa juzgada a diferencia de un daño por error judicial. Morón⁽³¹⁴⁾ atribuye como presupuestos para la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública los siguientes: 1) que el administrado sufra una lesión resarcible en sus bienes o derechos; 2) que la lesión sea efectiva, valuable económicamente e individualizada; 3) que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento (normal o anormal) de la Administración; 4) que exista una relación causal entre el funcionamiento de la actividad administrativa y no sea consecuencia de fuerza mayor.

5. La responsabilidad del juez opera cuando este genera un daño, como consecuencia del ejercicio de su función jurisdiccional. Este daño puede ser generado no solo a las partes sino inclusive a terceros al proceso.

La definición de función jurisdiccional es ajena a la función judicial, con la que también se puede provocar daño pero esta no se ajusta a este tipo especial de responsabilidad civil.

Para quienes asumen que el daño es producto del error judicial (ver el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución), este daño es calificado como la desviación de la realidad fáctica o jurídica, producto de una mala interpretación, de la norma jurídica o de los hechos que dieron vida a un proceso judicial. Consideran que el error judicial debe ser grave, inaceptable e inexcusable; esto implica que cualquier error del juez no puede ser catalogado como error judicial, se requiere que

(314) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica. Lima, 2001, p. 538.

este sea de tal magnitud que se torne insalvable para que pueda aceptarse como tal. Como requiere la actuación del órgano judicial, ello implica que solo se pueda admitir como error judicial el cometido por el juez y no por otro funcionario judicial, como los llamados auxiliares judiciales, pues solo él ejerce la actividad jurisdiccional.

Algunas legislaciones foráneas califican las condiciones que debe tener este daño para que sea indemnizado. Requiere que el daño sea efectivo, o valuable económicamente e individualizado con relación a la persona o grupo de personas. En esa línea, Montero⁽³¹⁵⁾ sostiene que para que exista daño es preciso la producción de un detrimento patrimonial antijurídico, no porque la actividad del autor sea necesariamente antijurídica, sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio; el daño puede ser de cualquier naturaleza: material, personal o moral. Se requiere que el daño sea efectivo, en el sentido real, excluyéndose las meras posibilidades, los daños eventuales y aún inseguros en su producción. Cuando se requiere que sea evaluable económicamente hace referencia a la posibilidad de convertirse en dinero.

Como se aprecia de la norma en comentario se regula la responsabilidad judicial civil individual, pues el ámbito material de su título de imputación es: el dolo o la culpa inexcusable.

La conducta es dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. En cambio, se incurre en culpa inexcusable cuando cometió un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

La precisión que realiza la norma, sobre la graduación de la culpa, permite no extender la responsabilidad civil del juez a los supuestos de culpa leve.

Otro aspecto que recoge la norma es el impulso de parte, apartándose de esta forma, del principio general del impulso de oficio que recoge el artículo II del TP del CPC.



JURISPRUDENCIA

Debe declararse la improcedencia de la demanda de responsabilidad civil si no se expresa claramente en qué consistió la actuación con dolo y culpa inexcusable del magistrado demandado (Exp. N° 146/1-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 277).

(315) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 146.

No resulta procedente la acción por responsabilidad civil contra los miembros del ex tribunal Nacional de Servicio Civil amparado en la Ley 24979.

No están comprendidos dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial los integrantes del ex Tribunal del Servicio Civil (Exp. N° 1717-92, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 64-65).

El proceso de responsabilidad civil de los jueces está diseñado exclusivamente para resolver los casos en que un juez causa daño a una de las partes o a tercero al actuar con dolo o culpa inexcusable en ejercicio de su función jurisdiccional.

Para que sea calificada la procedencia de la demanda, es necesario especificar la naturaleza del daño ocasionado y la resolución que le dio origen, habiendo sido objeto, esta última de todos los medios impugnatorios previstos en la ley antes de interponer esta acción (Exp. N° 956-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 211-213).

PRESUNCIÓN DE DOLO O CULPA INEXCUSABLE

ARTÍCULO 510

Se presume que el juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:

- 1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.*
- 2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 279.
C.T.	art. 154.
C.P. Const.	arts. VII, 13.
D.S. 017-93-JUS	art. 22.

Comentario

1. Si bien la regla imperante en el Derecho es que el dolo no se presume, sino se prueba; tratándose de la responsabilidad civil de los jueces, ese dolo se presume, cuando se trata del manejo inadecuado del *stare decisis* (ver el inciso 1) y de la inaplicación de los precedentes vinculantes (ver el inciso 2). Dicha presunción se explicaría porque los jueces tienen el deber de conocer el Derecho y su labor integradora frente al vacío normativo tiene que apreciar los precedentes vinculantes.

2. La idea central que recoge este artículo es la existencia de fallos contradictorios, los que constituyen un agravante para la credibilidad del sistema judicial. Las decisiones contradictorias son cuestionables porque lapidan uno de los principios fundamentales, que sustenta la razón de ser del Derecho: la igualdad. ¿Cómo poder explicar que frente a iguales hechos existan pronunciamientos sustancialmente diferentes?

Para mantener la unidad e igualdad del Derecho objetivo, nuestro sistema procesal ha otorgado a la Corte Suprema de Justicia la facultad casatoria a fin de "unificar la jurisprudencia nacional". En ese sentido, véase lo regulado en el artículo 384 del CPC y el artículo 22 de la LOPJ, sin embargo, la Corte Suprema peca de omisión a dicho deber. El otro referente que nuestro sistema legal acoge como productora de jurisprudencia, con efecto vinculante, son los precedentes que establece el Tribunal Constitucional.

Debemos precisar que ni los fallos de la Corte Suprema ni los que se agotan en las salas superiores, como última instancia, constituyen doctrina jurisprudencial, a pesar de que son etiquetados erradamente por algunas publicaciones, como jurisprudencia. Para que tengan dicha connotación, se requiere que provengan del Pleno Casatorio (ver el artículo 400 del CPC) o que sean expresamente sancionados como tal, por el Tribunal Constitucional. En tanto, ello no sea así, serán simples decisiones ejecutoriadas que ilustran el modo de resolver un conflicto, mas no tienen efecto vinculante *erga omnes*, pues, solo vinculan a las partes del proceso.

No negamos que el tema de la jurisprudencia involucra continuidad y permanencia en el pensamiento de los órganos judiciales frente a similares supuestos fácticos; sin embargo, existen criterios con mayor envergadura, como el precedente jurisprudencial, que genera efectos vinculantes, cuando se está ante circunstancias similares de casos ya resueltos, logrando así la uniformidad de la jurisprudencia.

El tema del precedente vinculante responde al objeto de la unificación de la jurisprudencia, pues la perspectiva de los jueces varía. Ante los mismos hechos y basándose en los mismos textos legales, la labor de coordinación normativa puede ser diferente, por ello, se hace necesario, conformar criterios o modelos uniformes; pero el tema del precedente debemos mirarlo con mucha objetividad, pues los cambios continuos de la sociedad exigen respuestas distintas frente a casos similares. Criticable será que se convierta en rígidos precedentes las resoluciones anteriores, atando la resolución de los conflictos a patrones del pasado. Esto último puede propiciar la mala fe en ciertos precedentes jurisprudenciales, trabajados con errores, que harían —en el futuro— seguir repitiendo errores, en aras de la seguridad jurídica, evitando que los jueces encuentren medios de corrección.

3. Una de las causales que contempla la norma es la vulneración del principio del *stare decisis*. El inciso 1 se ubica en dicho supuesto, cuando la resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. Supone que cualquier tribunal debe seguir sus propios precedentes en la resolución de futuros idénticos o análogos casos. Véase que en este caso, dichos pronunciamientos pueden carecer del efecto vinculante *erga omnes*, a pesar de ello, esa ausencia, no puede negar la vinculación moral del colegiado por sus decisiones anteriores.

La fuerza obligatoria del precedente judicial supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede variar posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y de derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador. La balanza supone que se inclina por el peso de los hechos y no por el peso que le confiere la interpretación antojadiza del juez. De ahí que frente a casos análogos se resuelva de

manera similar, a no ser que sea distinguida (*distinguished*) o sustituida (*overruled*). Los valores centrales del *stare decisis* son la estabilidad, la certeza, la predictibilidad, la consistencia y el respeto a la autoridad.

4. Un elemento que coadyuva a este principio es la publicidad de las decisiones judiciales, pues ello expande la predictibilidad. Como sostienen Diez Canseco y Pasquel⁽³¹⁶⁾, la publicación de las sentencias brinda certeza debido a que se aumenta el cúmulo de precedentes. El peso del precedente hace más sólida una interpretación y evita que esta sea sustituida de manera antojadiza. Un mayor número de afirmaciones en un sentido determinado permite a los abogados apoyarse en la estabilidad de una doctrina con mayor confianza. En esa línea, resultan de mucha valía las publicaciones que Gaceta Jurídica, hace a través de *Diálogo con la Jurisprudencia*. En ellos hemos podido advertir no solo criterios contradictorios de la propia Corte Suprema en determinadas materias, sino, inclusive, entre sus propios miembros, que en un caso tienen una posición y en otro cambian el argumento sostenido, pero sin justificar las razones de por qué se apartan de dicho criterio. Por ejemplo, véase el caso de posiciones contrarias frente a una misma materia, protagonizado por las Salas, Transitoria y Permanente, de la Corte Suprema y que fue materia de comentario en *Legal Express* por Mesinas⁽³¹⁷⁾. El tema en controversia: las vacaciones de los gerentes (es decir, un asunto de interés para casi todo el empresariado peruano): “La pregunta es si un gerente puede exigir la indemnización por vacaciones no gozadas en caso no salga de vacaciones dentro del periodo correspondiente (este tema no tiene una clara solución en la legislación laboral). Una de las sentencias (Casación N° 2306-2004) señaló que el gerente, por su sola condición de tal, no se encuentra excluido del pago de la indemnización vacacional, sin que este derecho no le correspondiera solo si decidió no hacer uso de su descanso vacacional y siempre que no se encuentre sometido a subordinación jerárquica. La segunda sentencia (Casación N° 2076-2005) dijo que los gerentes siempre están excluidos de la indemnización por vacaciones no gozadas, independientemente de su capacidad y voluntad decisoria sobre la oportunidad y la forma de su descanso anual remunerado. Como se ve, las sentencias son absolutamente contradictorias”.

Otro caso de vulneración al *stare decisis* es el que aparece con la publicación N° 99 (diciembre 2006) de *Diálogo con la Jurisprudencia*. En la página 161 aparece la **Casación N° 2318-2005-Santa**, publicada en *El Peruano* el 31 de octubre de 2006), en que los votos de los jueces supremos para hacer resolución consideran que en la prescripción adquisitiva, “el beneficiario de la adquisición del bien

(316) DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. “*Stare decisis*: intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma”, en: *Revista de Economía y Derecho*, N° 7, Lima, 2004, pp. 7-26.

(317) MESINAS MONTERO, Federico. “Una guerra avisada... contradicciones por el mal uso de precedentes vinculantes laborales”, en: *Legal Express*, N° 74, Gaceta jurídica, Lima, febrero, 2007, p. 11.

por prescripción puede iniciar una acción judicial de determinación de propiedad; siendo esto así, lo que el legislador ha señalado es que para la adquisición de la propiedad no se requiere el inicio de un proceso judicial, sino que deja a potestad del adquirente el hacerlo, puesto que su propiedad la ha adquirido por el solo transcurso del tiempo". En cambio, en la **Casación N° 766-2004-Lima**, publicada en el N° 100 (enero 2007) de *Diálogo con la Jurisprudencia*, un juez de la Corte Suprema, que aparece suscribiendo la Casación N° 2318-2005, citada sostiene todo lo contrario. Véase el voto en discordia, en el que se sostiene que: "(...) no basta que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión, por el periodo de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso y que, por tanto, resulte meramente declarativa la sentencia que señala al poseedor beneficiario como propietario; toda vez que la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular".

El *stare decisis* es un deber que tiene todo juez que respetar, al margen de la competencia funcional en el que desarrolle su actividad jurisdiccional; esto es, que un juez de primera instancia se vincula con sus propios precedentes en la resolución de futuros idénticos o análogos casos. En igual forma, un juez superior o un juez supremo se vincula con sus votos que emite en cada caso, al margen que su voto haga resolución o no. Un juez superior o un juez supremo, no puede sostener en un voto un criterio A para luego en otro voto, sobre el mismo tema asumir un criterio B (al margen que sea un voto singular, en discordia o dirimente) sin motivar por qué se aparta de su criterio originario.

5. La otra causal, que conlleva a presumir el dolo, es cuando se resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o sobre la base de fundamentos insostenibles. La norma, para colegir la actividad dolosa, no requiere de jurisprudencia vinculante, como la que proviene de los precedentes del Tribunal Constitucional o las del Pleno Casatorio sino que también procede la presunción del dolo para los pronunciamientos que se emiten contra criterios uniformes ya definidos, a pesar de que estos no sean vinculantes.

6. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 024-2003-AI/TC-Lima, seguido por la Municipalidad Distrital de Lurín, dice: El Tribunal Constitucional estima que los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante, son los siguientes: a) cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios; b) cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en

una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; c) cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; d) cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas; e) cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Para apartarse o sustituir un precedente vinculante se sujeta a los tres elementos siguientes: a) expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión; b) expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión, y c) determinación de sus efectos en el tiempo.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene el precedente; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

COMPETENCIA DE GRADO

ARTICULO 511

Cuando la responsabilidad se atribuya a un juez civil, juez de paz letrado o juez de paz, es competente la sala civil de turno del distrito judicial correspondiente.

La Sala Civil de la Corte Suprema es competente respecto de la responsabilidad atribuida a los vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 1969.
C.P.C.	art. 24 inc. 5.
D.S. 017-93-JUS	arts. 33 inc. 3, 35 inc. 7, 40 inc. 3.

Comentario

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

Ambas competencias, objetiva y funcional, no son objeto de disposición de las partes. Es absoluta porque la organización de los estamentos judiciales no se halla sujeta al arbitrio de las partes.

El artículo en comentario establece la competencia para conocer las pretensiones sobre responsabilidad civil, en atención al grado y al territorio. En el primer caso, diremos que se divide el trabajo en atención a la función que se encomienda realizar; por ejemplo, el casar, el apelar y la consulta son tareas asignadas a determinados jueces, en atención al grado en el proceso. La tarea que cumple el juez en cada grado es diferente: en el primer grado, tiene la plenitud de las atribuciones para aplicar la norma que, según su análisis, resulte más apropiada; en el segundo, limita su decisión a los argumentos o glosas de la parte vencida en la revisión provocada.

Así pues, cuando la responsabilidad se atribuya a un juez civil, juez de paz letrado y juez de paz, es competente la **sala civil del distrito judicial correspondiente**. Véase que la competencia territorial, en este caso no se fija por el domicilio

del demandado, sino por el distrito judicial donde el juez demandado haya ejercido la función judicial que se cuestiona.

La competencia por grado le corresponde a la sala civil del distrito judicial, sin precisar frente a la concurrencia de salas, a cuál de ellas correspondería. En este último caso, la competencia por turno o el reparto aleatorio, sería una alternativa a ello.

Un aspecto importante que resaltar es que todos los jueces, pertenezcan o no a la carrera judicial, por el solo hecho de ejercer función jurisdiccional, tienen como correlato la responsabilidad civil frente a los daños que el ejercicio de su función pudiere ocasionar. Como ya se ha dicho, no interesa que no pertenezcan a la carrera judicial, pues el daño que se busca resarcir a través de esta acción es consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional. En ese orden de ideas, los jueces de paz son jueces con función jurisdiccional que recurren a otros referentes, no necesariamente basados en la norma positivada sino en los usos y costumbres, sin que ello sea limitante para el ejercicio de los poderes que la jurisdicción delegada les reconoce. En tal sentido, un juez de paz puede pronunciar su sentencia según su leal saber y entender y provocar con dichos pronunciamientos daños que resarcir, los que podrán ser discutidos ante la sala civil del distrito judicial donde pertenezca.

Si los demandados son jueces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, al margen que sean provisionales o titulares (la ley no distingue la condición del juez), corresponderá a la Sala Civil de la Corte Suprema conocer respecto de la responsabilidad atribuida a los jueces de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores.

El procedimiento que se sigue para este tipo de pretensiones es el abreviado.

La Sala Suprema en el proceso N° 3617-02 seguido por Ricardo Gil Sancho con el Ministerio Público ha señalado que "la demanda de responsabilidad civil ha sido interpuesta ante la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, esto es, ante un órgano judicial incompetente dado que tratándose de la responsabilidad civil de la fiscal de la Nación, un fiscal supremo y de la Corte Superior, de jerarquía similar a la de los vocales de la Corte Suprema y de la Corte Superior respectivamente, es competente en primera instancia la Sala de Derecho Constitucional y Social de la misma Corte Suprema, resultando objetiva la incompetencia funcional del órgano jurisdiccional ante el cual el actor presentó la demanda, resultando de aplicación el segundo párrafo del artículo 35 del Código Procesal Civil".

DICTAMEN PREVIO DEL MINISTERIO PÚBLICO

ARTICULO 512

Antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad.

La resolución que declara improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113 inc. 3, 371.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia art. 56.

Comentario

1. La intervención del Ministerio Público, previamente a decidir la admisión o no de la demanda, constituye uno de los pocos casos en que el éxito de la admisibilidad está condicionada a la opinión del Ministerio Público. Se justifica su intervención por estimar que existe un interés público en juego que hay que tutelar. En su actuación procesal el Ministerio Público ostenta la representación de la sociedad y la defensa de la legalidad, pero ello no le da atributos para disponer del Derecho material, a través de alguna conciliación o transacción, por ejemplo.

Hay que precisar que el Ministerio Público no ocupa el rol de parte, sino de un dictaminante. La parte, en este tipo de pretensiones, es el Estado quien asumirá su defensa y representación en el proceso a través del procurador luego del emplazamiento.

La norma considera que el Ministerio Público debe emitir dictamen sobre la procedencia de la demanda en el plazo de diez días luego de recibida, bajo responsabilidad. Estas dos condiciones, contar con la opinión del Ministerio Público y dentro del plazo legal fijado, lleva para algunos criterios judiciales, a considerar que agotado los diez días fijados, con o sin dictamen, el juez debe resolver la procedencia o no de la demanda; otro criterio, estima que mas allá del plazo, lo que se busca es contar con la opinión del fiscal sobre la procedencia de esta. Si bien, la norma no lo precisa, hay que entender que dichas opiniones deben ser emitidas por el fiscal superior, en atención a la competencia por grado fijada por ley, para el juzgamiento.

Por otro lado, la norma fija el efecto de la apelación del auto que declara la improcedencia de la demanda. Dicho efecto, apelable con efecto suspensivo, es congruente con lo que establece el artículo 371 del CPC referido a la apelación de autos.

2. La actuación del Ministerio Público no tiene siempre la misma calidad. En unos casos se le atribuye la condición de parte, lo que significa que puede interponer pretensiones y oponerse a ellas, pudiendo realizar en el proceso todos los actos propios de las partes.

Cuando el Ministerio Público es dictaminador su intervención será apreciada –por algunos sectores de la doctrina– como asesor del órgano jurisdiccional, sin embargo, esa explicación supone alterar todo el sistema de actuación jurisdiccional basado en el conocimiento y aplicación del Derecho objetivo. Para algunos autores, aquí opera una situación intermedia: el interés público no llega al extremo de legitimar al ministerio pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión jurídica del Ministerio Público en el extremo concreto.

3. La calificación de la demanda está sujeta a la inadmisibilidad e improcedencia de la misma. Véase en este sentido, el pronunciamiento de la Sala Suprema recaído en el proceso promovido por ARQ CAD S.A. (Expediente N° 3626-2002) contra los vocales de la Segunda Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Dice el juez, que pese a haberse concedido un plazo perentorio para subsanar la demanda bajo apercibimiento de rechazo de la misma, el recurrente presenta su recurso de subsanación con excesiva extemporaneidad por lo que en aplicación del segundo párrafo del artículo 426 del CPC se confirma el rechazo a la demanda interpuesta por el actor.

En esa misma línea, la Sala Suprema se pronuncia en el proceso promovido por Mario Florencio Sucari Ccallo y otra contra el juez mixto del MBJ del distrito de Jacobo Dickson Hunter-Arequipa (Expediente N° 3551-2001). Los accionantes no han sustentado el cargo imputado, es decir, la actuación del juez con culpa inexcusable, por lo que no hacen viable la procedencia de la demanda.

AGOTAMIENTO DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

ARTICULO 513

La demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 123.

Comentario^(*)

1. A pesar de que el juez es un ser humano susceptible de cometer equivocaciones, no puede catalogarse —de forma general— que todo error del juez es un error judicial propiamente dicho, pues este para ser catalogado como tal debe ser grave e inexcusable, es decir, que el error debe ser de tal magnitud que a todas luces se denote el carácter de insalvable. Ahora bien, hay que distinguir que no cualquier error puede generar el derecho a indemnización, sino el que sea muy evidente e injustificable tanto en la fijación de los hechos, en la interpretación o en la aplicación de la ley, generando una resolución absurda saliéndose de la normativa o con conclusiones ilógicas que salen de su alcance no siendo el desacierto lo que trate de corregir el error judicial sino la negligencia, el desinterés jurídico e inclusive el dolo.

En el caso del error judicial, Mosset Iturraspe⁽³¹⁸⁾ lo define como el resultado de la equivocación propia, de los conceptos falsos que se poseen, o la consecuencia de la actitud dolosa de las partes en el proceso o de un tercero. Este se produce según Reyes⁽³¹⁹⁾, cuando del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias, no resulta coherente con la apreciación de la prueba; esto es, cuando entre la declaración dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la equivocación material. Tiene como correlato los daños causados por la adopción de resoluciones injustas, manifiestamente equivocadas,

(*) Los comentarios del presente artículo han sido tomados de la investigación realizada sobre la responsabilidad civil de los jueces, por Walter Ángeles Bachet, Carmen Aponte Mariño, Liliana Dávila Broncazo, Jacqueline Mac Dowall Lira, Roxana Mac Rae Thays y David Suárez Burgos, como alumnos del ciclo doctoral en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

(318) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El error judicial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 80.

(319) REYES MONTERREAL, José María. *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*, 2ª ed., Colex editorial, Madrid, 1995, p. 25.

ocasionándose perjuicios directos, sea contra los bienes o derechos de las personas, con ellas.

El error judicial podrá ser de hecho o de derecho según el conocimiento equivocado de las situaciones fácticas o de las normas jurídicas; sin embargo, frente a dichos errores hay la tendencia a considerar que el único error relevante es el de hecho. Miranda Goded⁽³²⁰⁾ afirma que el error judicial tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos y que, por tanto, merece el calificativo de injusta. En su opinión, el error de derecho no puede incluirse en el concepto de error judicial porque tiene su propio correctivo a través del sistema de recursos, pero ello no es cierto, porque la valoración de los datos fácticos puede corregirse también por medio de los recursos.

2. Por otro lado, el error judicial solo puede admitirse producido en una resolución que ponga fin al proceso y luego que se hubieren agotado los recursos previstos en la ley, es decir, solo después que la sentencia haya quedado firme. Si la sentencia de primera instancia ha incurrido en error y el perjudicado no interpone el oportuno recurso, estamos ante un caso de negligencia o culpa del propio perjudicado que no ha hecho uso de los caminos ordinarios para corregir el error. De ahí que el artículo 513 del CPC señala que “la demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño”.

Como ya se dijo, frente a la resolución judicial presuntamente errónea deberá previamente agotarse todos los recursos impugnatorios previstos en el ordenamiento jurídico. Para hablar de error judicial es necesario que se den los siguientes supuestos: que este se cometa en el curso de un proceso judicial; que esté contenido en una resolución firme, después de haber agotado los recursos de ley.

El acudir a una instancia jurisdiccional para que declare el error judicial producido dentro de un proceso no puede considerarse como una tercera instancia o recurso que busque la sustitución de las resoluciones recurridas, pues su finalidad es la de obtener una reparación del daño sufrido por la declaración judicial errónea y no —a diferencia de los recursos procesales— una sustitución de los pronunciamientos de las resoluciones. Señala Montero Aroca⁽³²¹⁾, “el error de hecho se debe referir al descubrimiento de nuevos hechos o a la posibilidad de

(320) MIRANDA GODED. “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia”, en *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 330, citado por ATIENZA NAVARRO, María Luisa, en: *La Responsabilidad Civil del juez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 135.

(321) MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988. Op. cit., p. 120.

utilizar nuevos medios de prueba, pero no a una valoración distinta de los medios de prueba ya utilizados para probar los hechos ya alegados. En ese sentido, no podría admitirse que a través del error de hecho se modifique la valoración de la prueba efectuada por el juez, pues de lo contrario, se estaría desconociendo el más elemental principio, no ya de independencia judicial, sino de seguridad jurídica”.

Lo que se busca con esta exigencia es impedir que las acciones sobre responsabilidad civil judicial puedan ejercerse por los particulares de forma prematura, infundada e inclusive de manera abusiva. Inclusive, algunos autores consideran que basta que no se hubiera interpuesto alguno de los recursos que fuera procedente, contra la resolución judicial dañosa, sino también aquellos otros que procedieran contra las sucesivas resoluciones decisorias de los recursos subsiguientes (llegándose incluso, en algunos casos, hasta el propio recurso de casación) para que no proceda admitir a trámite la demanda posterior por indemnización.

En este sentido, se posibilita que el daño derivado de las actuaciones judiciales se repare por otros medios diferentes a la acción de responsabilidad civil y, por otro, que dicha acción no se utilice como un instrumento de presión sobre el juez cuando todavía no ha resuelto el asunto de que conozca, atentando así contra la imparcialidad o la independencia judicial.

3. Un caso que podría calificarse de reciente error judicial es al que hace referencia la Resolución Administrativa N° 045-2005-PCNM⁽³²²⁾ del Consejo Nacional de la Magistratura. En los seguidos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria contra Becom SA y el Tribunal Fiscal sobre impugnación de resolución del Tribunal Fiscal N° 266-3-99, los magistrados de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema emitieron la sentencia del 15 de octubre de 2003, sin haber valorado si era o no aplicable al caso, la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de julio de 1997, a pesar de haber sido expuesto como uno de los agravios de la apelación.

Aparentemente, podríamos estar ante un lamentable error judicial, recogido en la ejecutoria suprema en contra de una sentencia del Tribunal Constitucional, a pesar de que la exposición de motivos de uno de los agravios de la apelación, hacía referencia a esta contradicción. Es un error judicial calificado por la omisión de pruebas trascendentales que determinarían el fallo. No se trata de cualquier equivocación, pues, se trata de una decisión final que ha agotado la impugnación ordinaria y se ha emitido bajo la garantía de la cosa juzgada.

El error judicial, en la medida que hubiere generado agravio que reparar, tiene como uno de sus mecanismos, a la pretensión indemnizatoria. Esta se dirige de manera directa frente a los magistrados involucrados, aplicando las reglas de la

(322) Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el viernes 18 de noviembre de 2005, p. 304418.

responsabilidad civil subjetiva que acoge el Código Procesal Civil para tal fin. La demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño y dentro de los tres meses, contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño⁽³²³⁾.

En el proceso promovido por la Municipalidad de San Martín de Porres (expediente N° 787-2002) contra el juez del Tercer Juzgado de Paz de San Martín de Porres y Los Olivos, la Sala Suprema señaló que no se cumplió con los requisitos de procedibilidad que exigen los artículos 513 y 514 del CPC, toda vez que dichas normas establecen que solo puede interponerse la demanda de responsabilidad civil, luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causó daño, exigiéndose además para la procedencia de este tipo de acciones, que quien la interponga no haya consentido la resolución que ocasionó los daños que se pretende resarcir, lo que no sucedió en el caso de autos. Por lo cual, confirmaron el auto apelado que declaraba improcedente la demanda.

(323) Ver los artículos 513 y 514 del CPC.

PLAZO

ARTÍCULO 514

La demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 123.

Comentario

El artículo hace referencia al cómputo del tiempo dentro del cual se puede interponer la demanda de responsabilidad civil. Dicho lapso, denominado plazo y fijado en meses, responde a razones de seguridad y certeza para determinar el tiempo específico dentro del cual se debe realizar determinado acto procesal, como es el de interponer la demanda.

Como se aprecia de su redacción, se acoge un plazo procesal, destinado al cumplimiento de una actividad procesal en particular como es la demanda. Dicho plazo es legal y perentorio. Es legal porque su duración se halla expresamente establecida por ley y perentorio o fatal porque agotado este, determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió, sin que para lograr tal resultado se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial expresa en tal sentido.

Es un plazo improrrogable, esto es, no susceptible de prolongación expresa. No debe confundirse lo improrrogable con el plazo perentorio; este último descarta la posibilidad de que pueda ser prolongado con motivo de la petición unilateral formulada por la parte a quien afecta; pero, no todo plazo improrrogable es perentorio, pues, mientras este opera a su simple vencimiento (la caducidad automática de la facultad para cuyo ejercicio se concedió) sin necesidad de que la otra parte lo pida o medie declaración judicial, el primero es susceptible de prolongarse de hecho, por cuanto el acto correspondiente puede cumplirse con posterioridad a su vencimiento, pero antes que la otra parte denuncie la omisión o se produzca el acto judicial mediante el cual se da por decaído el derecho no ejercido.

La norma inicia el cómputo de este plazo, a partir de que la resolución que causó daño quede ejecutoriada, esto es, cuando se ha agotado la posibilidad de la impugnación. Véase que no toma "el consentimiento" de la resolución a cuestionar, como referente para el cómputo. Todo lo contrario parte del ejercicio de la impugnación agotada. Ello se justifica en atención a la residualidad que debe operar en este

tipo de acciones, de ahí que resulte coherente esta norma con lo regulado en el artículo 513 del CPC que dice: "la demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño".



JURISPRUDENCIA

El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, actuando con dolo o culpa inexcusable.

Se produce la caducidad contemplada en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil por haber transcurrido en exceso los tres meses del plazo para interponer la demanda de responsabilidad civil (Exp. N° 236-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 152-155).

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

ARTÍCULO 515

El monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables.

CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 1314 a 1332.

Comentario

1. La responsabilidad contractual es aquella que se deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo o culpa al no cumplir con la prestación a su cargo y que debe ser indemnizado. El artículo 1318 del Código Civil define el dolo como la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño. En la responsabilidad contractual, las partes involucradas en el daño, causante y víctima han tenido un trato previo o sea, se han vinculado voluntariamente y han buscado en común ciertos propósitos. Su reunión no es casual o accidental y esta se ha producido en torno a obtener un cierto resultado.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos: la inejecución de la obligación, la imputabilidad del deudor y el daño. Para determinar si ha existido responsabilidad de la parte demandada hay que establecer, en primer lugar cuál es la obligación nacida del acuerdo de las partes que ha sido incumplida, pues corresponde al acreedor acreditar la existencia de la obligación, la inejecución de la misma o su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por otro lado, "para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que es necesario que el incumplimiento produzca un perjuicio a quien lo alega".

En cambio, en la responsabilidad extracontractual no hay un vínculo previo entre el causante del daño y la víctima. No existe un texto o acuerdo que establezca la razón por la que se encuentran en contacto.

El artículo 1969 establece la obligación a indemnizar en los casos de producirse daño por dolo o culpa. Ese precepto regula la responsabilidad subjetiva o

llamada también responsabilidad por culpa por cuanto se sustenta en dos criterios de imputación: dolo y culpa. Señala la Sala Suprema que "dichos criterios subjetivos, de presentarse en el evento dañoso, da lugar a reprochar la conducta antijurídica desplazando las consecuencias económicas del daño a otra persona distinta de la que lo ha sufrido"⁽³²⁴⁾.

La responsabilidad de naturaleza extracontractual requiere de ciertos requisitos, tales como: el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad. Este último requisito tiene dos factores, uno subjetivo y otro objetivo. El factor subjetivo analiza o juzga una conducta del sujeto en función a patrones valorativos de tipo ético o moral que conllevan la idea de reproche o reprobación. El factor objetivo surge en el marco del proceso de socialización de la responsabilidad en general, que impone un criterio de solidaridad cuando se produce un daño.

Frente a este panorama descrito, apreciamos posiciones diversas en sede nacional; por ejemplo, para Eugenia Ariano⁽³²⁵⁾ la responsabilidad civil de los jueces debe apreciarse bajo la óptica de una responsabilidad objetiva y directa del Estado, porque ella debe ser asumida por quien está en la real posibilidad de reparar el daño, como es el Estado; en cambio, bajo una óptica opuesta, Beltrán Pacheco asume la tendencia de una responsabilidad derivada por la inejecución de obligaciones, pues el Estado brinda un servicio a los particulares, un servicio como materialización de la función jurisdiccional, por el cual el justiciable paga un valor por el servicio. El juez no actúa como individuo sino como magistrado y si bien es un individuo, es un órgano que manifiesta la voluntad del Estado como sucedería con un gerente que manifiesta la voluntad de una empresa, a tal punto que los magistrados administran justicia a nombre de la Nación; de ahí que cuando un magistrado no cumple con las reglas del proceso, entonces se hace responsable el Estado y no personalmente el juez. Cuando se ejerce la función jurisdiccional, hay un servicio, hay un contrato especial, hay deberes que cumplir por parte del juez; y si no se cumplen, y se genera daño a los justiciables, esto conduce a la indemnización por inejecución de los deberes propios del magistrado.

Adrián Simons⁽³²⁶⁾ sostiene que la responsabilidad del juez hacia el litigante es siempre de naturaleza extracontractual porque la vinculación juez y parte es producto de la relación jurídico procesal. En ese orden de ideas, Mosset Iturraspe, quien asume una posición de responsabilidad extracontractual, manifiesta que el

(324) Sentencia casatoria N° 959-97-Callao, *El Peruano* 19/10/1998.

(325) ARIANO DEHO, Eugenia. "Responsabilidad civil de los jueces (... y la irresponsabilidad del Estado-juez)", en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 2, Mayo, Lima, 2001, p. 171, reproducido en *Problemas del proceso civil*, Jurista editores, Lima, 2003, p. 305.

(326) SIMONS, Adrián. "Los daños en la actividad jurisdiccional del Estado", en: *Ponencias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Universidad de Lima, Lima, 2005, p. 327.

Estado brinda un servicio por lo que no se puede hablar de una relación contractual ni cuasicontractual vulnerada cuando el juez cae en error y perjudica a una de las partes. "Los litigantes no celebran un contrato con la justicia institucionalizada; un acuerdo no es la base del proceso y menos aún con el juez de la causa. Es, más bien, un servicio que el Estado brinda y por el cual percibe, en algunas causas, una tasa. No hay entonces una relación contractual ni cuasicontractual violada cuando el juez cae en error y perjudica a una de las partes. Media un acto ilícito extranegocial, la violación del "no dañarás". Se trata de un servicio monopolizado que el Estado no puede negar y al que debe acudirse forzosamente si se quiere la solución del entuerto. De ahí, entre otras cuestiones, el plazo de prescripción a tener en cuenta"⁽³²⁷⁾.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia, a José Lovón⁽³²⁸⁾, quien bajo una posición contraria a las enunciadas, considera que los jueces como cualquier otro ciudadano, deben responder por sus actos, graves o menos graves, teniendo en cuenta especialmente el daño ocasionado conjuntamente con la culpabilidad, criterio que desde ya anunciamos no compartir.

2. La responsabilidad de los jueces es una responsabilidad extracontractual especial. El artículo 515 del CPC establece que el monto, exoneración y carga de la prueba, las cuales están reguladas por las normas de inexecución de las obligaciones, por el cual se presume la culpa en lo que corresponde al sujeto al cual se le imputa haber provocado el daño, el aportar la prueba en contrario, sin embargo, esta norma es adversa para la víctima porque las normas de responsabilidad extracontractual están pensadas en el interés de la víctima que ha sufrido un daño y tiene que probar el nexo de causalidad y que ha sufrido un daño, pero el título de imputación que sea dolo o culpa no corresponde a él probarlo.

Aquí nos ponen las reglas de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual en lo que hay que probar dolo o culpa inexcusables. No se puede advertir supuestos de responsabilidad contractual, pues no estamos ante el plano de inexecución de obligaciones contractuales.

El juez no tiene una relación contractual, pero aquí se trata de establecer que la culpa inexcusable en cumplimiento de sus deberes como juez de ninguna manera es un supuesto de responsabilidad contractual. Es muy forzado el contenido de esta figura y solo sirve para la carga de la prueba, para hacérsela más difícil al demandante.

(327) ídem.

(328) LOVÓN SANCHEZ, Jose Alfredo. *La responsabilidad civil de los jueces*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004, p. 20.

OBLIGADOS AL RESARCIMIENTO

ARTÍCULO 516

La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.

Comentario

1. En nuestro país coexisten dos sistemas: el fundado en la responsabilidad personal del juez, regulado en el Código Procesal Civil (sistema de responsabilidad civil del juez, que consiste en que este debe indemnizar los daños causados por su propia actividad) y la responsabilidad del Estado frente a los daños causados por error judicial y por la detención arbitraria, conforme está dispuesto en la Constitución Política del Estado.

Esto significa que existen diferentes respuestas al resarcimiento de los daños provenientes por errores judiciales. Si estos derivan de un proceso penal, perfectamente podrían ser satisfechos por una responsabilidad directa y objetiva del Estado, en cambio, si los errores judiciales son originarios del proceso no penal, su reparación debe ser sometida a los alcances de la responsabilidad subjetiva del juez. Esta dualidad en el tratamiento de los daños provenientes de la actividad judicial genera que la responsabilidad civil de los jueces sea apreciada bajo dos ópticas, con modelos y procedimientos distintos, lo que conlleva la vulneración del principio de igualdad entre los justiciables para la reparación de los daños causados pues si el daño proviene de la actividad judicial en un proceso penal, se tendrá como sujeto directo al Estado; en cambio, si el daño proviene de actividad jurisdiccional no penal, el juez tendrá que asumir directamente el juzgamiento y la reparación de ese daño.

En ambos casos, se aplican las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, en el que concurren dos sistemas de responsabilidad, el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos construido sobre diferentes factores de atribución. En el Código Civil peruano el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969 y el sistema objetivo incorporado en el artículo 1970. El sistema subjetivo se construye sobre la culpa del autor, la misma que comprende la negligencia o imprudencia y el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima; en cambio, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, pero siempre bajo los elementos de la responsabilidad civil: la conducta antijurídica del autor, el daño causado a la víctima, la relación de causalidad y, finalmente, los factores de atribución.

2. En el caso concreto de la norma en comentario, no atribuye expresamente la responsabilidad del daño al Estado sino al juez, como autor directo; pero, para los efectos del pago, se asume la solidaridad con el Estado. Consideramos que se debe unificar el tratamiento de la responsabilidad civil proveniente del ejercicio de la actividad jurisdiccional, de tal forma que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se haga extensivo a todos los casos donde se produzca daño en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Ello inclusive sería coherente con la tendencia legislativa asumida en la Ley N° 27444 (ver el artículo 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General) mediante la cual el Estado asume directamente la responsabilidad de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados.

En la solidaridad hay pluralidad de vínculos que relacionan a los deudores con los acreedores que hubiere. Según Llambias⁽³²⁹⁾, "los distintos vínculos personales que integran la obligación solidaria, no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí, como ocurre en la obligación simplemente mancomunada. Están concentrados o coligados, en cuanto convergen en un haz que infunde a la obligación una estructura unitaria: lo que acontece a uno de los vínculos se propaga, en principio, a los demás vínculos paralelos". Es importante compartir la explicación que brinda Llambias⁽³³⁰⁾ sobre esa propagación de efectos entre los distintos vínculos integrantes de la obligación solidaria. Señala que se acude a la representación: "la energía jurídica que brota del título creador de la solidaridad suscita un frente común de acreedores o deudores. De ahí que lo haga alguno de los integrantes del frente en cuanto tal, es decir, en lo concerniente al dinamismo ordinario de la obligación, se impute igualmente a los demás cointerésados. Es que frente a la otra parte de la relación jurídica, cada acreedor o deudor inviste, dentro de ese marco, la representación de ese interés comunitario que está en la base de la solidaridad, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que corresponde en las relaciones de los cointerésados entre sí. Aunque no haya mandato entre ellos su representación recíproca está en la lógica de su interdependencia".

La solidaridad emana de la voluntad de las partes que han constituido la obligación o por la ley. El presente artículo es una expresión de esta última fuente, que advierte en la realidad la existencia de un interés asociativo que justifica la estructura comunitaria impuesta a la respectiva obligación de pago de los daños y perjuicios entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio. No hay solidaridad activa de origen legal, ella siempre es pasiva.

(329) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil*, 10ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 321.

(330) Ídem.

El fundamento de esta solidaridad se encuentra en el interés común, lo que lleva a aglutinar los distintos vínculos personales para el mejor servicio de aquel interés.

Un aspecto que no refiere la norma en comentario es la posibilidad de repetición del Estado y bajo qué condiciones operaría dicha repetición frente al juez condenado al pago de la indemnización. Algunos autores sostienen que si el daño, se hubiese producido como consecuencia de la actuación dolosa o culposa del juez, el Estado podrá repetir, esto es, podrá ejercer la acción de reversión contra el juez causante del daño, una vez que hubiera indemnizado al particular perjudicado. De la interpretación que se haría del artículo 509 del CPC, se podría colegir que el Estado solo podrá dirigirse contra el juez en vía de regreso si hubiese actuado por dolo o culpa grave, y no por culpa leve, pues dicho supuesto no aparece regulado como una causal para fijar la responsabilidad civil del juez.

3. A continuación véase algunas de las consideraciones que muestra la Sala de Derecho Constitucional y Social para justificar las condenas a los jueces demandados, por responsabilidad civil. Desde ya dejamos constancia que son escasas las sentencias dictadas sobre responsabilidad judicial civil individual, por dolo o culpa grave, y menos aún las condenatorias. La razón de esta ausencia de decisiones judiciales probablemente estribe, no solo en el hecho que podamos estar en presencia de una judicatura absolutamente diligente, o que contemos con unos jueces que apenas infringen la ley de modo manifiesto mediante actuaciones negligentes o ignorantes; sino también en que el justiciable perjudicado por una actuación judicial dañosa aprecia la dificultad de tener que probar el elemento subjetivo de la culpabilidad, a lo que habría que añadir el riesgo de una posible insolvencia económica del juez y aún más, al difícil y tortuoso camino que hay que recorrer para lograr que el Estado asuma dicha indemnización, en atención a la solidaridad. Veamos:

En el proceso seguido por Numa Enrique Cisneros Camborda (Expediente N° 2433-99-Lima) el juez demandado requirió al demandante para que cumpliera con indicar la ubicación de los bienes materia de medida cautelar, bajo apercibimiento de orden de detención; sin embargo, el demandante nunca tuvo la condición de custodio o depositario de bienes muebles de su representada por cuanto la medida cautelar de intervención en administración y de secuestro conservativo, nunca se ejecutaron, por lo que no le era aplicable el artículo 655 del CPC y por ende la ubicación y captura del demandante. En este caso se revocó la sentencia apelada y reformándola declararon fundada en parte la demanda por culpa inexcusable en el ejercicio de las funciones del juez, fijándose como monto indemnizatorio la suma de S/. 1,000.00.

En otro proceso, Expediente N° 268-2000 promovido por Sergio Ramón Ponce de León Calderón y esposa, se señala "habiéndose admitido antes del remate el apersonamiento del demandante como tercero legitimado —el cual en realidad su

participación era la de un litisconsorte necesario pues la resolución le afectaba directamente— con derecho preferente de pago y efectuado el remate del inmueble se dispone la cancelación de todos los gravámenes incluida la garantía hipotecaria se dispone la entrega al demandante de una suma de dinero y al ejecutante el monto de la obligación, para luego declarar la nulidad de dichas resoluciones y disponer la entrega del saldo del remate a favor de la deudora, siendo confirmada dicha resolución por el superior en grado. Revocaron la sentencia y reformándola declararon fundada en parte disponiendo que los magistrados abonen solidariamente con el Estado-Poder Judicial al demandante la suma de S/. 8,000.00 por indemnización por daños y perjuicios”.

En el caso promovido por Elizabeth E. Falcón Farfán contra el juez del Segundo Juzgado Civil de Ica (Expediente N° 2781-2001) se dice: “en un proceso ejecutivo se trabó embargo y remató un bien de la sociedad conyugal sin notificar ni efectuar la denuncia civil a la cónyuge y propietaria del 50% de las acciones y derechos del inmueble rematado que el registrador público observó la incompatibilidad para inscribir el embargo, remate y adjudicación y pese a ello el magistrado denunciado procedió a confirmar ello. Confirmaron la sentencia que declara fundada la demanda y ordena que el juez demandado pague a favor del demandante la suma de S/. 3,000.00 en forma solidaria con el Estado”.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA

ARTÍCULO 517

La sentencia que declara fundada la demanda solo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.

En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 123, 178.

Comentario

1. La posibilidad de acudir a una instancia jurisdiccional para que se indemnice por el daño causado en el ejercicio de la función jurisdiccional del juez no puede considerarse como una tercera instancia o recurso que busque la sustitución de las resoluciones recurridas, pues su finalidad es la de obtener la reparación del daño sufrido por la declaración judicial errónea y no —a diferencia de los recursos procesales— una sustitución de los pronunciamientos de las resoluciones. Ello se explica, porque para nuestro ordenamiento jurídico, la cosa juzgada es una garantía de la jurisdicción que no permite alterar lo decidido, salvo los casos de fraude procesal, para lo cual se establece el mecanismo de la revisión procesal, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, conforme lo recoge el artículo 178 del CPC. En caso de que se demuestre que la sentencia impugnada ha sido obtenida como consecuencia de actividad fraudulenta y esta cause daño a terceros o a las partes, recién se declarará la ineficacia de la cosa juzgada, permitiendo con ello reabrir el debate sobre la misma pretensión, nuevamente. De ahí que la norma en comentario, ponga especial énfasis en dos ideas centrales: la sentencia que declara fundada la demanda, no afecta la validez de la resolución que produjo el agravio y solo tiene efectos patrimoniales.

2. La norma acoge una “aparente acumulación de pretensiones objetivas”. La pretensión principal estaría orientada a determinar si existió daño efectivo y lograr una indemnización, bajo un aspecto netamente patrimonial, sin embargo, también podría exigirse como “pretensión accesoria” se publique el resultado de la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.

Evidentemente, dicha publicación debe estar orientada a divulgar una sentencia fundada y ser satisfecha, en ejecución forzada, bajo costo del demandado.

La norma hace referencia a la facultad del demandante de exigir la publicación de la sentencia final; sin embargo, para que dicha facultad opere, requiere necesariamente de la condena cierta y expresa, contenida en un título que condene dicho acto, como sería la propia sentencia, pues sin título no hay ejecución. Quedaría, a la libertad del actor, proceder a la ejecución de la condena ya declarada, en el extremo de la publicación. Necesariamente tiene que existir una pretensión que reclame la publicación de la sentencia final y una condena que la acoja expresamente, quedando a la libertad del actor, de exigir al demandado, a su costo, que publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional. Aún más, si no se ha reservado el actor dicha facultad en la demanda, en nada impide, que habiendo demandado expresamente —además de la indemnización— la publicación final de la sentencia y obtenido una sentencia favorable, pueda exigir dicha pretensión en ejecución.

DEMANDA MALICIOSA

ARTÍCULO 518

Si al declarar infundada la demanda, el juez considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 4, 51 inc. 5.

Comentario

1. Uno de los efectos que genera la sentencia infundada de la demanda de responsabilidad civil del juez es la sanción pecuniaria; sin embargo, debe advertirse que no se trata de la sentencia que declara la improcedencia de la demanda, sino de una sentencia que desestima el derecho al resarcimiento.

Señala el artículo en comentario que dicha sanción está sujeta a que el demandante haya actuado con malicia. Ella es una expresión de la temeridad procesal que según el inciso 1 del artículo 112 del CPC, se puede advertir cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad (ver el inciso 2), entre otros supuestos que describe el citado artículo.

La temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

La mala fe es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión.

Como se aprecia, la norma acoge patrones axiológicos que permitan al juez determinar hasta dónde se extiende el límite de la conducta lícita de las partes y dónde comienza la reñida con el deber de lealtad y probidad.

2. El otro supuesto que recoge la norma para la sanción pecuniaria al actor, está referido a que este, durante el proceso, haya difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del juez demandado.

Véase que los procesos de responsabilidad civil están estructurados con algunas limitantes, por ejemplo: el impulso procesal es de parte, el plazo reducido de caducidad para interponer la demanda, la prueba del dolo y la culpa corresponde realizarla al actor, el agotamiento de la impugnación, entre otros. Las limitantes que se coloca en el camino procesal, hacen que sean escasas las sentencias dictadas sobre responsabilidad judicial, por dolo o culpa grave, no porque contemos con algunos jueces que apenas infringen la ley, sino porque dichos requisitos o condiciones que se establecen son auténticas cautelas establecidas legalmente con el objeto de impedir que las acciones de responsabilidad civil judicial puedan ejercerse por los particulares de forma prematura, infundada o abusiva. Si bien se posibilita, por un lado, que el daño derivado de las actuaciones judiciales pueda evitarse o repararse por otros medios diferentes a la acción de responsabilidad civil y, por otro, que dicha acción no se utilice como un instrumento de presión sobre el juez cuando todavía no ha resuelto el asunto de que conozca, atentando así contra la imparcialidad o la independencia judicial; o cuando habiendo resuelto en forma definitiva, queda expuesto a la venganza del litigante perdedor, quien aprovechando su condición de haber iniciado una demanda de indemnización, haría escarnio público de la imagen y la función del juez, difundiendo la información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del juez demandado.

3. La sanción pecuniaria que se impondrá será una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de promover demanda por ejercicio irregular del derecho de acción, como refiere el artículo 4 del CPC.

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa. El cobro de las multas impuestas responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 361-SE-TP-CME-PJ del 07/08/99).

Sub-Capítulo 4 EXPROPIACIÓN(*)

COMPETENCIA POR MATERIA

ARTICULO 519

Todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a lo dispuesto en este subcapítulo.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 928.
C.P.C.	arts. 20, 24 inc. 1.
LEY 27117	art. 1.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.F.P.C. México	arts. 521-529.
-----------------	----------------

Comentario(**)

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones (LGE), la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, regiones o gobiernos locales y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluye compensación por el eventual perjuicio.

En ese sentido, la expropiación constituye una institución de Derecho Público, pero con indudables efectos en el ámbito privado patrimonial. En concreto, se manifiesta como la ejecución de un acto administrativo sustentado en una norma material. Así, no puede hablarse en ningún caso de una contratación forzada, pues dicho concepto es claramente una contradicción. La contratación constituye la manifestación de la autonomía privada de los contratantes, por el contrario, en la expropiación el Estado procede como poder público en ejercicio de su *ius*

(*) Texto del subcapítulo 4 según la modificación incorporada por la Ley N° 27117 de 20/05/1999.

(**) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

imperirum. En efecto, a diferencia de la mayoría de los otros participantes del mercado, el poder de "dominio eminente" le otorga al Estado la facultad de forzar a vender el bien a los propietarios renuentes a celebrar voluntariamente una transacción, a cambio de una compensación justa determinada por una corte⁽³³¹⁾.

Usualmente se señala que la expropiación implica una clara limitación al ejercicio del derecho de propiedad, el derecho subjetivo patrimonial por excelencia. Sin embargo, bien vistas las cosas, la expropiación no es una limitación de la propiedad, sino su negación misma, en cuanto produce una privación forzosa de este derecho por acto de autoridad⁽³³²⁾. Se trata pues de la privación del derecho de propiedad por una causa *expropiandi*, la misma que tienen carácter constitucional pues se encuentra regulada en el artículo 70 de la Constitución, y está constituida por dos órdenes: 1) causas de seguridad nacional, y 2) necesidad pública, ambas declaradas por ley.

La necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere; por ejemplo, la expropiación de predios para construir un hospital. Este concepto debe diferenciarse de la utilidad pública, que ya no constituye un supuesto de expropiación y se refiere a lo que produce un beneficio, una ventaja. La obra no es indispensable pero sí conveniente; es el caso, por ejemplo, de las expropiaciones que hacen posible la construcción de una vía expresa o un corredor vial⁽³³³⁾. Por su parte, la seguridad nacional responde a la preservación de la nación; por ejemplo, la expropiación en el caso de un conflicto armado para la construcción de un cuartel.

2. Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes inmuebles de dominio privado. Cabe señalar que de acuerdo al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, los bienes de embajadas o misiones diplomáticas y de organismos internacionales no están sujetos a expropiación, salvo en los casos basados en el principio de reciprocidad o en el consentimiento previo. Además, pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo, salvo que por el hecho de expropiación del subsuelo o del sobresuelo la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada total o parcialmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se desprece significativamente, en dicha situación el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie (artículo 13 de la LGE).

De acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 24 inciso 1 del Código Procesal Civil, cuando los bienes a expropiarse se encuentran inscritos es competente

(331) FISCHER, William A. "Expropiación y elección pública: La persuasión del precio". En: *Themis*, Revista de Derecho. Nº 48. Lima, julio de 2004, p. 48.

(332) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Primera edición. Jurista Editores. Lima, 2005, p. 574.

(333) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Derecho de propiedad. Expropiación. Comentario al artículo 70 de la Constitución", en: *La Constitución comentada*. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica, diciembre de 2005. p. 943.

para conocer el proceso de expropiación el juez del lugar donde está inscrito el derecho de propiedad. Si se trata de bienes no inscritos, es competente el juez del lugar donde se encuentra el bien. Asimismo, si son varios bienes situados en varios lugares, es competente el juez de cualquiera de ellos.

3. En el proceso de expropiación hay dos sujetos:

a) Sujeto activo.- El expropiante es el sujeto activo de la potestad expropiatoria, de acuerdo con el artículo 10.1 de la LGE, este será la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

En otros ordenamientos jurídicos se determina que los sujetos del procedimiento expropiatorio son tres: el expropiante, el expropiado y el beneficiado⁽³³⁴⁾ (quien muchas veces podrá ser el mismo expropiante y muchas otras no). En nuestro sistema jurídico, no hay esa diferenciación tan clara, empero, de acuerdo al artículo 3 de la LGE, el único beneficiario de una expropiación es el Estado. Ello quiere decir, que el beneficiado puede ser tanto el sujeto activo como otro sujeto siempre que sea parte de aparato estatal. En ese sentido, es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado (10.2 de la LGE), y es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de Derecho Privado (10.3 de la LGE).

b) Sujeto pasivo.- Es el expropiado, quien es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto del ataque expropiatorio⁽³³⁵⁾. De acuerdo al artículo 11 de la LGE, se considera sujeto pasivo de la expropiación, al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. La norma precisa que dentro de estos propietarios susceptibles de ser expropiados se encuentran los que hayan adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva.

Asimismo, la norma precisa que en los casos de duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad y en caso de que exista proceso judicial o arbitral sobre mejor derecho de propiedad, se retendrá el pago del justiprecio hasta que se dilucide la litis.

En el caso de que el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 días (artículo 11.4 de la LGE), con la

(334) Así, por ejemplo en el ordenamiento español. Ver al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Palestra Editores y Temis. Lima - Bogotá, 2006, p. 1130.

(335) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Op. cit.*, p. 1133.

finalidad de que se apersona al proceso el afectado con la expropiación. Si se presentan dos o más afectados, el sujeto pasivo será aquel que presente documento público de fecha más antigua. La norma no señala qué sucede si no se presentan documentos públicos. Para este caso, consideramos que debe atenderse a la regla general de concurrencia de acreedores, es decir, debe primar el que presente el documento privado de fecha cierta más antigua.

El artículo 11.6 de la LGE señala que cuando no se presente ningún afectado, se indemnizará a los poseedores de acuerdo con el artículo 912 del Código Civil que establece la presunción de propiedad de los poseedores. En este caso, cabe preguntarse si el sujeto pasivo podría ser el poseedor y, por lo tanto, la expropiación se realizará mediante el proceso establecido en el Código Procesal Civil, o si identificado el poseedor del bien automáticamente se le deberá indemnizar. Consideramos que en este caso el proceso de expropiación tendrá como parte pasiva al poseedor, justamente en aplicación del artículo 912 del Código Civil.

4. Este artículo señala que todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan mediante este procedimiento especial. Se establece así la llamada competencia por materias, que es aquella que se basa en la naturaleza de la pretensión. Este dispositivo constituye una norma integradora, por medio de la cual diversas pretensiones derivadas de la expropiación deben tramitarse necesariamente por esta vía. Entre estas pretensiones tenemos por ejemplo:

a) La nulidad de las expropiaciones: por medio de la cual se puede impugnar el acto de expropiación cuando este no haya sido dispuesto a favor del Estado y por razones de seguridad nacional o necesidad pública (artículo 23 de la LGE).

b) La posesión provisoria: se realiza de manera excepcional solo cuando el sujeto activo lo solicite expresamente, se acredite la petición adjuntando el certificado de consignación del justiprecio. Además de ello la posesión provisoria debe ser estrictamente necesaria y se debe haber notificado perentoriamente a los ocupantes del bien a expropiarse.

c) La reversión de la posesión: Es titular del derecho de reversión el anterior propietario y sus herederos de ser el caso, si dentro del plazo de los doce meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma; para ello, deberán reembolsar la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Cabe señalar, que la expropiación fue utilizada de forma indiscriminada en gobiernos pasados. Se afirma al respecto, que hay una evolución favorable en el ejercicio de la expropiación. Así, hace unas décadas se podía expropiar por varias razones, algunas imprecisas y libradas a la interpretación, además lo podía hacer

no solo el Congreso, sino también el Gobierno; y lo que es más grave, el pago del justiprecio podía hacerse en ciertos casos por cuotas o mediante entrega de bonetes (deuda del Estado) que el expropiado estaba obligado a aceptar. Hoy esto ha cambiado, las causales de expropiación son solo dos: la seguridad nacional y la necesidad pública. La expropiación la puede ordenar únicamente el Congreso, y finalmente, el precio tiene que pagarse con dinero y al contado. Todo esto contribuyó, desde luego, a una mayor protección de la propiedad⁽³³⁶⁾.



JURISPRUDENCIA

Si el proceso expropiatorio culminó en su oportunidad, entregando el Estado el monto indemnizatorio previsto por la ley de la materia; mal puede la accionante, pretender ahora, que los bonos que fueron emitidos en moneda que ya no tiene curso legal, se rediman y actualicen, ordenando además el pago de intereses moratorios y compensatorios (Exp. N° 2604-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 198-200).

(336) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La propiedad privada y sus dificultades". En: *El Peruano*. Jueves, 11 de agosto del 2005, p. 15.

REQUISITOS DE LA DEMANDA

ARTICULO 520

Además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, la demanda deberá estar acompañada de:

1. Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.
2. Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.
3. Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.
4. Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones.
5. La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.
6. Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del artículo 9 de la referida ley.
7. Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.

Se declarará inadmisibile la demanda cuando no se haya consignado a favor del sujeto pasivo la indemnización justipreciada, cuando así lo exija la Ley General de Expropiaciones.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 70.
C.C.	art. 928.
C.P.C.	arts. 424, 425, 525, 530.
LEY 27117	arts. 2, 4, 15 a 21.
D.S. 017-93-JUS	arts. 288 inc. 10, 290.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	arts. 451-459.
-----------------	----------------

Comentario^(*)

1. Este artículo establece unos requisitos especiales para la presentación de la demanda. Se trata de anexos especiales que necesariamente deberán ser adjuntados, de lo contrario, la demanda deberá ser declarada inadmisibile. La especificidad de estos requisitos tiene fundamento en la especial pretensión que se configura con la demanda de expropiación. Estos requisitos son:

a) Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación. Como se señaló al comentar el artículo anterior, la expropiación solo procede si es que hay una ley que la declara, la misma que debe ser expedida solo por el Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Poder Judicial, gobiernos regionales o gobiernos locales.

En ese sentido, el procedimiento legislativo para la realización de la expropiación es el siguiente: El Congreso expedirá una ley autoritativa para que el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales o los gobiernos locales, expidan la norma expropiatoria. Esta norma deberá ser publicada en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días contados a partir de la vigencia de la ley autoritativa (artículo 6.1. de la LGE).

La norma que ejecutará la expropiación en el caso del Poder Ejecutivo será una resolución suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Por otro lado, en el caso de los gobiernos regionales, la norma será la correspondiente de acuerdo con la legislación de la materia; y, en el caso de los Gobiernos Locales, la norma será un Acuerdo de Consejo (artículo 6 de la LGE). Asimismo, de acuerdo al artículo 8 de la LGE, todas estas Resoluciones deberán precisar:

- El sujeto activo de la expropiación.
- El sujeto pasivo, de acuerdo al informe expedido por el Registro que corresponda.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

- La identificación precisa del bien a expropiar.
- El valor de tasación comercial actualizado.

Las copias de estas normas ejecutoria y autoritativa de la expropiación deben ser autenticadas, es decir, legalizadas por notario.

b) Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso. Como señalamos precedentemente, la expropiación se ejerce tanto contra bienes muebles e inmuebles, inscritos o no inscritos. Si el bien está inscrito deberá presentarse una copia certificada del asiento registral del mismo. Si el bien no se encuentra inscrito deberá presentarse una copia certificada de la hoja informativa de Registros Públicos que señalen que el bien no se encuentra inscrito.

Es bastante difícil que en este último caso, el demandante (el Estado) deba presentar los documentos que acrediten la condición de propietario o poseedor del demandado. Y ello porque si el bien no está inscrito la propiedad puede fundarse en el solo consenso o en documentos privados que están en posesión del demandado. Por lo demás, de acuerdo al artículo 11 de la LGE que regula lo concerniente a la legitimación pasiva de este proceso, cuando el bien no está inscrito, el Estado deberá publicar un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación en el lugar donde se encuentra el inmueble, si no se presenta ningún afectado, el proceso se entenderá con los poseedores del bien.

c) Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia. Este anexo tiene que ver con uno de los requisitos de la expropiación, que es la identificación del bien. Es así, que en la resolución expropiatoria debe establecerse la identificación precisa del bien de acuerdo con las coordenadas UTM de validez universal y al informe expedido por la Oficina de Catastro del Registro Respectivo.

d) Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones. Este inciso hace una remisión al artículo 16 de la LGE, el mismo que señala que "el valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA". La tasación comercial actualizada es el valor de mercado que tendría el bien al momento en que es expedida la resolución que ordena la expropiación.

e) La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada. El justiprecio es la indemnización o retribución a la que tiene derecho el propietario por la pérdida de su propiedad mediante la expropiación. El importe de la indemnización justipreciada debe incluir la compensación del perjuicio que hubiere. En ese sentido, se señala que el justiprecio comprende, no solo el valor mismo del bien que podríamos llamar daño emergente, sino también el lucro cesante⁽³³⁷⁾. Sin embargo, consideramos que el valor del bien no constituye propiamente resarcimiento y por lo tanto no es "daño emergente". En efecto, la recuperación del valor es cosa diversa del resarcimiento, es del todo independiente de los presupuestos de este, porque exige el solo reconocimiento de la equivalencia de la cosa⁽³³⁸⁾. En ese sentido, el reembolso del valor comercial del bien es una parte de la indemnización constituida por la retribución que otorga el Estado por expropiar la propiedad de un particular, el otro elemento que forma parte del justiprecio indemnizatorio es propiamente el resarcimiento (llamado por la ley compensación) siempre que se acredite fehacientemente los daños y perjuicios. Así, este último monto solo se otorga cuando se acrediten fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo, originada, inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia⁽³³⁹⁾.

Cabe señalar que se ha puesto en duda la bondad de otorgar la retribución de acuerdo con el valor de mercado del bien. Así, se señala que usualmente, un individuo conserva un bien en su poder justamente porque le asigna un valor mayor que al dinero que recibiría si es que lo vendiese a precio de mercado. El precio de mercado suele ser simplemente el promedio del precio al que suele venderse un determinado bien. Por ello, cuando la compensación es equivalente al precio de mercado lo que suele terminar sucediendo es que se subcompensa al expropiatario⁽³⁴⁰⁾. En ese sentido, compartimos la opinión del autor citado, en el sentido de que debería determinarse como compensación un valor mayor al de mercado. Sin embargo, al no contar con una norma en ese sentido, solo queda solicitar dicho valor dentro del perjuicio que se hubiere sufrido por el ejercicio de la expropiación, pero dicho monto deberá ser sustentado en un perjuicio que necesariamente debe probarse por el propietario en el proceso judicial.

El pago del justiprecio tiene algunas particularidades: 1) en el caso del valor comercial, el pago debe ser previo a la expropiación material, es decir, a la toma de posesión del bien expropiado. En cambio, en el caso de la compensación, su

(337) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Derecho de propiedad. Expropiación. Comentario al artículo 70 de la Constitución", en: *La Constitución comentada*. Tomo I, Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, p. 946.

(338) DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Cuarta edizione riveduta e aggiornata. Giuffrè editore. Milano, 2003.

(339) VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. "Extinción de la propiedad". En: *Código Civil Comentado*. Tomo V. Derechos Reales. Primera edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2003, p. 387.

(340) PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. "Expropiación: Una visión económica alternativa". En: *Themis*, Revista de Derecho. N° 48, Lima, julio de 2004, p. 131.

pago se efectuará una vez otorgada la garantía o fianza bancaria, si el sujeto activo contradice el monto de la compensación pretendida por el sujeto pasivo. En el caso que el sujeto pasivo no hubiese presentado su pretensión a la compensación ni hubiese reconvenido, el pago se efectuará en ejecución de sentencia (artículo 21.1 de la LGE); 2) el pago debe ser en dinero y en moneda nacional (artículo 19 de la LGE). Cabe aclarar que la indemnización justipreciada no constituye el precio del bien, sino que es el valor de la cosa expropiada más el pago de los perjuicios ocasionados por la expropiación (artículo 15 de la LGE). Asimismo, la indemnización justipreciada no podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución. Cabe señalar además, que si en la sentencia el juez determina un monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o el monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenará en ejecución de sentencia que se realicen las compensaciones correspondientes.

En lo que respecta a la tasación, el artículo 16 de la LGE, señala que el valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada, que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA.

f) Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del artículo 9 de la referida ley. La norma hace alusión al procedimiento de trato directo entre el expropiante y el sujeto pasivo. Este procedimiento se realiza cuando no existen duplicidades registrales y proceso judicial sobre el bien. En estos casos, en un plazo de 5 días útiles contados a partir de la publicación de la resolución de expropiación, el sujeto activo formula al sujeto pasivo, mediante una carta notarial una oferta que contiene tanto el valor comercial del bien, como la indemnización equivalente al 5% de dicho valor comercial. En dicho marco, en un plazo de 15 días útiles de recibida la comunicación, el sujeto pasivo podrá presentar al sujeto activo la aceptación de la oferta para que con el pago del monto aceptado por el sujeto pasivo, culmine el proceso expropiatorio sin que pueda presentarse acción alguna por concepto de expropiación.

Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo, deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere. Justamente esta última documentación otorgada al sujeto activo es la que constituye el presente anexo especial que necesariamente deberá presentar el demandante en el proceso de expropiación.

Cabe señalar que este requisito no es exigible en el supuesto establecido en el párrafo quinto del artículo 9 de la LGE, es decir, cuando el sujeto pasivo no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación documentada de la compensación que pretende. En estos casos el expropiante solo deberá consignar el valor

comercial actualizado, sin perjuicio de que el sujeto pasivo solicite dicha compensación en la etapa judicial o arbitral correspondiente.

g) Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones. Este inciso establece como anexo especial el certificado de consignación de la indemnización justipreciada consistente en la tasación comercial actualizada. El dispositivo hace alusión también a la consignación correspondiente a la compensación propuesta por el sujeto pasivo. Ello sucederá cuando el sujeto pasivo, disconforme con la oferta presentada por el expropiante, le remite los documentos donde justifica una indemnización de mayor valor. En este caso, el sujeto activo deberá consignar judicialmente ambos montos, que sin embargo, serán discutidos en el proceso judicial y por lo tanto, podrán variarse en la etapa de ejecución de sentencia.

Cuando no se cumpla con la presentación de alguno de estos anexos especiales, la demanda deberá ser declarada inadmisibile, y consecuentemente, el sujeto activo tendrá la carga de presentar la documentación pertinente bajo sanción de rechazarse la demanda.

EMPLAZAMIENTO DE TERCERO AL PROCESO

ARTICULO 521

Cuando se trate de bienes inscritos y exista registrado derecho a favor de tercero, se debe notificar con la demanda a este, bajo sanción de nulidad de lo actuado.

Si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.

Admitida la demanda, el juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia.

Tratándose de bienes no inscritos y siempre que conste fehacientemente o razonablemente que el bien objeto de la expropiación está siendo explotado o poseído por tercero, este será notificado con la demanda, bajo sanción de responder al demandante por los daños y perjuicios que tal omisión ocasione. Si el tercero interviene, su actuación se sujeta, en cuanto sea pertinente a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título II de la sección segunda de este Código.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

art. 97 y ss.

Comentario^(*)

1. Este artículo regula la posibilidad de la intervención de un tercero en el proceso de expropiación. El tercero legitimado para intervenir será aquel que tenga derechos registrados sobre el bien materia de expropiación. Aunque la norma establece que este tercero debe ser notificado con la demanda bajo sanción de nulidad, no se establece un litisconsorcio necesario, pues este último implica que

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

la decisión a recaer en el proceso afecte "de manera uniforme" a ambos sujetos (artículo 93 del Código Procesal Civil). El tercero tampoco interviene en el proceso mediante la llamada "intervención litisconsorcial", dado que esta intervención implica que el tercero se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de la sentencia, y que por ello se encontraría legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso (artículo 98 del Código Procesal Civil).

Lo que hace este artículo es establecer una regla especial (la notificación de la demanda al tercero) para facilitar la intervención coadyuvante de este. En efecto, al tercero no se le está solicitando que comparezca al proceso ni se le está emplazando (tal como sucede con el litisconsorcio necesario), sino se le está dando a conocer de la demanda mediante la notificación de la misma.

En ese sentido, este tercero puede apersonarse al proceso como coadyuvante, dado que de acuerdo al artículo 97 del Código Procesal Civil "quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante a ella". Este tercero no es parte, por lo que la pretensión del sujeto activo no se dirige hacia él.

Sin embargo, la intervención de este tercero no es una común intervención coadyuvante, sino que tiene una naturaleza especial. En efecto, la norma en comentario busca brindar una protección especial al tercero que tiene algún derecho sobre el bien que será expropiado. Así, la medida de protección será que si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.

Entre los gravámenes que podrían afectar el bien están los derechos reales de garantía como la hipoteca, la prenda o el derecho de retención (dependiendo de que se trate de bien mueble o inmueble). Las medidas judiciales que podrían afectar el bien son los diferentes tipos de embargos y medidas cautelares.

En dicho contexto, una parte del justiprecio será retenida por el juzgador para hacer el pago correspondiente al tercero acreedor que tenga un derecho sobre el bien, mientras el remanente será entregado al propietario. Se configura de esta manera una suerte de ejecución judicial especial del bien.

La norma también prevé otro mecanismo de protección de terceros. Así, señala que admitida la demanda, el juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia. El bloqueo registral constituye un mecanismo de publicidad registral que

desincentivaré la posibilidad de que terceros puedan adquirir el bien y de esta manera, la posibilidad de que surjan más conflictos sobre el mismo.

2. La norma establece que en el caso de bienes no inscritos, deberá notificarse a los terceros que fehacientemente o razonablemente se encuentren explotando o poseyendo el mismo. Esta norma tiene sentido si es que existe un propietario diferente de los terceros poseedores. Así, el propietario sería el sujeto pasivo y los terceros poseedores deberán ser notificados para que puedan ingresar al proceso como terceros coadyuvantes y de ser el caso, ser compensados por los daños que sufran como consecuencia de la expropiación. Por el contrario, si los poseedores son los propietarios del bien (no inscrito) o solo existen poseedores y no propietarios, estos son parte pasiva del proceso y no terceros, por lo que la notificación aquí no es informativa, sino constituye emplazamiento, y de acuerdo con a lo señalado al comentar el artículo 519, los poseedores tienen derecho al justiprecio.

REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN

ARTICULO 522

La contestación debe cumplir con los requisitos del artículo 442 y solo puede sustentarse en:

- 1. Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación.*
- 2. Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación.*
- 3. Disconformidad con la tasación comercial actualizada.*

CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>art. 70.</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>arts. 442, 530, 531, 730.</i>

Comentario^(*)

1. La contestación de la demanda es una expresión del derecho de acción, más genéricamente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación concreta del derecho de defensa. De acuerdo con este dispositivo, la contestación de la demanda debe cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 442 del Código Civil, que versan básicamente sobre la forma en que debe presentarse el escrito (con el ofrecimiento de los medios probatorios, con la firma del representante y del apoderado) y sus características (debe pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda, reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, etc.).

2. Este artículo además, establece de forma taxativa los supuestos en los cuales puede sustentarse la defensa. Se trata pues de una evidente limitación al derecho de defensa, que se expresa en la delimitación de lo alegable. Ello es:

a) Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación. Esta norma establece un plazo de caducidad, dentro del cual deberá demandarse la expropiación. Este plazo es de seis meses, y se computa desde la publicación o notificación de la norma expropiatoria. Nótese que no se trata de la norma autoritativa expedida por el Congreso de la República, sino de la norma que se expide como consecuencia de dicha norma autoritativa. El plazo es de caducidad; esto es relevante, pues en este caso con el solo transcurso del tiempo se extingue el derecho del Estado para poder expropiar un bien determinado, lo cual sería definitivo. Además, en este caso no hay supuestos de interrupción o suspensión que pudieran afectar el plazo, salvo lo dispuesto en el artículo 2005 del Código Civil (imposibilidad de demandar ante tribunales peruanos). Por el contrario, si el plazo hubiese sido de prescripción, el solo transcurso del tiempo no afectaría el derecho del Estado quien podría demandar (dado que el juez no puede declarar la prescripción de oficio, a diferencia de la caducidad) pero estaría supeditado a que la parte pasiva no denuncie la prescripción del derecho vía excepción. Además la prescripción sí admite supuestos de interrupción y suspensión.

b) Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación. Se señala erróneamente, que ante la autoridad judicial no se tiene la posibilidad de discutir la improcedencia de la expropiación; en el trámite solo puede objetarse la valoración, y la litis se circunscribiría a la determinación del *quantum*⁽³⁴¹⁾. Por el contrario, el dispositivo en comentario permite expresamente que pueda denunciarse supuestos de improcedencia de la expropiación, y ello no podría ser de otra manera, pues de lo contrario, se estaría otorgando al Estado un poder que en muchos casos podría ser arbitrario. Así, pueden ser argumentos de defensa:

- La nulidad de la expropiación. Esta causal se configura cuando se vulneran los artículos 3 y 4 de la LGE, es decir, cuando no se establezca la expropiación en beneficio del Estado o cuando no se señale la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación.
- La incompatibilidad constitucional. Esta causal debe entenderse en el sentido de que la norma que ordena la expropiación vulnera normas constitucionales.
- La ilegalidad. En este caso la norma que ordena la expropiación vulnera normas de rango de ley. En este supuesto, podría entenderse el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8 de la LGE para el contenido de las resoluciones que ordenan la expropiación.
- Inadmisibilidad. Se refiere a la falta de presentación de los anexos especiales regulados en el artículo 520 del Código Procesal Civil.

(341) VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. "Extinción de propiedad", en: *Código Civil Comentado*, T. V, Derechos Reales, Primera edición, Lima, 2003, p. 387.

- Improcedencia. Aunque la norma no lo disponga expresamente es importante señalar que constituyen supuestos de improcedencia de acuerdo con el artículo 5 de la LGE: i) que la expropiación se funde en causal distinta a la establecida en la ley; ii) que la expropiación tenga por objeto el incremento de la renta pública; y iii) que la expropiación responda a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien. Es evidente que estas causales de improcedencia pueden ser denunciadas por la parte pasiva y constituyen sustento para la defensa de la misma.

c) Disconformidad con la tasación comercial actualizada. Es posible que el propietario no se encuentre de acuerdo con la tasación realizada por el Estado, por lo que tiene el derecho de presentar las pruebas pertinentes que tengan por finalidad demostrar que la tasación realizada no se ajusta al real valor comercial del bien.

RECONVENCIÓN

ARTÍCULO 523

La reconvencción queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 445 y solo podrá sustentarse en:

1. La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. Esta solo puede sustentarse en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.
2. La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 443, 445, 525.

Comentario^(*)

1. La contrademanda es llamada en nuestro Código Procesal Civil como reconvencción, la misma que implica que el demandado no se limita a defenderse sino que interpone contra su demandante a su vez, una pretensión. Así, se dice que la reconvencción implica que el demandado pase a un contraataque, promoviendo contra el demandante su propia demanda, por ello "la reconvencción se deja definir como una demanda promovida por el demandado (reconvigente) dentro del proceso contra el demandante (reconvenido), con la que se introduce en el proceso una pretensión procesal autónoma"⁽³⁴²⁾. De acuerdo con este dispositivo, la reconvencción debe seguir las reglas generales establecidas en el artículo 445 del Código Procesal Civil, con las particularidades que aquí se señalan. Así, los requisitos generales son que la reconvencción se propone en el mismo escrito

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(342) LEIBLÉ, Stefan. *Proceso civil alemán*. 2ª ed., Konrad Adenauer Stiftung. Biblioteca Jurídica Dike. Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 243.

en que se contesta la demanda y debe cumplirse los requisitos generales de la contestación (por ejemplo, forma y plazo). En ese sentido, la reconvencción debe contener todos los presupuestos procesales. Además la reconvencción debe cumplir con tres requisitos: a) no afectar la competencia; b) no afectar la vía procedimental; c) la pretensión en ella contenida debe ser conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. Estos requisitos no son afectados en el caso de la expropiación, dado que el artículo 519 establece que todas las pretensiones (se entiende también, las que forman la reconvencción) derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a la normativa del proceso de expropiación (con lo cual los dos primeros requisitos resultan zanjados), y porque el artículo materia de comentario establece expresamente la conexidad, es decir, las razones en las que puede sustentarse la reconvencción.

2. La reconvencción solo puede fundarse en dos supuestos:

a) La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. En este caso, ante la pretensión del Estado de expropiar solo parcialmente el bien, el sujeto pasivo puede pretender que la expropiación sea total, ello atendiendo también a lo establecido en el artículo 14 de la LGA. En efecto, ello puede pretenderse cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial. En este caso, la expropiación parcial constituye un perjuicio para el demandado.

b) La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación. Aquí, la pretensión del Estado es solo el subsuelo y el sobresuelo y no el suelo. Ante ello, el sujeto pasivo puede pretender que también sea expropiado el suelo cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente. Ello también se encuentra reforzado en el artículo 13 de la LGE, la misma que señala además que en estos casos (de pérdida económica para el propietario), el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie.

Ambos supuestos de reconvencción buscan proteger al propietario ante eventuales pérdidas económicas que pueda sufrir ante el ejercicio de la expropiación parcial o incompleta. Cabe señalar que si la reconvencción se fundamenta en hechos distintos deberá ser declarada improcedente preliminarmente.

CONTRADICCIÓN

ARTÍCULO 523-A

En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios, el juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorgar contracautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria.

El juez solo entregará el monto de la indemnización justipreciada, una vez otorgada la garantía real o fianza bancaria a que se refiere el párrafo anterior, de ser el caso. En el supuesto que no se otorgue garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia.

El juez entregará el monto de la indemnización justipreciada, cumplidos los plazos de la contestación de la demanda y de la reconvencción, con la salvedad del párrafo anterior y de los casos en que de acuerdo a la Ley General de Expropiaciones el pago se efectúa en ejecución de sentencia.

Comentario^(*)

1. Como señalamos, la indemnización justipreciada o justiprecio, está constituida por dos montos: el valor comercial del bien (el valor de mercado) y la compensación (el resarcimiento a que tiene derecho el expropiado si acredita los daños sufridos por la expropiación del bien de su propiedad). Ahora bien, el artículo 520 inciso 7 establece como un anexo especial de la demanda, el certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizada y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda de acuerdo a la LGE.

Por otro lado, el artículo 15.2 de la LGE establece que la entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuará en dinero una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvencción. Se entiende pues que contestada la demanda, el expropiante debe entregar el total del justiprecio, al parecer, atendiendo al monto por compensación requerido por el expropiado. Justamente por ello, se señala la posibilidad de que el sujeto activo pueda oponerse al monto de la compensación requerida

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

por el sujeto pasivo. Lo primero que podemos advertir aquí, es una contradicción pues la normativa en cuestión señala que la compensación se abonará en caso se acredite fehacientemente los daños y perjuicios (artículo 15.1 de la LGE), y por otro, se señala que el expropiante está obligado a la entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada (es decir, incluyendo a la compensación) se efectuará trascurrido el plazo para la contestación de la demanda (artículo 15.2 de la LGE), es decir, sin que se hayan actuado los medios probatorios para delimitar si en verdad es procedente la compensación.

En dicho contexto, se otorga el derecho al expropiante para que pueda oponerse a la pretensión de compensación que pueda tener el sujeto pasivo. En este caso, se entiende que igual se deberá abonar a favor del expropiado el monto total del justiprecio, empero, el juez deberá ordenar al sujeto pasivo otorgar contra cautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria. Este dispositivo debe integrarse con lo establecido en el artículo 15.2 de la LGE, pues no se trata de cualquier contracautela, sino que el monto debe ser el equivalente a la diferencia existente entre la pretensión que pretende pagar el Estado y la pretensión del expropiado. Cabe señalar además que solo se permite dos tipos de cauteles, las garantías reales (como la hipoteca o la prenda) y un tipo de garantía personal que es la fianza bancaria. En dicho contexto, no podría aceptarse otro tipo de fianza u otro tipo de garantía como la caución juratoria.

En lo que respecta a la delimitación de la compensación luego de la observación hecha por el sujeto activo, la LGE establece que está será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además, deberá estimarse la finalidad a la que estaba destinado el bien a expropiar (artículo 17 de la LGE).

2. Cabe señalar que la entrega efectiva del justiprecio indemnizatorio se hará luego de vencido el plazo de contestación de la demanda. Si el sujeto pasivo contesta y propone una compensación, y si el sujeto activo a su vez se opone a dicha pretensión, si bien debe consignar ante el juzgado el monto equivalente a la compensación, el juez debe suspender el pago del justiprecio (contemplando la compensación propuesta por el sujeto pasivo) hasta que el sujeto pasivo otorgue la garantía real o fianza bancaria. Nos parece que este dispositivo podría tener una regulación más idónea, y ello porque si bien tiene total lógica que no se otorgue a favor del sujeto pasivo la compensación que pretende sino hasta que otorgue las garantías necesarias (y ello porque deberá acreditar el daño sufrido en el proceso), no hay razón para que no se le otorgue inmediatamente la parte del justiprecio referida al valor comercial del bien, dado que dicho valor es independiente del daño que pueda sufrir el sujeto pasivo, y debe ser abonado por el solo hecho de que el bien del cual es propietario le será expropiado. Para este monto es indiferente que otorgue o no la garantía.

Este dispositivo también establece que en el supuesto en que no se otorgue la garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia. Esta regla al igual que la anterior, equipara erradamente los montos del valor comercial y de la compensación, no advirtiendo que ambos tienen una naturaleza bastante disímil y por ello su tratamiento debe ser diverso. En ese sentido, si el afectado no impugnó el pago del valor comercial y solo propuso una compensación adicional, la falta de otorgamiento de garantía no debe afectar el monto del valor comercial del bien al que tiene derecho por la sola interposición del proceso de expropiación, y en ejecución de sentencia debería satisfacerse únicamente la compensación.



JURISPRUDENCIA

Si bien el recurrente aparentemente tiene derecho al pago de un justiprecio como producto de haberse mermado parte del terreno de su propiedad para vías de tránsito rápido, también resulta cierto que careciendo la Municipalidad de una declaración judicial de propiedad o título alguno que lo legitime como propietario. El pedido de justiprecio sin tal declaración carecería de causa jurídica, dado que el justiprecio es por definición la contraprestación que realiza el Estado por transferencia de un bien cuando media la expropiación, sin embargo, no se ha llevado a cabo ni ha sido extremo contenido en el petitorio (Exp. N° 192-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 641).

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

ARTÍCULO 524

La declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 277, 458, 520.

Comentario^(*)

1. La rebeldía es la situación procesal en la que se coloca la parte demandada que ha sido debidamente notificada, por no contestar la demanda dentro del plazo establecido por ley. En efecto, la contestación de la demanda no se configura solo como un derecho sino que es también una carga y justamente la consecuencia de la no liberalización de la carga de contestar la demanda es la de encontrarse en la situación procesal de rebeldía. La primera consecuencia negativa es que se perderá la oportunidad de contestar la demanda, es decir, en buena cuenta, de defenderse de la pretensión ejercida por el actor. Además de ello se configura: 1) una presunción relativa de la veracidad de los hechos afirmados por el actor, (artículo 461, primer párrafo); 2) declarada la rebeldía el juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia (artículo 460 del CPC). Este último efecto tiene como excepciones que: a) habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; b) la pretensión se sustente en un derecho indisponible; c) la no presentación de un documento que la ley exigía para probar la pretensión, y, d) la falta de convicción del juez debidamente motivada (artículo 461).

Cabe señalar que la rebeldía también podría declararse en contra de cualquiera de las partes cuando notificada con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, no comparezca dentro del plazo de 5 días (artículo 458, segundo párrafo y 79 del CPC). Sin embargo, como hemos visto, los efectos más graves (y perjudiciales) operan cuando no se contesta la demanda. Ello

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

no obstante, el respeto al principio del contradictorio, por el cual las notificaciones más importantes deben ser notificadas por cédula al rebelde, así: la que declara la rebeldía, la que declara saneado el proceso, la que cita a audiencia, la sentencia y la que requiere su cumplimiento. Las demás se tienen por notificadas al notificarse a la otra parte (artículo 459 del CPC).

2. En el caso de la expropiación se establece una regla especial para la declaración de rebeldía: no se presume la veracidad de todos los hechos alegados por el actor, sino que se presume únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda. Ello es muy importante, pues la pretensión correspondiente al resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la expropiación, no son afectados por la rebeldía. En efecto, el demandado podrá integrarse al proceso y de acreditar el daño efectivo tendrá el derecho a la compensación que como vimos, es parte del justiprecio conjuntamente con el valor de la tasación.

MEDIOS PROBATORIOS

ARTÍCULO 525

De ofrecerse pericia, la aceptación del cargo por los peritos se formalizará mediante la firma puesta por estos en el escrito que presenta la parte que los designa. En ningún caso se admite más de 2 (dos) peritos de parte para la valuación de cada bien, según su especie y naturaleza.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 262, 264, 269, 520 incs. 2, 3 y 5, 523 inc. 2.

Comentario^(*)

1. La pericia puede ser definida como aquel acto procesal desarrollado por sujetos distintos de las partes, llamados peritos, previamente designados por el órgano jurisdiccional, que percibiendo y verificando determinados hechos emiten una opinión sobre la base de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, a fin de confirmar una afirmación de alguna de las partes procesales, con el objeto de ayudar al juez (no técnico en todas las ciencias y artes) a mejor comprender el tema en discusión⁽³⁴³⁾.

Cabe señalar que la pericia es un medio probatorio causal, y ello porque su producción se realiza en el proceso. Al ofrecerse, deben indicarse los puntos sobre los cuales versará la pericia, la profesión, y el hecho que se pretende esclarecer.

2. En el proceso de expropiación puede solicitarse la actuación de peritos como medio probatorio. La actuación pericial que en la mayoría de casos se realizará en este proceso es la tasación del bien materia de expropiación y ello porque el principal problema que puede subsistir en este proceso, y que necesite de peritos para dilucidarlo, es el monto que debe ser otorgado en calidad de justiprecio a favor del demandado. Evidentemente, este medio de prueba será solicitado —en la mayoría de casos— por el demandado que no se encuentra conforme con la tasación realizada por el Estado, y ello porque este último por ley (específicamente, el

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(343) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil*, Segunda parte, Reimpresión, Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 2004, p. 188.

artículo 16 de la LGE) debe realizar la tasación del bien mediante el Consejo Nacional de Tasaciones (CONATA).

El ofrecimiento de la pericia debe seguir los requisitos generales establecidos en el Código Procesal Civil. Así, al ofrecer la pericia se deberá indicar con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia (artículo 263 del Código Procesal Civil). Cabe señalar que la regla especial para el ofrecimiento de la pericia en este caso será que la aceptación de los cargos se formalizará mediante la firma puesta por estos en el escrito que presenta la parte que los designa.

Esta norma también establece una limitación para el ofrecimiento de peritos. Así, en el caso de los peritos designados por el juez, por regla general, se designan en un número que se considere necesario (artículo 263 del Código Procesal Civil), no habiendo tampoco ninguna limitación en el caso del perito de parte. En este proceso, los peritos no podrán ser más de dos por cada bien materia de expropiación. Cabe señalar que los peritos que hayan elaborado el informe pericial de parte, pueden ser citados a la audiencia de pruebas (artículo 271 del Código Procesal Civil). Los honorarios de los peritos son de cargo de la parte que ha ofrecido la pericia.

CONTENIDO DEL ACTA DE CONCILIACIÓN

ARTÍCULO 526

El acta de conciliación solo puede tener por objeto el acuerdo sobre el valor de la indemnización justipreciada, la validez de la causal de expropiación y, en su caso, sobre las pretensiones objeto de reconvención.

En defecto del acta de conciliación y cuando el demandado hubiera ofrecido como medio probatorio la pericia de valor del bien, la audiencia de pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde el saneamiento procesal. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 326, 470, 471, 523, 525, 527.

Comentario

El artículo nos ubica bajo dos escenarios: la conciliación y la actividad probatoria.

En el primer caso, se exige una marcada congruencia con el derecho materia en litigio, de ahí que la norma ponga énfasis en señalar que la conciliación solo puede tener por objeto: a) la indemnización justipreciada, b) la validez de la causal de expropiación, y c) las pretensiones objeto de reconvención. Esta redacción resulta congruente con lo regulado en el artículo 325 del CPC, sin embargo, es bueno precisar ante quién se realizará la conciliación: ante el juez del litigio o ante el conciliador del centro de conciliación extrajudicial, en atención a la modificación incorporada al artículo 324 del CPC.

Bajo esta óptica, debemos precisar que la actividad conciliatoria en este proceso especial es necesaria y restringida a los tres supuestos ya citados. A diferencia de la regla general establecida a partir de la modificación del D. Leg. N° 1070, que deroga a la conciliación como una etapa obligatoria del proceso, el texto de este artículo no ha sido modificado en cuanto al acto conciliatorio en sí, sino en el inicio del cómputo del plazo para la audiencia de pruebas, en el que se toma como referente el saneamiento procesal.

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 29/06/2008.

De esta manera, las partes pueden ponerse de acuerdo tanto sobre el monto de la valorización comercial del bien, como de la compensación o resarcimiento por los daños causados por el acto expropiatorio. Asimismo, pueden ponerse de acuerdo sobre la improcedencia de la expropiación porque el fundamento de esta no era justificado o porque se basó en causales distintas a las establecidas normativamente. En este caso, considero que no podría aprobarse la conciliación que admite la expropiación que se sustenta en una causal inválida, y ello porque la vulneración de la norma imperativa e incluso constitucional no puede ser convalidada por el acuerdo entre las partes. Así, el juez deberá desaprobar la fórmula conciliatoria y además deberá declarar improcedente la expropiación.

Por último, pueden conciliar sobre las pretensiones objeto de reconversión tales como la pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros (cuando el actor pretendía solo una expropiación parcial) y la pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación (cuando el actor solo pretendía la expropiación del subsuelo o del sobresuelo). Estas son las únicas razones por las que pueden ejercerse la conciliación, si se concilia sobre cuestiones ajenas a las aquí señaladas el juez deberá desaprobar el acuerdo conciliatorio.

La normativa general que regula el proceso abreviado establece que luego del saneamiento procesal, el juez enumerará los puntos controvertidos y procederá al saneamiento probatorio. La audiencia de pruebas a que refiere este artículo **solo está dedicada para la actuación de la pericia**, pues la actividad probatoria por excelencia en este tipo de pretensiones recae sobre la prueba documental. Basta revisar los alcances del artículo 520 del CPC para verificar la naturaleza de los medios de prueba que concurren para el debate de la expropiación. Como particulariza la norma, en defecto de la conciliación, la audiencia de pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde el saneamiento procesal.

AUDIENCIA DE PRUEBAS

ARTÍCULO 527

La Audiencia de Pruebas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 202 y siguientes de este Código.

Cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepen de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante, el juez puede disponer en la propia audiencia la designación de 2 (dos) peritos dirimientes. Aceptado su nombramiento, se citará a estos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días, y en la que con los concurrentes a la misma, con o sin pericia dirimente, se realizará un debate pericial bajo la dirección del juez.

La sentencia señala quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. IV, 202 y ss., 271, 491 inc. 10, 526 párr. 3.

Comentario^(*)

1. La primera parte de este dispositivo constituye una norma de remisión, determinando que la audiencia de pruebas se realizará conforme a la normativa general establecida en el Código Procesal Civil. Por lo demás, este dispositivo complementa lo establecido en el artículo 525, referido a los peritos que pueden, presentar las partes en este proceso. De esta manera se señala que cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepan de la tasación comercial presentada por el demandante, el juez podrá disponer, en la propia audiencia, la designación de dos peritos dirimientes. De acuerdo a lo establecido en el CPC, dentro del tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad; si no lo hace, se tendrá por rehusado y se procederá a nombrar otro perito (artículo 269 del CPC).

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

Aceptado el cargo, el juez procederá a citar a estos peritos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial, complementaria a la audiencia de pruebas, que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días. En esta audiencia se realizará el debate pericial bajo la dirección del juez.

2. Con respecto a la regla general del pago de los honorarios de los peritos, el CPC señala que los honorarios de la pericia de parte son cubiertos por ella misma, mientras que los peritos ordenados de oficio serán pagados de forma proporcional entre las partes (artículo 271 del CPC). En este caso, se establece que en la sentencia se señalará quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de esta. De esta manera, no se establece un parámetro claro para la determinación del obligado a cubrir este costo; sin embargo, como se establece que el establecimiento de esta obligación deberá atender a lo resuelto en la sentencia, parece que la norma pretende sancionar a la parte que presentó el perito, y dicho perito no se ajustó a lo dilucidado por los peritos dirimientes. Esta parte, en la mayoría de veces, será el sujeto pasivo, dado que el actor no necesita presentar dicho peritaje, pues está obligado a atender lo que establece la CONATA.

En dicho contexto, consideramos que una solución más justa hubiese sido que el costo del peritaje dirimente sea cubierto en forma proporcional.

EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

ARTICULO 528

Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada total o parcialmente las pretensiones discutidas, se observarán las reglas contenidas en el Capítulo V del Título V de la SECCIÓN QUINTA de este Código con las siguientes particularidades:

- 1. El juez executor exigirá al demandante o demandado, según corresponda, la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activo de la expropiación. En caso que el sujeto pasivo no devolviera dentro del décimo día de notificado se ejecutará la garantía a que se refiere el artículo 523-A. En caso que el sujeto activo debiera devolver algún monto deberá cancelarlo en el mismo término bajo sanción de caducidad y reversión.*
- 2. El juez executor requerirá al demandante para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de 10 (diez) días útiles consigne en el Banco de la Nación, a disposición del juzgado, la indemnización justipreciada fijada en la sentencia debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley General de Expropiaciones, así como un importe, que el juez fijará, para cubrir los eventuales gastos. Este inciso únicamente será aplicable en el caso que el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía.*

En los procesos en los cuales se haya concedido la posesión provisoria a que se refiere el artículo 530, la consignación establecida en el párrafo precedente deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia, debidamente actualizada, y el monto consignado al momento de la solicitud de posesión provisoria.

- 3. El juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla dentro de un plazo que no excederá de 5 (cinco) días de haber sido requerido, con suscribir los documentos traslativos de*

propiedad, según la naturaleza del bien expropiado y formalidades correspondientes. Para estos efectos, el demandante debe presentar el proyecto de los documentos respectivos.

En la misma resolución se ordenará también, de ser el caso, la entrega de la posesión en los plazos indicados en el inciso 6. de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y de trasladarle los gastos correspondientes. Si el bien se encuentra poseído por tercero, se le requerirá su entrega en los mismos plazos.

- 4. La oposición debidamente fundamentada del sujeto pasivo sobre el monto o forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, de ser el caso, o sobre el texto de los documentos de transferencia, será resuelta por el juez dentro del tercer día. La resolución debidamente motivada es apelable sin efecto suspensivo.*
- 5. Concedida la apelación, de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá exigir al demandante o al demandado, según corresponda, el otorgamiento de las garantías apropiadas para el reembolso de las diferencias según lo declare la resolución apelada.*
- 6. Cuando se trate de predios rústicos con cultivos temporales o de otros inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo, el juez fijará el plazo de desocupación y entrega que no será menor de 90 (noventa) ni mayor de 180 (ciento ochenta) días considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.*

Cuando se trata de predios urbanos el plazo será no menor de 60 (sesenta) ni mayor de 90 (noventa) días contados a partir del requerimiento.

Cuando se trata de bienes muebles el juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 (cinco) ni mayor de 10 (diez) días de efectuado el requerimiento.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.
LEY 27117

arts. 529, 725 y ss.
art. 18.

 **Comentario^(*)**

1. Este dispositivo establece que si la sentencia es consentida o ejecutoriada, se deberán observar las normas contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del CPC, es decir, las normas referidas a la ejecución forzada. De esta manera, no es necesario que la sentencia previamente sea ejecutada en un proceso de ejecución de resoluciones judiciales, como de ordinario ocurre con las sentencias de condena. En este caso, el trámite saltará este procedimiento para dirigirse directamente a la ejecución forzada.

Ahora bien, nuestro del CPC establece dos formas de ejecución forzada: el remate y la adjudicación. El remate de los bienes es la forma de realización forzada más común y ordinaria, y solo a falta del éxito del remate, se puede proceder a la adjudicación del bien al ejecutante. En el caso de la expropiación forzada, la norma en comentario establece una serie de reglas especiales, dado que la ejecución forzada no podría realizarse bajo sus típicas formas como el remate o la adjudicación. De esta manera, tenemos que:

a) El juez tiene el deber de exigir a la parte que corresponda la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada establecida por la sentencia y el pago realizado por el sujeto activo de la expropiación. De modo que, si el monto establecido es menor al que efectivamente otorgó el sujeto activo a favor del sujeto pasivo, entonces este último debe devolver la diferencia dentro de los 10 días de notificado; caso contrario, se ejecutará la garantía que otorgará justamente para esta situación, que está constituida por una fianza bancaria o garantías reales. Por el contrario, cuando la sentencia estableciera un monto mayor al abonado por el actor, entonces este deberá devolver el monto pertinente dentro del mismo plazo de 10 días. Si es que el actor no devuelve dicho monto en el plazo señalado, las consecuencias serán muy graves: la caducidad de la expropiación y su reversión, es decir, la ineficacia del acto expropiatorio y la consecuente reafirmación del derecho de propiedad del sujeto pasivo.

b) En los casos en los cuales el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía, de acuerdo a lo establecido en el artículo 523-A del CPC, el monto de la indemnización justipreciada se determinará en la sentencia, y su cobro se hará en vía de ejecución de la misma. En ese sentido, el juez executor deberá requerir al demandante para que dentro del plazo de 10 días útiles consigne al banco de la Nación la indemnización justipreciada establecida en la sentencia, debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

Además del importe del justiprecio, la norma establece que el expropiante deberá consignar un importe que el juez fijará de forma discrecional para cubrir los eventuales gastos. Si el actor no cumple con ello dentro del plazo establecido, la norma prevé una consecuencia muy grave: la caducidad de la expropiación, que implica la ineficacia del acto expropiatorio.

Cabe señalar que también se establece como regla especial que cuando en los procesos se haya concedido la posesión provisoria establecida en el artículo 530, la consignación deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia y el monto consignado al momento de la solicitud de la posesión provisoria.

c) Firme la sentencia, el demandante debe presentar un proyecto de los documentos traslativos de la propiedad. Así, el juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla con suscribir tales documentos dentro de los 5 días de ser requerido. La norma no prevé las consecuencias de la no suscripción de estos documentos. Consideramos al respecto, que en este caso, podría aplicarse lo establecido en el artículo 709 del CPC, referido a la obligación de formalizar. En efecto, en este caso no estamos propiamente ante la constitución de un contrato en tanto acto de autonomía privada, sino ante la ejecución de un acto administrativo que debe perfeccionarse con la suscripción de algunos documentos. En ese sentido, de acuerdo al artículo 709 del CPC, el juez mandará que el ejecutado cumpla con formalizar esta documentación dentro del plazo de 5 días; vencido dicho plazo, el juez ordenará al ejecutado que cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre. Es decir, el juez se sustituye en la voluntad del obligado y él mismo "formaliza" mediante su sentencia, el documento⁽³⁴⁴⁾.

Por otro lado, este dispositivo señala que en la misma resolución se ordenará la entrega de la posesión del bien expropiado, ya sea que esté ocupado por el propietario o por tercero. Ello deberá cumplirse en los plazos establecidos en el inciso 6 de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y trasladarle los gastos correspondientes.

d) El sujeto pasivo podrá formular oposición a la ejecución solo por dos razones: i) Por el monto o la forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, o ii) el texto de los documentos de transferencia. No se establece cuál es el plazo en el que debe formularse esta oposición; sin embargo, consideramos que un término razonable sería de 3 días de notificado acerca del monto del justiprecio o de los documentos de transferencia, y ello atendiendo a que la oposición en el caso del proceso de ejecución de resoluciones judiciales solo

(344) MERINO ACUÑA, Roger. "La ejecución forzada en las obligaciones de hacer". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 158. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2007, p. 65.

puede hacerse en el plazo de 3 días (artículo 718 del CPC). Dichas oposiciones deben estar debidamente motivadas y serán resueltas por el juez dentro del tercer día de formulación. La resolución que resuelve esta oposición es apelable con efectos suspensivos.

e) Se señala que concedida la apelación de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá exigir a la parte que corresponda, el otorgamiento de las garantías idóneas para el reembolso de las diferencias según lo declarado por la resolución apelada. Observamos que la norma establece un error bastante notorio, y es que la apelación no puede ser realizada de oficio. En efecto, la apelación es un derecho de los justiciables que expresa más específicamente el derecho constitucional de la doble instancia. La única forma mediante la cual el a quo pueda remitir al superior una causa de oficio, es mediante la figura de la consulta, pero ello solo se presenta en determinados procesos (como en el caso de interdicción o divorcio por causal, justamente cuando no hay apelación). Lo más acertado en este caso hubiese sido señalar que concedida la apelación (se entiende, de parte), el juez puede solicitar al apelante el otorgamiento de las garantías idóneas para el reembolso de las diferencias establecidas en la sentencia de segunda instancia.

f) Se establece un plazo de desocupación especial en los siguientes casos:

- Predios rústicos con cultivos temporales o inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo. El plazo de desocupación y entrega del bien será fijado por el juez y no será menor de 90 ni mayor de 180 días, considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.
- Predios urbanos. El plazo será no menor de 60 días ni mayor de 90 días contados a partir del requerimiento.
- Bienes muebles. El juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 ni mayor de días de efectuado el requerimiento.

PRETENSIÓN DE TERCERO

ARTÍCULO 529

Salvo los casos indicados en el artículo 521 no se admitirá ninguna intervención de tercero en el proceso.

El poseedor u otro tercero que se considerara perjudicado por la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, puede ejercer sus derechos en la vía que corresponda sin entorpecer el proceso expropiatorio.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 521, 528 inc. 5.

Comentario^(*)

1. Esta norma precisa que no se admite ninguna intervención de tercero en el proceso de expropiación, salvo lo establecido en el artículo 521 del Código Procesal Civil. En efecto, como vimos, dicho artículo permite la intervención del tercero que tiene derechos inscritos sobre el bien materia de expropiación; esta intervención tiene una naturaleza especial, por lo que cualquier otro tipo de intervención de terceros (excluyente o litisconsorcial, por ejemplo) deberá ser declarada improcedente.

Ello no obstante, el derecho del poseedor u otro tercero que se considerara perjudicado con la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, para ejercer sus derechos en la vía que corresponda. Es decir, el tercero deberá presentar su pretensión en otra vía, pero siempre que no entorpezca el proceso de expropiación; por ejemplo, una demanda autónoma de indemnización de daños y perjuicios, otorgamiento de escritura pública o mejor derecho de propiedad.

2. La LGE subraya en su segunda disposición final, que el pago efectuado en el proceso de expropiación (el justiprecio) surtirá plenos efectos respecto del sujeto activo, sin perjuicio del derecho que tengan los terceros afectados para accionar contra quien hubiera recibido el pago indebidamente.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

POSESIÓN PROVISORIA

ARTÍCULO 530

La solicitud de posesión provisoria del bien en los casos excepcionales a que se refiere el artículo 24 de la Ley General de Expropiaciones, puede formularse en cualquier estado del proceso después del saneamiento procesal, y se tramita como medida cautelar.

La solicitud de posesión provisoria expresará los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio, en caso que el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, a que se refiere el inciso 7 del artículo 520, debidamente actualizada con intereses legales hasta la fecha de la solicitud.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 627, el 25% (veinticinco por ciento) del monto consignado servirá como contra cautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.

La resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se esté discutiendo la causal de la expropiación. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 520 inc. 5, 526, 627, 637.

LEY 27117

art. 24.

Comentario^(**)

1. La posesión provisoria puede ser entendida como una medida cautelar especial (y además se tramita como ella) que está regulada conforme el artículo 24 de la LGE. En ese sentido, este artículo establece que de manera excepcional el juez de la causa podrá ordenar esta medida si: i) Es estrictamente necesaria para prevenir o corregir los efectos de fenómenos y catástrofes naturales, ii) Por razones

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

(**) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

de seguridad, iii) Se dan de proyectos de gran envergadura regulados en el artículo 7 de la LGE, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

a) El sujeto activo lo solicite expresamente. Esto es consecuencia del principio dispositivo por medio del cuál los actos procesales en beneficio de las partes deben ser solicitados por estas.

b) Se acredite la petición adjuntando el certificado de consignación en dinero del monto resultante de la indemnización justipreciada. De no ser posible determinar en esta etapa el monto de la compensación, bastará el monto del valor comercial del bien actualizado.

c) Que se acredite que la posesión provisoria es estrictamente necesaria para los fines de la ejecución de la obra.

d) Que se haya notificado perentoriamente a los ocupantes o posesionarios del bien a expropiarse, para la desocupación inmediata y conforme a los términos que establece el procedimiento expropiatorio.

2. Este artículo establece algunas reglas para ejercer la posesión provisoria, entre ellos:

a) Puede formularse en cualquier estado del proceso después del saneamiento procesal. Esto quiere decir que podría formularse, incluso, en la segunda instancia.

b) Se tramita como medida cautelar. Es decir, se rige por las reglas generales de la tutela cautelar establecidas en los artículos 608 al 634, y las reglas generales del procedimiento cautelar establecidos en los artículos 635 al 641 del Código Procesal Civil. Esta medida cautelar no puede ser, por regla general, una medida innovativa, pues de ordinario no se presenta un perjuicio evidente e irreparable (artículo 682), pero sí puede ser una medida temporal sobre el fondo, dado que de acuerdo al artículo 674 del CPC, excepcionalmente, por la necesidad impostergable de quien lo pide o por la firmeza del fundamento de la demanda, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustantivos de esta.

c) La solicitud de posesión provisoria debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la justifiquen, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio. Si el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, deberá consignar, además, el certificado de consignación de los intereses legales actualizados hasta la fecha de la solicitud.

d) El 25% del monto consignado servirá como contra cautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.

e) La resolución que se pronuncie sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se esté discutiendo la causal de expropiación. En este último caso, la apelación será con efectos suspensivos.

CADUCIDAD

ARTÍCULO 531

El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo caduca en los siguientes casos:

Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de 6 (seis) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación.

Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los 5 (cinco) años meses contados desde la publicación o notificación de la Resolución Suprema correspondiente.

La caducidad se produce de pleno derecho. El juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de 5 (cinco) años de dicho vencimiento. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

art. 522 inc. 1.

Comentario^(**)

1. Este artículo establece (aparentemente) los plazos de caducidad al que está sometido el derecho de expropiar por parte del sujeto activo. Estos plazos son:

a) Seis (6) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación. Una vez publicada la norma que declara la ejecución de la expropiación en el diario oficial *El Peruano* o desde notificada esta al sujeto pasivo (la situación que suceda primero), el actor tiene 6 meses para incoar la demanda; de lo contrario, caducará el derecho a expropiar establecido normativamente.

b) Cinco (5) años contados desde la publicación o notificación de la resolución suprema correspondiente, siempre que se hubiera iniciado el proceso judicial. En

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 27961 de 08/05/2003.

(**) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

este caso, una vez iniciado el proceso judicial, dicho proceso expropiatorio debe concluir en un plazo máximo de 5 años, de lo contrario el derecho caduca inexorablemente. En este caso puede observarse que la caducidad no depende de la inacción del autor (situación que por lo demás, constituye el fundamento del instituto), sino que se basa en la lentitud en la que se lleva el proceso judicial. Podría, por dicha razón, dudarse de la conveniencia de establecer un plazo de caducidad en dicho supuesto; sin embargo, la razón de ser del mismo es claramente la protección a la seguridad jurídica a la que tiene el propietario de un bien materia de expropiación, que no puede estar sometido a un proceso judicial de esta naturaleza de manera ilimitada.

2. El favor hacia la seguridad jurídica del propietario que aparentemente establece el segunda plazo de caducidad, se ve afectado por la última disposición de este artículo, la cual establece que el juez de la causa no puede disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de transcurridos 5 años del vencimiento. En este caso, la resolución judicial que declara concluido el proceso por caducidad del derecho no adquiere la calidad de cosa juzgada, y ello afecta la institución misma de la caducidad. En efecto, tanto la prescripción como la caducidad son institutos de la Teoría General del Derecho que tienden a extinguir situaciones jurídicas sustanciales por la que la resolución judicial que la declara, necesariamente debe constituir cosa juzgada, impidiendo la posibilidad de que pueda volverse a demandar la misma pretensión.

Por último, podría afirmarse válidamente que esta norma no regula un supuesto de caducidad. En efecto, el tercer párrafo de este artículo establece que "la caducidad se declara a pedido de parte", y la caducidad es una institución que opera por el solo plazo del tiempo, por lo que ella se declara de oficio, constituyendo en realidad un deber del juez establecerla, de lo contrario se mantendría una relación jurídico-procesal viciada. Por el contrario, la prescripción solo se declara a pedido de parte (artículo 1992 del Código Civil), por lo que en el presente dispositivo, la regulación en realidad, es la de la prescripción y no la de la caducidad. Ello es importante, puesto que los efectos de ambos son muy diversos; así por ejemplo, en lo que respecta a la posibilidad de la suspensión o interrupción del plazo prescriptorio.

Esta norma adolece de una clara confusión terminológica y muestra un desconocimiento por parte del legislador, en la aplicación de estos institutos tan importantes.

REVERSIÓN

ARTICULO 532

Si dentro del plazo de 12 (doce) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Dentro de los 10 (diez) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, este deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

El derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 (tres) meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo.

Comentario^(*)

1. La reversión es un mecanismo de restitución de la propiedad por no haberse cumplido con los fines del acto expropiatorio. En efecto, como señalamos al comienzo, la expropiación se funda en la *causa expropriandi* que en nuestra legislación es de dos tipos: la seguridad nacional y la necesidad pública. Justamente, la ausencia de la concreción de la *causa expropriandi* legítima el ejercicio de este derecho. En la doctrina se le denomina también derecho de restitución o retrocesión, señalándose que consiste en el "derecho a reclamar la restitución del bien expropiado, previo reintegro del monto indemnizatorio oportunamente recibido, en el caso de que el expropiante destine aquel a un objeto diferente para el cual se lo afectó mediante ley que lo declaró de utilidad pública, o no le otorgue destino alguno"⁽³⁴⁵⁾.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(345) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Tercera reimpresión. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1983, p. 386.

El fundamento de la reversión es otorgar al expropiado la posibilidad de recuperar la propiedad del bien afectado ante la inercia del Estado en el cumplimiento de los fines de la expropiación. Constituye no solo un mecanismo de restitución, sino también una sanción para el Estado, que afectó el derecho patrimonial más importante: la propiedad, sin otorgarle ninguna utilidad o darle un uso inadecuado. Por ello mismo, en estos casos, además de la reversión, debe ser especialmente procedente la indemnización por los daños y perjuicios que puede haber sufrido el sujeto pasivo, entre ellos los daños derivados del lucro cesante, si son adecuadamente acreditados.

2. El derecho a la reversión surge en dos situaciones:

a) Si dentro del plazo de 12 meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida. Los 12 meses no deben contarse a partir de la sentencia que declara la expropiación, sino a partir del momento en que se realiza la ejecución forzada, o la desposesión del bien del sujeto pasivo. En este plazo, el bien debe darse al destino que la norma que declara la expropiación estableció expresamente; es decir, si el bien es utilizado, pero para otro destino, igual surge el derecho a la reversión del mismo. En ese sentido, se señala que en estos casos "se habrá violado la garantía constitucional que tutela la propiedad. Al no destinarse el objeto expropiado al fin que justifica la expropiación, no hay causa expropiatoria, por lo que caerá la razón legal de mantener la propiedad en manos de la administración"⁽³⁴⁶⁾.

Cabe señalar que parte de la doctrina entiende que el supuesto de cambio de destino no debe ser analizado tan rigurosamente. En ese sentido, "si existe conexidad con el destino afectado y aunque fuere distinto del previsto originariamente, la retrocesión [reversión] es improcedente (...). En el cambio de destino conexo no hay cambio sustancial, sino solo formal, porque el bien se lo destina igualmente a utilidad pública, causa -subsistente- que posibilitó la expropiación"⁽³⁴⁷⁾. Sin embargo, consideramos que para que en nuestro sistema pueda aplicarse esta afirmación, debería preverse normativamente, y ello porque el ejercicio de la expropiación es excepcional y, por lo tanto, su aplicación debe ser restrictiva y fundada rigurosamente en todos los presupuestos legales.

b) Si dentro del plazo de 12 meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma. Ahora bien, puede ser que el bien esté destinado al proyecto establecido en la ley expropiatoria (y ello puede deducirse, por ejemplo, de posteriores normas que lo toman en cuenta para la ejecución de la obra); sin embargo, si es

(346) DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Bibliográfica Arriba. Buenos Aires, 1969, p. 301.

(347) DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. T. II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984, p. 99.

que no se han iniciado los trabajos sobre el bien dentro del plazo de 12 meses, igual surge el derecho de reversión.

3. Es titular del derecho de reversión el anterior propietario expropiado y sus herederos, de ser el caso. Ellos pueden solicitar la reversión en el estado en que se expropió el bien, para ello deben rembolsar la misma suma de dinero que percibieron por concepto de indemnización justipreciada. Además de ello, el ex propietario puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios que hubiese sufrido por la desposesión del bien, empero, para ello deberá acreditar el daño efectivo y los demás supuestos de la responsabilidad civil.

De acuerdo al artículo 519 del Código Procesal Civil, el proceso de reversión se tramita bajo las mismas reglas que el proceso de expropiación. Sin embargo, los requisitos para la presentación de la demanda, son evidentemente distintos a los de la expropiación. Así, por ejemplo, el ex propietario no deberá abonar previamente al emplazamiento, el monto percibido por indemnización justipreciada. Por el contrario, ello lo realizará dentro de los 10 días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, consignando en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

Cabe señalar que el derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo de 12 meses de la terminación del proceso judicial de expropiación. Es decir, surgido el derecho de reversión, este tendrá una vida de tres meses para hacerse efectivo.



JURISPRUDENCIA

La acción de reversión de un predio expropiado es de naturaleza eminentemente real, que importa la dilucidación de un mejor derecho de propiedad entre expropiado y expropiante. La retroactividad de una norma importa que esta rija hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir antes de su aplicación inmediata (Exp. N° 1397-7-96, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 180-181).

La ley no da legitimidad al ocupante precario para incoar la caducidad o la reversión (D. Ley 17803).

La caducidad o la reversión no se efectúa de puro derecho. Deben ser declarados en proceso judicial (Exp. N° 961-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 327-328).

Si dentro del término de 12 meses computados a partir de la terminación del procedimiento de expropiación no se hubiese iniciado la obra por la que se hizo la expropiación del predio, este revertirá al expropiado, quien inclusive tiene derecho a una indemnización si acredita haber sufrido perjuicio.

Tal derecho es facultativo de hacerlo valer no teniendo el carácter de irrenunciable (Exp. N° 193-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legri-ma, 1997, pp. 579-581).

Sub-Capítulo 5

TERCERÍA

FUNDAMENTO(*)

ARTÍCULO 533

*La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación. (**)*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 100, 539.
C. de P.P.	art. 99.
C.T.	art. 120.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina	arts. 97-104.
--------------------	---------------

(*) Este artículo tiene una estrecha vinculación con lo regulado en el artículo 100 del CPC, al que se podría apreciar como el texto marco en las tercerías, para luego ingresar a ser desarrollado en la actividad procedimental propiamente dicha, en esta sección del Código. En atención a los comentarios que aparecen expuestos en el mencionado artículo 100 del CPC, tenemos que agregar lo siguiente:

En plena edición de este trabajo, se produjo la modificación del artículo 533 por el Decreto Legislativo Nº 1069 que precisa los alcances de la tercería, manteniendo su redacción originaria, pero incorporándose un siguiente párrafo para precisar que la tercería también puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, siempre y cuando el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación.

La redacción de esta norma es importante pues aclara la indefinición que se venía dando en cuanto a si podía oponerse las tercerías a las garantías reales. Si bien permite recurrir a ella, es importante la condición que se imputa: que el derecho del tercerista como propietario se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación de garantía real. No es que el tercerista demuestre ser propietario del bien, con antelación a la fecha de constitución de la garantía real, sino que esta titularidad necesariamente tiene que haberse inscrito con anterioridad a dicha afectación civil, materia de ejecución. Bajo esta redacción reafirmamos lo sostenido líneas arriba, al señalar que no cabe interponer tercería en los procesos de ejecución de garantías, salvo que el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación. No es suficiente que alegue tener la condición de propietario, con antelación a la garantía constituida sino que esa condición requiere estar inscrita en Registros Públicos, lo cual me parece bastante saludable, ya que esta precisión tiene como fin de poner candados a la tercería, ante el abuso que se venía realizando de ella en la ejecución de garantías. De tal manera que frente a la generalización de la tercería, hoy se encamina hacia un solo derrotero: que el tercerista sea propietario del bien y esa condición se encuentre inscrita con anterioridad a la afectación de la garantía real, materia de ejecución judicial.

(**) Artículo modificado por el D. Leg. Nº 1069 del 28/06/2008.

Comentario^(***)

1. La tercería es un mecanismo de oposición a la ejecución por parte de tercero, ya sea porque este tercero acredita tener el derecho de propiedad de los bienes que han sido afectados por medida cautelar o para la ejecución; o porque es titular de un derecho de crédito preferente al del acreedor. Dicho mecanismo se tramita por medio del proceso abreviado, teniendo reglas procedimentales propias de acuerdo a su especial naturaleza jurídica.

La parte activa de este proceso es el tercerista, la persona cuyo bien está siendo afectado por medida cautelar o para la ejecución, o quien tiene un derecho preferente de pago. A su vez, la parte pasiva está conformada por el demandante (el acreedor) y el demandado (sobre quien se interpone la medida cautelar o la ejecución), conformando una parte pasiva compleja, es decir, un litisconsorcio pasivo necesario.

En lo que respecta a las reglas generales del proceso abreviado, es competente para conocer estos procesos los jueces civiles y los de paz letrados cuando la cuantía de la pretensión es mayor de veinte y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal (artículo 488 del CPC). Asimismo, a este caso se debe aplicar las reglas generales de competencia al no establecerse reglas especiales al respecto. En ese sentido, es competente el juez del lugar del domicilio de cualquiera de los demandados (artículo 15 del CPC). En una sentencia casatoria se determinó que en el caso de la tercería de propiedad también es competente el juez del lugar donde se encuentren los bienes, aunque sea en un lugar alejado del domicilio del demandante o demandado⁽³⁴⁸⁾. Ello en aplicación del artículo 24 inciso 1, que establece la competencia facultativa y señala que es competente, además del domicilio del demandado, a elección del demandante, "El juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales".

Cabe señalar que la tercería de propiedad se entiende sobre cualquier bien, ya sea mueble o inmueble, siempre que se cumpla con acreditar dicha propiedad, por lo menos, con documento público o privado de fecha cierta; y el bien esté siendo ejecutado o afectado mediante medida cautelar.

Algunos entienden que las "tercerías" constituyen forma de intervención de terceros en el proceso, equiparándola a la intervención coadyuvante o litisconsorcial; sin embargo, la naturaleza de esta institución es bastante diferente. En efecto, si bien el tercerista es un tercero con relación al proceso de ejecución, no es un

(***) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(348) Cas. N° 3795-2006-Lima. 12/12/2006 (*El Peruano*, 01/02/2007).

típico tercero voluntario, sino que instaura una pretensión autónoma en un proceso autónomo cuyos efectos repercutirán en el proceso en donde se afectó el bien.

2. La tercería puede ser de dos tipos: tercería de propiedad y tercería de pago. El Código Procesal Civil regula la tercería de propiedad en dos situaciones distintas: primero, en el artículo 100 referente a la intervención de terceros, y además la regula en el artículo 533 y siguientes, bajo el nombre de "tercería". El artículo 100 del CPC no hace más que reiterar innecesariamente lo dicho en el artículo 533, tratándose de una verdadera tercería y no de una "forma de intervención de tercero" en un proceso *inter alios*. Así, esta supuesta intervención de tercero da lugar a un proceso de cognición autónomo y distinto del proceso, y justamente la tercería propiamente dicha, constituye un proceso de cognición que se tramita como proceso abreviado, cuyas partes serán el tercero (tercerista demandante) y el ejecutante y ejecutado (como demandados).

Esta tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados: a) por medida cautelar, y b) para la ejecución. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran en conflicto, habiendo dos posiciones bien marcadas: por un lado, se afirma que la tercería también es procedente en el caso de ejecución de garantías, y por otro lado se señala que por el contrario, en este proceso no es procedente. El fundamento de la primera orientación sería una lectura literal del artículo en cuestión, que permite que las tercerías se instauren siempre que exista afectación de bienes para la ejecución (y ello sucede ciertamente, con la ejecución de garantías), y la otra orientación señala que no tiene caso admitir estas tercerías si es que de acuerdo a los principios registrales, siempre vencerá el derecho real de garantía⁽³⁴⁹⁾. En efecto, es habitual que se presenten tercerías de propiedad fundándose en documentos privados de fecha cierta, y al final la hipoteca inscrita prevalezca.

Por ello se afirma que este tipo de demandas deben ser declaradas improcedentes preliminarmente, sobre todo para hacer efectivo el derecho de crédito de los acreedores, ya que de lo contrario se aumentarían los costos de transacción y se afectaría el derecho a la tutela efectiva del acreedor ejecutante⁽³⁵⁰⁾.

(349) "No vemos ninguna razón que justifique la admisión de demandas de tercería de propiedad cuando se sabe por anticipado que no tienen ninguna posibilidad razonable de éxito por la prescripción del artículo 2022 del Código Civil. En este escenario, la suspensión del remate no resulta adecuada, y si bien el artículo 536 del Código Procesal Civil prevé este efecto, estimamos que debe limitarse a las demandas de tercería de propiedad promovidas cuando existen medidas cautelares que afectan los bienes de un tercero o cuando el juez a pedido de parte decide afectar bienes para la ejecución". (MARTEL CHANG, Rolando. "Hipoteca y tercería de propiedad. Una necesaria relectura en aras de la tutela jurisdiccional efectiva", en: *Actualidad jurídica*. T. 144, Gaceta Jurídica, noviembre de 2005, p. 53).

(350) "La improcedencia ab initio de la tercería de propiedad en relación a la ejecución de garantías es el último paso para que se haga efectivo en la praxis la oponibilidad de las garantías reales: pues actualmente, cualquiera puede burlar un crédito –al dilatar un proceso innecesariamente– a pesar de existir una garantía real y publicidad sobre la afectación del bien, retardando la ejecución efectiva y la recuperación del crédito, así como, aumentando los costos de transacción y afectando el derecho a la tutela efectiva del acreedor ejecutante". (LUPERDI GAMBOA,

Esta orientación es seguida también por un sector de la jurisprudencia que considera que la tercería interpuesta en estas circunstancias es “manifiestamente improcedente por constituir un petitorio jurídicamente imposible” (Cas. N° 310-01-Lambayeque del 31 de junio de 2001) y ello basándose en los principios registrales de prioridad (artículo 2016 del CC) y oponibilidad (artículo 2022 del CC), pues la garantía se basa en la apariencia de titularidad que muestra el registro. Sin embargo, esta orientación es del todo sesgada. La declaración de improcedencia implica que la demanda no posee los presupuestos mínimos para iniciar un proceso judicial, y si frente a la ejecución alguien alega la propiedad del bien materia de esa ejecución con documento de fecha cierta (propiedad válidamente constituida según nuestro sistema), ¿cómo puede rechazarse de primer plano esta pretensión? No vemos que falte un presupuesto para iniciar la demanda; por el contrario, alegando la propiedad con documento de fecha cierta se cumple con el requisito especial de admisibilidad para la tercería establecido en el CPC (artículo 535). Cabe señalar que el supuesto de petitorio jurídicamente imposible implica que aquello que se pretende no es permitido por el derecho, situación que en estos casos no puede configurarse pues pretender la tutela de la propiedad válidamente adquirida es totalmente posible, teniendo en cuenta, además, que en la demanda se puede alegar la mala fe del ejecutante al constituir la hipoteca, por lo que la mera inscripción registral no puede ser suficiente para rechazar de plano una demanda; por el contrario, la alegación de la propiedad obliga al juez a valorar las pruebas, escuchar a las partes, pronunciarse sobre el fondo y señalar por qué vence el tercerista o el ejecutante⁽³⁵¹⁾.

En dicho contexto, no hay duda de que la demanda de tercería debe ser admitida, y la consecuencia será la suspensión del proceso de ejecución hasta que no se resuelva la misma. Pero los presupuestos para interponer la demanda de tercería no son suficientes para asegurar su éxito en el proceso. En efecto, teniendo en cuenta el principio de prioridad (artículo 2016 del Código Civil), que implica que la prioridad en la inscripción determina la preferencia del derecho, y el principio de oponibilidad (artículo 2022 del Código Civil), que señala que para oponer derechos reales sobre inmuebles contra otros que también tiene derechos reales sobre el mismo, es necesario que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad; la propiedad del adquirente mediante contrato con fecha cierta, es por decir lo menos, precaria.

Justamente, esta es la orientación que ha seguido la jurisprudencia nacional: “Que, en efecto, la compraventa celebrada (...) no ha sido debidamente inscrito.

César Ernesto. “Tercería de propiedad vs. Ejecución de garantías. Un atentado contra los acreedores y un desincentivo para el otorgamiento de créditos”, en: *Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad Jurídica*, T. 340, V. II. Setiembre, 2004, p. 80).

(351) En este sentido ver: ARIANO DEHO, Eugenia. “Sobre la procedencia de las tercerías en la ejecución de garantías”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 46. Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2002.

[sic], pues si bien este derecho en nuestra legislación es opcional, dada la naturaleza consensual de los contratos en mención, no es menos cierto que para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone, tal como estatuye el primer párrafo del artículo 2022 del Código sustantivo" (Exp. N° 3234-97, en esta línea: Cas. N° 310-01-Lambayeque).

Sin embargo, reiteramos, el juez, para valorar la suerte de la tercería, no puede fijarse solo en los artículos antes mencionados. En efecto, si cuando hay conflicto entre dos personas que alegan tener la titularidad sobre un mismo bien, se prefiere al que de buena fe inscribió primero (artículo 1135 del Código Civil), esta regla se debería aplicar analógicamente a todos los supuestos en los que haya conflictos de derechos reales sobre el mismo bien (no solo de propiedad), por tanto, las inscripciones deben ampararse en derechos adquiridos de buena fe, de lo contrario se podrá contradecir la inscripción registral, pues la buena fe se presume mientras no se pruebe que se conocía la inexactitud del registro (artículo 2014 del Código Civil). Así, en nuestro sistema frente al conflicto entre dos sujetos que se afirman titulares de un derecho real sobre el mismo bien, se prefiere a quien haya obrado de **buena fe** y haya inscrito su derecho antes que el otro. Si ambos han adquirido su derecho de buena fe, la preferencia la determina solo el dato objetivo del tiempo en la inscripción; por el contrario, si el que inscribe primero sabía que el bien ya no pertenecía al que le enajenó el bien (o el que lo gravó en su favor), entonces es necesario acudir al dato subjetivo, esto es al cumplimiento del deber de buena fe.

De esta manera, para que la tercería se haga efectiva en la ejecución de garantías, es necesario que el tercerista no solo pruebe que tiene un derecho de propiedad anterior con fecha cierta, sino que, además, deberá probar que el constituyente de la hipoteca actuó a sabiendas de que ese bien ya pertenecía a otra persona, es decir, actuó de mala fe.

Por estas consideraciones, para que la tercería resulte eficaz (no a nivel de admisibilidad de la demanda, sino a nivel de resolución del conflicto), no es suficiente para el demandante probar su derecho de propiedad, sino que deberá probar que ese derecho de propiedad es oponible al derecho del ejecutante, y ello deberá hacerlo ya sea alegando que su derecho de propiedad (que ya está constituido) ha sido protegido con la inscripción registral prioritariamente inscrita, o que el derecho del ejecutante, si bien ha sido inscrito con anterioridad, ha sido constituido de mala fe; de esta manera, el objeto de prueba para el tercerista es demostrar que su derecho de propiedad es oponible al derecho del ejecutado, y a su vez, el ejecutante podrá alegar que su derecho de embargo es oponible a la propiedad del tercerista, ya sea porque tiene prioridad registral, ya sea porque existe connivencia entre tercerista y demandado, por lo que la inscripción y la buena o mala fe

son siempre criterios de oponibilidad que deben verificarse para resolver el conflicto y no para admitir la demanda⁽³⁵²⁾.

Orientaciones como la presentada son tachadas de "ineficientes" y desalentadoras del crédito⁽³⁵³⁾. En efecto, se alega que la tercería sería usada como un mecanismo de dilación de los procesos de ejecución que tendría como única finalidad evitar que los bienes en garantías sean ejecutados oportunamente. El problema está en que no puede sacrificarse el derecho a la tutela jurisdiccional del tercerista en aras de una tutela más rápida del crédito, por lo que la celeridad procesal debe estar en el lado del juez, quien debe resolver veloz y eficientemente el conflicto, y no en la sustracción de la tutela jurisdiccional del ejecutado. En ese sentido, Eugenia Ariano ha señalado que la salida más indicada sería admitir la demanda de tercería y subordinar la suspensión de la ejecución previo contradictorio con la parte contraria, y que el juez decida si suspende o no la ejecución, en decisión apelable sin efectos suspensivos⁽³⁵⁴⁾. De esta manera, se conciliarían el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del tercerista y el derecho del ejecutante a que la ejecución siga su curso.

Por lo demás, la norma en cuestión es bastante clara, poniéndose en dos supuestos generales: la afectación que se hace en el marco de un proceso cautelar, y la afectación que se hace para la ejecución, y siendo el caso que la norma no

(352) Como ha sido afirmado: "el que se pruebe que el derecho que se pretende oponer esté inscrito antes de aquel al cual se opone ¿es un requisito para admitir la tercería o es un criterio para resolver el conflicto? Ciertamente (...) la respuesta a la interrogante va por la segunda opción: la prioridad en el tiempo en la inscripción es uno (no el único) de los criterios para resolver el conflicto y, como tal, ello requiere del proceso cual vehículo para resolverlo, debiéndose excluir que aquello se exija como requisito para admitir la demanda" (ARIANO DEHO, Eugenia. Op. cit.

(353) Un fundamento habitual para la improcedencia *in limine* de las tercerías que no se funden en la inscripción de la propiedad, es la llamada "economía procesal", así: "¿acaso tal requisito [la inscripción] no debería ser tomado en cuenta en el momento de la admisión de la tercería, ya que dejarlo de lado en dicha etapa no es atentar contra el principio de economía procesal, por cuanto se permite la prosecución de un proceso cuyo final es predecible? (HERENCIA ORTEGA, Inés. "¿La compraventa no inscrita es oponible al embargo inscrito?" En: *Actualidad Jurídica*. N° 135. Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2005, p. 24). El principio de la economía procesal es recogido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil: "el proceso debe de realizarse procurando que su desarrollo ocurra con el menor número de actos procesales y a fin de lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica". Frente a esta disposición nos preguntamos ¿cómo puede alegarse la economía y celeridad del proceso si este ni siquiera se ha iniciado?, la norma en mención está dirigida a hacer un proceso más efectivo y rápido no a evitar que el proceso se inicie, por lo que se estaría deformando peligrosamente este precepto. En ese sentido se señala: "Naturalmente, el legislador en su infinita confianza en el juez, al conceder este inmenso poder no tuvo en cuenta un dato tan elemental como obvio (y realista): cada proceso representa para un juez, simple y llanamente,.... trabajo. Y si de economía procesal se trata, cuando un juez tiene mucho trabajo atrasado, resulta muy comprensible (y humano) que se tome el económico (para él) camino de la inadmisibilidad (con un plazo muy corto para subsanar, en la esperanza que no se subsane) o de la fatal improcedencia. Con la consecuencia de que el frustrado actor o hace lo que hizo nuestro tercerista (apelar e ir luego a casación) o hace forum shopping, o sea se lanza desesperado a la antieconómica (para él) tarea de encontrar un juez que quiera admitirle la demanda". (ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre el poder del juez de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 41. Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2002).

(354) ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre el poder del juez de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso". Op. cit.

diferencia la forma en que se hace esta afectación (es decir, si se hace en el marco de un proceso judicial, o de forma extrajudicial), debemos entender que se refiere a cualquier tipo de afectación, como las que se realizan mediante la prenda o hipoteca, que siempre constituyen afectaciones para asegurar la ejecución.

3. Si bien es cierto, cuando la demanda de tercería de propiedad se enfrente a una ejecución de garantías, no debería ser declarada improcedente preliminarmente por el simple hecho de no estar inscrita la propiedad del tercerista en los Registros Públicos; cuando estamos ante el caso de las tercerías contra embargos en forma de inscripción, la posición mayoritaria se va también al otro extremo. Aquí se sigue el proceso para concluir que como la tercería defiende un derecho de propiedad y este de acuerdo a las reglas del derecho común tiene más fuerza que el embargo (que sería un derecho personal), entonces debe vencer el tercerista.

Es paradójico que cuando se trata de enfrentar dos derechos reales: el derecho real por antonomasia, la propiedad, *versus* un derecho real de garantía como la hipoteca, la mayoría no duda en darle privilegio a la hipoteca primeramente inscrita, y esto es paradójico porque en el fondo la función del derecho real “de garantía”, es simplemente tutelar (y buscar efectivizar) el derecho de crédito, tan igual como el embargo⁽³⁵⁵⁾. En ese sentido, encontramos tratamientos bastantes diferentes para figuras con similar función. Así, cuando se interpone una tercería de propiedad contra una hipoteca la jurisprudencia, como vimos, incluso llega a aplicar la improcedencia *in limine* de la tercería, pues la propiedad no inscrita no podría vencer a una hipoteca basada en la buena fe pública registral:

“Conforme se advierte de autos el a quo ha declarado liminarmente improcedente la demanda de verificar que el título de la demandante, sustentado en un documento con firmas legalizadas no se encuentra inscrito en Registros Públicos, y por lo tanto no resulta oponible a una hipoteca que si cuenta con la garantía de la inscripción registral (...) las instancias jurisdiccionales han emitido pronunciamiento motivado, declarando liminarmente improcedente la demanda; asimismo, han actuado conforme a los principios de economía y celeridad procesales (...)” (Cas. N° 1898-2004-La Libertad. *El Peruano*, 03/07/2006)

Por el contrario, cuando una tercería se opone a un embargo inscrito también bajo el tamiz de la buena fe, buena parte de la jurisprudencia no duda en otorgarle preferencia a la propiedad no inscrita:

(355) Salvatore Satta ha señalado que el embargo “expresa la constante y natural tendencia de las situaciones instrumentales a transformarse en situaciones jurídicas reales, de las cuales ofrecen evidentes ejemplos la hipoteca y la prenda (...)” (SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. XIII ed., A cura di Carmine Punzi, Cedam, Milán, 2000, p. 605).

“El derecho de un acreedor embargante no es equiparable a un derecho real de propiedad, a efectos de la oponibilidad establecida por el artículo 2022 para los derechos reales sobre inmuebles, puesto que el primero se sustenta en un derecho de crédito, cuyo objeto es una prestación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer; a diferencia del derecho real cuyo objeto es un bien. Es decir, se trata de derechos de distinta naturaleza a los cuales les serán aplicables las reglas del derecho común” (Cas. Nº 3800-2002-Arequipa. *El Peruano*, 30/10/2003)⁽³⁵⁶⁾.

Considero que estas incoherencias se deben básicamente a dos factores: uno es el misterioso artículo 2022 del Código Civil, y otro es el desconocimiento o conocimiento superficial por parte de muchos jueces de las instituciones del Derecho Civil.

Veamos primero el artículo en mención. La fórmula que usa este artículo es, por decir lo menos, oscura. En efecto, el tenor de la norma nos dice:

“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes y también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

Aquí radican los primeros problemas, pues si se contraponen dos instituciones tan indeterminadas como son la “propiedad no inscrita” y el “embargo” (cuyas teorías acerca de su naturaleza jurídica abundan), de las que lo único que se sabe a ciencia cierta, es que son de “distinta naturaleza”, por lo que su concurrencia se dilucidaría con el parámetro (también indeterminado) del “derecho común”, entonces tendremos como resultado una total falta de perspectiva⁽³⁵⁷⁾.

A estos problemas cabe agregar nuestro no menos problemático sistema de transferencia de propiedad inmueble que permite la existencia de una propiedad poco oponible ante las exigencias del tráfico económico⁽³⁵⁸⁾.

(356) Así también: “Al existir un derecho real frente a un derecho crediticio, de carácter personal, prevalecerá el primero. Para la oposición de derechos de diferente naturaleza sobre inmuebles se aplican las reglas del derecho común. Si la transferencia de propiedad fue anterior al embargo en cuestión, deviene en fundada la tercera, pues se ha embargado un bien que ya no era de propiedad de los ejecutados, no siendo necesario, para perfeccionar la transferencia, la inscripción de la misma” (Exp. Nº 2583-99).

(357) MERINO ACUÑA, Roger. “Propiedad no inscrita versus embargo inscrito. Desvaríos jurisprudenciales en torno al artículo 2022 del Código Civil”, en: *Actualidad Jurídica*, Nº 153, Gaceta Jurídica. Lima, agosto de 2006.

(358) Es paradójico que una de las funciones que satisface el sistema de transferencia solo *consensus* sea la de agilizar el tráfico económico evitando las formalidades, cuando en la actualidad este sistema evita que puedan realizarse transacciones eficientes justamente por la falta de confianza y seguridad en la adquisición. Sobre las diversas funciones de los sistemas de transferencia de propiedad: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú”, en: *Themis* Revista de derecho publicada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994, p. 158.

Es claro que el legislador ha tenido en mente dos categorías de derechos inmutables y tradicionales, el derecho real y el derecho personal, reconduciendo toda la fenomenología jurídica a estas instituciones. El problema es que la judicatura ha seguido esta visión y ha parametrado todos los conceptos a estos clásicos derechos, sin analizar a fondo los presupuestos y las funciones que cumplen determinadas instituciones jurídicas.

Con respecto al embargo, se debe aclarar que este no es un derecho de crédito (personal u obligacional, si se quiere), sino que es un mecanismo de tutela procesal del derecho de crédito⁽³⁵⁹⁾. Cabe señalar que el hecho de que el embargo sea un mecanismo de tutela del derecho de crédito no implica que tenga naturaleza personal⁽³⁶⁰⁾, pues esta lectura obligaría a afirmar que todos los mecanismos de tutela del derecho de crédito tengan su misma naturaleza cuando incluso normativamente se les ha otorgado naturaleza distinta (por ejemplo, la hipoteca o la prenda). Así, el hecho de ser un mecanismo de tutela no implica tener la misma naturaleza jurídica de la situación jurídica tutelada, se afirma por ello que los mecanismos de tutela o remedios comúnmente gozan de autonomía respecto al derecho y/o interés a cuya tutela es preordenado y se distingue además de la acción procesal o sea del instrumento con el cual puede ser hecho valer en juicio⁽³⁶¹⁾.

Por otro lado, la remisión a "las normas del derecho común" se hace de forma totalmente desinformada. El *ius commune* o derecho común nació como concepto en la edad media y estaba referido a la aplicación del Derecho Romano a los ordenamientos particulares. Así, el Derecho común estaba constituido por la convivencia de más sistemas jurídicos, de los cuales uno era residual (el Derecho Romano) o sea dotado de extensión máxima y de incidencia efectiva menor comparativamente a los otros sistemas. De esta manera, el Derecho común era un derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por cualquier ley particular⁽³⁶²⁾.

Por ello, durante todo el siglo XIII, permanece por todas partes una superposición y convivencia, muchas veces en armonía, otras integrándose, a veces enfrentándose, entre Derecho común y Derechos particulares⁽³⁶³⁾, entre un patrimonio

(359) Así: BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Traducción de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970, p. 435 y ss.

(360) Como parece sugerir la siguiente casación: "El derecho de un acreedor embargante no es equiparable a un derecho real de propiedad, a efectos de la oponibilidad establecida por el artículo 2022 para los derechos reales sobre inmuebles, puesto que el primero se sustenta en un derecho de crédito, cuyo objeto es una prestación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer; a diferencia del derecho real cuyo objeto es un bien. Es decir, se trata de derechos de distinta naturaleza a los cuales les serán aplicables las reglas del derecho común". (Cas. Nº 3800-2002-Arequipa, *El Peruano*, 30/10/2003).

(361) DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Quarta Edizione Riveduta e Aggiornata. Giuffrè. Milán, 2003, p. 54.

(362) TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y Política del Derecho*. Primera Edición española. Fondo de Cultura de México. México, 1995, p. 57.

(363) GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 1996, p. 221.

jurídico de raíz científico-universal, y un conjunto local de instancias consuetudinarias. Estatutos comunales, costumbres locales, la primera legislación de los príncipes en las monarquías, Derecho feudal, Derecho mercantil, se consolidan y respiran el aire del Derecho común⁽³⁶⁴⁾, en un pluralismo que duró hasta el surgimiento del Estado nacional en el Derecho moderno.

Cabe señalar que si el punto esencial del derecho común era su residualidad en confrontación con los derechos particulares, ¿cómo es posible entender que siendo el libro de Registros Públicos uno ajeno al "derecho común" no se aplican sus reglas en los casos en donde está en juego la confrontación entre dos situaciones subjetivas, una de las cuales está inscrita? Si quisiéramos seguir manteniendo el nombre "Derecho común", entonces necesariamente esta supuesta regulación (no registral) que configuraría nuestro "Derecho común", tendría que respetar la regulación particular (registral) en los casos en los que uno de las situaciones jurídicas es inscrita primero.

En fin, siendo el término "derecho común" uno netamente historiográfico, no puede llevarnos a utilizarlo como parámetro para determinar la preferencia de una situación jurídica subjetiva sobre otra⁽³⁶⁵⁾.

Como pueda observarse, "la naturaleza jurídica" en estos casos es intrascendente. La inscripción y la buena fe son pues los parámetros necesarios para determinar quién vence en la controversia entre situaciones jurídicas de ventaja. En efecto, frente al embargo inscrito de buena fe, la inscripción de la propiedad no es lo único que podría oponerse al embargo, sino también la alegación de la mala fe del acreedor, es decir, que supiera o estaba en la posibilidad de saber que los bienes que embargaba no eran de propiedad del deudor⁽³⁶⁶⁾.

4. La tercería de derecho preferente o tercería de pago se fundamenta en la protección del derecho de crédito del acreedor, el mismo que tiene preferencia frente los otros créditos ya sea por estar garantizado o por tener algún privilegio legal. Por esta razón, el demandante se encuentra facultado a exigirlo en primer lugar.

(364) Junto al Derecho común del que hacemos referencia, y en el que conviven los diferentes ordenamientos jurídicos, existía el ordenamiento canónico; la diferencia que había entre ellos era que mientras el *ius commune* era el ordenamiento universal del imperio temporal, asociado a la autoridad del emperador, el Derecho canónico era el ordenamiento universal del campo espiritual, directamente asociado a la autoridad del Papa (MERRYMAN, Jhon Henry. *La tradición jurídica romano canónica*, Tercera reimpresión, Fondo de cultura económica. México, 1997, p. 32. CALASSO, Francesco. "Voz Autonomía", en: *Enciclopedia del Diritto*, T. IV, Giuffrè, Italia, 1959, p. 350).

(365) MERINO ACUÑA, Roger. "La demanda de tercería de propiedad y la contraposición entre propiedad no inscrita y embargo inscrito", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. V. 12. Nº 98. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2006.

(366) Así se ha determinado jurisprudencialmente: "Ha quedado establecido que la compradora conocía la venta irregular desde que su representante legal formaba parte del estudio jurídico que asumió la defensa legal de la vendedora en el proceso de nulidad de acuerdos societarios, de manera que la buena fe registral invocada ha quedado desvirtuada por completo. Se infiere de lo anotado que la recurrente tenía conocimiento de la inexactitud de los datos que aparecen en el registro, por lo que no cuenta con buena fe registral" (Cas. Nº 1788-2003-Lima).

Este proceso también se tramita conforme a las reglas del proceso abreviado, tratándose, pues, de un proceso de cognición, cuyo objeto será dilucidar si el tercerista tiene un derecho preferente a ser pagado antes que el acreedor ejecutante. Admitida la tercería de pago se suspende el pago al acreedor hasta que se resuelva la misma (artículo 537 del CPC). Cabe señalar que esta tercería solo puede formularse antes que se realice el pago al acreedor (artículo 534).

Al referirnos a la tercería no podemos dejar de compartir la información que aparece registrada en los archivos de la Corte Suprema de la República, precisamente sobre el tema de las tercerías. La inquietud de algunos vocales supremos (Manuel Sánchez-Palacios Paiva, Andrés Echevarría Adrianzén y Víctor Ticona Postigo) quienes, desde el año 2005, vienen solicitando se convoque a un Pleno Casatorio, para no continuar con la emisión de fallos contradictorios cuando se tenga que definir las reglas aplicables a la tercería. Algunas sentencias en casación han establecido que cuando se enfrentan un derecho personal, en este caso un embargo para asegurar el cobro de una suma de dinero, y un derecho real fehacientemente acreditado, rigen las reglas del derecho común como manda el último párrafo del artículo 2022 citado, en cuyo caso se ampara la tercería. Otras ejecutorias han establecido que el embargo inscrito tiene prioridad frente al derecho de propiedad no inscrito, por aplicación del principio de prioridad registral.

A pesar de ello, la convocatoria no ha sido acogida, pero en aras de que no sea solo el caso de Minera Yanacocha, la única que hasta el momento ha provocado un Pleno Casatorio en la Corte Suprema, transcribimos a continuación el tenor del oficio de fecha 15 de julio de 2005, dirigido al Presidente de la Corte Suprema de ese entonces, para dejar constancia de que hay un movimiento académico al interior de la Corte Suprema que viene silenciosamente, solicitando la elaboración de la tan ansiada jurisprudencia vinculante. Estamos seguro de que el documento hablará por sí mismo.

Lima, 15 de julio de 2005.

Señor doctor

Walter Vásquez Vejarano,

Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del
Poder Judicial.

Presente.

Señor:

Vuestra Comisión de Casación solicita a Usted se sirva convocar a un Pleno Casatorio, a fin de que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia defina la interpretación que se debe dar al artículo 2022 del CC, en la resolución de los casos de tercería de propiedad.

Esta convocatoria es imperativa por disposición del artículo 400 del CPC, penúltimo párrafo, pues se han dado interpretaciones contradictorias por la Corte Suprema, expresadas en determinadas Ejecutorias Supremas, como más adelante se señala. También es de aplicación lo dispuesto en el artículo 22 de la LOPJ.

Un importante número de sentencias en casación ha establecido, que cuando se enfrentan un derecho personal, en este caso un embargo para asegurar el cobro de una suma de dinero, y un derecho real fehacientemente acreditado, rigen las reglas del derecho común como manda el último párrafo del artículo 2022 citado, en cuyo caso se ampara la tercería.

Otras ejecutorias en cambio han establecido que el embargo inscrito tiene prioridad frente al derecho de propiedad no inscrito, por aplicación del principio de prioridad registral.

En la orientación de las primeras hay un alto número de ejecutorias, como las citadas al pie del texto del artículo 2022 en el Código Civil comentado publicado por la "Asociación No Hay Derecho".

Ahora acompañamos copias de los cuadernillos de casación de las siguientes ejecutorias: N^os 627-96 de 21 de noviembre de 1997; 490-2001 de 22 de junio de 2001; 2472-2001 de 8 de abril de 2002; 2912-2001 de 28 de enero de 2002; 2974-2001 de 12 de febrero de 2001; 4278-2001 de 10 de junio de 2002; 1394-2002 de 18 de septiembre de 2002; 2570-2002 de 29 de enero de 2003; y 2720-2002 de 7 de febrero de 2003.

Entre las segundas: N^os 2683-2001 de 9 de diciembre de 2002 y 1407-2002 de 14 de noviembre de 2003, que también acompañamos en copia.

Vuestra Comisión propone que el pronunciamiento de la Sala Plena establezca como doctrina jurisprudencial, que cuando en un proceso de tercería de propiedad, se enfrentan un derecho personal o de crédito y un derecho real, el conflicto se resolverá por las reglas del derecho común, como establece el artículo 2022 *in fine* del Código Civil, y en ese caso si el derecho de propiedad se acredita con documento de fecha cierta anterior a la del embargo inscrito, debe ampararse la tercería y mandar levantar el embargo.

De las ejecutorias examinadas, proponemos que se otorgue categoría de jurisprudencia vinculante a la Cas-1394-02 de 18 de septiembre de 2002, por estimar su fundamentación adecuada.

La posición contraria preconiza el principio de Prioridad Registral, según el cual los derechos que otorgan los Registros Públicos están determinados por la fecha de su inscripción. Debe entenderse, no obstante, que dicha prioridad rige solo cuando se trata de confrontar dos derechos que se encuentran inscritos en los registros, o sea derechos reales, como así se explica en la Exposición de Motivos del CC cuando refiriéndose al artículo 2016 señala: "Este artículo reconoce el principio de prioridad de rango, que es la que se produce respecto de **derechos sucesivamente inscritos** con posibilidad de concurrencia registral. En este caso, los **derechos inscritos** no se excluyen pero sí se jerarquizan en función de la antigüedad de su inscripción"⁽ⁱ⁾.

En consecuencia, la aplicación de la norma en mención, al momento de confrontar un derecho real no inscrito contra un derecho personal o de crédito inscrito, resulta impertinente para motivar una supuesta prevalencia de este último derecho para el caso específicamente planteado.

No debe perderse de vista la necesidad de poner énfasis en el principio de Especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), que es uno de los criterios elaborados por la doctrina para superar la posible existencia de incompatibilidad normativa⁽ⁱⁱ⁾. Este principio establece que la disposición especial prima sobre la general, una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más específico y, si esto es así, primará esta sobre aquella en su campo determinado.

(i) BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del CC*. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1998, p. 211.

(ii) Los otros criterios son: cronológico y el de jerarquía. Véase al respecto: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003, p. 39 y ss.

En el caso de la confrontación de un derecho real no inscrito y un derecho personal o de crédito inscrito, en aplicación de la norma especial contenida en el segundo párrafo del artículo 2022 del CC corresponderá aplicar las normas de derecho común, por así preverlo la norma especial que regula esta situación particular.

Fundamentación a favor de la propuesta.

Tenemos en apoyo de nuestra tesis y propuesta argumentos de carácter histórico, constitucional, registral y civil.

El antecedente del Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936 no tenía una norma precisa al respecto, lo que se estimó como un vacío legal, mas la jurisprudencia de la Corte Suprema en la aplicación de su artículo 1050 privilegió el derecho de propiedad⁽ⁱⁱⁱ⁾, aun cuando no estuviera inscrito, frente a un embargo inscrito.

Así en la Ejecutoria de 20 de mayo de 1954 se declaró fundada la tercería excluyente de dominio interpuesta por quien había adquirido la propiedad del inmueble con anterioridad, lo que acreditó con testimonio de la escritura pública correspondiente, y se mandó levantar un embargo trabado e inscrito con posterioridad^(iv); y del mismo modo en la ejecutoria de 1 de junio de 1954^(v).

El Código Civil de 1984

Esto que ya era una corriente jurisprudencial, fue recogido por el reformador del Código de 1984 en la parte final del artículo 2022, ya citado.

La Exposición de Motivos Oficial señala al respecto:

"No hay duda que, si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que inscribió primero; esto es confirmado por la primera parte de este artículo; pero si se trata de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del citado artículo, tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal y además, porque el derecho real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece del derecho personal".

En los comentarios al Libro de los Registros Públicos, a cargo del Dr. Jorge E. Orihuela Iberico, con la colaboración del Dr. Manuel Reátegui Tomatis y la Dra. Nelly Calderón Navarro, publicados en la Compilación efectuada por la Dra. Delia Revoredo, en la parte pertinente al artículo 2022 se lee:

"El artículo 1050 del CC de 1936 ubicado entre las normas sobre el Registro de la Propiedad Inmueble, es el antecedente del artículo 2022.

El artículo 2022 se refiere no solo a los "derechos" como lo hacía su antecedente, sino precisa que esos derechos deben ser reales. Expresa que la preferencia de derechos está determinada por la antigüedad de la inscripción, o sea el principio de prioridad.

Es de rango cuando se prefiere, tratándose por ejemplo de dos hipotecas, al acreedor cuyo derecho ha sido primeramente inscrito, no obstante que su título conste de documento con fecha más reciente.

(iii) Artículo 1050.- Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

(iv) Trascrita en la Colección José Montenegro Baca, Tomo VII, p. 365.

(v) En la misma Colección, p. 366

La segunda parte del artículo 2022 trata sobre derechos de diferente naturaleza, con lo que definitivamente quedan resueltos los problemas suscitados en este campo por el vacío legal del Código derogado, lo que constituye sin duda, uno de los tantos ciertos del Código vigente.

Un ejemplo puede aclarar este punto: A transfiere un inmueble a B (derecho real) pero no se inscribe la compraventa y C acreedor de A, traba embargo sobre el inmueble vendido que aparece inscrito a nombre de A (derecho de crédito). Por lo que, en aplicación de la regla contenida en el artículo que comentamos, tratándose de derechos de diferente naturaleza, se aplican las disposiciones del derecho común, es decir que si B acredita que su título emana de un documento de fecha cierta anterior al embargo, el inmueble adquirido no responde frente al gravamen anotado. A contrario sensu, si la transferencia del inmueble se efectuó con posterioridad a la fecha de anotación del embargo, este prevalece sobre el derecho real^(vi).

Fundamento Constitucional

El Capítulo III del Título Primero de la Constitución Política del Estado regula el derecho de propiedad, su artículo 70 establece su naturaleza inviolable y declara que el propio Estado lo garantiza, protección que evidentemente, se otorga por acción del Poder Judicial.

Este derecho, de naturaleza real, prima sobre cualquier otro derecho que se le confronte, de crédito o personal.

Los Principios Registrales

En principio, el Registro de la Propiedad Inmueble está destinado a Proteger Derechos Reales. El artículo 2019 del CC, enumera los actos y derechos inscribibles, todos referidos a derechos reales, salvo "los embargos y demandas verosíblemente acreditados, los que conforme al artículo 79 del Reglamento del Registro de la Propiedad Inmueble, solo son materia de "anotaciones preventivas".

La anotación de un embargo tiene por finalidad asegurar la efectividad de derechos de crédito, que por sí mismos no son inscribibles ni tienen eficacia real y recae sobre un bien inscrito a nombre del deudor.

El embargo puede ser decretado en cualquier procedimiento civil, penal o contencioso-administrativo, e inscrito busca asegurar la preferencia para el cobro, en cuanto a los créditos posteriores, y por otro lado le da publicidad *erga omnes*, de tal manera que quien pretenda adquirir el bien, lo hará con dicha carga. Es necesario subrayar que el hecho de su anotación en el Registro no lo convierte en derecho real.

En el sistema registral peruano, la inscripción de un acto o contrato es declarativo, es decir se limita a manifestar un cambio real que tuvo lugar por alguno de los modos previstos en el CC. y solo es constitutivo para el derecho real de hipoteca, de tal manera que si bien la inscripción se presume cierta, admite prueba en contrario. Esto quiere decir, que la inscripción puede ser inexacta y que puede haber prueba en contrario.

Las normas claves son los artículos 2012 y 2013 ubicados en las Disposiciones Generales del Libro de los Registros Públicos, que sientan los principios de publicidad y de legitimación^(vii).

El valor de la presunción de legitimación del Registro exime al titular de la probanza de su derecho, bastándole que presente el certificado registral de inscripción, sea en juicio o fuera de él.

(vi) Código Civil, VI Exposición de Motivos y Comentarios, Pág. 849.

(vii) Artículo 2012.- Principio de Publicidad. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Artículo 2013.- Principio de Legitimación. El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

De igual modo que el poseedor, por el hecho mismo de la posesión, y con independencia de a quien pertenezca realmente el bien que él posee, es objeto de una protección (interdictos) dirigida a la continuación provisional de la situación *de facto*, así también el titular registral, por el solo hecho de constar en los Libros, es objeto de una particular tutela. Tal es la presunción de legitimación.

Esta disposición se complementa con el artículo 2014 destinado a proteger al adquirente de buena fe y a título oneroso^(viii). En consecuencia, la presunción de legitimación está destinada fundamentalmente a garantizar la transferencia y constitución de derechos reales, en las condiciones que se señalan. Este es el sistema latino de protección registral.

Pero tratándose de derechos de distinta naturaleza, tal protección no existe, pues la presunción de veracidad, otorgada por el principio de legitimación, admite prueba en contrario, y puede ser destruida mediante documento de fecha cierta. El mismo artículo 2014, considera la posibilidad de la inexactitud del Registro.

Hay inexactitud, normal, desde que tiene lugar el cambio real de un derecho sobre un inmueble, hasta que se inscribe, lo que regularmente y actuando con diligencia toma de una a dos semanas.

Hay una inexactitud patológica, cuando el asiento es errado, porque el título en virtud del cual se extendió esta afectado de algún vicio de nulidad previsto en los artículos 219 y 221 del CC.

Hay inexactitud, cuando quien ha adquirido el derecho real de propiedad, por descuido, ignorancia o malicia no ha cuidado de hacer inscribir su derecho y lo mantiene oculto.

Hay inexactitud, cuando el bien es poseído *ad usucapionem* por un tercero, quien también se beneficia de la presunción derivada de la posesión pública.

El juez estará atento a la posibilidad de una connivencia entre el pretendido tercerista y el deudor moroso, a fin de perjudicar al acreedor y particularmente será avizor en la aplicación del artículo 245 del CPC, necesario para la calificación del título.

Legitimación y apariencia jurídica

Titularidad es la posición de una persona, a la que la norma reconoce un interés sobre un determinado bien, otorgándole facultades, actuales o potenciales, mediatas o inmediatas, de actuación sobre el mismo. Esto está recogido en el artículo IV del T.P. del CPC y en el artículo VI del T.P. del CC.

El titular de un derecho subjetivo puede ejercitarlo mediante la actuación de las facultades que este derecho implica; lo que le otorga legitimación para realizar los actos que signifiquen ejercicio de su derecho. Existe por tanto correlación entre los conceptos de titularidad de un derecho subjetivo y legitimación.

Pero desde el punto de vista de la titularidad y de la correspondiente legitimación, existen situaciones carentes de firmeza, surgidas como consecuencia de negocios impugnables, rescindibles, anulables, donde la extinción de la titularidad determina la de la correspondiente legitimación, y la ineficacia de los actos realizados, salvo el caso del artículo 2022 del CC, en su primera parte, que niega efectos retroactivos a la pérdida de legitimación.

El titular de un derecho subjetivo está legitimado para excluir la antijuridicidad de un acto que suponga, objetivamente, una lesión de su derecho. Es el caso del *vero domino* cuyo bien ha sido embargado por las obligaciones de quien figura en el Registro como propietario, cuando ya

(viii) Artículo 2014.- Principio de Buena Fe Registral. El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelve el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

no lo es, o no lo fue nunca, por las varias situaciones, que se han enumerado de inexactitud de la inscripción registral.

En todo caso de discordancia de la titularidad de un derecho subjetivo y la situación registral correspondiente, se produce una apariencia de titularidad, a partir de la publicidad registral que no es detentada por el verdadero titular del derecho correspondiente.

Aquí surgen dos situaciones. El titular aparente puede efectuar actos de transferencia y quien contrate con él, en los términos del artículo 2014 del CC, recibirá su protección.

En conclusión, por mandato constitucional y civil, se protege el derecho real acreditado con documento de fecha cierta, fehaciente, y este prima sobre los embargos de fecha posterior destinados a asegurar derechos de crédito.

Fdo.: Manuel Sánchez-Palacios Paiva / Andrés Echevarría Adriazén/ Víctor Ticona Postigo.



JURISPRUDENCIA

La tercería debe fundarse en la propiedad de los bienes afectados. Si la accionante adquirió la propiedad del inmueble materia del proceso mediante escritura pública, resulta irrelevante que la inscripción sea posterior al embargo, pues la inscripción no es constitutiva de derechos, sino la declaración de voluntad, la cual se ha verificado con antelación al embargo, conforme al documento de fecha cierta (Exp. N° 513-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 470).

La naturaleza de la acción del tercerista tiene como base un derecho real que implica el derecho de propiedad. Por otro lado, el derecho del embargante es de carácter personal, por tratarse de cobro de una suma de dinero, cumplimiento de una obligación (Cas. N° 1702-99-Ucayali. El Peruano, 07/01/2000, p. 4508).

Cuando el artículo 534 del Código Procesal Civil expresa que la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, se refiere a la subasta del mismo (Cas. N° 1030-98-Tacna. El Peruano, 16/04/99, p. 2902).

La finalidad de la tercería es la desafectación de un bien por quien acredite ser su propietario. El reconocimiento de la titularidad de los actores por declaración judicial firme, constituye título válido que autoriza a los demandantes a oponerse mediante la tercería a la resolución que convoca a remate (Exp. N° 1448-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 452-453).

El derecho de propiedad se perfecciona con el consentimiento y no con la formalización del contrato a escritura pública, aunque para oponer con éxito una tercería excluyente, resulte imprescindible se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar (Exp. N° 1022-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 454).

Es nula la resolución apelada que declara improcedente la tercería, apoyada en el argumento que las inscripciones registrales a favor de la demandante son solo preventivas.

El derecho de propiedad de un bien inmueble se adquiere por consensualidad y no con la inscripción en el registro público, siendo en consecuencia, imprescindible que se debata en juicio la fecha cierta de su adquisición y su comparación con la fecha de la medida cautelar o con la ejecución del bien afectado en garantía, lo que requiere de un proceso regular (Exp. N° 9038-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 455).

Resulta imprescindible acreditar con prueba idónea, la propiedad de los bienes materia de la medida cautelar, para que se ampare la tercería.

La presunción que deriva de la rebeldía del demandado, no exime a quien formula la pretensión, probar los hechos que expone (Exp. N° 416-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 456-457).

Cuando se trata de acreditar la propiedad de un bien embargado por una deuda personal, si el título no está inscrito debe ser de fecha cierta.

Encontrándose en contienda derechos de diferente naturaleza al de los derechos reales, son de aplicación las disposiciones del derecho común, consecuentemente, si la escritura pública de anticipo de legítima es de fecha anterior a la medida de embargo, la propiedad del tercer opositor está acreditada y por consiguiente la tercería debe ser amparada (Exp. N° 110-98, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 458-459).

Debe ampararse la tercería propuesta por la cónyuge del deudor, porque los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida solo por uno de los cónyuges (Exp. N° 2650-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 111-112).

Si la escritura de liquidación de gananciales no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, tal circunstancia no es suficiente para denegar la tercería, por cuanto se tendrá que concluir que dicho bien continúa siendo de la sociedad de gananciales, la misma que no puede ser afectada por deudas de uno solo de los cónyuges si no se demuestra que el dinero adeudado se invirtió en beneficio de la familia.

La inscripción en el registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia como sucede en la separación de patrimonios o sustitución de dicho régimen (Exp. N° 134-95-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 176-177)

Si no se ha probado que la deuda contraída por el ejecutado haya redundado en provecho de la sociedad conyugal, ni que haya servido para atender las cargas del hogar, por interpretación contrario sensu, dichos bienes no pueden responder por la deuda adquirida solo por el marido.

Debe ampararse la tercería interpuesta porque la medida precautoria no puede subsistir, pues estando vigente la sociedad de gananciales, los bienes sociales que la integran son autónomos e indivisibles y no puede asignarse a cada cónyuge determinado porcentaje de propiedad sobre ellos (Exp. N° 480-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 577-579)

El perjudicado por una medida cautelar dictada en el proceso que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado.

Si las facturas, guías y boletas de venta que acompañen no acreditan de modo alguno la propiedad alegada, debe el accionante hacer valer su derecho a través de la tercería (Exp. N° 464-97, Cuarta Sala Civil, C.S.J.L, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 502)

La demandante no puede invocar el derecho de propiedad sobre el bien para sustentar la acción de tercerna excluyente de dominio, pues, el bien es susceptible de ser embargado en su totalidad y no parcialmente, por tratarse de un patrimonio de la sociedad conyugal, que tiene la calidad de autónomo, máxime si esta deuda la contrajeron la actora y su cónyuge (Exp. N° 3546-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).

Debe ampararse la tercería, si la cautelar recaída sobre el bien objeto de este proceso fue concedida cuando los demandantes eran propietarios del inmueble. No es necesaria la inscripción del derecho de los demandantes en el Registro de Propiedad, desde que la inscripción en registros no es constitutiva de propiedad, sino el consentimiento (Exp. N° 84-97-N, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 446).

Por la acción de tercería se pretende excluir un bien afectado por una medida cautelar. Quien lo interpone es un tercero a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada (Exp. N° N-551-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 448).

No es procedente declarar la tercería de un automóvil adjudicado en remate, cuando se encuentra sujeto a arrendamiento financiero, pues estos bienes por imperio de la Ley no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato judicial o administrativo (Exp. N° N-201-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 450).

La tercería de propiedad, se funda en el derecho de dominio que tiene un tercero, que no es parte en un proceso y cuyo bien ha sido afectado por medida cautelar. Para accionar se debe acreditar la propiedad con documento público o privado de fecha cierta (Exp. N° N-391-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 451).

Al haberse decretado la medida de embargo y encontrarse esta inscrita con anterioridad a la compraventa efectuada, no resulta amparable la tercería pues, para oponer derechos reales es preciso que el derecho esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone (Exp. N° 313-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 452).

Si bien la tercería se tramita como proceso abreviado; resulta inconveniente por economía procesal que el proceso sea tramitado por un juez distinto del que conoce el proceso originario. Al estar desvinculado este último del proceso de tercería, los efectos de esta figura procesal, no podrían concretarse, atentándose así contra el principio de oportunidad.

La especialización de los jueces por materia demandada, no es asidero para que los procesos se deslignen del que motivó su nacimiento, como se advierte del artículo 533 del CPC (Exp. N° 23164-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 293).

La tercería se concretiza única y exclusivamente a determinar el derecho real invocado por el tercer opositor en contraposición a la medida de embargo.

La inscripción registral de un derecho real otorga preferencia en cuyo favor se ha realizado tal inscripción, por imperio de la Ley y por razones de seguridad jurídica. Frente a la concurrencia de derechos de igual naturaleza prevalece el que se encuentra inscrito (Exp. N° 3234-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 460-461).

El hecho de que el codemandado hubiera señalado como su domicilio el de los demandantes, no implica que todos los bienes que en tal lugar se encontrasen le pudieran corresponder, lo que en todo caso puede ser materia de prueba en un proceso de tercería (Exp. N° 3174-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimientos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 469-470).

(...) En el presente caso, la tercería de propiedad relativa a los muebles gravados en forma de secuestro se sustenta en la presunción legal prevista por el segundo párrafo del artículo novecientos trece del Código Civil (esto es, la presunción de propiedad de muebles hallados dentro de inmueble), la que requiere de la evaluación de los elementos probatorios que se aporten al proceso al momento de sentenciar la causa (...) (Exp. N° 994-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 501).

Debe declararse la improcedencia de la demanda de tercería si no se funda en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o en el derecho preferente de pago.

No puede alegarse la tercería excluyente de dominio de quien tiene la calidad de comodatario sobre los bienes afectados (Exp. N° 1422-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 193-194).

El tercerista goza de la presunción legal de posesión y propiedad prevista en el artículo 913 y 912 del CC toda vez que se encuentra en posesión del inmueble en que se ubican los bienes embargados (Exp. N° 1440-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 307-308).

La tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados.

El demandante debe probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta.

No habiéndose formulado tacha contra la factura, no es necesario su reconocimiento, presumiéndose la autenticidad del contenido (Exp. N° 261-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 308-310).

Una de las formas de acreditar la propiedad de los bienes muebles es mediante la correspondiente factura de compra (Exp. N° 362-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 213-214).

El tercerista solo puede fundar su pretensión en la propiedad del bien afectado (Exp. N° 49-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 299-300).

El aceptante de las cambiales al título personal solo responde con sus bienes propios y no con los bienes sociales, por ser estos autónomos e indivisibles.

En la demanda ejecutiva no se ha considerado a la cónyuge como coejecutada, por lo que el juez debe dar trámite a la demanda de tercería (Exp. N° 185-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 301-302).

En el derecho peruano la compraventa es traslativa de dominio. La sola obligación de enajenar el inmueble determinado hace al acreedor propietario de él.

Si se acredita plenamente la propiedad que se ostenta sobre el inmueble es fundada la demanda de tercería excluyente de dominio (Exp. N° 732-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 571-573).

Si el contrato de compraventa fue celebrado entre el tercerista y el demandado con anterioridad al embargo registrado, resulta amparable la tercería propuesta.

La transmisión de propiedad de acuerdo al régimen legal es de carácter consensual (Exp. N° 2121-95, Sala N° ..., Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 303-304).

Debe desestimarse la tercera de propiedad, si el embargo que afecta al inmueble materia de la tercería, se ha inscrito con fecha anterior al anticipo de legítima en favor de los demandantes.

Admitir una posición en contrario importaría: a) dejar de lado la finalidad esencial que persiguen las medidas cautelares, cual es, asegurar la eficacia de las decisiones judiciales; b) destruir la fe que confiere el contenido de los Registros Públicos sobre su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto (Exp. N° 1746-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 463-464).

(...) Para oponer con éxito una tercería excluyente resulta imprescindible que se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar (...) (Exp. N° 1022-98, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 490).

(...) Cuando se trata de acreditar la propiedad de un bien embargado por una deuda personal, si el título no está inscrito, debe ser de fecha cierta (...) (Exp. N° 2857-97, Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 493).

(...) La tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta (...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros (...) (Cas. N° 125-2000-La Libertad, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Mínguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 499-500).

Puede intervenir en un proceso quien pretende que se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.

El juez de la pretensión principal es competente para que conozca la acción de tercería interpuesta (Exp. N° 110-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 447).

La tercería excluyente de dominio tiene el objeto de recuperar por tercera persona, bienes embargados que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar eran de su propiedad y no del ejecutado (Exp. N° 2117-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 298-299).

En caso de existir un conflicto entre un embargo inscrito (derecho de crédito) de fecha posterior y una compraventa no inscrita (derecho real) de fecha cierta anterior, debe prevalecer esta última a tenor de lo dispuesto por el artículo 2022 del Código Civil. Para que opere la transferencia de un inmueble basta la sola obligación de enajenar, por lo que para el perfeccionamiento de una compraventa inmobiliaria no resulta necesaria su inscripción en el registro correspondiente por no ser esta constitutiva de derechos, sino solo de carácter declarativo (Exp. N° 599-2003, Tercera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 257).

Si bien la minuta de compraventa en la que se apoya la tercería aparece ingresada a la notaría con fecha posterior al embargo, no obstante ello, del sello consignado en el mismo documento aparece que este ha sido presentado al Banco Wiese Sudameris con antelación, situación que debe ser compulsada para admitir a trámite la tercería (Exp. N° 567-2001, Primera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 620).

En la tercería, el conflicto de intereses radica en el mejor derecho de propiedad que alega la actora en base a la prioridad registral en contraposición del que gozaría la parte demandada. La controversia en la tercería se circunscribe a los aspectos de índole obligacional, donde solo corresponde determinar el orden de prelación de los títulos, mas no se discute derechos de naturaleza real. La propiedad invocada por el tercero aludido como antitesis del que se encuentra premunido la demandante, no puede ser discutido en el proceso de tercería (Exp. N° 423-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 623).

Cuando concurren dos derechos de diferente naturaleza, el derecho de propiedad que alega el tercerista y el derecho personal materia de ejecución en el proceso, dicha controversia debe dilucidarse de acuerdo al artículo 2022 del Código Civil. La preferencia de los derechos de distinta naturaleza se determina por la certeza y la fecha en que se constituyeron los referidos derechos sin referencia a la fecha de la inscripción registral. Si el tercerista adquirió la propiedad del predio con anterioridad a la fecha de ejecución del embargo dictado, debe procederse al levantamiento de este (Exp. N° 1449-2002, Sexta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 624).

No habiendo acreditado el recurrente su derecho de propiedad en forma debida y de modo fehaciente, debe concederse un plazo adicional para que subsane tal omisión. La titularidad registral se presume cierta y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o declare judicialmente su invalidez. Si bien aparece anotada la demanda de nulidad de acto jurídico, mientras ello no sea declarada en el procedimiento ya iniciado se presume la propiedad del grupo, más aún, cuando se trata de un derecho aparentemente protegido por la fe pública registral. La fijación del monto de garantía suficiente que exige el artículo 535 del Código Procesal Civil, se establece para responder por los eventuales daños y perjuicios y no en atención al patrimonio del tercerista, por lo que su fijación constituye una decisión razonable (Exp. N° 158-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 626).

Frente a la controversia de dos derechos de distinta naturaleza, uno personal y otro real, prevalece este último. Si el derecho de propiedad materializado en la minuta de compra-venta, es de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece este último, aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la medida cautelar (Exp. N° 00-14434-247, Quinta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 630).

Debe ampararse la demanda de tercería si la garantía hipotecaria constituida a favor del tercerista resulta preferente con relación al embargo en forma de inscripción, desde que el referido derecho real de garantía aparece inscrito incluso en un asiento anterior al que se refiere al embargo. Para determinar la prevalencia entre derechos de distinta naturaleza es de aplicación las disposiciones del derecho común, tal como señala el artículo 2022 del Código Civil (Exp. N° 246-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 631).

No puede ampararse la tercería si a la fecha de la inscripción de la anotada medida cautelar de embargo, el dominio de inmueble objeto de la presente acción de tercería no aparecía registrado a favor del accionante. Admitir la posición que se sostiene en la demanda significaría el deterioro de la fe registral que confiere la ley al contenido de los Registros Públicos referente a su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto (Exp. N° 141-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 633).

OPORTUNIDAD

ARTÍCULO 534

La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.M. Iberoamérica arts. 294, 295, 296.

Comentario^(*)

1. La norma en comentario regula la oportunidad en que debe demandarse la tercería de propiedad y la tercería de pago. En lo que respecta a la primera, señala que puede hacerse en cualquier momento hasta antes de que se inicie el remate del bien. Aquí pueden surgir algunas dudas al determinarse qué se entiende por remate del bien. Así, se podría argumentar que la tercería solo podría interponerse hasta antes de iniciarse los actos procesales tendientes al remate o, por el contrario, se podría entender que la demanda se podría presentar hasta el acto de expropiación misma: el remate efectivo. La jurisprudencia mayoritaria se ha inclinado por esta última orientación, señalando que la norma se refiere "al momento en que se materializa el remate, ya sea con la entrega del bien al postor favorecido o con su adjudicación al acreedor cuando ha sido solicitado por este; mas no alude al comienzo de las diligencias del remate, que abarca tanto la primera convocatoria como las sucesivas"⁽³⁶⁷⁾; la jurisprudencia señala además que en "la interposición de la tercería no debe confundirse el acto de remate con el remate entendido como venta forzosa de un bien mediante su adjudicación a un tercero, pues el primero de ellos es solo el acto en donde se realiza la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, prosiguiéndose con el anuncio de las posturas, pudiéndose llevar o no a cabo la venta forzosa del bien; en cambio el remate entendido como acto que transmite la propiedad solo puede darse cuando se adjudica el bien a quien hace la postura más alta"⁽³⁶⁸⁾, así "la oportunidad para interponerla es antes que se efectúe la transmisión de la propiedad del bien, la cual se produce mediante remate o a través de la adjudicación en pago del bien al

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(367) Cas. N° 4367-2001-Sullana. 16/12/2002.

(368) Cas. N° 3580-00-Andahuaylas. *El Peruano*, 02/02/2002.

ejecutante"⁽³⁶⁹⁾, y además "Cuando se habla de remate debe entenderse este no como un procedimiento sino como un acto que concluye con la correspondiente adjudicación del bien. Por lo tanto, si dicho bien aún no ha sido adjudicado, procede interponer demanda de tercería"⁽³⁷⁰⁾.

Sin embargo, hay aún muchas dudas por resolver.

Por ejemplo, no hay aún un consenso en el caso en el que se presenta la demanda de tercería de propiedad antes del remate y esta es proveída después del mismo. ¿La demanda aquí debe ser procedente y afectar la transmisión realizada por el remate?, ¿la demanda debe ser improcedente?; y qué pasa si la demanda de tercería es declarada inadmisibile y es subsanada, pero antes de ser valorada se remata el bien, ¿debe ser desestimada?

Con respecto al primer punto, hay posiciones encontradas, las que rechazan la posibilidad de que la demanda de tercería afecte el remate mismo y los que señalan, que incluso puede presentarse la demanda el mismo día del remate del bien, ello porque "no es responsabilidad del litigante la demora en el trámite que le dé la mesa de partes única a las demandas ingresadas hasta que las entregue a los juzgados respectivos, así como hasta que se produzca la respectiva calificación" (Cas. N° 153-98. 11/11/1998), y "el tercerista no puede verse afectado por el error y demora de remitir la demanda al juzgado competente" (Cas. N° 1071-96. 27/11/1997).

Al respecto, consideramos que debe regir antes que nada la razonabilidad. La presentación de la demanda de tercería no es determinante para que surtan los efectos de la misma, sino su admisibilidad; por ello, la demanda de tercería que se presenta el mismo día del remate no debería afectar el acto de remate. Ni siquiera la declaración de inadmisibile previa al remate y la consecuente subsanación posterior al remate podrían afectarlo. Consideramos que si el juez va a evaluar la demanda de tercería en estas circunstancias (es decir, luego de rematado el bien), debería declarar la improcedencia de la demanda por petitorio jurídicamente imposible (artículo 427 inciso 6); pues sería imposible suspender una ejecución que ya se ha realizado.

Sin embargo, ello no quiere decir que las demandas de tercería presentadas el mismo día programado para el remate o incluso en fecha posterior a dicho día deban ser declaradas improcedentes en todos los casos. En efecto, si no asisten postores a la convocatoria, la tercería podría surtir efectos y suspender la solicitud de una nueva convocatoria hasta que se dilucide el derecho del tercerista. En ese sentido, la demanda será declarada improcedente solo si al momento de su evaluación ya se ha enajenado la propiedad; por el contrario, si la demanda es evaluada;

(369) Cas. N° 776-01-Apurímac. *El Peruano*, 30/11/2001.

(370) Cas. N° 1871-2003-Cañete. *El Peruano*, 28/02/2005.

existiendo fecha para el remate o posteriormente a una fecha de remate a la que no se presentaron postores, entonces, de cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia, debe suspender la ejecución forzada.

2. La tercería de pago, por obvias razones, tiene un alcance mayor en términos de oportunidad que la tercería de propiedad. En efecto, esta tercería puede interponerse hasta después del remate del bien, pero antes de que se realice el pago al acreedor. Y ello, porque la tercería de pago está referida al derecho de crédito y no a la propiedad del bien.



JURISPRUDENCIA

La tercería preferente de pago debe ser interpuesta antes de que se realice el pago al acreedor.

Existe interés para obrar de la demandante ya que ella, como tenedora de la garantía prendaria constituida a su favor, está facultada para interponer este tipo de demanda (Exp. N° 3177-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 479).

Si la tercería preferente de pago fue interpuesta en tiempo hábil, esto es, antes de la subasta; el efecto de ella es suspender el pago al acreedor hasta que se decida en forma definitiva sobre la preferencia; de lo que se colige que la inobservancia en la subasta sobre la presentación y admisión de la tercería no afecta la validez del acto del remate, sino el pago con el producto de la subasta. El banco ejecutante debió abonar el precio de la adjudicación conforme se ordenó en el acto mismo del remate; sin embargo se ha procedido a la transferencia de la propiedad, la misma que deviene en nula (Exp. N° 111-2001, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares. Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 627).

INADMISIBILIDAD

ARTICULO 535

La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 235, 236, 245, 424, 426.
D.S. 017-93-JUS arts. 288 inc. 10, 290.

Comentario^(*)

1. El artículo en comentario establece anexos especiales de admisibilidad de la demanda. En efecto, además de reunir todos los requisitos del artículo 424 del CPC, se deberá acompañar documento público o privado de fecha cierta que contenga el derecho de propiedad (en el caso de la tercería de propiedad) o el derecho preferente (en el caso de la tercería de pago), salvo que se presente garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que la tercería podría irrogar.

Los requisitos en cuestión son de admisibilidad y no de procedencia; por lo que una demanda que no presenta estos documentos, no debe ser declarada improcedente, sino inadmisibile, y deberá otorgarse al actor el plazo correspondiente para que pueda subsanarla, de lo contrario, deberá ser rechazada. Creer, como en algún momento lo hizo la Corte Suprema, que la omisión de estos anexos puede acarrear la improcedencia⁽³⁷¹⁾, más que un error interpretativo, es una lectura totalmente antojadiza del artículo en mención.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Marino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(371) "El artículo quinientos treinta y cinco del Código Procesal Civil, aparte de ser una norma específica para las demandas sobre tercería de propiedad, plantea varias situaciones jurídicas y no todas ellas dan lugar a declarar inadmisibile la demanda, habida cuenta que para los casos de inadmisibilidat la última parte del Artículo cuatrocientos veintiséis (del CPC), permite subsanar las omisiones en las que se habría incurrido según el artículo cuatrocientos veinticuatro (del CPC); en consecuencia, siguiendo la técnica jurídica procesal cabe interpretar que para el segundo de los supuestos legales que prevé el Artículo quinientos treinticinco (esto es, la no probanza del derecho con documento público o privado de fecha cierta), la decisión será declarar improcedente la demanda y no simplemente inadmisibile, puesto que el fallo se apoya en la falta de prueba que acredite el derecho del actor" (Cas. N° 3250-98-Lambayeque 04.06.1999).

En efecto, este artículo establece los requisitos para que la demanda sea admitida y no para que el juez resuelva sobre el fondo, situación que realizará luego de llevar a cabo las audiencias y la adecuada valoración de la prueba. Así, el documento público y el privado de fecha cierta no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate⁽³⁷²⁾ y mucho menos se convierten en criterios de preferencia pues la norma en cuestión se limita a señalar los requisitos que debe observar toda demanda de tercería para ser admitida a trámite, mas no establece la prevalencia de derecho de propiedad alguno⁽³⁷³⁾. De lo contrario, se lesionaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante⁽³⁷⁴⁾.

Así, aquellas interpretaciones referidas a la improcedencia *in limine* de la tercería de propiedad que vimos al comentar el artículo 533, carecen de sustento alguno. Exigir que para admitir la demanda de tercería de propiedad, deba probarse no solo la propiedad, sino la oponibilidad de la misma mediante, por ejemplo, la inscripción en los registros públicos, es simplemente, denegar la tutela jurisdiccional efectiva exigiendo algo más de lo que la norma exige.

2. Por lo demás, la norma es clara al exigir como mínimo para admitir la demanda, el documento público o privado de fecha cierta. El primero es el expedido por funcionario público o notario en el ejercicio de sus funciones, mientras el segundo es el constituido por particulares, pero siempre que tenga fecha cierta. De acuerdo al artículo 245 del CPC, el documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal desde:

- a) La muerte del otorgante;
- b) La presentación del documento ante funcionario público;
- c) La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
- d) La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
- e) Otros casos análogos.

Como puede observarse, la fecha cierta en el documento privado no se limita a la lista establecida en el artículo 245 del CPC, sino que el mismo dispositivo posibilita la interpretación analógica para incluir otros supuestos en donde el juez pueda entender que existe fecha cierta. No obstante ello, en un caso la Corte Suprema desestimó una tercería de propiedad, señalando que el contrato de compraventa presentado por el recurrente no tiene fecha cierta, pese a que las firmas

(372) Exp. N° 19894-98. 21/09/1998.

(373) Cas. N° 2703-2001-La Libertad. 16/08/2002.

(374) Cas. N° 3231-98-Callao. 02/07/1999.

fueron legalizadas por un juez de paz. La corte consideró que un juez de Paz no se encuentra facultado para ejercer funciones notariales, de modo que está imposibilitado de legalizar las firmas de quienes suscriben un contrato⁽³⁷⁵⁾.

3. La norma en cuestión establece la posibilidad de que el demandante sea exonerado de presentar los anexos especiales (documento público o privado de fecha cierta), siempre que otorgue una garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños o perjuicios que pudiera irrogar. Así, el monto de la garantía estará determinado de forma discrecional por lo que el juez considere prudente. La norma no establece qué clase de garantía es la idónea, por lo que, al no poder distinguir donde la norma no lo hace, debemos entender que pueden ser tanto garantías personales como la fianza, y garantías reales como la prenda y la hipoteca. La finalidad es claramente establecer mecanismos adecuados de protección al acreedor que puede sufrir perjuicios económicos ante la admisibilidad de la tercería.

4. En el caso de la tercería de propiedad, el documento público o privado de fecha cierta debe acreditar la titularidad del derecho de propiedad del tercerista, no siendo necesario, como vimos, acreditar su oponibilidad con relación al derecho del demandante. Por su parte, en el caso de la tercería de pago el documento público o privado de fecha cierta debe acreditar la titularidad del derecho preferente, que en su mayoría de casos, será un derecho de crédito, bastando en este caso también, la apariencia de la preferencia, no siendo necesario exigir su justificación o su prevalencia ya declarada.



JURISPRUDENCIA

Debe desestimarse la tercería preferente de pago, si se advierte que al momento de interponer la demanda, los terceristas no eran aún titulares de créditos laborales a su favor, que les permitiese alegar, tener un mejor derecho frente a la entidad coemplazada.

Si bien, los accionantes, ante esta Sala acompañan las sentencias expedidas por el fuero laboral, también lo es, que toda decisión jurisdiccional responde única y exclusivamente a los hechos expuestos en los actos postulatorios, no pudiendo fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes (Exp. N° 1377-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 480).

El fuero civil común no solo es competente para conocer de tercerías cuando se trata de una medida de embargo en asuntos civiles, sino también en asuntos penales cuando por razón de condena, en el delito de tráfico ilícito de drogas, la medida de incautación provisional se ha convertido en definitiva y por ende se transfiere el dominio de los bienes a favor del Estado, por tener su origen en actividades ilícitas; no siendo competente, en este

(375) Cas. N° 1382-02-Huaura. *El Peruano* 03/02/2005.

último supuesto cuando la medida de incautación es provisional por encontrarse el proceso penal en trámite, en cuyo caso, la competencia recae de manera exclusiva en los órganos jurisdiccionales del fuero penal cuya actuación no puede ser intervenida por otra autoridad (Cas. N° 1256-97-Lima, El Peruano, 16/01/99, p. 2479).

Si bien el derecho de propiedad sirve de sustento para incoar la demanda de tercería, es necesario demostrar el derecho alegado mediante la concurrencia de un documento de fecha cierta. Adquiere el documento, dicha calidad, a partir del ingreso a la notaría. Si esta se verifica con posterioridad a la anotación de la medida de embargo, deviene en infundada la pretensión (Exp. N° 2883-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 484-485).

La tercería de propiedad es una pretensión propia del tercero afectado con medida cautelar o para la ejecución, y como tal, no constituye una petición al interior de este proceso.

Es nula la resolución, que pronunciándose sobre el fondo de la controversia, declara improcedente de plano la demanda, pues, debe verificar si cumple los requisitos de los artículos 534 y 535 del Código Procesal Civil para su admisibilidad (Exp. N° 52433-890-97, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 486-487).

No puede ampararse la tercería, si la adquisición de la propiedad, por parte de los demandantes ha sido con posterioridad a la inscripción del embargo. No se ha afectado derechos de terceros al momento de dictarse y registrarse el embargo, más aún, si la sustitución del régimen patrimonial solo surte efectos frente a terceros desde su inscripción.

La falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquel no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar (Exp. N° 1214-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 481-482).

La tercería de propiedad debe ser calificada en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia, como cualquier otra demanda, formándose un expediente independiente (Exp. N° N-389-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 449).

El artículo 535 del CPC sanciona con inadmisibilidad y no con improcedencia, la demanda de tercería sin prueba de documento público o privado de fecha cierta, con el agregado que esta exigencia no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate (Exp. N° 19894-94, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 462).

(...) Si el juez de la causa consideraba que los documentos aparejados a la demanda (de tercería de propiedad) no acreditaban el derecho de la demandante, debió declarar inadmisibile la demanda y conceder un plazo a efecto de que la demandante pudiera otorgar la garantía a que se refiere el artículo quinientos treinticinco del Código Adjetivo, de conformidad con el inciso segundo del artículo cuatrocientos veintiseis del mismo ordenamiento legal.

(...) Que, al declarar liminarmente improcedente la demanda interpuesta se ha lesionado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la demandante (Cas. N° 3231-98-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 497-498).

Para la admisibilidad de la demanda de tercería, entre otros el demandante debe probar su derecho con documento público o privado de "fecha cierta" (Exp. N° 629-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 151-152).

Para oponer derechos reales, como es la tercería sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel (Exp. N° 360-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 175-176).

La tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados. El demandante debe probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta. No habiéndose formulado tacha contra la factura, no es necesario su reconocimiento, presumiéndose la autenticidad del contenido (Exp. N° 261-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 308-310).

El documento privado posterior a la constitución de hipoteca y sin fecha cierta, no puede acreditar la tercería excluyente de propiedad.

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al que se opone. La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos (Exp. N° 3245-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 279-280).

Si no se ha acreditado que la minuta y escritura pública de compraventa, se haya suscrito con anterioridad a la inscripción del embargo preventivo, es improcedente la demanda sobre tercería excluyente de dominio (Exp. N° 3960-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 145).

La tercería de propiedad, se funda en el derecho de dominio que tiene un tercero, que no es parte en un proceso y cuyo bien ha sido afectado por medida cautelar. Para accionar se debe acreditar la propiedad con documento público o privado de fecha cierta (Exp. N° N-391-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 451).

El juez al calificar la demanda debe revisar si esta contiene los requisitos señalados en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. Tratándose de una prescripción adquisitiva, adicionalmente debe verificarse si cumple los requisitos especiales señalados en el artículo 505 del Código Procesal Civil. No puede ampararse la improcedencia de la demanda bajo el argumento que no es posible la identificación física ni jurídica del inmueble; debido a que no se encontraría independizado del terreno de mayor extensión en donde se ubica, y que por tal razón resultaría un imposible jurídico lo petitionado (Exp. N° 1165-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 560).

Si bien el juez de la demanda omitió precisar el monto que a su prudente criterio sería suficiente, los apelantes cumplieron con adjuntar el depósito judicial por determinada suma de dinero, garantía que según artículo 535 del Código Procesal Civil, se presta cuando la parte demandante no prueba su derecho con documento público privado de fecha cierta. Si la suma ofrecida en garantía por los terceristas no le resulta suficiente, ello no es causal de improcedencia sino de inadmisibilidad de la demanda (Exp. N° 1021-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 616).

Tratándose de dos derechos, uno de índole personal y el otro referido al de propiedad, prevalece el que determina la titularidad del predio. Encontrándose probada fehacientemente la propiedad invocada por la parte actora con la minuta con fecha cierta, debe ampararse la tercería interpuesta. No resulta de aplicación los alcances del principio de preferencia según el cual la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro (Exp. N° 624-2003, Quinta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 617).

No procede desestimar a trámite la tercería, por no haber cumplido con acreditar el tercerista, el anticipo de legítima con que pretende acreditar su derecho de propiedad, por no encontrarse inscrita en la ficha registral correspondiente. Dicho defecto es susceptible de ser subsanado previa declaración de inadmisibilidad (Exp. N° 1474-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 619).

Se presume propietario de un vehículo a la persona cuyo nombre figure inscrito en el certificado de registro, salvo prueba en contrario. Si no se acompaña la tarjeta de propiedad, con el cual acredite fehacientemente la propiedad del vehículo, es insuficiente el contrato de compraventa, no obstante tenga fecha cierta anterior a la medida de embargo (Exp. N° 08-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 707).

EFFECTOS DE LA TERCERÍA DE PROPIEDAD

ARTÍCULO 536

Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.

El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad.

Comentario^(*)

1. El auto admisorio de una demanda tiene múltiples efectos importantes, sin embargo en el caso de la tercería de propiedad hay un efecto fundamental, que es la suspensión del proceso donde se ha afectado el bien, si estuviera en la etapa de ejecución. Como observamos al comienzo, la tercería es un mecanismo de oposición a la ejecución que se realiza mediante la afectación de un bien en vía de tutela ejecutiva o tutela cautelar. Sin embargo, en el caso de la tutela cautelar, solo se suspenderá el proceso si llega a la etapa ejecutiva, mientras el proceso debe seguir hasta establecer el derecho, es decir, hasta sentenciar.

Cabe señalar que la suspensión se realizará aunque la demanda que ordena el remate de los bienes se encuentre consentida o ejecutoriada, es decir, aunque este firme la sentencia. Estas reglas tienen una serie de excepciones:

- a) Cuando el bien materia de ejecución esté sujeto a deterioro.
- b) Cuando el bien materia de ejecución esté sujeto a corrupción.
- c) Cuando el bien materia de ejecución esté sujeto a desaparición.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

d) Cuando la conservación del bien materia de ejecución resulte excesivamente onerosa.

En estos casos, con la finalidad de no perder el valor del bien, se procederá a la venta del mismo, y será el producto el que será materia de tercería. Difícil es entender en este caso que estamos ante la tercería de propiedad, pues ya no se tutela ninguna propiedad, sino que esta se transforma en un crédito que deberá ser pagado al propietario.

2. Tratando de guardar armonía con el artículo anterior, este dispositivo establece que el tercerista también puede obtener la suspensión, si es que otorga garantía suficiente a criterio del juez en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad. Quizá este párrafo es del todo innecesario y puede llevar a confusiones, pues la suspensión no puede ser efecto del otorgamiento de la garantía, sino de la admisibilidad de la demanda. En ese sentido, admitida la demanda de manera general, ya sea porque se presentó documento privado de fecha cierta, documento público, documentos que den mayor credibilidad del derecho o garantía; el efecto será el mismo: la suspensión del proceso.



JURISPRUDENCIA

Al existir un derecho real frente a un derecho crediticio, de carácter personal, prevalecerá el primero. Para la oposición de derechos de diferente naturaleza sobre inmuebles se aplican las reglas del derecho común.

Si la transferencia de propiedad fue anterior al embargo en cuestión, deviene en fundada la tercería, pues se ha embargado un bien que ya no era de propiedad de los ejecutados, no siendo necesario, para perfeccionar la transferencia, la inscripción de la misma (Exp. N° 2583-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 472).

Si la propietaria del inmueble afectado lo adquirió mediante compraventa cuando el embargo se encontraba inscrito, su derecho está sujeto a la presunción de publicidad respecto de la inscripción registral. El cambio del titular del dominio no afecta este derecho sino el bien mismo (Exp. N° 677-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 474).

Al dirimirse la controversia frente a dos derechos de distinta naturaleza, uno de índole personal (crediticio) y el otro un derecho real (de propiedad) prevalece este último. El acto jurídico que se ha materializado en la minuta de compraventa, por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la inscripción del embargo (Exp. N° 3424-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 475).

El acto jurídico de anticipo de legítima, por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar.

La controversia a dirimirse frente a dos derechos de distinta naturaleza, como es el de índole personal (crediticio) y el otro real (de propiedad) prevalece este último (Exp. N° 3874-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 476).

Dentro de un proceso de tercería que se sigue conforme al proceso abreviado y en el que se ve la propiedad de los bienes afectados, no se puede resolver la ineficacia de los actos jurídicos, máxime si tiene procedimiento específico señalado y el acreedor y deudor tienen carga de prueba señalada por la misma norma sustantiva (Cas. N° 1308-97-Lambayeque. El Peruano, 10/03/2000, p. 4725).

La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena, y tiene como finalidad la desafectación del bien (Cas. N° 991-98-Huánuco, El Peruano, 08/01/99, p. 2449).

Tratándose de sociedad de gananciales, los cónyuges no son partícipes de cuotas ideales, pues, no existe la figura jurídica de copropiedad. A pesar que no existe cuotas ideales predeterminadas, debe considerarse que el embargo es la forma de proteger al acreedor, por lo que cabe su concesión, no obstante no resultar posible rematar los derechos y acciones.

Nada impide afectar el bien, porque desafectar el mismo implicaría admitir que se trata de un bien inembargable, situación que no se encuentra dentro de los alcances del artículo 648 del Código Procesal Civil (Exp. N° 4653-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 487-488).

Si los actos de disposición realizados a favor del demandante tienen eficacia jurídica, con posterioridad a la anotación de las medidas cautelares, ellas mantienen su plena vigencia. Tratándose de derechos de distinta naturaleza se aplican las normas del derecho común. No es de aplicación al prioridad registral (Exp. N° 501-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 488-490).

No procede amparar la tercería de propiedad que pretende levantar la medida cautelar en forma de inscripción, por cuanto afecta las acciones y derechos del obligado, correspondiendo su determinación en la liquidación de la sociedad de gananciales; sin embargo, no puede ser objeto de ejecución forzada, mientras no se liquide dicha sociedad (Exp. N° 693-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 490-491).

La tercería de propiedad tiene por objeto se deje sin efecto y/o suspenda el proceso de ejecución y/o remate de acciones y derechos.

No resulta coherente declarar fundada en parte la demanda porque el petitorio es indivisible, toda vez que se pretende dejar sin efecto toda afectación que recae sobre el inmueble de propiedad de la sociedad conyugal, y no solo en parte, pues, bajo ese razonamiento se mantendría vigente el embargo trabado, sin pronunciarse el órgano jurisdiccional por el conflicto que se ha recurrido (Exp. N° 971-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 483-484).

Frente a la controversia de dos derechos de distinta naturaleza, uno personal y otro real, prevalece este último; por tanto, si el derecho de propiedad materializado en la escritura

pública, por ser de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, prevalece aunque su inscripción se haya efectuado con posterioridad a la medida cautelar (Exp. N° 4651-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 485-486).

La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición en contrario. Procede amparar la pretensión si los terceristas adquirieron el bien sub litis del ejecutado y el embargo trabado sobre dicho bien fue ordenado cuando los dueños del bien eran los terceristas, pues, la medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas con la relación material o de sus sucesores.

Si bien el principio de oponibilidad es exclusivo de los derechos reales, cuando colisionan un derecho real y otro de crédito, prevalece el primero (Exp. N° 3761-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 448-449).

No es efecto de las tercerías de propiedad el levantamiento de hipotecas, sino la suspensión del remate de un bien afectado por la medida cautelar (Exp. N° 3738-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 450).

Para la controversia de un derecho real sobre un inmueble y otro de crédito, como es el cobro de una deuda, no se aplica la primera parte del artículo 2022 del Código Civil por no referirse a la oposición de dos derechos reales sobre dicho bien, sino la segunda parte del mismo numeral por tratarse de deudas de diferente naturaleza, rigiendo en este caso no la fe registral sino las disposiciones del derecho común (Exp. N° 2875-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 451).

La tercería de propiedad debe ser calificada en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia, como cualquier otra demanda, formándose un expediente independiente (Exp. N° N-389-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 449).

El tercerista que adquiere un bien gravado con derecho real permite a la acreedora hipotecaria perseguir la cosa hasta hacerse pago de su crédito. El tercerista asume todos los derechos y acciones de la deuda a favor de la acreedora.

Si en la ficha registral del inmueble consta la hipoteca inscrita a favor del acreedor, con nueve meses de anticipación a la transferencia del inmueble, no es admisible de desconocimiento de dicha inscripción real conforme al artículo 2012 del Código Civil (Exp. N° 685-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 315-316).

EFECTOS DE LA TERCERÍA DE DERECHO PREFERENTE

ARTÍCULO 537

Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.

Comentario^(*)

1. Los efectos de la admisibilidad de la demanda de tercería de pago son distintos a los de la tercería de propiedad. Ello es natural, puesto que en el caso de la tercería de propiedad, la oposición a la ejecución tiene por finalidad salvaguardar el derecho de propiedad sobre los bienes afectados; mientras en el caso de la tercería de pago, la oposición a la ejecución tiene por finalidad establecer la preferencia del derecho de crédito, así las cosas, es natural que el momento temporal de la suspensión varíe en cada caso. En la tercería de propiedad se suspenderá el proceso antes de la ejecución del bien, mientras en la tercería de pago, la suspensión se realizará después del remate del bien, pero evitando el pago al acreedor hasta que se decida la preferencia en el crédito.

Esta regla tiene como excepción que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas del proceso. Se señala que esta solución es absurda⁽³⁷⁶⁾, pues si la norma quiso decir que con la garantía el tercerista se hará primero cobro de su crédito, no se tuvo en cuenta que este no podría suspender el proceso para hacerse cobro del crédito sino hasta que venza al acreedor; y si se entiende que la garantía del tercerista evita la suspensión de la ejecución, se tiene una solución descabellada, pues justamente es interés del tercerista lo contrario, es decir, que se suspenda

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

(376) ARIANO DEHO, Eugenia. *El Proceso de Ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano*. Reimpresión, Editorial Rhodas. Lima, mayo de 1998, p. 504.

para que no se pague el acreedor. En todo caso, quien podría evitar la suspensión es el ejecutante, ahora demandado, otorgando dicha garantía.

La norma hace alusión a una garantía suficiente a criterio del juez, por lo que el monto será determinado de forma discrecional por el juzgador, además, al no establecerse el tipo de garantía, esta podrá ser real o personal.

2. El último párrafo de este artículo establece que el tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien. La intervención del tercerista deberá ser entendida como la regulada por aquella que realiza otro acreedor en la ejecución forzada (artículo 726 del CPC).

3. La jurisprudencia ha establecido que mediante la tercería de pago se tutela solo derechos de créditos efectivos y no meras expectativas. Así, se ha manifestado que debe desestimarse la tercería preferente de pago si se advierte que al momento de interponer la demanda, los terceristas no eran aún titulares de créditos laborales a su favor, que les permitiese alegar tener un mejor derecho de crédito⁽³⁷⁷⁾.



JURISPRUDENCIA

Si bien en la tercería de derecho preferente sus efectos se retrotraen, a la fecha de la interposición de la demanda, al haberse rematado los bienes con posterioridad a la demanda, adjudicándose el Banco demandante en pago de su crédito los bienes, legalmente dicho remate debería quedar sin efecto, no obstante ello, se aprecia que en la tercería se ha presentado garantía para el pago de los beneficios sociales, sin que el juez haya resuelto el pedido, analizando su forma de ofrecimiento y cuantía, por lo que antes de resolver el pedido de nulidad, el juez debe resolver el ofrecimiento, pues, de ser aceptada la garantía, la nulidad del remate y adjudicación tendría otro cariz (Exp. N° 2488-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 481).

Interpuesta la demanda de tercería preferente de pago, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia; esto quiere decir que el juez debe analizar la naturaleza de los créditos contrapuestos y determinar cuál de ellos tiene preferencia de pago sobre el otro, de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales (Cas. N° 174-99-Lima, El Peruano, 01/09/99, p. 3411).

Si bien los trabajadores tienen prioridad en el pago de sus beneficios sociales, ello corresponde exigirse con el título correspondiente, esto es, con la sentencia definitiva de reconocimiento de los beneficios sociales, reclamado ante el juez competente (Exp. N° 232-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, p. 491).

(377) Exp. N° 1377-97. 01/06/1999.

Si la resolución admisorio de la tercería preferente fue emitida con anterioridad a los pagos efectuados transgrediendo el artículo 537 del Código Procesal Civil, por su trascendencia y efectos, no puede ser aplicable la convalidación en la nulidad propuesta.

No corresponde al juez resolver la nulidad bajo aspectos meramente procedimentales, sino, pronunciarse sobre el fundamento que ampara la nulidad propuesta (Exp. N° 1977-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 492-493).

Admitida una tercería preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

Encontrándose en apelación la resolución que declara improcedente la tercería, resulta prematuro todo pedido, puesto que aún no se ha decidido de forma definitiva la preferencia demandada (Exp. N° 1167, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 460-461).

Debe ampararse la tercería preferente de pago de los beneficios sociales del trabajador, por tener estos el carácter de crédito laboral, ser repersecutorios y estar protegidos constitucionalmente, al otorgárseles prioridad sobre cualquier obligación de su empleador (Exp. N° 2468-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 462).

Tratándose del derecho preferencial de los trabajadoras respecto a sus beneficios sociales les asiste el principio constitucional; indubio pro operario (Exp. N° 1101-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 214-216).

Si la tercería preferente de pago fue interpuesta en tiempo hábil, esto es, antes de la subasta; el efecto de ella es suspender el pago al acreedor hasta que se decida en forma definitiva sobre la preferencia; de lo que se colige que la inobservancia en la subasta sobre la presentación y admisión de la tercería no afecta la validez del acto del remate, sino el pago con el producto de la subasta. El banco ejecutante debió abonar el precio de la adjudicación conforme se ordenó en el acto mismo del remate; sin embargo se ha procedido a la transferencia de la propiedad, la misma que deviene en nula (Exp. N° 111-2001, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 627).

CONNIVENCIA Y MALICIA

ARTICULO 538

Si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

La mismas sanciones se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 53 inc. 1, 109 inc. 1, 110, 111, 112.

Comentario^(*)

1. Este artículo establece una sanción para la parte que interpone la terceraía con la única finalidad de afectar el derecho de crédito del demandante, alargando innecesariamente el proceso y, consecuentemente, produciendo pérdidas económicas al evitar la recuperación rápida del crédito. El supuesto de hecho es la connivencia y no la mera mala fe del tercerista. Ello quiere decir que es fundamental acreditar que existió un acuerdo malicioso, una maquinación, entre el demandado y el tercerista. Si la actuación de mala fe fue solo del tercerista no podría establecer la sanción de acuerdo a este artículo.

La norma establece una responsabilidad solidaria pasiva entre el tercerista, el demandado y los abogados respectivos, equivalente a tres conceptos: una multa, la indemnización por daños y perjuicios, y las costas y costos. La responsabilidad solidaria pasiva es un mecanismo de reparto de los costos, que tiene por finalidad la protección y satisfacción del crédito. Es así que mediante esta obligación solidaria el demandante podrá demandar a cualquiera de los sujetos mencionados por el íntegro de los montos referidos a la responsabilidad civil y los costos y costas, mas no el equivalente a la multa. El que pague (ya sea tercerista, demandado o

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Merino Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

cualquiera de los abogados), tendrá luego la acción de regreso contra los demás obligados solidarios por la parte proporcional de la deuda⁽³⁷⁸⁾.

La multa no debe ser menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Dentro de este marco, el juez deberá establecer discrecionalmente el monto a pagar. Cabe señalar que la multa no es un concepto que corresponda exigir al afectado (demandante) con el actuar malicioso del tercerista y el demandado, sino que este monto, si bien puede entenderse solidario, corresponde exigir al Poder Judicial. Por lo demás, la multa no es la única sanción que podrían sufrir los abogados que asesoraron inmoralmente al tercerista y al demandado, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) regula otros mecanismos de ejercicio de poder disciplinario del juez ante actuaciones incompatibles con la adecuada actividad procesal. Así, el artículo 288 de la LOPJ establece una serie de deberes para los abogados patrocinantes, entre los que destacan el respeto a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, de lo contrario, el juez se encuentra facultado para establecer las sanciones reguladas en el artículo 292 de la LOPJ: 1) amonestación, 2) multa y 3) suspensión hasta 6 meses, las mismas que son efectuadas por los propios jueces que llevan el proceso, ejecutándolas de forma discrecional. Dependiendo de su naturaleza, dichas sanciones pueden ser apeladas con o sin efecto suspensivo. En esa misma línea, el Código Procesal Civil establece que el juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria (artículo IV), así como la actuación con dolo o fraude (artículo 50).

También se establece la indemnización por daños y perjuicios a favor del demandante, claro está, también de forma solidaria. La responsabilidad que se establece es subjetiva y no objetiva, y ello porque es necesario acreditar la connivencia, es decir el dolo que no es más que un factor de atribución de la responsabilidad civil. Además, se deberá acreditar los otros elementos de la responsabilidad civil como el nexo causal y el daño.

Corresponde también al afectado el monto por costas y costos del proceso, también de acuerdo a este artículo, la obligación es de naturaleza solidaria.

2. Los costos se reparten no solo entre el tercerista y el demandado, sino también entre sus abogados. En este caso, el fundamento es bastante claro. Los abogados son los letradós, los que asesoran a sus clientes, por lo que es razonable que sufran también las consecuencias de su actuar malicioso.

Cabe señalar que los efectos de la acreditación de la connivencia, es que la demanda de tercería deviene en infundada⁽³⁷⁹⁾. El juez debe remitir al Ministerio

(378) Al respecto véase: BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milán, 1991, pp. 188 y ss.

(379) Cas. Nº 2570-2002-Tacna.

Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

3. Finalmente, la norma materia de comentario establece que estas sanciones también se impondrán a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar. Es decir, se pone en el caso de que el afectado sea el tercerista. La norma no es muy clara, pues puede ser que exista connivencia entre el demandante y demandado para ejecutar el bien, empero, en este caso no se exige la acreditación de la connivencia entre ambas partes. Solo se exige la actuación maliciosa del demandante.

La norma también se restringe a la actuación maliciosa en el caso de la medida cautelar, no teniendo en cuenta otro tipo de afectaciones al derecho de propiedad como en el caso de la ejecución de garantías, situación contradictoria con toda la normativa de la tercería que regula la afectación de los bienes en dos situaciones: la tutela cautelar y la ejecución en general.

Las sanciones para el ejecutante, serían las mismas que para el caso del tercerista y el demandado maliciosos.

SUSPENSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR SIN TERCERÍA

ARTÍCULO 539

El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercera, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario, el interesado puede interponer tercera, de acuerdo al artículo 533.

CONCORDANCIA:

C.R.C.

art. 533.

Comentario (*)

1. La suspensión de la medida cautelar sin tercería es un mecanismo de protección del derecho de propiedad sin necesidad de interponer la tercería. En este caso, no es necesario instaurar un proceso autónomo, limitándose a una mera solicitud que tiene como presupuesto el título de propiedad registrado.

Este mecanismo es muy semejante a la desafectación, instrumento procesal que tiene la misma finalidad. Así, la desafectación también sería un mecanismo de protección de la propiedad que se encuentra afectada con una medida cautelar, pero a diferencia de la tercería, no es necesario establecer un proceso autónomo, sino una solicitud que acredite la propiedad de forma "fehaciente". Se afirma en ese sentido, que "Son evidentes las ventajas de la desafectación frente a la tercería: (i) en la desafectación no hay limitación de medios probatorios, mientras que en la tercería en principio se exige documento de fecha cierta; (ii) ante la falta de un documento de fecha cierta, en la desafectación no se exige el otorgamiento de garantía, como sí se hace en la tercería; (iii) el trámite de la desafectación es breve, sin traslado a las partes en el que se dictó la medida cautelar, mientras que la tercería supone iniciar todo un proceso judicial"⁽³⁸⁰⁾.

(*) El comentario de este artículo fue elaborado por Roger Miño Acuña, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica. (380) MESINAS MONTERO, Federico, "Cuándo tercería, cuándo desafectación", en: *Actualidad Jurídica*, T. 102, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2002, p. 74.

En dicho contexto, ¿tiene sentido la existencia de "la suspensión de la medida cautelar sin tercera" si existe la desafectación? Se señala al respecto que "Aun- que es claro que la presencia de esta figura tiene por motivo permitir que el terce- ro evite los rigores de la tercera—logrando que se suspenda el gravamen sobre el bien mediante un trámite bastante expeditivo—, sin embargo, este mecanismo pierde total sentido en tanto existe la posibilidad de recurrir a la desafectación. En primer lugar, la desafectación ofrece al tercero la oportunidad de que se levante la medi- da cautelar mediante un trámite sin que sea necesario el traslado previo del pedi- do a las partes en litigio. En el caso de la suspensión de la medida cautelar sin tercera, siempre se requerirá tal traslado. Pero más importante aun es que mien- tras con la desafectación se logra el levantamiento total del gravamen, en el se- gundo caso la medida cautelar supuestamente solo se 'suspende', regulación evidentemente inadecuada, porque lo lógico es que una medida cautelar se le- vante o se mantenga inamovible, pero no que se suspenda. Como los efectos prácticos de la 'suspensión' de una medida cautelar no son del todo claros, se genera inseguridad. Finalmente, se nota más lo absurdo de recurrir al trámite de la suspensión si es que se exige en este que el tercero presente título de propie- dad registrado, pues es claro que este es un título fehaciente a efectos de la desafectación"⁽³⁸¹⁾.

Siendo el presupuesto de la desafectación la acreditación de la propiedad de forma fehaciente, y de la suspensión de la medida cautelar sin tercera la inscrip- ción registral, es claro que este último requisito es agota en el primero, por lo que no habiendo más dudas al respecto, debería regularse solo la desafectación, pues la mera suspensión no tendría sentido alguno.

2. Cabe señalar que nuestra jurisprudencia entiende que el mecanismo de la suspensión sin tercera se refiere a un proceso de naturaleza civil, puesto que "solo así tiene sentido que esa norma se refiera a las 'partes' del proceso, tanto para legitimar al solicitante, como para dar cabida a los emplazados, 'partes' que, al menos en el sentido civil del término, no existen en el proceso penal (...)"⁽³⁸²⁾.

JURISPRUDENCIA



No procede interponer la suspensión de la medida cautelar, si se viene tramitando una tercera, pues, de ser favorable al tercerista, resolverá sobre lo mismo (Exp. N° 739-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 473).

(381) MESINAS MONTERO, Federico. Op. cit., p. 75.
(382) Exp. N° 2245-95, 18/01/1996.

El pedido de suspensión de la medida cautelar sin interponer tercería, o sea, la desafectación previa que autoriza el artículo 539º del Código Procesal Civil, es facultativa y no obligatoria como requisito de procedibilidad para promover la tercería de propiedad en vía de acción (Cas. N° 2462-98-Loreto. El Peruano, 15/08/99, p. 3181).

El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir la suspensión sin interponer tercería, anexando el título de propiedad registrado. Se presume que el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario; ante tal presunción, corresponde al ejecutante demostrar que el bien del tercero no le pertenece a este, sino al deudor (Exp. N° 1089-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 511-512).

Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida cautelar pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado.

Es infundada la desafectación si el solicitante no ha probado de modo alguno ser propietario de los bienes embargados a la fecha en que se ejecutó la medida cautelar (Exp. N° 706-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 504).

Es improcedente la desafectación si los bienes afectados con la medida cautelar han sido transmitidos mediante anticipo de legítima con posterioridad al mandato cautelar. El indicado acto jurídico ha tenido como único propósito evadir el alcance de tal mandato judicial, con el objeto de burlar los derechos del acreedor.

La ley no ampara el abuso del derecho, tanto más si tratándose de un acto jurídico gratuito, no puede ser opuesto al acreedor (Exp. N° 10761-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 525).

Es infundada el pedido de desafectación de los bienes materia de medida cautelar si no se ha acreditado fehacientemente que los bienes pertenecen a persona distinta al demandado (Exp. N° 2276-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 357-358).

Debe ampararse el recurso de queja si se resuelve no la desafectación de la medida cautelar, como se solicitaba, sino la suspensión de esta.

La desafectación es totalmente distinta a la suspensión. Esta última es irrecurrible (Exp. N° 192-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 247-248).

El perjudicado por una medida cautelar dictada en el proceso que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado.

Si las facturas, guías y boletas de venta que acompañen no acreditan de modo alguno la propiedad alegada, debe el accionante hacer valer su derecho a través de la tercería (Exp. N° 464-97, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 502).

El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Debe desestimarse el pedido si las inscripciones no contienen en modo alguno título de propiedad alguno a favor de los recurrentes, sino más bien, el acuerdo según el cual el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él conforme lo señala el artículo 1583 del Código Civil (Exp. N° 118-2002, Tercera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 683).

Sub-Capítulo 6

IMPUGNACIÓN DE ACTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

PROCEDENCIA

ARTÍCULO 540

La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia.

Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa. ()*

ADMISIBILIDAD

ARTÍCULO 541

Son requisitos para su admisibilidad que:

- 1. Se refiera a un acto o resolución que cause estado;*
- 2. El acto o la resolución se hayan impugnado en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en las leyes respectivas; y*
- 3. Se interponga dentro de los 30 (treinta) días de notificada la resolución impugnada de acuerdo a Ley, o en el mismo plazo, producido el silencio administrativo de conformidad con los dispositivos vigentes.*

La admisión de la demanda no interrumpe la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre proceso cautelar. ()*

COMPETENCIA

ARTÍCULO 542

Cuando la resolución objeto de la impugnación es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de

(*) Artículo derogado por la primera disposición derogatoria de la Ley N° 27584 de 07/12/2001.

carácter local o regional, es competente en primera instancia la Sala Civil de la Corte Superior.

Cuando la impugnación se refiere a Resolución Suprema, o resoluciones emanadas de las asambleas regionales, del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Contraloría General de la República, del Tribunal Fiscal, Tribunal de Aduanas o de los órganos de gestión de la Corte Suprema, es competente en primera instancia la Sala especializada de la Corte Suprema.

Tratándose de la impugnación de resoluciones emanadas del Tribunal Fiscal, se aplicará el procedimiento establecido en el Código Tributario. ()*

REPRESENTACIÓN ESPECIAL

ARTICULO 543

Las actuaciones judiciales podrán realizarse mediante apoderado investido con facultades específicas para este proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales. ()*

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

ARTICULO 544

En estos procesos el Ministerio Público emite dictamen. ()*

ACUMULACIÓN

ARTICULO 545

Cuando la impugnación se sustente en situaciones análogas a las referidas en los Artículos 509 y 510, puede demandarse acumulativamente la indemnización de los daños y perjuicios causados. ()*

(*) Artículo derogado por la primera disposición derogatoria de la Ley N° 27584 de 07/12/2001.

TÍTULO III

PROCESO SUMARÍSIMO

Capítulo I DISPOSICIONES GENERALES

PROCEDENCIA

ARTICULO 546

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo;
7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y,
8. Los demás que la ley señale.*

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 58, 85, 181, 182, 200, 256, 293, 300, 305, 419, 460, 468, 606, 676, 792, 795, 993, 1014, 1017, 1073, 1074, 1078, 1116, 1163, 1412, 1839.
C.P.C.	arts. 547, 549, 5 DF, 1 DM, 2 DM.
LEY 26636	art. 70.
LEY 26887	arts. 5, 9, 15, 22, 139, 140, 142, 143, 158, 200, 218, 219, 237, 240, 291, 338, 357, 359, 360, 381, 383, 384, 409, 410, 415.
LEY 27287	arts. 28, 32.2, 41.3, 101.3, 103.1, 105.1, 108.2.

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 de 29/06/2007.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

<i>C.P.C. Colombia</i>	<i>art. 435.</i>
<i>C.P.C.N. Argentina</i>	<i>arts. 321, 322, 498.</i>

 **Comentario**

1. El procedimiento sumarísimo es otro de los modelos que operan con los procesos de cognición. En este artículo se fijan las pautas para recurrir a esta vía procedimental, tomando como referentes a la cuantía y materia de la pretensión; sin embargo, hay casos en que al margen de los parámetros de la competencia objetiva, esta vía procedimental se encuentra pre establecida por ley o porque el juez la fije, en atención a la naturaleza de la pretensión en debate. Tanto el inciso 1 al 5 hacen referencia a la naturaleza de la pretensión (alimentos, separación convencional y divorcio ulterior, interdicción, desalojo e interdictos) para asumir este modelo procedimental bajo los criterios que describe el artículo 547 del CPC.

2. Cuando "la pretensión es inapreciable en dinero o hay duda sobre su monto" se acoge el debate bajo las reglas del procedimiento sumarísimo. Este criterio también aparece reproducido para los procesos que se promuevan en la vía abreviada y de conocimiento; al igual que los procesos que no tengan una vía procedimental propia, sin embargo, hay un criterio que no se reproduce en los modelos anteriores, cual es "la urgencia de la tutela jurisdiccional".

Mediante este procedimiento sumarísimo se responde a un diseño lato, de reducidos plazos y limitado debate probatorio, a fin de lograr respuestas rápidas, todo ello justificado por la urgencia de obtener tutela jurisdiccional, pero, en este caso, será el juez quien califique las circunstancias que hagan atendible dirigir el debate de la pretensión por un modelo sumarísimo. Véase el caso del reconocimiento de la unión de hecho entre dos personas libres de impedimento legal, cambio de identidad por modificación de sexo, cambio de nombre para alterar su identificación, entre otros. Aún más, hay que tener presente que "el juez está facultado para adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada; siempre que sea factible su adaptación" (inciso 1, artículo 51 del CPC).

3. Otro referente para establecer la vía procedimental es la cuantía de la pretensión (no mayor de 100 UIT), tal como se advierte de lo regulado en el inciso 7; esto implica que para definir la competencia de un juez se debe analizar los criterios de cuantía, materia y función, fijados en este artículo y en el artículo 547 del CPC, que son absolutos, de tal manera que concurren todos ellos, concentrados ante un mismo juez, sea de paz, de paz letrado o especializado. La competencia por territorio también es materia de análisis pero al ser disponible por las partes, puede ser materia de prórroga tácita o expresa o cuestionada a través de las excepciones.

4. La ley es otro referente para determinar la vía procedimental, tal como lo refiere el inciso 8 del artículo en comentario; en tal sentido, véase los siguientes casos: la Ley del Sistema Concursal, señala en el artículo 73, "la solución de las controversias derivadas del plan de reestructuración se tramitará en la vía del procedimiento sumarísimo". En igual sentido, la referida norma concursal considera que la pretensión de ineficacia y reintegro de bienes a la masa concursal se tramitará bajo el procedimiento sumarísimo (ver el artículo 20.1 de la Ley N° 27809).

Dice el artículo 143 de la Ley General de Sociedades, que cuando la impugnación de los acuerdos se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitará por el proceso sumarísimo. En igual forma, señala el artículo 9 de la citada ley que los afectados con la denominación o razón social tienen derecho a demandar su modificación a través de un proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

El artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27072, refiere que la autoridad municipal puede demandar autorización judicial, en vía sumarísima, para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales.

El Código Civil también establece el procedimiento sumarísimo en los siguientes casos: alimentos para herederos forzosos del ausente (artículo 98), convocatoria a asamblea general de asociación (artículo 85 del CC), pérdida del deudor a derecho del plazo (artículo 181), fijación de plazo para cumplimiento de acto jurídico (artículo 182), fijación de plazo para ejecución del cargo (artículo 186), ineficacia de actos jurídicos gratuitos (artículo 200), oposición a la celebración de matrimonio (artículo 256), autorización para ejercer profesión u oficio (artículo 293), obligación de los cónyuges al sostenimiento del hogar (artículo 300), administración de bienes por el otro cónyuge (artículo 305), nombramiento de curador especial (artículos 460 y 606), nombramiento judicial de curador (artículo 468), impugnación de la renuncia a la herencia por acreedor (artículo 676), nombramiento de albaceas dativo (artículo 792), remoción de albacea (artículo 795), infracción del usufructuario (artículo 1017), sustitución de prenda (artículos 1072 y 1073), autorización para venta de bien prendado (artículo 1074), reducción del monto hipotecario (artículo 1116), elección judicial de obligación alternativa (artículo 1163), cumplimiento de mutuo (artículo 1657), reducción judicial de hipoteca (artículo 1116 del CC), otorgamiento de escritura (artículo 1412 del CC), y la ineficacia de los actos gratuitos (artículo 200 del CC).



JURISPRUDENCIA

Si bien una de las pretensiones (demanda de alimentos) corresponde al proceso sumarísimo, frente a la pluralidad de pretensiones no corresponde que el asunto se tramite en proceso sumarísimo, sino en proceso lato de acuerdo a la cuestión en debate (Cas. N° 503-95-Lima. El Peruano, 04/01/98, p. 365).

En un proceso sobre desalojo por ocupación precaria, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien; y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título (Cas. N° 1781-99-Callao. El Peruano, 26/12/99, p. 4405).

En el proceso de desalojo por falta de pago, lo único que tiene que definirse es si el demandado se encuentra o no en mora en el pago de la renta y no cabe pronunciamiento sobre la vigencia de uno u otro contrato porque ello es ajeno al real objeto de la materia controvertida y porque dicha determinación solo sería relevante si se tratara de desalojo por vencimiento de contrato (Cas. N° 202-2000. El Peruano, 30/08/2000, p. 6141).

En un proceso sumarísimo sobre desalojo por ocupación precaria, resulta impertinente pretender determinar cuál de los justiciables tiene el mejor derecho de propiedad (Cas. N° 1922-99-Callao. El Peruano, 18/12/99, p. 4342).

Al cuestionarse el uso de la cláusula resolutoria, se está poniendo en discusión si esta produce efectos; en tal sentido, se deduce que el comprador que posee en virtud de un contrato cuya resolución está en discusión no tiene la calidad de ocupante precario, debiéndose verificar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de las partes en una vía donde se permita una amplitud de los medios de defensa y de la actividad probatoria, lo que no ocurre en la vía sumarísima (Cas. N° 2522-97-Lima. El Peruano, 09/11/99, p. 3895).

Si bien no se ha acreditado que la minuta de compraventa fuera suscrita por algún representante de la cooperativa demandada, al reconocerse que la actora ha cancelado el precio del inmueble y es adjudicataria de la cooperativa demandada, procede el otorgamiento de escritura pública.

Es obligación del vendedor entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido (Exp. N° 622-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 490-491).

Se tramitan en proceso sumarísimo las acciones posesorias.

En un proceso por desalojo no cabe dilucidar el mejor derecho a la propiedad (Exp. N° 181-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 329-331).

Encontrándose acreditado que la asociación demandada se niega a formular la convocatoria para asamblea general, resulta procedente que el juez especializado la convoque (Exp. N° 305-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 21).

El derecho alimentario es irrenunciable respecto al menor de edad. Ambos padres deben contribuir a prestar alimentos (Exp. N° 1464-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 135).

Tratándose de un lote de terreno cuya propiedad está inscrita a nombre de los demandantes, sobre el cual se han realizado obras civiles, cuya ejecución y financiamiento se atribuye a los demandados; no corresponde ventilarlos en el proceso por desalojo.

Se debe proceder a la desocupación del lote, dejando a salvo el derecho de los codemandados sobre las edificaciones que hubieran introducido en el inmueble (Exp. N° 25341-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 494).

No procede amparar el desalojo si existe controversia entre los títulos que sobre el mismo bien ostentan las partes, máxime que la propia demandante ha reconocido que la edificación ha sido efectuada por la parte demandada.

No corresponde en esta vía sumarísima hacer valer la pretensión demandada sino en una más amplia (Exp. N° 54150-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 489).

El vendedor está obligado a entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto.

Se puede vender bienes existentes o que pueden existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por ley (Exp. N° 1163-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 210-211).

Para la validez del convenio de sustitución de régimen patrimonial del matrimonio, es necesario el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal; solemnidades, cuyo cumplimiento determina la constitución del acto jurídico.

No procede exigir el otorgamiento de escritura pública en aplicación del artículo 296 del C.C (Exp. N° 1634-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 100-101).

La acción de otorgamiento de escritura pública que regula el artículo 1412 del C.C. es de naturaleza personal y no tiene otro objeto que otorgar al contrato perfeccionado una solemnidad querida por las partes o exigida por la Ley.

No se constituye ningún derecho con la sentencia que eventualmente se expida ni tampoco la Ley establece parámetros para precisar la oportunidad de ejercicio de la acción.

Quien se atribuya derechos de propiedad es permisible que accione el otorgamiento de una formalidad respecto del contrato que lo constituyó en cualquier momento (Exp. N° 3632-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 269).

El otorgamiento de escritura, si bien es una pretensión de carácter personal, sin embargo, no se encuentra sujeto al plazo prescriptorio, toda vez que dicha formalidad constituye un medio para dar afianzamiento al contrato de compraventa y su posterior inscripción en los Registros Públicos, siendo una forma de asegurar el derecho del propietario frente a terceros, consolidándose de este modo, el derecho de propiedad del comprador (Exp. N° 1395-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 270).

Es materia del proceso de otorgamiento de escritura pública la formalización de un acto jurídico no solemne, en sus propios términos, de conformidad con el artículo 1412 del Código Civil.

No es materia de decisión, en procesos como este, la determinación del área de terreno que corresponde al adquirente, pues, la finalidad de la pretensión planteada es dar forma al acto constituido, y no modificarlo ni ampliarlo (Exp. N° 1558-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 485).

El hecho que exista en trámite una demanda de expropiación o una anotación en el registro de propiedad, respecto a los inmuebles materia de litis, no es motivo para que el juez

desestime el otorgamiento de escritura, más aún, cuando la citada minuta no ha sido materia de observación.

Es necesario la perfección del acto, a fin de salvaguardar sus derechos de los accionantes como legítimos propietarios del inmueble (Exp. N° 57-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 486).

Si bien no se aprecia del documento que contiene el contrato de compraventa que haya intervenido la cónyuge del vendedor, este hecho por sí mismo, no puede dar lugar a la inexistencia del referido acuerdo, toda vez que la parte demandante sostiene que la indicada cónyuge tenía pleno conocimiento del acto jurídico, situación que requiere de debate probatorio, en otro proceso distinto.

Tampoco corresponde ordenar la formalización del referido acto jurídico en cuanto a la cónyuge se refiere (Exp. N° 1197-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 489-490).

El emplazado no puede oponer la falta de pago del Impuesto General a las Ventas por los compradores, pues, la formalización no alterará en modo alguno los términos del contrato, además, que el pago previo del impuesto no fue pactado como condición para el otorgamiento de la escritura pública solicitada (Exp. N° 12522-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 498-499).

Si bien aparece de la parte introductoria de la minuta, que el demandado tiene la condición de casado; mal se puede obligar a la cónyuge de este, quien no ha suscrito la minuta, a perfeccionar un acto jurídico del cual no ha sido parte integrante (Exp. N° 65609-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 500).

Si el Directorio, ante la renuncia de sus miembros, se ha quedado sin quórum válido para reunirse, nos revela ello, que en caso de vacancia múltiple, es el proceso sumarísimo la vía procedimental adecuada para elección de los órganos de administración de la sociedad (Exp. N° 24943-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 639).

Es amparable la demanda de otorgamiento de escritura pública, previo pago del saldo del precio actualizado de conformidad con el artículo 1236 del Código Civil (Exp. N° 2051-93, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 115-116).

Si la propiedad del inmueble se halla cuestionada, no resulta viable la demanda de otorgamiento de escritura pública mientras no se dilucide el derecho de propiedad. Para ordenar el otorgamiento de la escritura pública, la obligación correspondiente debe estar acreditada en forma clara e indubitable (Exp. N° 57-95-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 290-291).

La pretensión jurídica de otorgamiento de escritura o de protocolización sobre la base del artículo 1412 del Código Civil implica necesariamente el reconocimiento judicial de la existencia lícita de un acuerdo contractual que debe ser protocolizado.

La venta del inmueble por parte de la legataria, contraviniendo lo dispuesto en el legado determina su invalidez. Dicha figura jurídica es análoga al pacto con objeto ilícito que sanciona el artículo 21 Inciso 4 del Código Civil (Exp. N° 1281-90-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 403-404).

La impugnación judicial de los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias, debe ser resuelto dentro del marco que regula el artículo 92 del Código Civil, mas no corresponde analizarlas bajo las causales de nulidad previstas por el artículo 219 del CC, aun cuando hubieren sido invocadas en la demanda.

Según el principio iura novit curia, el juez debe aplicar la norma pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda (Exp. N° 858-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 85).

La pretensión para que la anterior dueña del bien otorgue la escritura pública al demandante, deviene en un imposible jurídico, puesto que en los contratos con prestaciones no ejecutadas, total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual, para lo cual, necesita que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Si no se acredita que el contratante originario haya prestado su consentimiento a la transmisión no se puede exigir que otorgue la escritura pública del acto que la contiene (Exp. N° 20272-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 531-532).

La falta de pago del saldo del precio del bien materia de la venta no impide que se otorgue la escritura pública correspondiente, salvo que las partes así lo hayan acordado (Exp. N° 62-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 532-534).

En el proceso sumarísimo se permite demandar el otorgamiento de escritura pública, más no el mejor derecho de propiedad del inmueble (Exp. N° 112-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 539-541).

Si bien la emplazada alega que ha existido vicio de la voluntad al suscribir la minuta, por cuanto fue intimidada y engañada, ese argumento no enerva la obligación de otorgar la escritura pública.

Ello no implica que pueda hacer valer su derecho en el proceso correspondiente (Exp. N° 5613-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 519).

El otorgamiento de escritura pública tiene por objeto la formalización de un acto jurídico ya celebrado por las partes.

No es procedente la discusión del saldo del precio del bien inmueble, en tanto, no sea una condición para formalizar el contrato; en todo caso, se deja a salvo el derecho para que se haga valer en la vía pertinente (Exp. N° 55504-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 520).

El otorgamiento de escritura pública es una obligación que supone la existencia de una fuente contractual. Debe ampararse la demanda si se evidencia que existió acuerdo entre las partes sobre la transferencia del bien por un monto determinado (Exp. N° 32975-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 507).

Si la demandada celebra contrato de promesa de venta con reserva de dominio a favor de quien posteriormente fallece, les asiste a los demandantes, como sus herederos universales, solicitar la escritura pública del bien.

A través del pacto con reserva de propiedad, el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago total del importe del precio convenido o una determinada de él (Exp. N° 211-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 508).

Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor a emplear las medidas legales a fin que el deudor procure aquello a que esta obligado; siendo esto así, la actora está facultada para subrogarse al derecho que le corresponde a su inmediato transferente.

Debe ampararse la demanda, pues, conforme lo señala el artículo 1412 del CC, cualquiera de las partes que se encuentren vinculadas jurídicamente por la celebración de un contrato puede exigirle a la otra, a que llene la formalidad requerida; máxime que los codemandados no han negado su obligación de perfeccionar el contrato de compraventa, habiendo sustentado el incumplimiento de tal acto por no haber sido solicitado (Exp. N° 29577-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 511).

Procede amparar la demanda de otorgamiento de escritura si el demandante acredita haber pagado el valor del terreno y ser adjudicatario del inmueble sub-litis.

El hecho de que el actor haya perdido su calidad de socio de la cooperativa demandada, en fecha posterior a la adjudicación, no puede significar que carece de legitimidad para obrar (Exp. N° 24214-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 505).

Si bien las partes han celebrado un contrato de compraventa sobre el inmueble cuya desocupación se solicita, también es cierto que este se ha resuelto de pleno derecho, para luego arribar a un acuerdo verbal. Estas discrepancias no pueden dilucidarse en el proceso sumarísimo (Exp. N° 591-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 150).

El sistema judicial peruano ha optado por la teoría constitutiva de la partición, conforme a la cual esta es atributiva de dominio, siendo que cada uno de los copropietarios recibe su parte permutando el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican, a cambio del derecho exclusivo sobre los que se le entregan.

La partición implica establecer los porcentajes que a cada condómino le corresponde en la sentencia de mérito. Ese derecho puede establecerse judicial o extrajudicialmente, mas no de facto o según criterio de cada condómino (Exp. N° 4211-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 146).

La convocatoria a asamblea general de asociados es dispuesta judicialmente cuando la soliciten no menos de la décima parte de sus miembros, y no haya sido atendida dicha solicitud dentro de los quince días de haber sido presentada ante el Presidente de la Asociación (Exp. N° 1594-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 86).

Procede amparar la convocatoria a la asamblea general de la asociación, luego de haber obtenido respuesta negativa de la actual directiva y haber formulado el porcentaje de asociados requeridos para la validez de dicha convocatoria, máxime que la junta directiva viene ejerciendo un mandato más allá de la prorroga judicial y lo señalado en los estatutos,

lo que da idea de la acefalía que viene padeciendo la asociación (Exp. N° 659-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 88).

No pueden los cónyuges demandados transferir por vía de anticipo de legitima un bien que ya no les pertenecía, por lo tanto, el objeto del acto jurídico deviene en un imposible jurídico. La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública porque un acto nulo es jurídicamente inexistente.

No puede existir una escritura pública sin contenido, deviniendo también en nulo el ostento registral donde se ha hecho constar el acto.

Si la fundamentación fáctica de la demanda no califica la causal de nulidad del acto por tener este un fin ilícito, sino que contempla la contenida en el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, esto es, que el objeto sea física o jurídicamente imposible, el análisis de la prueba aportada debe encaminarse hacia la probanza de dicha causal (Exp. N° 4530-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 90-91).

El plazo para formular impugnación judicial de acuerdos, se encuentra referido a los actos jurídicos y es de naturaleza sustantiva. El señalado por días se computa por días naturales. No resulta de aplicación el plazo por días hábiles, pues, la norma al fijar el plazo no hace distinción alguna (Exp. N° 49702-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 85-86).

Solo procederá la convocatoria judicial para la asamblea general extraordinaria de socios, si los mismos asociados a quienes no se les atendió o denegó su solicitud, lo piden al juez y representan el diez por ciento de los socios hábiles.

Si los demandantes no han acreditado ser socios hábiles, a tenor de los estatutos no se encuentran habilitados para ser parte en el proceso (Exp. N° 64630-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 90-92).

Si bien la actora no ha acreditado con documento alguno que el precio se encuentre cancelado, no es menos cierto que respecto al contrato de compraventa procede el otorgamiento de la respectiva escritura pública por tratarse de un negocio jurídico eminentemente consensual, constituyendo una circunstancia diferente la probanza o no del pago del saldo del precio, situación que el acreedor puede hacerlo valer con arreglo a ley (Exp. N° 441-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 501).

El vendedor debe otorgar y suscribir toda documentación que permita al comprador consolidar su dominio sobre la cosa adquirida, por lo que resulta atendible la pretensión de otorgamiento de escritura, tanto más si el comprador ha cancelado el precio del bien (Exp. N° N-1221-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 502).

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

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

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

Las relaciones de una comunidad campesina con los miembros que la integran, respecto de la posesión de las parcelas familiares no pueden resolverse mediante acciones reivindicatorias, sino en el marco de la Ley 14656, Ley General de Comunidades Campesinas, su reglamento y de los estatutos comunales (Exp. N° 1406-7-96, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 177-178).

El derecho de los asociados a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias tienen trámite propio, y plazo para ejercitarlo; 60 días a partir de la fecha del acuerdo (Exp. N° 1147-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 15-16).

Si la actora ha perdido su condición de asociada tiene expedito su derecho a impugnar judicialmente dicho acuerdo dentro de los 60 días a partir del mismo.

El juez Penal no puede otorgar el derecho de propiedad ni restituir el derecho de socia que ha perdido al no ocupar el terreno que la Asociación le había asignado gratuitamente (Exp. N° 807-93-Piura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 107-108).

Si se extingue la obligación principal, resulta procedente la declaración de extinción de la garantía real contenida en la misma escritura referida a la prenda, de conformidad con el artículo 1090 del Código Civil. Los particulares no pueden dentro de sus relaciones de comercio o negociaciones establecer tasas de intereses mayores a los determinados por el Banco Central de Reserva (Exp. N° 91-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 217).

La falta de pago del precio del bien materia del contrato de compraventa no impide que el comprador solicite que su contraparte formalice el acto jurídico celebrado. Según el artículo 1549 del Código Civil, es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien (Exp. N° 99-144464, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 262).

La transferencia de propiedad de una cosa mueble se efectúa con la tradición a su acreedor; además, conforme señala el artículo 1551 del Código Civil el vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido. La pretensión de otorgamiento de escritura pública no resulta ser la idónea para perfeccionar la transferencia de la propiedad a nombre del actor, más aún si dicha pretensión es posible cuando se trata de bienes inmuebles (Exp. N° 184-2001, Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 264).

En aplicación del artículo 1412 del Código Civil, las partes que celebraron el negocio jurídico pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. El otorgamiento de escritura pública respecto de la compraventa y la hipoteca legal, por interpretación extensiva, corresponde tanto al vendedor como al comprador, pues, dicho dispositivo legal no hace distinción entre ambos. Habiéndose pactado una hipoteca legal para su constitu-

ción, necesariamente tiene que elevar a escritura pública, por mandato del artículo 1098 del Código Civil y por ende formalizarse primeramente el acto principal (la compraventa) (Exp. N° 48644-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 266).

La minuta objeto de formalización como resultado del proceso de otorgamiento de escritura debe ceñirse a lo resuelto en la sentencia ejecutoriada, en observancia del artículo 4 Ley Orgánica del Poder Judicial; de modo tal que la aludida minuta debe contener las estipulaciones preestablecidas por las partes acorde a la autonomía de la voluntad, sin que en ella pueda consignarse aspectos que no han sido materia de debate (Exp. N° 1228-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 267).

Aunque el Código Civil no exige el otorgamiento de escritura para el perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles, dado su carácter consensual, el mismo Código reconoce a los contratantes el derecho a compelerse recíprocamente a llenar dicha formalidad, no como requisito del contrato, sino como garantía de comprobación de la realidad del acto. La falta de pago del saldo del precio del bien materia de la venta, no impide que se otorgue la escritura pública correspondiente, salvo que las partes así lo haya acordado (Exp. N° 112-2002, Quinta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 270).

Si habiendo acreditado la demandante la obligación del emplazado y el cumplimiento de los requisitos señalados por el Código sustantivo para el perfeccionamiento de los contratos como son la determinación del precio, la manifestación de voluntad y la indemnización, la demanda debe ser amparada. No resulta procedente la entrega del bien desde que este proceso solo pretende la formalización del derecho de propiedad que tiene esta parte (Exp. N° 47420-98, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 273).

La pretensión de otorgamiento de escritura pública planteada por el adquirente de un bien inmueble contra su inmediato transferente, al amparo del artículo 1412 del Código Civil y sustentada en un documento privado, no importa en modo alguno discusión sobre el mejor derecho de propiedad con terceras personas ajenas a su celebración. Constituye solo el pedido de mutar la formalidad de escritura privada, adoptada por las partes al momento de celebrar una compraventa, a la formalidad de escritura pública, esto es, se adicione al convenio la intervención notarial dando fe que las partes se ratifican ante sí respecto al hecho de haber celebrado un contrato de compraventa en los términos del documento privado (Exp. N° 1248-20101, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 275).

Si del testimonio de escritura pública de mutuo con garantía hipotecaria no se aprecia que los contratantes hayan expresado su voluntad de darle forma determinada al acuerdo, ni tampoco existe exigencia legal alguna para lo determinado por las partes no debe ampararse la demanda que busca revestir la formalidad de escritura pública. En aplicación del artículo 143 del Código Civil, al no haber la Ley designado una norma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente (Exp. N° 20116-2000, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 278).

Si bien el nombre de la cónyuge del demandado no ha sido consignado en la parte introductiva del contrato, también es verdad, que la manifestación de voluntad de aquella, se encuentra plasmada en forma expresa, en la suscripción del negocio jurídico contenido en

la minuta de compraventa por lo que ambos demandados deben otorgar la escritura pública correspondiente (Exp. N° 679-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 280).

Son elementos de la compraventa el bien, el precio y el consentimiento. No puede ampararse la formalización en escritura pública de un recibo que no contiene tales los elementos, pues, dicho recibo no contiene la determinación explícita del precio ni tampoco la descripción clara y precisa del inmueble correspondiente. Tampoco se aprecia la exteriorización de la voluntad por parte del causante, bajo ninguna de las formas que estipula el artículo 140 del Código Civil (Exp. N° 1104-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 282).

No procede amparar la demanda, si no aprecia que el demandado haya expresado su voluntad a efecto de darle forma determinada al acuerdo, ni tampoco existe exigencia legal alguna para que lo determinado por sus coherederos, deba revestir formalidad de escritura pública. Al no haber la Ley designado una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar las que juzguen conveniente (Exp. N° 713-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 283).

Si no se ha acreditado ni demostrado que los vendedores tengan facultad de realizar actos de disposición, la compraventa no puede ser materia de formalización, desde que la pretensión tiene por objeto se otorgue escritura pública respecto de la totalidad del bien inmueble, mas no solo de derechos y acciones. La parte compradora deberá efectuar las gestiones conducentes a subsanar aquella omisión a efecto de consolidar plenamente su derecho de propiedad (Exp. N° 1285-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 284).

Resulta legítimo compeler al vendedor para que otorgue la respectiva escritura pública conforme señala el artículo 1412 del Código Civil. Si se ha verificado que la primigenia vendedora tampoco ha otorgado la respectiva escritura pública de compraventa a su comprador, corresponde al demandante compelerlo judicialmente para que otorgue dicha formalidad, conforme a la facultad que concede el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil, tanto más si no existe obligación pactada pendiente a cargo del demandante ni del vendedor a este (Exp. N° 790-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 286).

Si el demandante ha cumplido con cancelar el valor del vehículo, conforme aparece de los recibos que acompaña; habiéndose fijado el precio en atención al principio de pacta sunt servanda que recoge el artículo 1361 del Código Civil, el demandado está obligado a suscribir la transferencia del bien en mérito que el actor ha cancelado la obligación (Exp. N° 1161-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 287).

La donación de bienes inmuebles es un acto de disposición con formalidad ad solemnitatem, es decir que requiere de forma legal predeterminada para que surta sus efectos jurídicos. No procede amparar la pretensión de otorgamiento de escritura si la manifestación de voluntad destinada a dar en donación el inmueble ha inobservado el requisito de la forma que prescribe el artículo 1625 del Código Civil (Exp. N° 99-49814, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 289).

COMPETENCIA

ARTÍCULO 547

Son competentes para conocer los procesos sumarísimos, indicados en los incisos 2) y 3) del artículo 546, los jueces de familia. En los casos de los incisos 5) y 6) son competentes los jueces civiles.

Los jueces de paz letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del artículo 546.

En el caso del inciso 4) del artículo 546 cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los jueces civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los jueces de paz letrados. ()*

*En el caso del inciso 7) del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, es competente el juez de Paz; cuando supere ese monto, el juez de paz letrado. (**)*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	arts. 24 inc. 3, 546, 549.
C.N.A.	arts. 96, 135, 137.
LEY 27155	1ra. y 2da DF.
D.S. 017-93-JUS	arts. 57, 65.

Comentario

1. El artículo en comentario acoge la competencia especializada. Se dice que las complejidades del conocimiento jurídico, ponen de relieve la necesidad de especializar a los órganos jurisdiccionales. Esta especialización consiste en la atribución de competencia atendiendo a ramas o sectores del ordenamiento jurídico, y en ese orden de ideas encontramos a los juzgados contencioso-administrativos, civiles, penales, familia y laborales. En ese orden de ideas, se ha designado en el presente artículo los jueces civiles y de familia, para conocer determinadas pretensiones tramitadas bajo el procedimiento sumarísimo.

(*) Texto del tercer párrafo según Fe de Erratas de 07/07/2007.

(**) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 de 29/06/2007.

2. Como señala la norma, el conocimiento de las pretensiones sobre separación convencional y divorcio ulterior así como la interdicción son de competencia exclusiva de los jueces de familia, correspondiendo a los jueces civiles el conocimiento de las pretensiones sobre interdictos y las pretensiones que no tienen una vía procedimental propia, así como los que sean inapreciables en dinero, haya duda sobre su monto o haya urgencia de tutela jurisdiccional.

La primigenia redacción de este artículo atribuía a los jueces de paz letrados conocer pretensiones referidas a alimentos, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar, caso contrario son competentes los jueces civiles, salvo que se trate de alimentos de menores cuyos casos son competentes los Jueces del Niño y del Adolescente.

A partir de la Ley N° 28439, los jueces de paz letrados conocen los asuntos referidos a los alimentos, sin hacer distinciones para fijar la competencia, en atención a la prueba indubitable del vínculo familiar. Esto implica que todos los asuntos referidos a fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo se formularán ante el juez de paz letrado. Esta unificación en la competencia por funcional, ya no permitirá cuestionamientos como las que acoge la Casación N° 3629-2002-Puerto Maldonado, de fecha 08 de julio de 2004, publicada en *El Peruano*, 31/08/2004. En ella se señala que conforme al artículo 392 del Código Civil, cuando uno de los padres efectúa el reconocimiento de forma separada está impedido de inscribir el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Por ello, al no haberse registrado el nombre de la madre en la partida de nacimiento no se entenderá indubitable la maternidad de la demandada, por lo que el proceso debería ser conocido por el juez de familia y no por el juez de paz. En relación a la prueba indubitable del vínculo familiar, la Sala Suprema, mediante Casación N° 2108 -03-Huánuco, de fecha 25 de mayo de 2004, publicada en *El Peruano* el 30/09/2004, considera la existencia de dicho vínculo cuando en el proceso se hubiera acreditado con certeza absoluta, que la persona a quien se emplaza y exige los alimentos es en efecto padre o madre del menor. Tratándose de filiación matrimonial, ese vínculo se acredita con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, o por instrumento público en el que se admita expresa o tácitamente la materialidad o paternidad, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de paternidad matrimonial, o por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado de hijo matrimonial, o por cualquier medio, siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres, conforme al artículo 375 del CC. En el caso de la filiación extramatrimonial, el vínculo indubitable se acredita con el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento, o por sentencia dictada en juicio de filiación, según lo previsto en los artículos 338, 390, 391 y 412 del CC.

3. Por otro lado, si bien las pretensiones sobre desalojo corresponde conocer a los jueces civiles, esta competencia por materia esta además condicionada a la

renta mensual, en caso exista o no ella; esto es determinante para fijar la competencia del juez civil o del juez de paz letrado. Como señala la norma en comentario, "cuando la renta mensual es mayor a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los jueces civiles". Esto implica que en los procesos de desalojo, si la renta no supera el monto fijado (50 URP) será de conocimiento del juez de paz letrado.

En el caso del inciso 7 del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, es competente el juez de paz; cuando supere ese monto, el juez de paz letrado. Especial situación merece el caso del inciso 7 del artículo 546 del CPC porque promueve la intervención de los jueces de paz en la dirección del proceso civil. Esto permite reafirmar la idea que los jueces de paz ejercen función jurisdiccional, a pesar de ser jueces legos y no formar parte de la carrera judicial. A estos jueces legos se les asigna competencia para que intervengan en la solución de conflictos, cuya cuantía no supere las 50 Unidades de Referencia Procesal. Las sentencias que emitan serán según su leal saber y entender, debidamente motivadas, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente, conforme lo establece el artículo 66 de la LOPJ.



JURISPRUDENCIA

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

El juez de paz letrado carece de competencia para tramitar el juicio de cancelación de anticresis. Sin embargo, ello no puede afectar el posible derecho a cualquier acción derivada de la anticresis (Exp. N° 405-93-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 520-521).

No es posible ventilar, dentro de un proceso de desahucio tramitado en la vía sumaria, cuestiones que afecten el mejor derecho de propiedad sobre bienes Inmuebles, materia que debe ventilarse en una vía declarativa más lata (Cas. N° 656-95-Lima. Editora Normas Legales S.A., Tomo 266; julio 1998, Trujillo-Perú, pp. A.1-A.2).

NORMATIVIDAD SUPLETORIA

ARTÍCULO 548

Es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones previstas en este capítulo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 476, 559.

Comentario

El presente artículo, que reproduce al artículo 489 del CPC, está referido a la integración normativa, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la Ley Procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza". En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver la primera disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 del CPC (aplicable al procedimiento de conocimiento) para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo.

Como señala el citado artículo 476 del CPC, el proceso se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro, sin embargo, su aplicación estará condicionada a las modificaciones previstas en este capítulo; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones y defensas previas, la tramitación de estas, el desarrollo de la actividad probatoria, la prohibición de la reconvencción, la audiencia única para realizar el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, los plazos especiales para la apelación, entre otros.

FIJACIÓN DEL PROCESO POR EL JUEZ

ARTÍCULO 549

En el caso del inciso 6 del artículo 546, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 546 inc. 6.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 436.

Comentario

1. La demanda es importante porque es el vehículo, a través del cual, el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. También en la demanda, el actor propone la vía procedimental a través del cual se dirigirá el debate de sus pretensiones; sin embargo, pudiera darse el caso que dicha propuesta no sea coherente con el objeto de litis, situación que permite al juez sustituirla por la del procedimiento sumarísimo en el caso que refiere el inciso 6 del artículo 546 del CPC. Nótese que la propuesta no es ejercicio del principio dispositivo, como si lo serían los hechos y la prueba que aportan las partes al proceso. La vía procedimental hay que entenderla como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo.

2. El artículo 546 del CPC asume el supuesto que frente a pretensiones que requieren tutela jurisdiccional urgente, el juez puede considerar atendible su tramitación bajo las reglas del procedimiento sumarísimo. Ello resulta coherente, bajo el concepto publicístico que inspira al Código Procesal Civil, toda vez que el juez civil como director del proceso, podría fijar el camino procesal por el que se debatirá la pretensión planteada para su conocimiento. Esta variación está contemplada como una de facultades genéricas con que cuenta el juez para "adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación". En ese sentido, léase el inciso 1 del artículo 51 del CPC. Dichas facultades hay que entenderlas bajo el concepto publicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso.

Esa decisión que fija al procedimiento sumarísimo, según el artículo en comentario, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable.

Si partimos de la idea que en el admisorio de la demanda se establece el camino procesal, a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, tal como lo exige la norma en comentario; todo lo contrario, el emplazamiento del demandado contiene la notificación entre otros del admisorio de la demanda en el que aparece la vía procedimental que se utilizará para la discusión del caso.

3. Un elemento fundamental para que opere la sustitución de la vía procedimental es la motivación debida. El juez tiene el deber de justificar porqué ha decidido apartarse de la vía propuesta y optar por la vía sumarísima. Como refiere la norma en comentario, la resolución será expedida sin citación al demandado (que no parece coherente conforme lo señalado en el punto 2 de este comentario) y es inimpugnable. Ello se explica porque el juez, no las partes, es quien fijará el escenario en el cual ellas van a debatir sus pretensiones, permitiéndoles un escenario reducido y limitado, justificado por la urgencia de la tutela que se busca. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido públicístico, hay un fin social en el proceso, que permite al juez fijar el contexto a través del cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustentan sus pretensiones. Véase el caso del cambio de nombre, en el que el juez pudiere considerar los efectos de la identificación del demandante para su interrelación, como una justificación para someter al debate bajo un procedimiento rápido.

PLAZOS ESPECIALES DEL EMPLAZAMIENTO

ARTÍCULO 550

Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos serán de quince y veinticinco días, respectivamente.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 435 párr. 3.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia art. 437.

Comentario

Este artículo reproduce lo ya estipulado en los artículos 479 y 492 del CPC, al referirse a los plazos especiales para el emplazamiento, tanto para el procedimiento de conocimiento y como para el abreviado.

Como ya se ha señalado, el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

Lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley, como sería el caso que regula el artículo 435 del CPC, cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; y, cuando el demandante ignora el domicilio del demandado. Aquí el emplazamiento se hará mediante edicto. Los plazos, por tratarse de un procedimiento sumarísimo, serán de quince días y veinticinco días, respectivamente.

Apreciése que el plazo que regula este artículo se vincula con la menor o mayor distancia existente entre la sede donde funciona el órgano judicial que interviene en el proceso y el domicilio de la persona que debe comparecer o el lugar donde corresponde realizar uno o más actos procesales.

Los plazos ordinarios se fijan sobre la base que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante

o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En cambio, los plazos extraordinarios son aquellos que se conceden atendiendo a la circunstancia que dicho domicilio o el lugar de ejecución del acto se encuentren fuera de la circunscripción judicial o fuera de la república, como es el caso del artículo en comentario.



JURISPRUDENCIA

La pensión alimenticia dada por resolución judicial, dejará de regir una vez que los hijos menores adquieran la mayoría de edad; sin embargo, la misma podrá continuar si subsiste el estado de necesidad o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente (Exp. N° 305-97, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 148).

INADMISIBILIDAD O IMPROCEDENCIA

ARTÍCULO 551

El juez, al calificar la demanda, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 426 y 427, respectivamente.

Si declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable.

Si declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 426, 427.

Comentario

1. Como expresión del principio publicístico que inspira el Código Procesal Civil, el juez es el que califica preliminarmente la procedencia de las pretensiones, en la medida que se reúna los presupuestos y condiciones de la acción. Se dice que en toda pretensión deben concurrir tres condiciones: la posibilidad jurídica, el interés y la legitimación. A pesar de que otros criterios la reducen a dos condiciones: el interés y la legitimidad, no podemos dejar de referirnos a la posibilidad jurídica. Ella requiere que la pretensión se halle regulada por el derecho objetivo, esto es, que se encuentre tutelada por este. Requiere de una cierta adecuación entre el hecho alegado y la norma invocada, por citar, en un país donde no existe regulado en el ordenamiento jurídico el divorcio no podría plantearse tal pretensión. El interés procesal consiste en el interés en el actuar, en el móvil que tiene el actor (o eventualmente el demandado para contradecir), por citar, quien tiene un crédito cuyo plazo aún no ha vencido, no lo podrá reclamar en el proceso; tampoco el caso del heredero si no ha fallecido el causante. La legitimación encierra la especial posición del que actúa en el proceso con respecto de la situación jurídica pretendida. Están legitimados para la pretensión de desalojo, el propietario, los condóminos, el arrendador, el subarrendador, etc. Los legitimados pasivos son el arrendatario, el subarrendatario, etc.

2. La demanda da inicio a la instancia y obliga al juez —de manera oficiosa— a calificarla previamente para decidir su admisibilidad o rechazo liminar. En esta calificación ingresa el concepto de presupuesto procesal, como requisito para la

constitución y desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda. Devis Echandía⁽³⁸³⁾ califica a los presupuestos procesales como los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente. Ellos son “la capacidad jurídica y capacidad procesal de la parte actora y su adecuada representación; la jurisdicción y la competencia; la postulación para pedir, y, la no caducidad de la acción”. Según dicho autor, los presupuestos procesales son “condiciones que deben existir a fin de que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la pretensión, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito”. Para Véscovi⁽³⁸⁴⁾, los presupuestos procesales son “los supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida”. Explica que el juez no solo estudia la razón o la sin razón de las partes, el fondo o el mérito del asunto, sino también el propio proceso. Aquí es cuando examina los presupuestos procesales: hace un “proceso sobre el proceso”, examina su regularidad como requisito necesario para proveer en el fondo del negocio. Con esta calificación se busca entablar una relación procesal válida a fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, desarrollando un inútil y anormal proceso, con elevados costos y desperdiciada actividad procesal.

3. Como ya se ha señalado, el proceso civil actual tiene el carácter publicístico y se expresa desde la postulación de la demanda. El juez tiene que velar porque la relación procesal que se quiere entablar reúna los presupuestos procesales, para que produzca los efectos jurídicos que se busca; por ello, el juez debe examinar con cautela si se encuentran o no cumplidos dichos presupuestos, antes de darle curso a la demanda. Si no se cumplen, se niega la tramitación por dos caminos: la inadmisibilidad y el rechazo *in limine* de la demanda. Frente a ellos, el artículo 426 del CPC se ocupa de la inadmisibilidad. Esta opera cuando le falta algún requisito o anexo o tenga algún defecto subsanable con el fin de que sea corregido, en un plazo no mayor de tres días. Es una medida transitoria frente al rechazo de la demanda, que es una medida definitiva. Esta última opera en dos casos: a posteriori a la inadmisibilidad, cuando no se subsana oportunamente el defecto que motivó la inadmisibilidad y de plano –o *in limine*– cuando concurren los supuestos que regula el artículo 427 del CPC. En ambos casos se ordenará la devolución de los anexos presentados con la demanda.

Como se aprecia de la redacción del artículo 426 del CPC, antes de dar trámite a cualquier petición, es potestad de los jueces señalar los defectos u omisiones que se adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije; por tanto, si la demanda adolece de alguna omisión o defecto subsanables, como un petitorio

(383) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. I, 13ª ed., Dike, Medellín, 1993, p. 284.

(384) VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1987, p. 83.

incompleto o impreciso, corresponde al juez otorgar al actor un plazo para suplir la omisión o corregir la deficiencia; por citar, son defectos subsanables la ausencia del poder para la representación procesal, la falta de firma de abogado. Otro supuesto de inadmisibilidad se presenta cuando en la demanda no se enumeran los hechos o no se indica el domicilio personal del actor o cuando no se acompañan los anexos exigidos por ley (ver el artículo 425 del CPC).

Adicionalmente al control que hace el juez al calificar la demanda, nada impide que este se vuelva a reproducir en el saneamiento, así como que la contraparte lo ejerza en el plazo para interponer excepciones. Como señala el artículo en comentario si el demandante no cumple con lo ordenado, el juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente, siendo inimpugnable dicha resolución. Si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano, expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Véase el caso cuando el demandante no tiene legitimidad para obrar, por ejemplo, demanda el desalojo del inmueble quien no es propietario ni arrendador del bien. Otro supuesto para la improcedencia es cuando se carece de competencia absoluta; cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitório (véase el caso que se solicita el desalojo por precario, sin embargo, en el desarrollo de los hechos se hace referencia al desalojo por la falta de pago de la renta); cuando el petitório fuese física o jurídicamente imposible (véase el caso de la prestación de naturaleza *intuitu persona*; el juez, no podría llevar a la fuerza al demandado y obligarlo a actuar). Tampoco procede admitir la demanda si se aprecia una indebida acumulación de pretensiones (véase el caso que se demanda retracto y a la vez, la nulidad del acto jurídico de compraventa del bien). Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes, tal como lo señala el artículo 427 del CPC.

4. El problema que se presenta en el tratamiento de los presupuestos procesales recae en el cuestionamiento si su concurrencia debe examinarse de oficio por el juez o puede dejarse que sean las partes las que en su actividad, descubran, en su caso, la falta o ausencia de ellos. Las opiniones contrarias al actual sistema procesal se orientan por la admisión generalizada de la demanda, porque consideran que el rechazo *in limine litis* constituye una forma de indefensión. Señalan que los riesgos evidentes de autorizar al juez a rechazar demandas llevan a la conclusión de que aquel debe admitirlas todas, aunque le parezca que se trata de demandas sin posibilidades de éxito. Para Fairén Guillén⁽³⁸⁵⁾, la tendencia moderna es la de entender que corresponde a los jueces velar por la existencia de los

(385) FIARÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 338.

presupuestos procesales, no solo en beneficio de las partes, sino en el de la economía procesal, que interesa en todo caso a la comunidad social, lo cual, según dicho autor, no tiene nada que ver con ideologías políticas autoritarias.

Estas facultades de dirección del juez no constituyen un abuso o quizá una violación constitucional al derecho de acción que tiene todo ciudadano, cuyo género es el derecho de petición, señala Peyrano. Cuando alguien intenta una demanda al ejercer el derecho de acción y obtener una respuesta inmediata cancelatoria de su expectativa, no se estará cuestionando, desplazando o violando tal derecho, pues según Peyrano, una cosa es el derecho de acción y otra cosa es la pretensión. El derecho de acción ya se ejerció con la demanda. Si su pretensión no tiene fundamento, si busca un absurdo legal, no tiene por qué merecer agotar toda la secuencia procesal. Bajo esa hipótesis, el juez deberá emitir una resolución suficientemente motivada y fundada en cualquiera de las causales expresamente previstas en esta norma. La facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta, sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada.

EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

ARTÍCULO 552

Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 447, 448, 455, 555.

Comentario

1. La defensa previa viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso, que corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción. Las defensas previas son enunciadas en las normas materiales y en sí constituyen elementos propios de una institución determinada con mérito procesal. El artículo 455 del CPC cita al beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales. Dicha norma deja abierta la posibilidad de las defensas previas a otros casos que refieran las normas materiales; por citar, el caso de la donación a favor del tutor o curador (ver el artículo 1628 del CC). Aquí se priva de efectos a la donación realizada por el representado a favor de su tutor o curador, mientras no se aprueben las cuentas materia de rendición que exige el artículo 540 del CC; por citar, frente a una demanda del tutor a fin de que le sea entregado el bien materia de donación, podrá oponérsele una defensa previa. Con ello no estamos cuestionando la pretensión del actor, solo se acusará la omisión de un requisito previsto en las leyes de fondo ya citadas, como es la aprobación de la rendición de cuentas. Existen diversas excepciones sustantivas enunciadas en el Código Civil, por citar, véase el caso del derecho de retención y las formas de ejecutarlo (artículo 1127 del CC); la excepción de contrato no cumplido (artículo 1426 del CC) la excepción de caducidad de plazo (ver el artículo 1427 del CC) y la excepción de saneamiento (artículo 1527 del CC).

2. La validez de la relación procesal es controlada a través de tres momentos: al calificar la demanda, al resolver las excepciones y al sanear el proceso. Estos operan como filtros de la relación procesal procurando que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción: legitimidad e interés para obrar, para que el juez al momento de expedir sentencia, emita un pronunciamiento que resuelva el fondo del

conflicto. Como bien lo establece el artículo 121 del CPC, último párrafo, "mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes (...)".

La norma en comentario nos hace referencia al segundo control que se realiza a través de las excepciones. El emplazado con la demanda busca liberarse de la relación procesal, ya sea por que no existen los presupuestos procesales o no existen las condiciones de la acción. Según Monroy⁽³⁸⁶⁾, "los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio". A través de las excepciones, se denuncia la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; y la falta de interés para obrar, en las excepciones siguientes: falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral.

Por otro lado, debemos precisar que la actividad saneadora no solo se agota con las excepciones, sino que puede recurrir a la defensa previa ya referida líneas arriba. Esta última, no cuestiona la pretensión, tampoco la relación procesal. Contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no ejecute un acto previo. Busca dilatar el proceso y su eficacia, a veces, incluso, de manera definitiva.

3. Como refiere el artículo en comentario, tratándose del procedimiento sumarisimo, las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda, esto significa que hay un plazo común (cinco días) para interponer, tanto las excepciones y defensas previas, como para contestar la demanda, tal como lo refiere el artículo 554 del CPC.

La actividad probatoria, en las excepciones y defensas previas, es reducida, puesto que solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata, como sería la prueba documental ordinaria. Esto se justifica porque la actividad probatoria se agota en una sola etapa, a través de una audiencia única, tal como lo describe el artículo 555 del CPC, a diferencia de los procedimientos de conocimiento y abreviado. Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.

(386) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*, Studium, Lima, 1987, pp. 119-122.

CUESTIONES PROBATORIAS

ARTICULO 553

Las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 300, 301, 302, 554, 555.

Comentario

1. La eficacia de los medios probatorios es contrarrestada a través de la tacha u oposición que puede interponer la parte contra quien se opone y en atención al medio que se impugna. Como refiere el artículo 300 del CPC "se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial". Adviértase de la lectura del citado artículo 300 del CPC, que para cuestionar la eficacia de la prueba documental se recurre a la tacha, sin embargo, para la exhibición opera la oposición; en tal sentido "el informe pericial contable, constituye un medio probatorio típico, contra el cual se puede oponer tacha, mas no oposición". El reconocimiento de parte está condicionado a la interposición de la tacha, de ahí que el artículo 246 del CPC prescriba que "no es necesario el reconocimiento si no hay tacha". Por otro lado, la eficacia probatoria del documento en general tiene mecanismos de cuestionamiento en el proceso, regulados en los artículos 242 y 243 del CPC, cuando se invoque la falsedad del documento o la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe.

En esta actividad subyace el principio de contradicción que permite ejercer a las partes el control y la supervigilancia sobre los medios de prueba ofrecidos al proceso y tienen como finalidad destruir la eficacia probatoria de estos.

La oportunidad para la impugnación está condicionada a la vía procedimental en el que se promueva, de tal forma que tratándose de procedimientos sumarísimos, el plazo de la tacha es el que le corresponde a la contestación de la demanda, que por cierto es, también, el mismo para interponer excepciones y defensas previas. Ello porque cuando se le corre traslado a la parte demandada para que tenga la posibilidad de contestar la demanda, en ese traslado también aparecen los medios de prueba ofrecidos por la actora para que también pueda ejercerse contra ellos, la tacha u oposición, como parte del contradictorio. Si bien el Código no hace una referencia expresa al plazo para las tachas u oposiciones, como sí

aparece para el caso de las excepciones, defensas previas y contestación de la demanda (ver el artículo 552 del CPC), debe considerarse el mismo plazo extensivo para las tachas u oposiciones.

Las tachas u oposiciones están condicionadas a la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, el mismo que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar de que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia. La admisión y trámite de ellas deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona. Con el ofrecimiento del medio probatorio ingresa la tacha, pero el éxito en la tramitación y amparo de esta, se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido.

Para la procedencia de la tacha u oposiciones, deben darse los siguientes supuestos: la existencia de un proceso principal, el ingreso al proceso de un medio probatorio, interponerlo dentro del plazo de ley y por la parte a quien se opone y orientarse a destruir la eficacia de la prueba ofrecida.

Como señala el artículo 301 del CPC, la tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. Si no se cumple con los requisitos indicados, serán declarados inadmisibles de plano por el juez en decisión inimpugnable. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo. En igual forma, como señala el artículo 553 del CPC en comentario, "las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554 del CPC".

Como vemos, la Ley Procesal en el proceso sumarísimo no otorga plazo alguno para la absolución, por tanto, no cabe la posibilidad de que se acompañe medios probatorios cuando se absuelvan las tachas en la audiencia, porque recién la parte contra quien se opone estas, toma conocimiento de ellas, salvo que voluntariamente quiera hacer referencia a los medios de prueba ya ofrecidos en el proceso, pero no es una exigencia sustancial. En este caso, podemos colegir que la parte absolvente no está en similares condiciones de acompañar medio probatorio alguno que sustenten su absolución frente a la tacha interpuesta con la contestación de la demanda, por ello el artículo 301 así lo estipula expresamente.

Por otro lado, debemos precisar que en el caso de los procesos sumarísimos, las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia a que se refiere el artículo 554 del CPC citado líneas arriba. La noción de igualdad que está presente en el principio de contradicción, no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades

en el ejercicio de la acción y la defensa. Es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas, por citar, el caso del conocimiento de una causal de tacha u oposición, luego del plazo para interponerla. Como señala la norma, el juez pondrá en conocimiento a la otra parte, acompañando el documento que lo sustente, para luego, apreciar la tacha al momento de sentenciar. Dicha limitación a la prueba documental, opera luego de haber precluido el momento procesal para interponer tachas, sin embargo se admite ella pero con una prueba restringida a la documental, por razones de orden y economía procesales. En ese sentido, si la razón es técnica y el desnivel es de poca intensidad, no por ello se viola la esencia del contradictorio.

Por último, como refiere el artículo en comentario, tratándose del procedimiento sumarísimo, la actividad probatoria es reducida. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata, como sería la prueba documental. Esto se justifica porque la actividad probatoria se agota en una sola etapa, a través de una audiencia única, tal como lo describe el artículo 555 del CPC, a diferencia de los procedimientos de conocimiento y abreviado.

Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.



JURISPRUDENCIA

(...) El Código Procesal Civil no contiene limitación alguna a la actuación de medios probatorios de oficio en los procesos sumarísimos (...) (Cas. N° 1259-99-Lima, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 213*).

(...) Por tratarse de un proceso sumarísimo, los medios probatorios deben ser ofrecidos únicamente al momento de la interposición de la demanda o su contestación (...) (Exp. N° 543-96, Quinta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostrza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 131-132*).

AUDIENCIA ÚNICA

ARTÍCULO 554

Al admitir la demanda, el juez concederá al demandado cinco días para que la conteste.

Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad.

En esta audiencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 68, 70, 553, 557.

C.N.A.

art. 171.

Comentario

1. Uno de los supuestos que recoge la norma es el principio de igualdad o bilateralidad en el proceso y se expresa en la cita siguiente: "Al admitir la demanda, el juez concederá al demandado cinco días para que la conteste". En atención a dicho principio se sustenta la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte). La contestación de la demanda es por tanto, la posibilidad que tiene la parte de contradecir o no a la demanda. El principio de bilateralidad brinda esa oportunidad y no exige la materialización de la contradicción. El vehículo para viabilizar este principio es la comunicación con las formalidades requeridas en la ley. Con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si desea.

El derecho de contradicción, lo mismo que el derecho de acción pertenece a toda persona natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada en un proceso judicial y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante. Se fundamenta en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo. En ese sentido, apreciése el contenido de la siguiente casación: El derecho al debido proceso

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

importa el derecho a la defensa de fondo, esto es, la contestación de la demanda o la contradicción. Estas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando esta omisión rechazo del escrito. Casación N° 1103-2002-La Libertad, publicada en *El Peruano*, el 1 de marzo de 2004.

Con la contestación de la demanda se precluye una etapa del proceso y se pasa a la siguiente. Es interesante señalar la contestación encierra el ejercicio de una facultad que es incompatible con la anterior, lo que conlleva suponer el no ejercicio de esta, pues ha operado la preclusión. Por citar, si luego de contestada la demanda sobre el fondo, se interponen excepciones porque todavía se encuentra pendiente el término para interponerlas, ello no puede prosperar pues ha operado automáticamente la preclusión con la contestación de la demanda. En igual forma, si se ofrecen otros medios de prueba, luego de haber contestado la demanda, pero dentro del término pendiente que se tiene para hacerlo. El ofrecimiento del material probatorio también está sujeto a preclusión. La no producción de la prueba en el momento oportuno agota la posibilidad de hacerlo posteriormente.

2. La actividad que se realiza en el proceso puede ser calificada bajo deberes, obligaciones y cargas. Los deberes se instituyen en interés de la comunidad; las obligaciones en interés de un acreedor; y las cargas se determinan en razón de nuestro propio interés. Couture⁽³⁸⁷⁾ califica a los deberes procesales como "aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad".

Estos deberes no solo pueden ser atribuidos a las partes, sino a terceros y al propio juez. En el caso de las partes, estos aparecen regulados en el artículo 109 del CPC y se refieren a los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. Los deberes también alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo. En el caso de los jueces, esta actividad tiene una regulación en los artículos 50 al 53 del Código Procesal Civil, en la que se describe no solo los deberes sino las facultades y por ende las responsabilidades de los jueces en el proceso.

Como se aprecia de la redacción del inciso 1 del artículo 50 del CPC, es deber del juez en el proceso, "dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las

(387) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 211.

medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal". Esto nos lleva a preguntarnos si la actividad saneadora que hace el juez es una facultad o un deber. La Ley Orgánica del Poder Judicial ha contemplado tales supuestos, al señalar en el inciso 5 del artículo 184 como deber del magistrado: "sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a ley".

Bajo ese contexto se aprecia que la norma considera que luego de contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el juez tiene que fijar fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia. Dicha actividad constituye un deber del juez y no una facultad de este, quien en atención al criterio publicístico que inspira al proceso civil, debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia (ver el artículo II del TP del CPC). En ese sentido léase el siguiente pronunciamiento: "Si la emplazada cumplió con absolver el traslado de la demanda sin haber deducido excepciones ni defensas previas, concluyó la etapa postulatoria, por lo cual correspondía –en virtud al principio de preclusión procesal– el saneamiento del proceso, acto procesal que constituye un deber del juez, quien de oficio, debe pronunciarse sobre la validez de la relación jurídico-procesal. Siendo esto así, la demora en la tramitación de la causa se debió a una actividad imputable al órgano jurisdiccional, y por tanto no debió declararse el abandono del proceso". Casación N° 030-1999-Lima, publicada en *El Peruano*, 1 de marzo de 2004.

Además, constituye deber de los jueces concentrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar (ver el artículo V del TP del CPC). Las audiencias empezarán a la hora designada. No hay tolerancia como sí contemplaba el derogado Código de Procedimientos Civiles.

En relación a la contestación de la demanda, tenemos que precisar que ella no constituye una obligación ni un deber para el demandado, sino una carga procesal; esto implica que no traerá sanciones a la parte demandada, pero sí tendrá que soportar los efectos de la rebeldía.

La norma plantea el supuesto que la parte demandada no contesta la demanda, esto es, deja transcurrir el plazo sin hacer la contestación. Esto implica que estamos ante la rebeldía y por tanto, el juez debería declarar de manera expresa, al momento de señalar fecha para la audiencia única. Si bien la redacción del artículo 554 del CPC no dice nada al respecto, consideramos que en aplicación del artículo 458 del CPC esta declaración debe operar, aun de oficio, por las implicancias procesales que ella tiene en el proceso. Véase el caso de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 463 del CPC: "declarada la rebeldía pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvención". Aún más, esta condición procesal del demandado causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, como refiere el artículo 461 del CPC.

3. Otro aspecto a considerar es la notificación de la resolución que declara la rebeldía. Señala el artículo 459 del CPC que esta se realizará por cédula, si el rebelde tiene dirección domiciliaria, caso contrario, se hará por edictos. Este extremo resulta contradictorio con lo regulado en la segunda parte del artículo 435 del CPC y con lo señalado en el artículo 550 del CPC, para el procedimiento sumarísimo porque "si no se conoce el domicilio del demandado, el emplazamiento se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal". Esto significa que cuando se ignore la dirección domiciliaria de la parte demandada, no procede la declaración de rebeldía, sino el nombramiento de curador procesal, previo emplazamiento por edictos a que refiere el artículo 435 del CPC. No resulta coherente notificar la declaración de rebeldía a quien no tiene dirección domiciliaria, como incongruentemente señala el artículo 459 del CPC.

4. Como señala la norma en comentario, el saneamiento, pruebas y sentencia se hará en audiencia. Si bien la norma no lo precisa, debemos señalar que dicha audiencia es pública, en referencia al artículo 206 del CPC, por realizarse en ella la audiencia de pruebas. La audiencia podemos calificarla como los actos mediante las cuales el órgano judicial recibe las declaraciones de las partes o de los terceros (testigos, peritos, etc.) que deban expresarse en forma verbal. Como regla general, de tales declaraciones verbales corresponde dejar constancia en el expediente mediante el levantamiento de actas que reproducen a aquellas en la forma que la ley determina en cada caso y contienen asimismo el relato de los restantes hechos ocurridos durante el transcurso de la audiencia, para lo cual se puede tomar versiones taquigráficas de lo ocurrido o que se lo registre mediante cualquier otro medio técnico, como filmaciones, grabaciones, etc.

Como señala la última parte del artículo en comentario, en la audiencia en referencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna. Sobre el particular debemos tener en cuenta que dichas facultades para participar serán generales (ver el artículo 74 del CPC) situación que no se hace extensiva para disponer el derecho en litigio, a través de la conciliación, que sí requiere de facultades especiales, tal como lo exige el artículo 75 del CPC. Por otro lado, vease la restricción que recoge el artículo 203 del CPC para la actuación probatoria. Se exige la concurrencia personal de las partes, "solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante"; esto implicaría la concurrencia personal para este tipo de actuaciones en contraposición a lo regulado en el artículo 554 del CPC.

A pesar de que el artículo en comentario no lo precise, consideramos que perfectamente podría invocarse en este tipo de procedimientos el juzgamiento anticipado, siempre y cuando concurren los supuestos que describe el artículo 473 del CPC. Véanse los casos de la rebeldía de la parte demandada, del allanamiento de esta y de la concurrencia de medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes, en los que no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno.

5. Otro aspecto a comentar está relacionado con el efecto de la inasistencia de ambas partes a la audiencia de ley, para realizar el saneamiento, pruebas y sentencia, a que se refiere el presente artículo. Hay algunas posiciones que consideran que la inasistencia reiterada la audiencia única, en aplicación del artículo 203, debe conllevar la conclusión del proceso, criterio que no se comparte por las siguientes razones⁽³⁸⁸⁾:

El saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Es un deber del juez, que no requiere formalidad expresa para poder materializarlo, esto es, puede realizarse oralmente o a través de la escritura. Si se recurre a la oralidad, esta se materializará en la audiencia que para tal fin se programe, y se plasmará, necesariamente, en un acta que recoja lo que expresado por el juez.

El juez para cumplir con su deber de saneamiento procesal no requiere la presencia de las partes. El cumplimiento de este deber, no está condicionado a la presencia de ellas, las que pueden tomar conocimiento del acto procesal emitido, por los mecanismos ordinarios para ello; por tanto, nada impide que el juez impulse el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Si bien las partes tienen el deber de concurrir ante el juez, cuando este los cite, y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; la omisión de estos deberes es pasible de una sanción pecuniaria, como señala el inciso 6 del artículo 109 del CPC, mas no debe ser justificación para concluir el proceso.

Tampoco resulta procedente aplicar por extensión los alcances del artículo 203 del CPC, por estar referida a la inasistencia reiterada de las partes a la audiencia de pruebas y no a la de saneamiento.

La conclusión del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas solo se podría justificar en atención al principio dispositivo y de aportación de pruebas, esto es, que la actividad probatoria –entendida no solo al ofrecimiento, sino a la actuación de los medios de prueba admitidos– es una carga para las partes que la ofrecieron; por tanto, siendo el imperativo procesal en este tipo de actuación una carga imputable solo a las partes, su ausencia para la actuación probatoria, justifica la conclusión sin declaración sobre el fondo, situación que no puede ser extensiva al saneamiento procesal, pues ello constituye un deber del juez que debe cumplir.



JURISPRUDENCIA

(...) En su (sic) proceso sumarísimo no puede ofrecerse pruebas en la Audiencia Única para justificar la tacha de documentos(...) (Cas. N° 746-99-Lima, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto. Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 373-374).

(388) Ver: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 96, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 173-178.

ACTUACIÓN

ARTÍCULO 555

Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas.

Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.

A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.

Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 470, 552, 553, 572.
C.N.A. arts. 171, 173.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia arts. 438, 439, 440.

Comentario

1. Este artículo regula el desarrollo de la audiencia única a que refiere el artículo 554 del CPC. El diseño del procedimiento sumarísimo refiere que contestada la demanda, el juez fija fecha para la audiencia única, ello implica que las excepciones y defensas previas que se hubieren podido interponer al contestar la demanda deben ser absueltas al iniciar la audiencia, ello en atención al principio de contradicción que sustenta la fórmula *aúdiatur altera pars* (óigase a la otra parte). En

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

dicha audiencia se actuarán los medios probatorios ofrecidos y admitidos en torno a estas incidencias para luego resolver sobre el amparo o no de dichas excepciones o defensas previas. Si se declara fundada alguna de las excepciones generará en el proceso los efectos que detalla el artículo 451 del CPC; caso contrario, se procederá a declarar saneado el proceso por existir una relación procesal válida. La validez de esta relación es condición para la validez de la sentencia final, como acto último del proceso; y como el juez no debe producir sentencias anulables, ni intrínsecas, ni extrínsecas, necesita certificarse anticipadamente si la instancia está apta a recibir la pretensión, sobre la cual él va operar para resolverla válidamente. La sentencia saneadora, con fuerza preclusiva —en casi el inicio del camino procesal— es útil a fin de evitar el desperdicio de la actividad jurisdiccional y procesal, de ahí que el despacho saneador sea consecuencia inseparable del principio de economía; sin esos fundamentos lógicos no se comprendería la necesidad de dos sentencias en un mismo hecho: una de forma y otra de mérito. En otras palabras podemos decir que el saneamiento implica un proceso de pasteurización sobre los presupuestos y las condiciones de las acciones de la relación procesal. Busca remover las nulidades del proceso y verifica si su titular está en condiciones de pedir una decisión de fondo, caso contrario, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto insubsanable. A través del saneamiento se busca que no haya distracción de la actividad jurisdiccional; que no exista pérdida de tiempo; que se eviten gastos inútiles; que hagan viable un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, evitando sentencias inhibitorias. Bajo ese contexto la Sala de Casación⁽³⁸⁹⁾ señala “la estructura moderna del Código Procesal ha previsto las audiencias de saneamiento, que tienen por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión) ingrese a la fase probatoria y decisoria purificada y exenta de irregularidades”.

2. El juez, con la intervención de las partes, procederá a fijar los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba. En cuanto a los puntos controvertidos, podemos calificar aquellos hechos que han sido afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra; por citar, véase en la pretensión de desalojo por ocupante precario. Si el demandado no cuestiona la condición de propietario del actor ni los medios de prueba con los que sustenta esa condición, sino que se orienta a cuestionar que no tiene la condición de precario porque si bien el contrato de arrendamiento con el demandante ha vencido, debe asumirse la continuación de dicho arrendamiento hasta que el arrendador solicite la devolución; frente a las posiciones expuestas, el juez no podría fijar como punto controvertido, el determinar si el actor tiene la condición de propietario del bien de litis, pues, el punto en controversia se orienta en determinar “si el vencimiento del

(389) Casación N° 83-98- Lima, publicada en *El Peruano*, 03/01/99, p. 2345.

plazo del contrato de arrendamiento convierte al arrendatario en ocupante precario". Otro clásico ejemplo es el que se presenta frente al cobro de dinero cuyo monto ascendente a 5,000 nuevos soles, proveniente de un mutuo; el demandado al contestar la demanda, acepta el origen de la deuda y reconoce inclusive el contrato privado suscrito al respecto, pero no acepta el monto reclamado, pues considera haber venido amortizando dicho pago y el nuevo saldo que corresponde es 3,000 nuevos soles y no los 5,000 que se reclama. En el caso propuesto, el punto controvertido no se debe orientar a determinar la existencia del mutuo porque el demandado acepta la relación, sino a dilucidar el monto real del adeudo, esto es, los 5,000 nuevos soles que reclama el demandante o los 3,000 nuevos soles que sostiene el demandado.

3. La norma refiere que fijado los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba, rechazando los que considere inadmisibles o improcedentes. Aquí el juez realizará el saneamiento probatorio, para lo cual, previamente valorará si los medios ofrecidos son conducentes, esto es, si son pertinentes y útiles al objeto de la prueba. Con ello se busca centrar el foco litigioso, procurando que el debate se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante. La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. Guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba; por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer los hechos que no se encuentran en discusión. Nótese que la norma señala que el juez decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, ellas no serán admitidas de plano, por el solo hecho de producirse. La admisibilidad se relaciona no con la posibilidad, sino con la eficacia intrínseca de la prueba.

4. Por otro lado, señala la norma que luego de rechazar los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Esto implica que el juez, acto seguido, ingresa a la valoración de los medios de prueba ofrecidos en las tachas u oposiciones. No encontramos regulado plazo alguno para interponer las tachas en el procedimiento sumarísimo, sin embargo, consideramos que estas se interponen al contestar la demanda, en aplicación extensiva del artículo 552 del CPC, pues, el traslado de la demanda contiene además el traslado del ofrecimiento de los medios de prueba del actor. Hay que recordar que la carga de probar los hechos que afirman su pretensión corresponde al actor, o a quienes los contradice alegando hechos nuevos (ver el artículo 194 del CPC); en ese sentido, las partes inician la actividad probatoria ofreciendo los medios de prueba a su pretensión. Este ofrecimiento, en atención al principio de bilateralidad estará sometido al control de la contraparte, quien también tiene la carga de cuestionar el medio de prueba ofrecido a través de los mecanismos de las tachas u oposiciones. Estos mecanismos se utilizarán en atención al medio de prueba que se cuestiona, tal como lo refiere el artículo 300 del CPC.

Decimos que es una carga para quien se opone la prueba, caso contrario esta asume la eficacia probatoria que contiene el medio probatorio. Por citar, si tenemos un documento privado y se ofrece este solicitando además el reconocimiento; la contraparte si no interpone tacha contra la prueba documental, opera el asentimiento tácito a la certeza del contenido del documento, por tanto, no cabría luego someter dicho documento al reconocimiento solicitado (ver el artículo 246 del CPC). Situación diferente es la actuación de los medios de prueba ofrecidos en las tachas u oposiciones. El artículo 553 del CPC se refiere precisamente a ello, señalando que "solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia única". Un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones.

Otro aspecto particular de las tachas u oposiciones se aprecia en la tramitación de estas. La regla general aparece descrita en el artículo 301 del CPC señalando que "la absolución de las tachas debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes".

Dice el artículo 301 que: "Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo". Esto implica que el momento de las absoluciones de las tachas u oposiciones, es la momento de audiencia única. La interposición de las tachas, por la parte demandada, se agotan con la contestación de la demanda y la absolución de esta, por la parte demandante, será al momento de la audiencia única. Véase que las tachas u oposiciones deben ser resueltas de manera inmediata, sin embargo, es práctica común dejar la resolución de estas para el momento de la sentencia.

5. A continuación, se actúan los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo; luego de ello, el juez concede el uso de la palabra a los abogados que así lo soliciten, expidiendo sentencia en dicha audiencia.

El uso de la palabra, hay que apreciarlo bajo el referente del artículo 210 del CPC que dice: "concluida la actuación de los medios probatorios, el juez concederá la palabra a los abogados que la soliciten". Es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso, para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que patrocinan. Para la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituye uno de los derechos del abogado patrocinante, el informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes que se ponga fin a la instancia (ver el inciso 5 del artículo 289 y el artículo 155 de la LOPJ).

A pesar de que la norma dispone que el juez expida sentencia en audiencia, también permite que ella se emita, de manera excepcional, en un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia. Por otro lado, véase que la absolución a las excepciones o defensas previas se realizarán en un solo acto, en la audiencia única. Aquí, el juez ordenará al demandante que las absuelva y luego realizará el saneamiento procesal en la misma audiencia, para continuar con los demás actos procesales, como la fijación de los puntos controvertidos y el saneamiento probatorio, situación que difiere del procedimiento abreviado y de conocimiento, porque para el saneamiento procesal no se requiere de audiencias; se realiza por escrito, como lo establece el artículo 449 del CPC modificado por Ley N° 29057.



JURISPRUDENCIA

Es nula la sentencia si no se cumplió con citar al demandado válidamente para la audiencia única, lo que implica una vulneración a las reglas del debido proceso (Exp. N° 1739-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 346-347).

APELACIÓN

ARTÍCULO 556

La resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son solo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 368 incs. 1 y 2, 369, 371, 372, 551 párr. 3, 558.

Comentario

1. El artículo precisa los efectos con que se concede la apelación a los actos procesales derivados del procedimiento sumarísimo. Cuando se concede la apelación con efecto suspensivo, la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior; en cambio, cuando se concede sin efecto suspensivo, la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de esta (ver el artículo 368 del CPC).

2. La apelación con efecto suspensivo significa que el acto impugnado no puede ejecutarse, que queda este en suspenso por cuestionarse su ilicitud, hasta que sea resuelto el recurso que contra él se interpone. Si se da la garantía de la revisión por el órgano superior no resulta razonable que el acto impugnado se cumpla porque la posterior revocación resulta inoperante, acaso sus efectos sean irreparables. No obstante ello, existe la posibilidad de ejecutar anticipadamente la sentencia apelada, como es el caso, de alimentos que recoge el artículo 566 del CPC.

Un primer referente es precisar en qué casos opera una apelación con efecto suspensivo, para lo cual, enumera tres supuestos: que se declare improcedente la demanda, fundada una excepción o defensa previa y que se apele la sentencia; sin embargo, debe tenerse en cuenta al momento de resolver estas excepciones lo dispuesto en el artículo 450 del CPC. Señala el citado artículo, "si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral y el juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás; pero si concedida apelación, el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes. El auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo".

3. El otro referente, por exclusión, debe considerarse a la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, para lo cual se remite al artículo 369 del CPC que regula precisamente a este efecto de apelación.

Cuando se concede efecto diferido a la apelación, la resolución de aquel se posterga hasta el momento en que el expediente se remita ante el órgano superior para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva. Constituye una especie de reserva del recurso. Es una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva. Se fundamenta el efecto de esta apelación en la conveniencia de evitar frecuentes interrupciones que en desmedro de la celeridad procesal sufre el procedimiento de primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas.

Por otro lado, la apelación diferida está condicionada su eficacia a la posterior apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez; caso contrario, es ineficaz la diferida. Sobre el particular, resulta importante apreciar la Casación N° 2028-2001-Huaura, publicada en *El Peruano*, el 1 de marzo de 2004. En ella el Colegiado Supremo establece que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue y, en tal sentido, el artículo 369 del CPC no distingue quién debe interponer la apelación de resolución o sentencia señalada por el juez que permitirá resolver, a su vez, las apelaciones diferidas.

En este orden de ideas, al haber sido apelada la sentencia de primera instancia por uno de los codemandados, debieron resolverse las apelaciones concedidas en calidad de diferidas, por más que fueran interpuestas por persona diferente. Es más, no puede exigirse que sea el recurrente quien apele la sentencia para que se resuelvan sus apelaciones pendientes, pues en el presente caso la sentencia de primera instancia le fue favorable.



JURISPRUDENCIA

Si la demandada no asistió a la audiencia única, no podía apelar en dicho acto del auto que desestimaba la excepción propuesta. No procede desestimar la apelación interpuesta dentro del tercer día de notificado con el acta de la audiencia. Voto singular: corresponde al justiciable acudir a la audiencia, a efecto de hacer valer su derecho de defensa, frente a la decisión que podría adoptar el juez. Debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 556 del Código Procesal Civil (Exp. N° 1306-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 527).

REGULACIÓN SUPLETORIA

ARTÍCULO 557

La audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en este Código para la audiencia de prueba.()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 202 a 212, 468 a 472.

Comentario

1. El presente artículo está referido a la integración normativa, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la Ley procesal. Mediante la integración se busca crear una nueva Ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza". En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver la primera disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la Ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 del CPC (aplicable al procedimiento de conocimiento), para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo.

2. Como parte del diseño del modelo sumarísimo, luego de la contestación de la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el juez fija fecha para la audiencia única, en la que se realizará el saneamiento, pruebas y sentencia, tal como lo señala el artículo 554 del CPC; sin embargo, para los supuestos de integración normativa, el artículo en comentario remite a lo dispuesto en este Código para la audiencia de pruebas (ver el artículo 203 del CPC), en lo que fuere aplicable.

(*) Artículo modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/2008.

Como señala el citado artículo 476 del CPC, el proceso se inicia con la actividad postulatoria regulada en la sección cuarta de este libro, sin embargo, su aplicación estará condicionada a las modificaciones previstas en este capítulo; por citar, la oportunidad para interponer las excepciones y defensas previas, la tramitación de estas, el desarrollo de la actividad probatoria, la prohibición de la reconvención, la audiencia única para realizar el saneamiento, pruebas y sentencia, los plazos especiales para la apelación, entre otros.

TRÁMITE DE LA APELACIÓN CON EFECTO SUSPENSIVO

ARTÍCULO 558

El trámite de la apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 376, 556.

Comentario

1. Como refiere el artículo 368 del CPC, el efecto de esta apelación es suspender la eficacia de la resolución recurrida hasta la notificación que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. El trámite de esta apelación aparece regulado en el artículo 376 del CPC, en el que se establece el plazo: tres días si el auto es pronunciado fuera de audiencia. Este plazo también es para adherirse. En cambio, si el auto fuera expedido en la misma audiencia, su fundamentación y demás requisitos serán cumplidos en el mismo plazo: tres días.

Esta exigencia deslegitimaría de apelar a la parte que no ha concurrido a la audiencia respectiva, pues, la oportunidad para impugnar ha precluido con la conclusión de dicha audiencia y su inasistencia podría tomarse como consentimiento del auto emitido. Advirtáse que los plazos para la impugnación, son perentorios, fatales, pues, legalmente no admite prórroga; y que estos plazos son extensivos para la adhesión.

2. Concedida la apelación, tanto el secretario de juzgado como el superior colegiado tienen la carga de enviar el expediente y comunicar a las partes que los autos se encuentran listos para ser resueltos, para lo cual, señala fecha para la vista de la causa. En la vista, el juez expresa que ha revisado y analizado todo lo actuado y que está listo para dictar el fallo. La vista de la causa es la antesala para el informe oral. Decimos ello porque las partes o el abogado que desee informar comunicará por escrito de su interés, dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista de la causa (ver el artículo 375 del CPC).

Nótese que la resolución impugnada no es una sentencia sino un auto y que solo opera el pedido de informe oral, si se ha concedido apelación contra dicho auto, con efecto suspensivo (ver el artículo 375 del Código Procesal). El informe oral es la exposición oral que hacen los abogados en una etapa del proceso para reafirmar los alegatos que sirven de sustento a la pretensión del litigante que

patrocinan. Por su parte, los litigantes también pueden formular oralmente alegatos, en la instancia respectiva y en los casos que la ley les faculte.

3. Una de las restricciones que opera en este tipo de impugnaciones es la prohibición de alegar hechos nuevos, en esta etapa del procedimiento. Por otro lado, el juez en la apelación debe contemplar la prohibición de reforma en peor, esto implica que no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido.

Esta prohibición tiene su sustento en el principio dispositivo, por el cual el proceso civil se inicia o promueve solo a iniciativa de parte, y en el caso de la apelación el juez superior conoce del proceso por iniciativa del impugnante, por lo que únicamente puede pronunciarse sobre los extremos apelados. Bajo esas consideraciones, existe un pronunciamiento de la Sala Suprema Civil que establece que no existe reforma en peor si se condena al pago de intereses a pesar que no se fijó como punto controvertido, ni aparecía este en el petitorio de la demanda. Este pago se desprende del artículo 1985 del Código Civil que dice: "el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño". La Sala Suprema considera que como este pago no fue incluido en la sentencia de primera instancia, dicha omisión del juez debía ser subsanada por la Sala Superior integrándose la sentencia apelada. La sala considera que, por tratarse de un mandato legal, no se trasgredió el principio de prohibición de reforma en peor y tampoco se afectó el derecho al debido proceso.

IMPROCEDENCIAS

ARTÍCULO 559

En este proceso no son procedentes:

1. *La reconvencción;*
2. *Los informes sobre hechos;*
3. *El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y,*
4. *Las disposiciones contenidas en los artículos 428, 429 y 440.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 374, 428, 429, 440, 445, 548.

Comentario

1. El procedimiento sumarísimo responde a un criterio de economía procesal procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. Este principio sostiene la proporción entre el fin y los medios que se utiliza, por ello, se busca concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para evitar la dispersión. Las partes deben aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa para favorecer la celeridad de los trámites impidiendo regresiones en el proceso. La simplificación de las formas del debate y los términos abreviados del proceso, según la naturaleza del conflicto, contribuyen a la economía procesal, de tal forma que pretensiones con una cuantía económica modesta deben ser objeto de trámites mas simples; incrementándose las garantías en la medida que aumenta la importancia económica del conflicto. En esa orientación se ubica la limitación de los medios de pruebas; por citar, en el desalojo y en el proceso ejecutivo (ver los artículos 591 y 700) en el que solo le corresponde la prueba documental, pericia y declaración de parte; la prohibición de la reconvencción, de ofrecer medios probatorios en segunda instancia, de modificar y ampliar la demanda, de incorporar hechos nuevos al proceso y medios de prueba al respecto.

Tradicionalmente, el proceso estaba marcado por el desinterés estatal por el objeto litigioso y el impulso oficial por obra de los interesados, sin embargo, la versión moderna del dispositivo permite que ese impulso sea operado por el juez –de oficio– atendiendo a la función social del proceso, esto es, lograr una pronta solución al conflicto. En conclusión, podemos decir que el principio de economía que gobierna al proceso, cualquiera sea su denominación o especialidad, procura la agilización de las decisiones judiciales, haciendo que los procesos se tramiten de la manera mas rápida y menos costosa en dinero y tiempo. Simplificar el proceso, descargarlo de toda innecesaria documentación, limitar la duración de traslados,

términos y demás trámites naturales y desde luego, impedir que las partes, aprovechándose de los medios procesales legítimos, abusen de ellos para dilatar considerablemente la solución de los conflictos confiados a la actividad procesal.

2. La reconvencción es la pretensión procesal que se halla facultado para deducir el demandado frente al actor. Hay una posición unánime en toda la doctrina de calificarla como una demanda nueva y autónoma que se acumula —por el demandado— a un proceso en curso. La reconvencción no debe ser considerada como un medio de defensa frente a la acción, sino una nueva demanda que formula el demandado en el mismo proceso ya iniciado, provocando una acumulación objetiva sobrevenida de pretensiones.

La reconvencción que se restringe en los procedimientos sumarísimo y abreviados no debe considerarse como una limitación o restricción al ejercicio del derecho de acción y contradicción. No es válido sostener que “la ausencia de reconvencción afecta el derecho de contradicción, limitándolo en su ejercicio”. Frente a ello, debemos señalar que la reconvencción, o mejor llamada contrapretensión, es una expresión del derecho de acción que tiene el demandado de recurrir a la jurisdicción y que puede materializar ese derecho (según la vía procedimental) dentro del mismo proceso, en la contradicción, provocando como resultado de ello una acumulación de pretensiones, situación que también puede verse materializada en un proceso autónomo, pues con la reconvencción el demandado ejerce el derecho de acción y no su derecho de contradicción, esto es, su derecho a la defensa.

3. Otro de los supuestos que no permite este procedimiento es el ofrecer medios probatorios en la apelación y tampoco cuando se refiere a hechos nuevos. A pesar que la segunda instancia se orienta a la revisión de la sentencia, se admite de manera excepcional y bajo una interpretación restrictiva en los procedimientos de conocimiento y abreviado, la posibilidad de introducir nuevas pruebas, bajo la justificación de los supuestos que señala el artículo 374 del CPC, situación que no es admisible en el procedimiento sumarísimo. En igual forma, como no resulta procedente incorporar reconvencciones, ni hechos nuevos, tampoco será admisible actividad probatoria en ese extremo.

4. Otra de las restricciones se advierte a la posibilidad de modificar y ampliar su demanda como lo faculta el artículo 428 del CPC. Señala dicho artículo “el demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada; asimismo puede ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho (...)”.

Consideramos que la aplicación de ese artículo no debe ser restringido en los procesos sumarísimos, todo lo contrario, debe entenderse esa restricción a lo normado en la última parte del citado artículo 428 del CPC, que dice: “iguales

derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción". Ello porque resultaría coherente con la limitación a la reconvencción, la misma que va a influenciar a la actividad probatoria futura y a la ampliación y modificación que se pudiera hacer de la contrapretensión interpuesta.

4. Los informes sobre hechos no es procedente en los procedimientos sumarísimos. Esta limitante debe entenderse a la posibilidad de los alegatos, la misma que resulta coherente con lo regulado en el artículo 212 del CPC, que dice: "dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluída la audiencia, los Abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado". Como se aprecia, los alegatos por escrito se limitan a dichos procesos y no se extiende a los sumarísimos o ejecutivos, pues por su diseño procesal, las decisiones finales se emiten de manera casi inmediata, en audiencia, como lo establece el artículo 555 del CPC.

La alegación es el acto mediante el cual, cualquiera de las partes, en apoyo de una determinada petición, afirma o niega la existencia de un hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho. Los alegatos pueden darse en dos niveles, de hecho y de derecho. Los primeros, afirman la existencia o inexistencia de un determinado hecho, encaminada a fundamentar una petición procesal para lograr una decisión judicial favorable; los alegatos de derecho consisten en la afirmación que una norma jurídica es aplicable o inaplicable al hecho o hechos invocados. Es un complemento de las alegaciones de hecho, cuya omisión o erróneo manejo por las partes se suple o rectifica con el *iura novit curia*.

Capítulo II DISPOSICIONES ESPECIALES

Sub-Capítulo 1 ALIMENTOS

COMPETENCIA ESPECIAL

ARTÍCULO 560

Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de este.

El juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 inc. 24.
C.C.	art. 472 y ss.
C.P.C.	arts. 14, 24 inc. 3, 547 párr. 2.
C.N.A.	art. 92.
LEY 27155	1ra. y 2da. DF.
LEY 28439	art. 1 y ss.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	art. 448.
C.P.C.N. Argentina	arts. 638, 639.

Comentario

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

Como la acción que se promueve para la prestación de alimentos es de carácter personal, la competencia no solo puede determinarse —de manera ordinaria— por la regla que contiene el artículo 14 del Código Procesal, sino que el demandante también tiene la posibilidad de elegir la competencia de otros jueces en atención a

varios supuestos que recoge el artículo 24 del CPC, destacando entre ellos, lo regulado en el inciso 3 del artículo 24 del CPC, que dice: "además del juez del domicilio del demandado, también es competente; a elección del demandante (...) el juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias".

Esta regulación resulta coherente con lo que señala el artículo 560 del CPC en comentario, toda vez, que en él se consolida tanto la posibilidad de invocar la competencia ordinaria o común, como la especial en las pretensiones de alimentos. Ello se advierte de la primera parte de la norma que dice: "corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al juez del domicilio del demandado" (competencia común u ordinaria) para luego también hacer referencia a la competencia facultativa, al considerar que es competente "el juez del domicilio del demandante, pero siempre que a elección de este".

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

2. El artículo hace referencia solo a un tipo de competencia, la territorial, consolidando en un solo enunciado tanto a la competencia ordinaria como la especial; sin embargo, establecer el juez competente, no solo se agota con un tratamiento territorial de la competencia sino que además debe apreciarse otros elementos para establecer la competencia del juez en atención al grado. Conforme lo señala la primera parte del artículo 547 del CPC, son competentes para conocer las pretensiones de alimentos los jueces de familia; sin embargo, si existe prueba indubitable del vínculo familiar y no están acumuladas otras pretensiones en la demanda, corresponde conocerlas a los jueces de paz letrados.

Sobre el particular, aparece la Casación Nº 2108-Huánuco, de fecha 25 de mayo de 2004, publicada en *El Peruano* el 30/09/2004, que sostiene: "en los procesos de alimentos de hijos extramatrimoniales, la aceptación tácita de la demanda de ser madre de los menores No es suficiente para que el juez concluya que ello constituye prueba indubitable del vínculo familiar y disponga que el juzgado de familia se aparte de la competencia que por ley le corresponde. La Sala Suprema considera que prueba indubitable del vínculo familiar importa que en el proceso se hubiera acreditado con certeza absoluta que la persona a quien se emplaza y exige los alimentos es en efecto padre o madre del menor. Tratándose de filiación matrimonial: con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, o por instrumento público en el que se admita expresa o tácitamente la materialidad o paternidad, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de paternidad matrimonial, o por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado de hijo matrimonial, o por cualquier medio, siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres, conforme al artículo 375 del CC.

Tratándose de filiación extramatrimonial: con el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento, o por sentencia dictada en juicio de filiación, según lo previsto en los artículos 338, 390, 391 y 412 del CC. Atendiendo a que en el caso de análisis, no existe partida de matrimonio que acredite la relación conyugal entre las partes, se considera que la prueba indubitable del vínculo filial de los menores solo puede circunscribirse a los hijos extramatrimoniales. No obstante, considerándose que los menores no se encuentran reconocidos por la demanda en el registro de nacimiento y tampoco se advierte la existencia de reconocimiento por escritura pública, testamento y menos aún por sentencia dictada en un proceso de filiación, la Sala Suprema señala que la aceptación tácita de la demandada de ser madre de los menores no es suficiente para que un juez concluya que ello constituye prueba indubitable del vínculo familiar y disponga que el juzgado de familia se aparte de la competencia que por ley le corresponde”.

3. Las pretensiones alimentarias son reguladas por dos legislaciones: el Código Procesal Civil y el Código de Niños y Adolescentes (CNA). En el primer caso, dichas pretensiones se someten a los alcances del procedimiento sumarísimo, a diferencia del segundo caso, que se someten a las reglas del procedimiento único que aparecen descritas en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del CNA, sin perjuicio que las normas del Código Procesal puedan aplicarse a este, pero de manera supletoria.

Cuando los alimentos se solicitan para satisfacer la necesidad de un menor de edad se aplican las reglas del procedimiento único, pero bajo las reglas de la competencia territorial y por grado, que señalan los artículos 560 y 547 del CPC. Como el artículo 133 del CNA dice que la potestad jurisdiccional del Estado en materia familiar se ejerce por las salas de familia, los juzgados de familia y los juzgados de paz letrados en los asuntos que la ley determina, en tanto ello sucede, se aplica supletoriamente la regulación del Código Procesal Civil en lo referente a la competencia territorial y por grado (ver los artículos 560 y 547 del CPC). Felizmente, por Ley N° 28439, de fecha 23 de diciembre del 2002, se reafirma la aplicación supletoria que venía operando en los juzgados de familia y paz letrados. Al modificar el artículo 96 del CNA, la referida ley fija la competencia del juez de paz letrado no solo para los procesos de alimentos, sino de aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones.

Al juez de paz, a elección del demandante, también se le asigna competencia, respecto de demandas donde el entroncamiento esté acreditado de manera indubitable.

4. Tanto el procedimiento sumarísimo del Código Procesal como el procedimiento único del Código de los Niños y Adolescentes tienen una actividad bastante

parecida. Basta confrontar los artículos 554 y 555 del CPC con los artículos 171 al 173 del CNA para verificar ello; sin embargo, una de las diferencias sustanciales que se puede apreciar es que en el procedimiento único, luego de expresados los alegatos (si lo hubiere) el juez remitirá los autos al fiscal para que en el término de 48 horas emita dictamen. Devuelto los autos, el juez, en igual término, expedirá sentencia.

Una de las discusiones que se presenta en los juzgados de paz letrados (y también en los juzgados de paz) para el tratamiento de los procesos de alimentos de menores de edad, es determinar la Ley Procesal aplicable. En atención al sujeto demandante y beneficiario de los alimentos, debe corresponder aplicar las reglas del CNA para tramitar su pretensión y, por tanto, recurrir al procedimiento único. En él se establece (ver el artículo 173 del CNA) que el juez debe remitir los autos al Fiscal para que emita su dictamen, luego de ello expedirá sentencia. El inconveniente que se presenta está en determinar el fiscal competente para intervenir en los procesos ante los jueces de paz letrado y jueces de paz. Como, por razón de grado, no hay un fiscal asignado para dichas actividades, se ha optado por tramitar el proceso de alimentos bajo las reglas del Código Procesal Civil; sin embargo, cuando se ejerce la impugnación, el juez revisor de segundo grado no aplica las reglas del artículo 375 del CPC, sino las reglas del CNA para la vista de la causa, esto es, remite los autos, en el día, al fiscal para que emita dictamen en el plazo de 48 horas y señalará, dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa (ver el artículo 179 del CNA).

Cuando la pretensión de alimentos es solicitada por una persona mayor de edad (véase el caso de la cónyuge) y también por un menor de edad, se ha optado por tramitar la demanda bajo las reglas del CNA, con las peculiaridades y limitantes ya descritas. Especial situación opera cuando ambas pretensiones son ejercidas en procesos independientes y se plantea luego la acumulación de procesos.

4. El tema de las pretensiones alimentarias ha provocado que estas puedan ser interpuestas sin necesidad de la intervención de algún abogado, para lo cual se ha diseñado un formulario de demanda, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 051-2005-CE-PJ, a fin de permitir a los solicitantes agilizar la obtención de este derecho. Este documento, es de distribución gratuita por la Gerencia General del Poder Judicial a todas las Cortes Superiores de la República. Como ya se ha dicho, no requiere firma de abogado para su presentación ante el juez correspondiente; sin embargo, aparecen algunos criterios judiciales que señalan que solo la demanda está exonerada de la intervención de abogado, por tanto, cualquier otro pedido que se formule en el proceso requiere necesariamente la intervención del abogado. Frente a ello tenemos que recomendar la lectura de la Ley N° 28439, que modifica el inciso 11 del artículo 424 del CPC, en el sentido, que "la firma del abogado no será exigible en los procesos de alimentos", no hay referencia solo a las demandas, sino al proceso

de alimentos, el mismo que debe entenderse al conjunto de actos ordenados y sistematizados y no limitarse a la demanda; en similar sentido, aparece la modificación a la redacción del artículo 164 del CNA y al inciso 4 del artículo 57 de la LOJP.

5. En materia de alimentos, concurre una vieja discusión en torno a la naturaleza jurídica de la obligación, sobre la que no hay uniformidad en considerar si se trata de una obligación patrimonial o personal. Estos últimos recurren a razones humanitarias de solidaridad y colaboración para justificar la naturaleza personal de los alimentos, en cambio, los que sostienen que los alimentos tienen una naturaleza patrimonial recurren a la forma como se realiza el pago, en dinero o especie; sin embargo, se cuestiona su patrimonialidad porque al no poder ser transferidos (ver el artículo 487 del CC), se altera una de las características de este derecho, como es el poder de disposición. Aún más, el deudor alimentario puede exigir que lo que brinda sea usado en la satisfacción de las necesidades del alimentista, pudiendo inclusive darlos en forma diferente del pago de una pensión, cuando medie motivos especiales (ver el artículo 484 del CC), lo que también atenta contra la naturaleza derecho patrimonial, donde al deudor no tiene por que importarle la forma en la que el acreedor utilice lo pagado.



JURISPRUDENCIA

Si bien una de las pretensiones (demanda de alimentos) corresponde al proceso sumarísimo, frente a la pluralidad de pretensiones no corresponde que el asunto se tramite en proceso sumarísimo, sino en proceso lato de acuerdo a la cuestión en debate (Cas. N° 503-95-Lima, El Peruano, 04/01/98, p. 365).

La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia entre ellos, por lo que, ante la falta de pago voluntario, quien tenga derecho para solicitarlo puede pedir la determinación judicial de dicha pensión. Por otro lado, la ley no exige que el solicitante de los alimentos se encuentre en total imposibilidad de proveer a sus necesidades, en consecuencia, el que se cuente con medios de subsistencia no significa que no existe estado de necesidad para solicitar alimentos (Cas. N° 3065-98-Junín. El Peruano, 29/08/99, p. 3372).

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

Las imputaciones injuriosas realizadas por el padre biológico, en el proceso de alimentos precedente a esta causa, en el que ha negado permanentemente su paternidad, sustentan el daño moral invocado, ameritándose se fije un monto de reparación civil (Exp. N° 1648-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 246).

Tratándose de hijos matrimoniales, no se exige para probar el entroncamiento con el padre, que este, declare el nacimiento o efectúe un reconocimiento del hijo posterior (Exp. N° 1837-93, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 27-28).

El hijo extramatrimonial solo puede reclamar pensión alimenticia del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción (Exp. N° 1055-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 64-65).

El hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años (Exp. N° 703-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 65-66).

Si el actor no demuestra su incapacidad para laborar no procede acceder al derecho alimentario que reclama a su cónyuge e hija. Con el patrimonio que se le ha asignado en la separación de bienes está apto para conseguir los medios necesarios para su sustento (Exp. N° 1299-93-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 221-222).

Si se encuentra debidamente acreditado que el padre del menor alimentista se encuentra fuera del país y hay la imposibilidad de determinar su domicilio real, son los abuelos los que deben acudir con alimentos, al haberse acreditado posibilidades económicas del demandado (Exp. N° 765-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, p. 220).

No habiéndose acreditado las relaciones sexuales con el demandado, durante la época de la concepción, no procede conceder una pensión alimenticia para el hijo extramatrimonial (Exp. N° 1013-97, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 144).

REPRESENTACIÓN PROCESAL

ARTÍCULO 561

Ejercen la representación procesal:

1. *El apoderado judicial del demandante capaz;*
2. *El padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad;*
3. *El tutor;*
4. *El curador;*
5. *Los defensores de menores a que se refiere el Código de los Niños y Adolescentes;*
6. *El Ministerio Público en su caso;*
7. *Los directores de los establecimientos de menores; y,*
8. *Los demás que señale la ley.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 58, 62, 63, 66, 68, 113.
C.N. A. arts. 42 a 47.
D.S. 011-2005-MIMDES art. 26.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 640-645.

Comentario

1. El presente artículo acoge la representación procesal bajo el supuesto de la existencia de personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, pero requieren comparecer al proceso, a través de sus representantes legales. Véase el caso del menor edad, que es padre o madre del menor alimentista, y que requiere comparecer al proceso.

En tales casos, la norma permite que ejerzan la representación legal del menor de edad, pese a que estos en su calidad de padres, también lo sean (ver el inciso 2). Situación especial, es el proceso judicial (no de alimento) en la que las partes sustanciales sean la madre del menor como demandante y este como demandado o viceversa. Aquí, tendríamos a la madre, que en su condición de representante legal del menor ejercería —a la vez— el derecho que reclama a título personal de manera directa; por tanto, frente a este *impasse* resulta conveniente que se coloque un curador procesal para la madre, ya que esta ejerce la representación procesal del hijo menor de edad.

También en los casos del tutor o curador que actúan bajo representación judicial. Véase que en el caso del tutor, este tiene el deber de alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona. Cuando el menor carezca de bienes o estos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia (ver el artículo 526 del CC).

En el caso del demandante capaz, este perfectamente puede delegar su representación a través de apoderado judicial en la forma que refiere el artículo 68 del CPC y con las facultades generales y especiales que el encargo requieran (ver los artículos 74 y 75 del CPC).

El Ministerio Público tiene entre sus funciones la defensa de los menores e incapaces, en tal sentido, el artículo en comentario le confiere representación judicial para tal fin; sin embargo, en el caso de los defensores de los menores (entiéndase Defensoría del Niño y del Adolescente) hay que apreciar con especial cuidado que su participación según el Código de los Niños y Adolescentes está orientada a promover el fortalecimiento de los lazos familiares, entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre y cuando no existan procesos judiciales sobre estas materias (ver el artículo 45.c) del CNA).

EXONERACIÓN DEL PAGO DE TASAS JUDICIALES

ARTICULO 562

El demandante se encuentra exonerado del pago de tasas judiciales, siempre que el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 179 a 187.

Comentario

1. La norma hace referencia a una de las expresiones de las costas procesales, como son las tasas judiciales, entendida esta como los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho.

Véase que la exoneración es a las tasas judiciales pero no a otro tipo de gastos. Las tasas judiciales constituyen rentas propias por el servicio de justicia que brinda el Poder Judicial. Ello no es nuevo en la actividad judicial. Antes se recurría a otros medios para asegurar ingresos propios, como el uso del papel sellado y la Boleta Única del Litigante.

La exoneración de las tasas responde a criterios de equidad, pues, no puede gravarse de dichos pagos, a personas de escasos recursos económicos, como sería en el caso de las alimentistas.

2. Según el artículo en comentario, la demandante de alimentos, se encuentra exonerada de dicho pago. El artículo 24 de la LOPJ señala que la administración de justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley. El artículo en comentario se ubica en dicho supuesto al exonerar expresamente de dicho pago a las demandantes por alimentos, pero dicha exoneración está condicionada al monto de la pretensión, siempre y cuando el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal.

(*) Texto según el artículo 5 de la Ley N° 26846 de 27/07/1997.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, para los efectos de fijación de las cuantías, tasas, aranceles y multas se aplica la URP (Unidad de Referencia Procesal) que tiene un valor equivalente al diez por ciento (10%) de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). Incrementado el valor de la Unidad Impositiva Tributaria, el valor de las tasas aumenta automáticamente, por ser índice de referencia de estas últimas, sin necesidad de una norma que establezca tal concepto.

Otro caso de exoneración legal para el pago de tasas judiciales que registra el artículo 24 de la LOPJ es para: "los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en los procesos laborales y previsionales, cuyo petitorio no exceda de 70 (setenta) Unidades de Referencia Procesal, de amparo en materia laboral, o aquellos inapreciables en dinero por la naturaleza de la pretensión" (ver la Ley N° 27327).

La responsabilidad de regular las tasas corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial, quien fija a inicio de cada año judicial el valor de las tasas (ver la Ley N° 26846).

2. La regla general que opera en los gastos procesales es el reembolso de estos por la parte vencida (ver el artículo 412 del CPC) sin embargo, en contraposición a la condena concurre también la exoneración legal para el reembolso de dichos gastos procesales. En el caso de la demandante por alimentos, si bien está exonerada de abonar tasas judiciales, dicha exoneración no de limitar al condenado de reembolsar los gastos provenientes de las tasas, no a la actora, sino al Estado que ha liberado de dicho pago a la alimentista, pero dicha liberación no puede ser extensiva al demandado, condenado por alimentos, quien debería asumir el reembolso del gasto a favor del Estado. No es posible que frente a la exigencia de un derecho elemental, como son los alimentos, la exoneración de las tasas judiciales a la demandante, sea también de beneficio para el obligado a prestar alimentos.

Hay que recordar que las costas son siempre a cargo del condenado al pago, aunque no se hubieren demandado, de ahí que en forma reiterativa sostenemos que los gastos procesales sean cargados directamente al demandado sin importar su actitud o suerte en la litis, porque de no ser así, se desvirtuaría el objeto y finalidad de la obligación alimentaria, pues, el importe de las costas recaería sobre las cuotas disminuyéndolas.

Los imperativos jurídicos en el proceso se clasifican en deberes, obligaciones y cargas. Deberes son aquellos instituidos en interés de la comunidad; a diferencia de las obligaciones que se dan en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés. Los gastos procesales son una expresión de las obligaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. Según Couture⁽³⁹⁰⁾, existe además una responsabilidad procesal, derivada del

(390) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 211.

abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena de costas; sin embargo, la naturaleza de los gastos no puede responder a dicho criterio reparador, sino de reembolso del gasto ya realizado, la obligación de devolver lo ya sufragado es la idea que sustenta la condena del gasto procesal.

PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE

ARTÍCULO 563

A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país, mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada. Con tal objeto cursará oficio a las autoridades competentes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 148, 675, 676.

Comentario

1. La norma hace referencia a la cautela personal en los procesos sobre alimentos. Si bien la pretensión de alimentos encierra una condena orientada a la satisfacción patrimonial del concepto jurídico de alimentos (vestido, educación, alimentos, salud, etc.) las medidas cautelares que se dicten en dicho proceso no solo se pueden orientar a la satisfacción del aspecto netamente pecuniario, a través de los embargos en forma de retención y de la asignación anticipada de alimentos, sino que además se permite restringir el libre tránsito por el territorio nacional del obligado, al impedirle salir de él.

Vemos, pues, que la cautela no solo es de índole real, sino que también se extiende a la de carácter personal. Esta restricción al derecho de libre tránsito se justifica dentro del marco constitucional vigente, pues como señala el artículo 2.22. c): “no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”; de ahí que se proceda, como consecuencia de la resistencia del obligado al pago de alimentos a la denuncia penal por omisión a la asistencia familiar con la consiguiente privación de libertad del deudor alimentista.

2. La cautela personal de impedimento de salida del país resulta procedente en la medida que exista un proceso en giro en el que se hubiere anticipado la declaración de fondo, a través de las asignaciones anticipadas que regula el artículo 675 del CPC. La medida anticipada no es una medida cautelar ordinaria, pues no busca conservar ni asegurar nada, sino anticipar los efectos de la pretensión reclamada, para lo cual, es necesario que se acredite, de manera indubitable, el vínculo familiar entre las partes y concurra un estado de necesidad que satisfacer de manera urgente.

Bajo ese panorama, el juez, a pedido de parte, puede ordenar el impedimento de salida del país del demandado; pues con dicha medida se evita que este evada la acción de la justicia, desprotegiendo al alimentista al emigrar del país. Esta medida es variable, como toda medida cautelar, por tanto, el juez puede levantar dicho impedimento si el demandado garantiza debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada. Esta garantía puede darse en forma personal, a través de la fianza, o de índole real, a través de la hipoteca, prenda, usufructo, etc.

3. En cuanto a la duración de este tipo de medida. Hay algunos criterios judiciales, que consideran que el impedimento de salida rige hasta antes de la sentencia, luego de ella debe levantarse porque cesa la vigencia de la asignación anticipada como medida cautelar; sin embargo, otros criterios más acertados consideran procedente mantener dicha medida, postsentencia, pues si bien el impedimento se dictó para asegurar el cumplimiento de la asignación anticipada, aún sin tener la certeza del derecho en la sentencia, con mayor razón debe mantenerse dicho impedimento frente a un derecho cierto y exigible ya declarado; más aún, la medida anticipada no se orienta a conservar ni asegurar bienes para satisfacer la pretensión dineraria en debate, sino anticipa los efectos de la pretensión reclamada, esto es, que el impedimento de salida dictada –según el artículo 563 del CPC– ha sido concebida como una medida orientada a la satisfacción antelada del derecho reclamado, el mismo que no se agota en un solo acto, sino en prestaciones periódicas y continuas; por tanto, la sentencia condenatoria de alimentos no enerva los efectos de la medida anticipada que se viene ejecutando, pues, como su nombre ya lo indica, lo que se ha venido ejecutando no es una cautela de aseguramiento propiamente dicha, sino la ejecución anticipada del derecho reclamado, aún sin sentencia.

Si bien, con posterioridad a la sentencia se ingresa a la ejecución forzada, la resistencia del obligado al cumplimiento de los alimentos generará la denuncia penal por omisión a la asistencia familiar, dicha sanción penal es totalmente diferente a la garantía del cumplimiento, que se busca a través del impedimento de salida, pues, su finalidad no es satisfacer las pensiones futuras, sino evitar la resistencia del obligado a la asistencia familiar.

La prohibición de ausentarse del país a que refiere el artículo en comentario está directamente vinculado con lo regulado en el artículo 572 del CPC. En el primer caso, el impedimento de salida del país opera para asegurar el cumplimiento de la asignación anticipada, mientras no esté garantizado el cumplimiento debidamente; a diferencia del segundo caso, que opera para asegurar el pago de los alimentos, mientras esté vigente la sentencia que los condena.

INFORME DEL CENTRO DE TRABAJO

ARTÍCULO 564

Si se solicita el informe del centro de trabajo sobre la remuneración del demandado, se exigirá el dicho del empleador en el acto de la notificación, extendiéndose el acta respectiva. En caso de incumplimiento, se le requerirá para que el informe lo presente por escrito, bajo apercibimiento de denunciarlo por el delito previsto en el artículo 371 del Código Penal.

Si el juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.	art. 565.
C.P.	art. 371.
D.S. 017-93-JUS	art. 185 inc. 4.

Comentario

1. En la pretensión de alimentos, concurre el principio de solidaridad que une a la familia en la que debe apreciarse los siguientes elementos: la vinculación entre el alimentante y el alimentado; la necesidad del alimentado; y la posibilidad económica del alimentante.

Se parte de la base que quien pide los alimentos los necesita, y de quien debe prestarlos puede hacerlo, porque sus condiciones económicas lo permiten y su vinculación con el alimentado lo exige.

El presente artículo hace referencia precisamente a uno de dichos supuestos, la capacidad económica del obligado a prestar alimentos. Para demostrar ello, la norma permite a la parte actora recurrir a diversos medios de prueba, como la documental, los informes y los testigos.

2. Cuando se tiene conocimiento del centro de labores del demandado, la parte actora puede solicitar como carga probatoria de su pretensión, el informe del centro de trabajo sobre la remuneración del demandado. La prueba de informes (ver el artículo 239 del CPC) puede ser obtenida de manera oral o por escrito.

En el primer caso, el empleador asume el rol de un testigo documental en el proceso, no la de un testigo propiamente dicho, por que este declarará sobre la

remuneración del demandado, e inclusive sus declaraciones deben también referirse al contenido del informe escrito, si lo emitiera en el acto de su declaración, a manera de ratificar su contenido de un documento privado. Esta declaración será tomada por el auxiliar judicial en el acto de notificación, extendiéndose el acta respectiva.

La otra alternativa que tiene el empleador es emitir su informe por escrito, luego de ser requerido en el acto de notificación para ello, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito previsto en el artículo 371 del Código Penal.

Si bien la norma señala "si el juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente" la falsedad no solo debe apreciarse al informe escrito, sino del propio dicho del empleador vertidas en el acto de notificación, pues la información falsa no solo puede ser transmitida a través del informe escrito, sino de las propias declaraciones del empleador, las mismas que son trascendentes porque este declara sobre los hechos que le constan de manera directa –como empleador– y no por referencia.



JURISPRUDENCIA

Si bien no están debidamente acreditadas los ingresos económicos del obligado al conducir un alojamiento para pasajeros, ellos no son de rigurosa investigación, para su obligación de prestar alimentos, en aplicación del artículo 481 del CC (Exp. N° 1503-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 36-38).

ANEXO ESPECIAL DE LA CONTESTACIÓN

ARTÍCULO 565

El juez no admitirá la contestación si el demandado no acompaña la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada. En este caso es de aplicación el segundo párrafo del artículo 564.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 425, 426 inc. 2, 444, 564 párr. 2.

Comentario

1. Los alimentos se fijan según la posibilidad económica del demandado y de la necesidad alimentaria del que solicita los alimentos; siendo esto así, el demandado tiene la carga de demostrar los ingresos que percibe. El caudal del alimentante debe probarse en forma directa, mediante la acreditación concreta de los bienes que la integran, o indirectamente, es decir, la que emerge de la forma habitual como se desenvuelve la vida hogareña, apreciada a través de los recursos económicos que presupone.

Un referente que se utiliza para demostrar la capacidad económica del demandado son los ingresos que percibe, para lo cual se exige acompañe "la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye"; sin embargo, puede darse la posibilidad de que el demandado ejerza un oficio de manera informal que le permita ingresos sin estar obligado a declarar como contribuyente, en tal caso, debe acompañar una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada.

La prestación alimentaria debe fijarse en consideración a la situación económica de las partes y al contexto social en el que se desarrollan. Para establecer la cuota debe tenerse en cuenta tanto los haberes fijos como los temporarios ya que ambos constituyen el caudal total del obligado.

2. Si bien la declaración jurada que realice el demandado tiene destinatarios diversos, sea por que es realizada para los efectos tributarios o por que tenga como destinatario al juez del proceso de alimentos, dicha declaración debe ser realizada con veracidad ya que cualquier reticencia maliciosa demostraría la mala

fe del declarante. Si bien la norma solo hace referencia al caso de la falsedad de la declaración jurada realizada en el proceso judicial para asignarle los efectos del segundo párrafo del artículo 564, esto es, remitir al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente, ello no implica que la declaración jurada realizada ante la autoridad administrativa del Estado (Sunat) no pueda darse el supuesto de la falsedad; sin embargo, en tales casos, será la propia entidad administrativa (ante quien se ha formulado dicha declaración) la que proceda conforme a sus atribuciones.

En ambos casos, la declaración jurada sobre los ingresos del demandado se incorpora al proceso como prueba documental, la que podrá ser cuestionada su valor probatorio a través del mecanismo de la tacha por falsedad de documento, tanto al contenido como al documento en sí.

3. La declaración jurada de los ingresos que percibe el demandado no solo opera como carga probatoria del demandado, sino que, además, constituye requisito de admisibilidad de la contestación de la demanda, generando con su omisión la situación procesal de rebeldía con los efectos que le atribuye el artículo 461 del CPC.

Si bien la norma recurre a la prueba documental para demostrar la capacidad económica del obligado, también es factible que se pueda recurrir a otros medios de información sumaria, a través de los testigos documentales u otros medios que permitan al juez tener una apreciación del *modus vivendi* del demandado y de sus ingresos que debe percibir para solventarlos.

EJECUCIÓN ANTICIPADA Y EJECUCIÓN FORZADA

ARTICULO 566

La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de este.

Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta solo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.

Cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto.

En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C.
LEY 28439.

arts. 675, 802 a 816.

Comentario

1. Si la pretensión de alimentos se ampara, el juez debe señalar el monto de la pensión de alimentos, mandando abonar estas por mes adelantado, para lo cual, al amparo del artículo 572 del CPC, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente para asegurar el pago de las cuotas futuras de alimentos, a pesar de que el deudor esté al día en el pago.

(*) Texto según el artículo 2 de la Ley N° 28439 de 28/12/2004.

Se ha establecido judicialmente que los alimentos deben pagarse desde la fecha de la iniciación de la demanda. Antes de la modificación de este artículo, se establecía que la cuota alimenticia debe abonarse en dinero efectivo y puede realizarse por consignación, siguiendo el procedimiento que establece este artículo, como es, "la entrega inmediata al acreedor sin trámite alguno" y no el fijado en los artículos 802 al 816 del CPC.

Con el actual diseño se recurre al empoce del dinero por alimentos en una cuenta de ahorros a favor de la parte demandante, previo mandato judicial; sin embargo, en casos en que no haya entidades financieras, el pago y entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso. Hay que precisar que la cuenta de ahorros que se abre solo servirá para el pago y cobro de la pensión de la pensión alimenticia ordenada, encontrándose exoneradas de cualquier impuesto.

Hay que recordar que la sentencia de alimentos no tiene efecto de cosa juzgada material, lo que permite a las partes demandar aumento o disminución de la cuota fijada, en caso de modificarse las circunstancias tenidas en cuenta al momento de declarar el amparo de la pretensión o aportar nuevos elementos de juicio para obtener un pronunciamiento favorable en caso se hubiere desestimado la pretensión. En determinadas circunstancias, puede recurrirse a la excepción de cosa juzgada, cuando se intente una demanda amparada en una causa que ya ha sido rechazada. Véase el caso que se ha declarado que el demandado no está obligado a prestar alimentos por carecer de vinculación parental con la parte actora.

2. La pensión de alimentos que fije la sentencia se ejecuta aunque haya apelación. Sobre el particular hay que precisar que bajo el contexto de la acumulación subjetiva activa de pretensiones, la sentencia que hubiere sido impugnada parcialmente, queda firme en el extremo no impugnado por las partes. La unidad del proceso, llevaría a que no se ingrese a la ejecución por estar pendiente de resolver la impugnación; sin embargo, por mandato expreso de la ley, tratándose de pretensiones alimentarias, se permite alterar esta unidad del proceso e ingresar a la ejecución por más que el proceso esté pendiente del resultado de la apelación propuesta.

Hay que precisar que el fallo, en el extremo no cuestionado, tiene la condición de firme y la ejecución que se realice en cuaderno separado tendrá una connotación totalmente distinta a la sentencia impugnada, pues la firmeza del derecho declarado estará sujeto a la confirmación o revocación del juez revisor de la apelación.

La sentencia que modifica los alimentos tiene efecto sobre las cuotas ya percibidas como asignación anticipada. El beneficiado con los alimentos otorgados tiene el deber de devolver lo recibido, aunque la sentencia de segunda instancia haya revocado la de primera que los acordó. Como lo señala el artículo 676 del

CPC, "si la sentencia es desfavorable al demandante, queda este obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el artículo 567 del CPC".

En caso que la pensión de alimentos fuere aumentada, como resultado de la apelación, la norma no precisa a partir de cuándo rige el nuevo monto. La redacción del artículo en este extremo dice: "si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de este". Algunos autores consideran que como la pensión de alimentos se abona en forma adelantada, el nuevo monto debe regir desde la fecha su pronunciamiento y no desde la notificación de la demanda, invocando para ello el artículo 567 del CPC, que refiere que la actualización del valor de las pensiones ya pagadas no pueden ser afectadas con la actualización del valor; sin embargo, la opinión preponderante en nuestro medio es declarar la retroactividad de ella, y en consecuencia considerar que procede el reembolso desde la notificación de la demanda.

3. La inactividad del alimentario y sus efectos sobre las cuotas atrasadas, han sido objeto de especial contemplación en la doctrina y motivo de opiniones contradictorias. Un sector considera que debe darse por perdido el derecho del actor a percibir las cuotas correspondientes al lapso comprendido entre la notificación de la demanda y la sentencia, si no ejecutó la de primera instancia, por cuanto ello autoriza la presunción que esos alimentos no le eran necesarios; sin embargo, otros sostienen que la demora en pedir la ejecución forzada de la sentencia que fija una cuota alimenticia no puede entenderse como renuncia al cobro de las cuotas vencidas, tanto porque la intención de renunciar no se presume, cuanto porque el derecho a los alimentos es irrenunciable. Frente a estas posiciones la corriente de mayor prevalencia considera que la inactividad procesal del alimentario crea la presunción judicial, sujeta a prueba en contrario, de su falta de necesidad, por tanto, debe operar la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas. Las cuotas atrasadas, deben ser abonadas independiente, mediante la fijación de una cuota suplementaria; siempre que el alimentado no hubiera dejado transcurrir un largo tiempo sin cobrarlas, en cuyo caso se entiende que no las necesita y pierde el derecho a reclamarlas, salvo que la demora en percibir las cuotas no le sea imputable a esta parte.

4. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante la Consulta N° 3656-2002-Lima, de fecha 15 de enero de 2003, en el caso Rosa Tejada Chávez con Néstor Sánchez Baez sobre alimentos, promovido por el sexto Juzgado de Familia Civil de Lima, señala: "la entrega en efectivo por concepto de combustible al personal militar y policial, en situación de actividad, no tiene el carácter de un ingreso de libre disposición, toda vez, que como lo señala el artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, debe ser destinado para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, no teniendo

carácter pensionable ni tampoco puede servir de base de cálculo para ningún beneficio; por lo que no se trata de un beneficio recibido por el servidor, sino que constituye un concepto destinado a gastos para el desempeño de su labor que no se encuentra afecto a la pensión de alimentos". Este pronunciamiento aparece recogido en los pronunciamientos judiciales, en Lima; de tal manera que al personal militar y policial que no está en actividad si se afecta los ingresos por este rubro, pues no requieren realizar comisiones de servicio.



JURISPRUDENCIA

El pedido de ejecución anticipada no conlleva a la liquidación de pensiones devengadas pues esta, junto con los intereses legales, se realiza una vez concluido el proceso.

La pensión de alimentos que fija la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación (Exp. N° 1371-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 140).

La obligación alimentaria se asume teniendo en cuenta la edad de los menores y las posibilidades económicas del pretensor, debiendo la progenitora coadyuvar en la satisfacción de las necesidades de los hijos (Exp. N° 448-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 139).

Por el hecho del matrimonio ambos cónyuges se obligan a alimentar y educar a sus hijos. Cuando son dos los obligados, el pago de la pensión de alimentos se divide entre ambos, en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades (Exp. N° 2731-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 152).

La obligación de pasar alimentos no solo corresponde al padre sino también a la madre, especialmente si esta tiene recursos (Exp. N° 3699-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 34-35).

Los alimentos se regulan en proporción a las necesidades de quien debe recibir y a las posibilidades de quien deba brindarles y a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. Teniendo la actora capacidad económica mayor que la del demandado, esta puede atender su propia subsistencia (Exp. N° 781-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 60-61).

Habiendo cesado el obligado de su centro laboral, es pertinente que la pensión alimenticia se abone en suma fija y no en porcentaje, en cumplimiento de la obligación asumida por el alimentante y en moneda nacional (Exp. N° 3090-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 38-39).

La pensión alimenticia fijada porcentualmente, varía automáticamente, según las modificaciones del ingreso que perciba el obligado. Al fijarse el aumento de la pensión alimenticia se debe tener en cuenta, no solo las posibilidades del obligado, sino las necesidades que este afronta; así como que la accionante no se encuentra imposibilitada de laborar, y de esta manera coadyuvar a la satisfacción de sus necesidades (Exp. N° 418-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 142).

APERCEBIMIENTO Y REMISIÓN AL FISCAL

ARTÍCULO 566-A

Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal. ()*

Comentario

1. El proceso, según la finalidad que persigue puede ser de conocimiento o de ejecución. La norma, precisamente, nos ubica en este último, donde la existencia de una sentencia de condena, impone el cumplimiento de prestaciones como de dar, de hacer o de no hacer. Además, de la condena, se requiere que dicho fallo no sea cumplido por el vencido, quien se torna resistente. Ante ese escenario, señala Palacio⁽³⁹¹⁾, "el ordenamiento jurídico prevé una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral situación del derecho del vencedor, para que la situación real se adecue al contenido de la norma individual creada por el pronunciamiento del juez".

2. La sentencia que define los alimentos se puede considerar como la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución o mejor como la tarjeta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso de ejecución. Podría definirse a este proceso como aquel cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectiva –de acuerdo a la modalidad correspondiente al derecho que debe satisfacerse– la sanción impuesta por una sentencia de condena.

Lo que se busca es modificar una situación de hecho existente para adecuarla a una sentencia condenatoria, que, en razón de su contenido, goza de una presunción favorable con respecto a la legitimidad del derecho del acreedor. Ya no se trata, como ocurre con la pretensión de conocimiento, de obtener un pronunciamiento acerca de un derecho discutido, sino de actuar, de traducir en hechos reales un derecho que, ha quedado insatisfecho.

(*) Artículo incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 28439 de 28/12/2004.

(391) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. VIII, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 207.

3. La ejecución en el proceso civil se halla supeditada al pedido de la parte interesada, el cual frente a la hipótesis de incumplimiento de la sentencia por el vencido, constituye el medio para que, por obra de los órganos judiciales del Estado, y a través del empleo de las medidas coactivas correspondientes, se sustituya la ejecución forzada a la ejecución voluntaria.

4. Cuando nos ubicamos ante la resistencia del condenado al cumplimiento de la prestación, el Estado en ejercicio de su poder jurisdiccional, ejercerá la executio de lo declarado, procediendo a su ejecución forzada. Para ingresar a esta fase, dentro del proceso de ejecución, se requiere que el obligado haya sido requerido para la satisfacción de la condena, bajo la advertencia de proceder a la ejecución forzada de ello. Como literalmente señala la norma: "el juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones".

En esta redacción debe resaltarse que los procesos de ejecución se impulsan a pedido de parte. Aquí la regla general del impulso de oficio no opera, sino para la función cognoscitiva del proceso, mas la satisfacción de ese derecho, estará sujeta a la actividad de la parte. Esta redacción, resulta concordante con el artículo 713 del CPC que señala que la ejecución de los títulos se ejecutarán a pedido de parte y de conformidad con las reglas del capítulo del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

5. El apercibimiento es una advertencia conminatoria respecto de una sanción especial. Esta advertencia es intimada por la autoridad, con potestad para el acto preventivo. Todo apercibimiento judicial hecho a una de las partes, en cualquier materia, para que tenga validez, es menester fundarlo en una ley que lo autorice. Como dice la norma, el juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada, se remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal".

INTERESES Y ACTUALIZACIÓN DEL VALOR

ARTÍCULO 567

La pensión alimenticia genera intereses.

Con prescindencia del monto demandado, el juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil.

Esta norma no afecta las prestaciones ya pagadas. Puede solicitarse la actualización del valor aunque el proceso ya esté sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 1236.
C.P.C.	arts. 568, 569, 676.

Comentario

1. Si el deudor alimentario no cumple con abonar la pensión fijada estas se irán devengando, las mismas que serán posibles de una futura liquidación que se realizará cuando se haya agotado la cognición, a través de una sentencia firme u acuerdo homologado por el juez.

La idea central que acoge este artículo es que las pensiones de alimentos impagas generan intereses, los que se liquidarán en la forma que establece el artículo 568 del CPC, esto es, "el secretario del juzgado practica la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada". Efectivamente, en las pretensiones alimentarias, opera una especie de medida cautelar que anticipa los efectos de la sentencia final, a través de las asignaciones provisorias de alimentos. Se trata de una medida anticipada, coincidente con el derecho de fondo, que aparece regulada en el artículo 675 del CPC.

2. El interés es calificado por Puig Brutau como "la prestación accesoria de pagar una cantidad reiterada que corresponde a quien disfruta de un capital ajeno, en proporción a su cuantía y al tiempo de su disfrute, sin alterar la cuantía de la deuda principal". La norma no hace referencia al tipo de interés aplicable, como si lo precisa el artículo 676 del CPC, pero recurriendo a lo normado en el artículo 1245 del CC debe considerarse el interés legal para esta liquidación, el que operará como moratorio por el retardo en el cumplimiento del pago por parte del deudor.

Este interés no es aplicable solo al deudor alimentario, sino también al demandante que se hubiere beneficiado con la anticipación de los alimentos, y que luego de obtener una sentencia desfavorable firme, tenga que devolver las sumas percibidas. En tales casos, el artículo 676 del CPC condena, expresamente, a la devolución, no solo de la suma percibida, sino del interés legal correspondiente.

3. Este artículo es una expresión de integración normativa, en lo referente a la actualización del valor real de los alimentos demandados, remitiéndonos para tal efecto al artículo 1236 del Código Civil, que regula el cálculo del valor de pago.

Mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración, como es el presente caso.

La redacción del artículo 1236 del CC hace referencia a las prestaciones de valor; dice: "cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario", lo que nos lleva a entender que no ingresan dentro de estas prestaciones las restitutorias de bien cierto, puesto que ellas no encierran signo monetario alguno que pudiera ser afectado por alguna devaluación monetaria. Barchi⁽³⁹²⁾ califica a las llamadas deudas de valor como aquellas que se satisfacen mediante la entrega de dinero, pero que la cantidad se determinará recién al momento del pago "en la suma necesaria para satisfacer el valor debido", entre ellas cita, las indemnizaciones de daños y perjuicios, las de alimentos, etc. Tomando como referencia la indemnización de daños y perjuicios, es cierto que el demandante pretende, normalmente, una suma de dinero, pero en realidad ella representa una estimación que aquel realiza de la cuantía del daño. Corresponde al juez la "determinación", la que calcula teniendo en cuenta el "valor" al día del pago. No interesa el precio que tenía el automóvil en el momento en que fue destruido, pues ese "precio" es un valor histórico. Interesa cuál es el precio actual, pues este representa el valor patrimonial destruido. Véase que las prestaciones de alimentos no pueden ser calificadas como obligaciones restitutorias, sino como "prestaciones de valor a determinarse" al momento de expedir sentencia o en su ejecución; en tal sentido léase la redacción del artículo en comentario que señala: "con prescindencia del monto demandado, el juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil". Ello se explica porque en este tipo de pretensiones no subyace el nominalismo, sino el principio valorista que pone énfasis en el valor adquisitivo de la moneda, por tanto, a través de él, se trata de mantener constante, ya no el valor nominal, sino el valor adquisitivo.

(392) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Cálculo del valor del pago" (Comentario al artículo 1236 del Código Civil), en: *Código Civil comentado*, T. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 528.

4. Como refiere el artículo en comentario, la actualización del valor puede ser solicitada aunque el proceso ya esté sentenciado. Ello se explica por el principio valorista que acoge las prestaciones alimentarias. Este principio pone énfasis en el valor adquisitivo de la moneda, por tanto, a través de él, se trata de mantener una constante, ya no el valor nominal, sino por el valor de estas. No implica una nueva pretensión en debate orientada al aumento de alimentos, sino mantener el mismo valor asignado.

Si bien, para adoptar el principio valorista las partes deben establecer de común acuerdo valores de referencia, en los procesos judiciales, ello no opera así, pues será el juez el que tendrá que realizar la actualización, a pedido de parte, recurriendo a referentes como el valor de la moneda en que hubiere sido fijado, índices de reajuste automático, por citar. La actualización no afecta las prestaciones ya pagadas, sino las que a futuro se devenguen.

A pesar de que no existan pactadas cláusulas de estabilización, se puede solicitar la actualización del valor de la prestación, aunque el proceso ya esté sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado. Las cláusulas de estabilización, a las que se puede recurrir están referidas al tipo de moneda, a índices de reajuste, a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. Es importante precisar que los referentes para la actualización de la pensión de alimentos tienen un rol diverso al de los intereses. El primero tiene como función mantener constante el valor adquisitivo del dinero y el segundo, compensar la privación del capital; sin embargo, Barchi precisa que "en la mayoría de las veces los intereses constituyen mecanismos alternativos de reajuste. Ello ocurre cuando la tasa de interés contiene una prima por depreciación (tasa de interés nominal); en tal sentido, cuando existe una obligación con cláusula de reajuste no podríamos aplicar una tasa de interés nominal, puesto que se reajustaría dos veces. Tendríamos que aplicar una tasa de interés real, es decir, sin prima de depreciación".

LIQUIDACIÓN

ARTÍCULO 568

Concluido el proceso, sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el secretario de juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el juez resolverá. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. Las que se devenguen posteriormente, se pagarán por adelantado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 372, 675.

Comentario

Agotado el proceso de cognición y existiendo pensiones devengadas impagas, se procede a preparar la liquidación de estas y los intereses para la futura ejecución forzada a la que se ingresará, ante la resistencia del deudor alimentario.

Como señala la norma, concluido el proceso se procede a la liquidación citada. Esta conclusión puede provenir por obra de una sentencia firme o por acuerdo homologado por el juez.

La liquidación de las pensiones devengadas e intereses requieren de una previa propuesta que al respecto elaboren las partes, para luego, sobre la base de dichas propuestas, el secretario del juzgado proceda a practicar la liquidación respectiva.

Para la liquidación citada debe tenerse como referente el cuaderno de asignación anticipada, el movimiento bancario de la cuenta de ahorros que se hubiere abierto para tal fin y la sentencia final firme, pues, en caso de sentencia desfavorable, el demandante queda obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal. El artículo 569 del CPC así lo refiere: "si la sentencia es revocada declarándose infundada, total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567 del CPC".

A pesar de que la norma no precise a partir de cuándo se aplicará el cómputo de los intereses, estos deben ser liquidados a partir de la fecha en que dichas pensiones fueron entregadas a la parte demandante y la fecha en que fueron consignados al juzgado, pues dichos depósitos realizados en el Banco de la Nación generan intereses legales.

En cambio, el artículo sí es claro en precisar que tratándose de sentencia condenatoria, la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses serán computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. Esto supone que las consignaciones realizadas puedan ser diminutas o extemporáneas. Como parte del contradictorio, el resultado de la liquidación debe ser puesto a conocimiento de ambas partes, y no solo del obligado, como señala la norma en comentario. Ambas partes, dentro del plazo de tres días, deben tener la posibilidad de expresar su conformidad o no, con la liquidación practicada. Vencido dicho plazo, con o sin cuestionamiento, el juez resolverá. Dicha decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Como señala la Ley Nº 28439, cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que emitirá la entidad financiera a pedido del juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

La liquidación de alimentos tiene también efectos colaterales a su propia ejecución, como el ser registrado en el Registro de deudores alimentarios morosos. Para los efectos de la Ley Nº 28970, serán inscritas aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También serán inscritas aquellas personas que no cumplan con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un periodo de tres meses desde que son exigibles

Por otro lado, el artículo 566-A del Código Procesal Civil, el cual establece que en caso de que el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de la pensión alimenticia, el juez, a pedido de parte, y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Este acto constituye el trámite de interposición de denuncia penal por incumplimiento de pensión alimenticia.

El bien tutelado en la omisión a la asistencia familiar no es la persona física del sujeto pasivo, sino la institución de la familia, tratándose de un delito de mera

omisión y de peligro abstracto, toda vez que el sujeto pasivo se encuentra en un estado real de necesidad lindante con la indigencia absoluta.



JURISPRUDENCIA

Es nula la liquidación de pensiones devengadas tomando como referencia el tipo de cambio del dólar. El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta ni en cantidad diferente. Debe practicarse la liquidación conforme a los criterios fijados por el Banco Central de Reserva del Perú (Exp. N° 2205-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 137).

DEMANDA INFUNDADA

ARTÍCULO 569

Si la sentencia es revocada declarándose infundada total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 567, 568.

Comentario

1. A pesar que el procedimiento para la pretensión alimentaria es sumarísimo, la necesidad impostergable de acudir con ellos hace que estos se brinden de manera anticipada. No se trata de una de una cautela que conserva o retiene bienes para una futura ejecución forzada, sino de una medida urgente que busca anticipar los efectos de la decisión final, sin sentencia. Como refiere el artículo 675 del CPC, el juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.

La asignación anticipada es una medida coincidente a futuro, con el derecho de fondo, que para su amparo requiere de la casi certeza del derecho reclamado, esto es, de la fuerte probabilidad de la existencia del derecho reclamado y de la necesidad impostergable de acudir a ella sin embargo, como toda medida (urgente), encierra un riesgo latente que la asume la parte que se beneficia con ella.

2. El artículo en comentario hace referencia al riesgo que encierra toda medida cautelar. Parte de la existencia de la asignación anticipada de alimentos, de manera provisoria, y de una sentencia infundada, total o parcialmente. Bajo dicho contexto, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567; sin embargo, la devolución de lo percibido por haber sido desestimada la pretensión no exime que el afectado con la medida pueda luego ingresar al reclamo de la contracautela, siempre y cuando la ejecución cautelar le hubiere generado daño. En igual sentido, si resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho (ver el artículo 620 del CPC). Por otro lado, apréciase que el supuesto que regula el artículo es la obtención de una sentencia infundada, mas no hace referencia a la sentencia que revoca la impugnada y declara la improcedencia de

esta. En tal caso, también procede la devolución de las pensiones alimenticias entregadas anticipadamente, por no existir condena judicial alguna que justifique dicho disfrute.

3. El artículo hace referencia a la devolución de lo percibido, luego de una sentencia firme que declara infundada la demanda; sin embargo, también hay la posibilidad de que sin sentencia firme, pero con una demanda desestimada en primera instancia se proceda a la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho. Véase que en el caso que regula el artículo en comentario, es consecuencia de una decisión firme en la que el derecho se ha definido en forma adversa al actor, en cambio, en el caso que recoge el artículo 630 del CPC, se trata también de un derecho definido en contra del actor, a través de una sentencia, pero que no se encuentra firme por estar pendiente el resultado de la impugnación.

Por otro lado, véase que las asignaciones anticipadas, como expresión de la medida temporal sobre el fondo, difiere sustancialmente de la retención, pues, en la primera, el derecho se anticipa al solicitante, sin sentencia y bajo una fuerte probabilidad de certeza, en atención a la necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se pide; en cambio, en el embargo, no se anticipa nada, solo se busca conservar los bienes del deudor para garantizar el éxito de la futura ejecución forzada; en tanto ello no suceda, los bienes embargados seguirán inmovilizados y entregados al órgano de auxilio judicial correspondiente.



JURISPRUDENCIA

Si bien los cónyuges se deben alimentos recíprocamente, también es que para la procedencia de la demanda de alimentos debe acreditarse las necesidades de quien los pide.

Si la parte actora no ha aportado ningún elemento de juicio que pruebe la necesidad para ser acudida alimentariamente por su cónyuge no procede amparar la demanda de alimentos (Exp. N° 984-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 223-224).

PRORRATEO

ARTÍCULO 570

Cuando se demanda el prorrateo de alimentos, corresponde conocer del proceso al juez que realizó el primer emplazamiento. Mientras se tramita el proceso de prorrateo, el juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada.

CONCORDANCIA:

C.N.A.

LEY 28439

art. 95.

art. 1 y ss.

Comentario

1. Según la Real Academia, dicese de la cuota o porción que le toca a cada uno de lo que se reparte entre varios. Jurídicamente, señala Flores Polo⁽³⁹³⁾ que “el término tiene gran importancia en todo aquello que se refiere a la liquidación de obligaciones o derechos, división de créditos, reducción de legados, pago a los acreedores de las quiebras y cuyos créditos tienen la misma calidad y condición; distribución de utilidades en materia societaria, o, en su caso, de las pérdidas”.

2. Nuestra legislación civil hace referencia al prorrateo como expresión de concurrencia de obligaciones alimentarias para lo cual contempla un orden de prelación para el cumplimiento de dichas prestaciones, en atención a la edad del beneficiado con los alimentos. Esto es, cuando el beneficiado sea mayor de edad, se recurrirá a lo regulado en el artículo 475 del CPC, en cambio cuando se trate de un menor de edad, a lo normado en el artículo 93 del CNA.

El artículo 475 del CC señala que los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el siguiente orden: el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y los hermanos. Este orden es importante para exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria recíproca a los que se hace referencia en el artículo 474 del CC. A pesar de que la segunda disposición final del Código de los Niños y Adolescentes modifica el citado artículo 475 del CPC, continua en vigencia pues a la fecha no se ha emitido el texto sustitutorio de este.

(393) FLORES POLO, Pedro, *Diccionario de términos jurídicos*. T.II, Cuzco S.A., Lima, 1980, p. 359.

El artículo 93 del CNM tiene el siguiente orden de prelación: los padres, los hermanos mayores de edad, los abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado (tío) y otros responsables del niño o adolescente.

En ambos casos, el orden de prelación desde el punto de vista de los obligados es subsidiario, permitiendo al demandado, el derecho de excusión para solicitar que previamente se haga lo propio con el anteriormente obligado y se acredite que este no puede cumplir con dicha obligación.

A pesar de que la definición propuesta sobre prorratio, es importante hacer la distinción de la pluralidad de obligaciones concurrentes en alimentos de la condena de alimentos concurrentes. Christian Hernández Alarcón⁽³⁹⁴⁾ ha desarrollado un trabajo interesante que aborda este tema, distinguiendo los supuestos de pluralidad de obligaciones y divisibilidad de la pensión alimenticia, y sus efectos frente al prorratio que regula el artículo 570 del CPC, y que a continuación reproducimos:

En primer lugar tenemos que señalar que el artículo 477 del CC regula la concurrencia de obligados alimentarios del mismo orden sucesorio y del mismo grado de parentesco. Para poder comprender sus alcances, veamos el siguiente ejemplo: Juan es adulto, soltero, tiene dos hijos, dos hermanos, sus padres y abuelos viven. En el caso de que solicite alimentos, al no tener cónyuge y ser adulto tiene que pedir alimentos primero a sus hijos, ambos se los deben proporcionar en cantidades proporcionales a sus propias necesidades. Debemos notar que los hijos tienen el mismo grado de parentesco y orden sucesorio respecto de Juan.

El mismo razonamiento tenemos que seguir en caso de que Juan no tenga hijos, entonces ambos padres serían obligados, o faltando padres, sus abuelos por igual tanto de padre como de madre y no habiendo estos, sus hermanos.

En todos estos casos, los obligados sufragarán las necesidades de Juan en un monto proporcional a sus propias posibilidades. En este caso, si uno de los obligados no puede atender ni su propia subsistencia, no será incluido como acreedor.

Por otro lado, si a pesar de tener posibilidades alguno se niega a otorgar los alimentos, independientemente de las consecuencias legales a las que sería sujeto, la norma bajo comentario prevé que por tratarse del derecho a la subsistencia de tutela urgente, el otro obligado atenderá las necesidades de Juan, sin perjuicio de la repetición que podrá exigir de este. Nos encontraríamos en la misma situación ante otras circunstancias especiales en las que exista urgencia de atender las necesidades del alimentista; en todos estos casos, la valoración de la

(394) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

urgencia y la situación particular está a cargo del juez. Cabe preguntarnos si es que en todos estos casos es necesario que el acreedor alimentario emplazase a todos los deudores del mismo orden y grado o es suficiente con que lo haga al que conoce que tiene las posibilidades de alimentarlo o cualquiera de ellos.

Al respecto, debemos señalar que el artículo 477 del CC, al que nos estamos refiriendo, señala que el pago de la pensión es divisible entre los obligados. Sin embargo, con el emplazamiento, el alimentista le está solicitando a un obligado determinado los alimentos en su totalidad y no la parte que le correspondería, toda vez que lo hace por la relación personal existente entre ellos. De este modo, si bien todos los deudores del mismo orden y grado pueden dividirse la pensión, esta divisibilidad solo surte efecto entre ellos, porque frente al acreedor alimentario cada coobligado tiene una deuda personal y diferente de cada uno de sus obligados.

El emplazado podrá, sin embargo, hacer una denuncia civil (artículo 102 del CPC) indicando la existencia de parientes de obligación preferente o de otros del mismo grado que tienen mejores o iguales posibilidades, debiendo acreditar los hechos que señala, pudiendo integrarse la relación procesal. No obstante, si esto no se realiza, no podrá solicitar la nulidad argumentando la existencia de un litisconsorcio necesario por las razones expuestas en los párrafos precedentes. Luego del proceso, podría iniciar una acción de repetición solicitando además la concurrencia de los otros obligados y la divisibilidad de la obligación.

Esta lectura del comentado artículo 477 del CC pretende evitar una dilación del proceso que desnaturalizaría su tutela urgente. En muchas ediciones del Código Civil, artículo se ha sumillado como prorrateo. Sin embargo, debe precisarse que el prorrateo, técnicamente, se da en la concurrencia de acreedores alimentarios normada por el artículo 570 del CPC, y no en la de obligados que estamos comentando.

El error, incluso, ha sido recogido legislativamente por el Código de los Niños y Adolescentes, donde el artículo 95, en el que se hace referencia a que la obligación debe ser prorrateada entre los obligados si se hallan materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma individual, pudiendo además ser prorrateada a solicitud de cualquiera de los acreedores alimentarios en el caso de que sea inejecutable la pensión fijada. De este modo, para nuestra legislación, el prorrateo ha sido utilizado tanto en la concurrencia de deudores como de acreedores.

En virtud de lo anteriormente señalado, debe tenerse en cuenta que si bien la pensión puede dividirse, la obligación es indivisible, de este modo cuando concurren varios deudores frente a un acreedor la pensión total se completa con el aporte que cada cual da como obligación independiente.

En cambio, cuando concurren varios acreedores, lo que se divide no es el monto de la pensión dada, sino la renta gravada al deudor, la cual no puede cubrir las diversas pensiones fijadas por causa de obligaciones alimentarias independientes. A esta operación por la cual se reparten en proporciones la renta de un deudor, a fin de que sean ejecutables las pensiones fijadas, se llama prorratio.

Si la renta del deudor puede satisfacer todas las obligaciones alimentarias, no habrá prorratio. Para ello es preciso tener en cuenta que cuando se trata de rentas que no provienen del trabajo, se puede embargar hasta el 100%, pero en el caso de las remuneraciones y pensiones únicamente se puede embargar hasta el 60% por concepto de alimentos (inciso 5 del artículo 648 del CPC).

Así, si una persona al divorciarse de su cónyuge ha sido afectada en su remuneración por una pensión alimenticia del 50%, el cual se le viene descontando y pasado el tiempo es vencido en otro proceso de alimentos donde se fija el 30% de su remuneración, al solicitarse la ejecución de esta sentencia en el trabajo se negarán a la retención por este concepto por superar el límite máximo embargable (60%), por lo que para ejecutarse esta sentencia deberá hacerse un prorratio de los ingresos afectados, a fin de que se cumplan las dos obligaciones alimentarias, para ello se deberá emplazar al deudor y a todos los acreedores redistribuyéndose el porcentaje afectado dentro de los límites permitidos.

Cuando se refiere al prorratio por conciliación, el Código del Niño en su artículo 95, se pone en el supuesto en que sean varios los obligados cuando sea materialmente imposible que puedan cumplirla en forma individual. Debemos entender que en estos casos nos encontramos ante obligados del mismo orden de prelación; por ejemplo, en el caso de los hermanos mayores de edad, porque en todos esos casos pueden ser emplazados al mismo tiempo y dividirse entre todos la obligación alimentaria a nivel judicial.

No obstante, en los casos de la división de la obligación alimentaria anteriormente señalados, el responsable (se entiende quien tiene la custodia del niño) puede convocar una conciliación para el prorratio entre los obligados del siguiente orden de prelación. Por ejemplo: La madre de un niño, ante la imposibilidad de que el padre del mismo pueda pagar la pensión de alimentos, puede solicitarla a los hermanos mayorés de edad del niño; y en caso de que ellos no puedan pagar la pensión alimenticia, a los abuelos, paternos y maternos. En todos estos casos se puede dividir la obligación alimentaria conforme a las reglas del 481 del Código Civil (posibilidades y necesidades). Esto sin perjuicio de considerar, como se ha señalado anteriormente, la obligación como individualizada a favor de cada uno de los hijos.

Como hemos señalado anteriormente, en todos estos casos nos encontramos no propiamente ante un prorratio, sino ante la divisibilidad de la obligación alimentaria. Donde sí nos encontramos ante un prorratio es cuando la pensión de alimen-

tos sea inejecutable por superar el máximo porcentaje embargable por alimentos. Ahora bien, en estos casos, consideramos que el prorrateo puede ser realizado no únicamente a solicitud de los acreedores alimentarios, sino, incluso, a solicitud de los deudores alimentarios.

3. En cuanto a la competencia, se sostiene que la cesación o modificación de la pensión de alimentos debe demandarse ante el mismo juez que la acordó. El artículo 96 del Código de los Niños y Adolescentes establece "el juez de paz letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones". En lo relacionado a los alimentos, con exclusión de los menores de edad, el artículo 571 del CPC remite la competencia en caso de prorrateo a las normas del subcapítulo sobre alimentos.

En la Casación N° 1348-2003-Cajamarca (*El Peruano*, 2 de agosto de 2004, p. 12499) se ha establecido lo siguiente: "el legislador ha pretendido, que el deudor alimentario tenga recurso suficientes para poder subsistir, fijándole un porcentaje promedio de cuarenta por ciento de sus ingresos, para que cumpla esta finalidad; por ende, al tener el obligado alimentario varias acreencias alimentarias, es preciso ordenarlas y distribuir o prorratear el sesenta por ciento de sus ingresos totales, entre los acreedores alimentarios; hacer caso omiso a ello, implicaría una flagrante violación de la ley, y al numeral nueve del Título Preliminar del Código Procesal Civil".



JURISPRUDENCIA

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

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

*Mientras se tramite el proceso de prorrateo de alimentos, el juez puede fijar provisionalmente las porciones que debe percibir cada alimentista, atendiendo a las necesidades de estos y considerando el principio constitucional de igualdad de los hijos (Exp. N° 944-97, Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 150).*

*El prorrateo procede cuando la suma de las distintas pensiones excede de la porción embargable de las rentas del alimentante (Exp. N° 319-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella. *Ejecutorias*, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 34-35).*

APLICACIÓN EXTENSIVA

ARTÍCULO 571

Las normas de este subcapítulo son aplicables a los procesos de aumento, reducción, cambio en la forma de prestarla, prorrateo, exoneración y extinción de pensión de alimentos, en cuanto sean pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 482.
C.P.C.	art. 570.
LEY 28439	art. 1 y ss.

Comentario

1. Las disposiciones relativas al proceso de alimentos reguladas en este subcapítulo se aplican supletoriamente a todas las demás pretensiones relacionadas con la pensión de alimentos.

Este artículo es una expresión de integración normativa que opera para llenar los vacíos o lagunas de la Ley Procesal. Mediante la integración, se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Cernelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza" En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver la primera disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración. La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma ley, invocando las reglas contenidas en el presente sub-capítulo, para suplir el vacío en la regulación del procedimiento para pretensiones referidas al aumento, reducción, cambio en la forma de prestarla, prorrateo, exoneración y extinción de pensión de

alimentos. No resulta aplicable este procedimiento para los temas de filiación o del hijo alimentista.

2. En las prestaciones de alimentos, la pensión alimentaria tiene el carácter de provisoria, pudiendo ser modificados a través de un procedimiento ulterior con el aporte de nuevos elementos y pruebas; sin embargo, en determinadas circunstancias, puede ampararse una excepción de cosa juzgada, cuando se intenta una demanda fundada en una causa que ya ha sido rechazada, por ejemplo, si se declaró que el demandado no está obligado a prestar alimentos al actor por no ligarle ninguna relación de parentesco, salvo el pronunciamiento que se hubiera fundado en la insuficiencia de la prueba.

Reafirmando el carácter provisorio de los alimentos, la Casación N° 1473-97-Cajamarca (*El Peruano*, 9 diciembre de 1998) sostiene lo siguiente: "en materia de cosa juzgada se distingue la cosa juzgada formal de la material. La primera se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso la segunda en cambio se produce cuando a la irrecorribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. La cosa juzgada material está protegida por una excepción puntual, que no permite que se siga un nuevo proceso con el mismo fin; y tratándose de juicios de otorgamiento de pensión alimenticia, el monto fijado tiene siempre carácter provisional, pues la pensión alimenticia se puede aumentar o reducir según se acrecienten o disminuyan las posibilidades económicas del obligado y las necesidades de los alimentistas, como establecen los artículos 571 del CPC y 481 y 482 del CC".

Ello se explica porque los alimentos se brindan sobre dos supuestos bastante relativos: la capacidad económica de quien lo brinda y la necesidad del alimentista; esto es, que el juez al momento de fijar los alimentos tendrá en cuenta la capacidad económica del demandado, pues, por grandes que sean las necesidades del alimentado, si las posibilidades económicas del alimentante son reducidas, no habrá más remedio que amoldar a ellas la fijación de la pensión.

Como ya se ha señalado, la sentencia dictada en el proceso de alimentos puede ser modificada, pues, no tiene carácter de cosa juzgada; mas para que esto se produzca, es necesario que **varíen las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se fijo la pensión alimenticia**. Véase el caso del obligado a prestar alimentos que sufre un accidente que lo limita permanentemente para trabajar. Se extingue, igualmente, por la muerte del deudor o del acreedor, en razón del carácter personalísimo de la obligación.

Bajo ese contexto de ausencia de cosa juzgada, resulta procedente la reducción de la pensión alimenticia, si se demuestra que quien la recibe cuenta con otras entradas que habría ocultado, o el caso que la pensión resulte elevada con relación a los escasos ingresos de quien los presta; o si han fallecido dos de las cuatro alimentistas, procede la reducción de la pensión a la que fue condenado el esposo y padre.

Para la procedencia del aumento de la pensión de alimentos, se observan algunos indicadores como la época en que fue fijada la primera cuota, la diferencia de edad de la alimentaria, su incapacidad actual para el trabajo y el aumento del caudal del alimentante. Esto implica que si el obligado ha mejorado su posición económica por un nuevo empleo y por percibir importantes ingresos, podría proceder el aumento de alimentos, al margen de que la pensión se hubiere fijado convencionalmente. También corresponde aumentar si la propia edad de los niños inducía la posibilidad de que ella fuera aumentada gradualmente, de un modo paralelo a las nuevas necesidades que traería consigo un crecimiento y desarrollo. Algunas opiniones sostienen que el aumento debe ser en proporción al mejoramiento de las condiciones económicas del obligado. La Sala Suprema de nuestro país ha señalado que si bien el estado de necesidad de la alimentista mayor de edad se acredita con el hecho de que es madre soltera y desempleada, conforme a la normatividad vigente, dicho estado a fin de dar lugar a la subsistencia de la obligación de proveer alimentos debe sustentarse en su incapacidad física o mental debidamente comprobada, las cuales delimitan el principio de solidaridad familiar que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales de aquellos que no pueden satisfacerlas por sí mismos.

También se ha sostenido, en otro caso, que debe existir equidad entre los padres para determinar el aumento de pensión por alimentos. Véase en la Casación N° 1060-03 Santa, (*El Peruano*, 30 de abril de 2004), la Sala Suprema ha señalado que el tema del aumento de alimentos no se agota en el tema de la remuneración del padre, sino que atiende al hecho de que tanto el padre como la madre se encuentran obligados a alimentar y educar a sus hijos, mas aún, si de autos no se verifica que la madre se encuentre incapacitada para coadyuvar al sostenimiento de la menor.

Por otro lado, mediante la Casación N° 2228-2003-Ucayali (*El Peruano*, 31/01/2005), se sostiene "si al finalizar la unión de hecho, uno de los convivientes desea reclamar una pensión de alimentos deberá acreditar la condición de abandonado". Al respecto, la Corte Suprema precisa que el artículo 326 del Código Civil establece que para que se conceda una pensión de alimentos en una unión de hecho, el solicitante deberá mantener una relación convivencial actual o, en todo caso, deberá acreditar la condición de abandonado cuando esta hubiera terminado. Asimismo, en este último supuesto, el conviviente abandonado (en este caso, la demandante) podrá elegir entre una indemnización o una pensión de alimentos.



JURISPRUDENCIA

Al proceso de reducción de alimentos, es de aplicación extensiva las normas contenidas en los artículos 560 y siguientes del CPC. El conocimiento del proceso por el juez que

efectuó el primer emplazamiento, solo se encuentra prevista para el prorrateo, mas no para la reducción de alimentos (Exp. N° 99-3438, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 488).

Es infundada la reducción de alimentos, si no se acredita que el cumplimiento del monto fijado por alimentos, pone en peligro la propia subsistencia del accionante.

Resulta irrelevante para los fines del proceso, la situación económica de la demandada, puesto que la pensión alimenticia que se pretende reducir fue establecida de mutuo acuerdo, y es de presumir que al demandado le constaba la situación económica de su ex cónyuge al efectuar la propuesta de convenio (Exp. N° 376-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 133).

Es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de la fijación de pensiones alimentarias, en ese sentido, si se reducen las posibilidades de uno de los obligados y subsisten las necesidades del alimentista, el juez de la causa está plenamente facultado a establecer o aumentar la obligación a cargo del otro obligado, mediante las pruebas y sustentos suficientes (Cas. N° 725-99-Lambayeque, El Peruano, 31/08/99, p. 3388).

Para que continúe la prestación alimentaria de un alimentista mayor de edad, se requiere acreditar que está siguiendo una profesión u oficio exitosamente; la omisión de dichas pruebas acarrea la exoneración de la pensión alimenticia (Exp. N° 454-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 129-130).

No es procedente la solicitud de prorrateo de alimentos, cuando la suma de las distintas pensiones no exceda la porción embargable de las rentas del obligado, es decir, del cincuenta por ciento de su haber (Exp. N° 135-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 127-128).

Procede el pedido de variación en la forma de prestar la pensión de alimentos, si han variado las condiciones laborales del obligado.

Debe tomarse con reserva la declaración jurada de ingresos por no ser imperativa la investigación de dichos ingresos.

Debe considerarse las cargas a que se halle sujeto el obligado para fijar el monto de los alimentos, como es el tener una obligación similar con otra hija menor de edad (Exp. N° 449-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 121-122).

Si bien es evidente el aumento de sus necesidades básicas de una hija alimentista en edad escolar, debe tenerse en consideración para aumentar prudencialmente la pensión de alimentos, el no perjudicar el derecho de otras personas dependientes (Exp. N° 452-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 123).

Si bien no resulta legalmente exigible la obligación alimentaria a partir de los dieciocho años de edad, la previsión de situaciones de excepción, implica que aquella no puede cesar automáticamente, si el cumplimiento de ese deber moral ha sido fijado judicialmente. Lo contrario dejaría abierta la posibilidad para que el obligado solicite la repetición de lo pagado por dicho concepto después de producida aquella circunstancia, en evidente

colisión con el espíritu de protección de las normas dictadas a favor de los alimentistas (Exp. N° 2607-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 135-136).

El accionante tiene igual obligación que la madre para atender a las necesidades de los menores, más aún si se encuentran en la etapa, de desarrollo escolar. No puede aceptarse la reducción de alimentos si no se encuentra debidamente sustentada y no existe impedimento para que el accionante desarrolle otras actividades en horario diferente para cubrir los gastos mínimos de los niños, por ser parte de su misión paterna (Exp. N° 1628-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 143).

La pensión alimenticia dada por resolución judicial, dejará de regir una vez que los hijos menores adquieran la mayoría de edad; sin embargo, la misma podrá continuar si subsiste el estado de necesidad o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente (Exp. N° 305-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 148).

La subrogación de la obligación alimenticia opera de pleno derecho, cuando el padre del menor alimentista, quien ejerce la patria potestad, se apersona al proceso y cumple la obligación por tener legítimo interés (Exp. N° 1647-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 149).

Debe ampararse la demanda de alimentos si el accionante es alumno universitario y el demandado no ha demostrado que su hijo sea un mal alumno (Exp. N° 358-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 224-225).

Procede la reducción de alimentos si la cónyuge percibe un sueldo superior al obligado y la menor alimentista cuenta con una edad cuyas necesidades no son tan exigentes (Exp. N° 5100-94, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 37-39).

No existe razón valedera para solicitar la reducción de los alimentos, a los siete meses después de haber voluntariamente conciliado (Exp. N° 2460-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 39-40).

El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere de seguir prestándolo si disminuyen sus ingresos de modo tal que no pueda atender a la obligación sin poner en peligro su propia subsistencia (Exp. N° 2476-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 45-46).

Si no se acredita que los hijos mayores de edad sigan con éxito alguna profesión u oficio ni se encuentren en estado de necesidad, se extingue la obligación alimentaria (Exp. N° 2440-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 47-48).

Si el padre a los 16 días que el alimentista adquirió la mayoría de edad plantea la exoneración de alimentos, esta debe desestimarse pues es obvio que el alimentista aún no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia (Exp. N° 3484-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 36-37).

Siendo el objeto de la acción, la exoneración de la obligación alimentaria y la consiguiente reducción por haber adquirido la mayoría de edad el hijo alimentista, la demanda debe entenderse con quien ya no va a gozar de ese derecho y tenga capacidad para comparecer en el proceso, por sí mismo (Exp. N° 3155-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 38-39).

Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla.

Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones (Exp. N° 471-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, p. 318).

La pensión alimenticia fijada porcentualmente, varía automáticamente, según las modificaciones del ingreso que perciba el obligado. Al fijarse el aumento de la pensión alimenticia se debe tener en cuenta, no solo las posibilidades del obligado, sino las necesidades que este afronta; así como que la accionante no se encuentra imposibilitada de laborar, y de esta manera coadyuvar a la satisfacción de sus necesidades (Exp. N° 418-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 142).

Subsiste la obligación del alimentante de proveer al sostenimiento de sus hijos e hijas mayores de 18 años, si están siguiendo con éxito una profesión u oficio, así como a las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia (Exp. N° 2377-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 32-33).

Aun cuando la actora labora y percibe una remuneración mayor que la del empleado, ello no exonera o disminuye la obligación de este frente a su menor hija (Exp. N° 3256-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 26-27).

Si bien el empleado cuenta con 21 años de edad, se encuentra en plena formación física e intelectual, tiene afán de superación y deseos de proseguir estudios superiores, propósitos que en ningún momento los ha desatendido, cabe amparar la pretensión para que el padre continúe apoyándolo en la continuación de sus estudios (Exp. N° 992-93-Ica, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 222-223).

La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades de los alimentistas y las posibilidades del alimentante (Exp. N° 2443-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 41-42).

Debe ampararse la demanda de aumento de alimentos, a favor de quien aún mantiene vínculo legal, porque al haberse señalado la pensión alimenticia en intis, al cambio de la actual moneda circulante —nuevos soles— carece de valor real (Exp. N° 1725-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 151).

GARANTÍA

ARTÍCULO 572

Mientras esté vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente, a criterio del juez.

CONCORDANCIA:

C.N.A.

art. 137 incs. b), e).

Comentario

1. La sentencia de alimentos no tiene efecto de cosa juzgada, lo que permite que las partes puedan demandar aumento o disminución del monto fijado como pensión de alimentos, en caso se modificare las circunstancias tenidas en cuenta al momento de fijar la pensión. No obstante el carácter provisorio de la pensión de alimentos, la norma contempla que en tanto se encuentre vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, se debe exigir al obligado la constitución de garantía suficiente para satisfacer los alimentos; mas aún, que estos siempre se abonan por meses adelantados (ver el artículo 566 del CPC).

2. Como ya se ha señalado, el presente artículo exige garantías para asegurar el pago de cuotas futuras, sin ser relevante que el deudor esté al día o no, en el pago. Esta garantía es importante, porque en caso que el alimentante incurra en atrasos que obliguen a sucesivas intimaciones y requerimientos, puede permitir al alimentista recurrir con éxito a trabar embargo sobre la garantía hasta cubrir la proyección de la suma adeudada o por un tiempo determinado. Algunas opiniones sostienen que la cuota alimenticia siempre debe abonarse en dinero efectivo, sin embargo, hay otras posiciones que aceptan –de manera excepcional– la satisfacción de los alimentos en especie, sobre todo si el demandado ofrece alojar en su casa al actor.

No obstante existir la condena de alimentos, puede ocurrir la posibilidad que el deudor alimentario no cumpla con ellas, por diversas razones, como la afectación de su solvencia económica. Ante esta posibilidad, la norma permite que el alimentista pueda precaverse contra esta eventualidad exigiendo al obligado la constitución de garantía suficiente, la que puede ser real o personal; por tanto, el deudor alimentario podría entregar en garantía un bien de propiedad de este con un derecho real de hipoteca, prenda, anticresis, warrants, etc.; o podría extender la responsabilidad derivada del contrato a otras personas, como sería la fianza, de tal manera que para que el acreedor quede en la imposibilidad de cobrar su crédito, será menester que tanto el deudor originario, como el garante, caigan en insolvencia. Esto aumenta notoriamente las probabilidades de que el crédito será satisfecho,

sobre todo porque el acreedor alimentista se encargará de exigir un garante de conocida fortuna.

3. La norma no precisa el tipo de garantía que se pide, por tanto, se puede concurrir para este fin, a las que provienen del derecho real y del derecho de crédito. Ellas representan las dos maneras básicas de poder dar satisfacción a un interés jurídicamente protegido. En los derechos reales, el alimentista puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; en cambio, en los derechos de crédito el alimentista exige de otro u otros, personalmente obligados, una prestación favorable a su interés.

En otras palabras, en el derecho real, el titular puede alcanzar directamente el interés que tiene protegido a base de actuar de manera inmediata sobre la cosa; por el contrario, en el derecho de crédito, el interés protegido consiste en una conducta perfectamente delimitada y definida que incumbe a otro u otros sujetos de derecho. Esta conducta, referida a la prestación de alimentos, es precisamente el objeto directo de la protección jurídica en el derecho de crédito, que solo de manera indirecta o mediata recae sobre el contenido de la prestación debida. En otras palabras, la fianza es un contrato unilateral, de garantía personal, en virtud del cual un tercero se compromete a responder ante un acreedor alimentista, del cumplimiento de la obligación asumida por un deudor alimentario, para el caso de que este incumpla la misma. Con este tipo de garantía se asegura el pago de la pensión de alimentos a favor del beneficiario por parte del fiador; esto significa que el acreedor alimentista puede perseguir al fiador desde que la obligación se haya hecho exigible; no siendo necesario perseguir al deudor principal, a no ser que este interponga el beneficio de excusión.



JURISPRUDENCIA

El cónyuge no tiene la libre disposición para gravar un bien inmueble de la sociedad conyugal. No puede el demandado garantizar el pago de las futuras pensiones alimenticias con un bien de propiedad de la sociedad conyugal (Exp. N° 1284-93-Ancash, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, p. 221).

El porcentaje de la compensación por tiempo de servicios del obligado que se embarga en forma de retención, constituye una garantía para el pago de pensiones a futuro.

Esta suma constituye una garantía mientras esté vigente la sentencia que ordena la prestación de alimentos, pudiendo el obligado pedir que se traslade a otro bien que a consideración del Juzgador sea suficiente para responder de la obligación (Exp. N° 1646-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 136).

El monto de la indemnización o compensación por tiempo de servicios embargado al obligado a prestar alimentos, sirve tanto para garantizar las futuras pensiones que se devenguen en los casos que se haya dejado de prestar servicios y no se labore o se perciba pensión que no alcance a cubrir las necesidades básicas de los alimentistas y/o para hacer efectivo el pago de pensiones adeudadas (Exp. N° 1128-95, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 146).

Sub-Capítulo 2

SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

APLICACIÓN SUPLETORIA

ARTÍCULO 573

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. ()*

CONCORDANCIAS:

C.C.

arts. 333 inc. 13, 354.

Comentario

1. El procedimiento sumarísimo acoge las pretensiones de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por acuerdo de los cónyuges; así como el divorcio consecuente.

Dichas pretensiones aparecen referidas en el inciso 11 del artículo 333 y artículo 354 del Código Civil, respectivamente. En el primer caso, se dice que son causales de separación de cuerpos: la separación convencional, después de transcurridos dos años de celebración del matrimonio; y transcurrido dos (02) meses de la notificación de la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la declaración de disolución del vínculo matrimonial (ver el artículo 580 del CPC).

Esto significa para Cornejo⁽³⁹⁵⁾ que “los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas –que sin embargo no desean ventilar ante los tribunales– o simplemente por el hecho que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación y solicitan la autorización judicial para exonerarse mutuamente de los deberes de lecho y habitación”. Hay un sector de la doctrina que

(*) Texto según el artículo 7 de la Ley N° 27495 de 07/07/2001.

(395) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*, 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 312.

cuestiona la separación convencional. Señalan que ella se dirige a satisfacer el particular interés de los cónyuges, evitando exhibir las escandalosas incidencias de su vida, olvidando que el matrimonio no es un negocio privado, sino una institución social fundamental⁽³⁹⁶⁾.

Vemos pues que frente a las desavenencias de la vida conyugal, originadas por tantas razones, los protagonistas de ella, han decidido poner fin a su relación por medio del acuerdo, sin embargo, dicho acuerdo no será suficiente para el efecto final que buscan, cuál es el lograr la separación de cuerpos, si es que no recurren a la jurisdicción.

La procesalización del acuerdo para la separación de cuerpos será la condicionante de la autocomposición. Se parte de la necesidad de la solución procesal para obtener resultados, que sin la exigencia del legislador podrían conseguirse en vía autocompositiva, por citar, para la separación convencional, hace falta seguir un proceso para verificar si concurren efectivamente los requisitos exigidos por ley. No es determinante el **pseudo** proceso ulterior para confirmar y homologar el acuerdo de las partes. La intervención judicial exige, en tales casos, como una garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges: el público y social, en cuanto las consecuencias de la disolución del matrimonio.

2. El artículo 6 de la Resolución Administrativa N° 006-2004-CE-PJ establece "cuando concurren varias personas como demandantes o demandados, pagarán el arancel respectivo por cada titular de la acción, salvo las sociedades conyugales que conformen una misma parte (...)", sin embargo, mediante Oficio Circular N° 036-2005-A-CSJL/PJ –de manera desatinada– se precisa que dicha condición no se cumple en las demandas de separación convencional y divorcio ulterior, debiendo cada uno de los cónyuges acompañar su arancel judicial por ofrecimiento de pruebas, porque "no cumplen con la condición de ser una parte, aun cuando, ambos litigantes se pusieron de acuerdo para poner fin a la sociedad conyugal y por ende, presenten la propuesta de convenio referida a los fines regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales".



JURISPRUDENCIA

No procede revocar la fianza otorgada por la empresa donde laboraba el demandado, bajo el argumento que ya no existe ningún vínculo laboral ni comercial con él, pues la garantía es a tiempo indeterminado. No puede dejarse sin efecto esta, mientras el demandado no constituya garantía suficiente, porque se dejaría en desamparo al menor alimentista (Exp. N° 1207-2000, Sala de Familia de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 138).

(396) Ídem.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

ARTÍCULO 574

En los procesos a que se refiere este subcapítulo, el Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen. ()*

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 113 inc. 1.

Comentario

1. La separación convencional encierra una solución autocompositiva que requiere de la procesalización para alcanzar los objetivos que se busca. Aquí ambos cónyuges van a unirse para conformar una sola parte, para enfrentarse al Ministerio Público, quien actuará en calidad de parte, para completar la bilateralidad del proceso. Esta procesalización estará orientada a la aprobación judicial del convenio presentado.

2. A pesar de que en el proceso civil predomina la autonomía de voluntad de los particulares, se permite que el Ministerio Público actúe en él, sea como parte, como tercero o como dictaminador. En el caso concreto de la separación convencional, permite que el Ministerio Público pueda ejercer su función como parte en el proceso judicial, como lo regula el artículo 113 del CFC, y como tal "no emite dictamen", sino que tiene el deber de contestar la demanda y realizar todos los actos relacionados con la defensa de la parte que representa.

Es atendible que el Ministerio Público intervenga para compensar la bilateralidad, propia del proceso judicial, caso contrario estaríamos ante un procedimiento no contencioso, orientado a que el Estado renuncie, en favor de los particulares, la facultad de administrar justicia, reduciendo al juez a la categoría de un simple testigo o de un funcionario notarial. De ahí que la intervención del Ministerio Público, en el caso de la separación convencional, no puede reducirse a una labor dictaminadora, de expresar una opinión jurídica, como sucede en el divorcio por causal; sino que su intervención está dada —como parte— en el proceso. Ahora bien, dicha intervención, bajo la redacción primigenia del artículo en comentario era indiscriminada; bastaba que se promoviera la pretensión de separación convencional

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 de 29/06/2007.

para que el Ministerio Público intervenga automáticamente como parte demandada, sin embargo, esa fórmula ha sido modificada a fin de que el Ministerio Público intervenga como parte, "solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad". Esto implicaría que la misión asignada al juez, al margen de emitir una declaración constitutiva, es atribuirle una misión contralora con fines homologatorios sobre la propuesta contenida en el convenio de separación convencional, para verificar no solo la capacidad de disposición de los cónyuges intervinientes sino las condiciones que por ley se exige para promover este tipo de pretensiones, como es el caso del tiempo transcurrido entre la celebración del matrimonio y el pedido de separación convencional y ulterior divorcio. Caso contrario, si no operara la misión homologatoria del juez sobre la propuesta de disposición de los cónyuges, la pregunta que surge es determinar ¿quién ejerce el contradictorio en el caso de la separación convencional cuando los cónyuges no hubieren tenido hijos? Véase el caso de una pretensión de separación convencional sobre un matrimonio civil celebrado bajo causales de nulidad. ¿Quién ejercerá el contradictorio para cuestionar la validez del matrimonio y por tanto, suspender los efectos de la pretensión convencional demandada?

3. En estos últimos tiempos se viene discutiendo en el Congreso de la República, el **Proyecto de Ley N° 392-2006**⁽³⁹⁷⁾, que propone desjudicializar el proceso de separación convencional, a fin que se tramite ante la municipalidad en la que celebró el matrimonio. Toma como antecedentes, el **Proyecto N° 01265/20001** que incorporaba su tramitación a los procesos no contenciosos a ser tramitados por los notarios y justifica su propuesta en los costos para el ciudadano para acceder a dicho proceso convencional y a la sobrecarga del Poder Judicial, que permitiría que estos conflictos, que no generan mayor controversia porque las partes están de acuerdo, se formalice en otras instancias no judiciales. Pérez⁽³⁹⁸⁾, es uno de los autores que sostiene la desjudicialización de las separaciones convencionales a través de la intervención notarial, por haberse otorgado atribuciones y funciones controladoras y fiscalizadoras del cumplimiento de la legalidad. El notario, dice Pérez, al intervenir en el divorcio, lo haría como creador del nuevo Derecho preventivo, controlando la legalidad de los acuerdos entre los cónyuges, sin contradicciones, ni lesión de los intereses de los menores hijos, ni de uno de los cónyuges de modo que la escritura de divorcio esté apta para el tráfico jurídico,

(397) Dice el referido Proyecto de Ley presentado en octubre de 2006, por la Congresista Rosario Sasieta Morales, por el grupo Alianza Parlamentaria, que "la realidad nos muestra que al no facilitarse la disolución del vínculo matrimonial, en aquellos casos que pretende atender esta iniciativa, se produce generalmente la formación de familias paralelas, con la consiguiente limitación a su desarrollo armónico, la estabilidad económica y la formalización de su patrimonio, lo que a todas luces resulta más dañino para la institución matrimonial que el divorcio en sí mismo". Sobre la temática, ver en PÉREZ GALLARDO, Leonardo. "El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes", en: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 98, Lima, p. 119.

(398) PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Op. cit., pp. 121.

garantizando la debida publicidad del acto, sin el coste personal y patrimonial que un largo y tortuoso proceso de divorcio, en sede judicial, causa a todos los implicados en él.

El Proyecto de Ley N° 1000/2006-PE acoge la iniciativa legislativa, a fin de que la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se desjudicialice y pueda ser tramitada ante la autoridad administrativa municipal, con la finalidad de brindar a la ciudadanía un sistema eficiente y eficaz que pueda permitir satisfacer de modo oportuno una necesidad de orden personal, familiar y social. Sostiene el citado Proyecto que el Código Civil constituye el cuerpo legal en el que se establece que para contraer matrimonio civil, es necesario la declaración de voluntad en forma oral o escrita ante el Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de los solicitantes. En tal sentido, **la misma autoridad que celebró el matrimonio debe encontrarse legítimamente facultada para disolverlo**, cuando los cónyuges declaren por escrito que esa es su voluntad; siempre y cuando no existan hijos menores de edad o mayores con incapacidad; así como carezcan de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o cuenten con la escritura pública de acuerdo de separación de patrimonios, debidamente inscrita en los Registros Públicos, o con la escritura pública por la cual los bienes de los cónyuges sean repartidos entre ambos de común acuerdo, de ser el caso.

4. Si se tiene en cuenta, que los intereses en juego en el proceso civil son privados, predominando en ellos la autonomía de la voluntad de los particulares, el proceso civil no es un campo normal de actuación para el Ministerio Público, pero razones como defensa de legalidad, del interés público tutelado por la ley y satisfacción a través de la jurisdicción al interés social justifican su ingreso. No cabe hacer una referencia general a la presencia del Ministerio Público en el proceso civil, sin que previamente se establezca en qué casos concretos la ley prevé la actuación de este órgano. A decir de Montero⁽³⁹⁹⁾, la publicización de los derechos justifica que el Ministerio Público asuma con plenitud la condición de parte. Si bien se trata de una parte especial, dado que su interés no es privado, actuando en defensa de la legalidad (así como el abogado del Estado es parte parcial, defendiendo los intereses concretos de la administración), el Ministerio Público, defiende los intereses de la sociedad, atendiendo al hecho que esta ha reflejado cuál es su interés en la ley, y siguiendo los principios de unidad y dependencia.

Cuando el ordenamiento crea una parte, dice Montero, no cabe afirmar que está desconectada de la relación jurídico-material que se discute en el proceso. No cabe decir, como suele hacerse, que la sociedad a la que representa el Ministerio Público, no se ve afectada por la declaración de incapacidad de una persona,

(399) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Judicial*, T. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 81.

por la disolución del vínculo conyugal, por la nulidad del matrimonio, etc. Ello no es cierto. Cuando la ley legitima al Ministerio Público en estos procesos es por estimar que existe un interés público en juego que hay que tutelar. La Sala Civil de la Corte Suprema, ha señalado que "si bien el Ministerio Público tiene la representación de la sociedad en el juicio, tal representación solo lo es para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y al interés social, pues, es un organismo autónomo cuyas principales funciones son las defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos (...) que esa representación del ente social abstracto no comprende la que concretamente tiene el procurador respecto de los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio"⁽⁴⁰⁰⁾.

(400) Ejecutoria suprema del 16 de febrero de 1982, Exp. N° 169-81-Lima. TARAMONA, José. *Compendio de ejecutorias supremas*, T. II, Jamse editores, Lima, 1982, pp. 55-56.

REQUISITO ESPECIAL DE LA DEMANDA

ARTICULO 575

A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado solo requerirá de firma legalizada de los cónyuges.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 340.
C.P.C.	art. 576.
C.N.A.	art. 75 inc. g.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia	art. 706-711.
C.P.C. Colombia	arts. 444, 445, 446.

Comentario

1. La separación convencional parte del supuesto de la existencia del concierto de voluntades de los propios cónyuges, para buscar la separación de cuerpos y posterior disolución del vínculo conyugal. Prueba de ello es la propuesta de convenio que las partes someten al juez, en la que de mutuo acuerdo han regulado el ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, previo inventario valorizado de los bienes, si lo hubiera. Esto último en aplicación extensiva del artículo 320 del CC que dice: "fénecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas (...)".

A pesar de que la separación convencional es una expresión autocompositiva de conflictos, está condicionada a la procesalización, para verificar si concurren efectivamente los requisitos de Ley para decretarlo, en todos los aspectos derivados de dicha vinculación, como el ejercicio de la patria potestad (si hubiere hijos menores), los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales (si hubiere bienes cuya propiedad sea acreditada). No es determinante para el proceso ni vinculante para el juez, confirmar y homologar dichas voluntades, en los términos

que aparece expresada en la propuesta del convenio. La intervención judicial se exige en tales casos como una garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges: el público y social en cuanto a las consecuencias de la disolución del matrimonio.

2. El convenio que los cónyuges acompañan al proceso, al margen de contener la expresión de la voluntad de ellos en temas derivados de la relación conyugal, es una propuesta que el juez valorará al momento de sentenciar, sin embargo, dicho documento constituye un requisito especial de admisibilidad de la demanda, el debe aparecer anexado a ella.

Como es un documento privado, debe ser ratificado por los cónyuges en la audiencia de ley, para validar los efectos que a futuro generará las voluntades expresadas en él.

Dicho convenio, requiere de ciertas formalidades para ser incorporada válidamente al proceso. Debe ser escrito, suscrito por ambos cónyuges, requiriendo además de firma legalizada ellos, cuando el inventario es valorizado.

3. Cuando se trata de una disolución del vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta de los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista en el artículo 340 del CC, concordante con el artículo 420 del CC, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o ambos padres y se confía la misma al que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio del juez, atendiendo siempre al bienestar de los hijos. En cuanto a los alimentos de los hijos menores también debe estar estipulado, no solo el monto de las asignaciones, sino la forma en la que ello se abonará esto es, directamente o por depósitos bancarios. En cuanto a los alimentos de los cónyuges, mutuamente pueden exonerarse de su prestación.

4. El convenio debe tener la liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada. Al respecto, la Sala Suprema, en la Casación N° 2280-2001-Tacna (*El Peruano*, 01/12/2004) señala que los bienes adquiridos durante la relación convivencial tienen la calidad de bienes sociales, incluso si en Registros Públicos se consigna una información distinta. En este sentido, en caso de conflicto entre un derecho personal (crédito) y un derecho real (propiedad), prima este último por tener carácter persecutorio, *erga omnes*. La Sala Suprema considera que al haberse adquirido el bien sub litis dentro de la relación convivencial (entre la tercerista demandante y el deudor del crédito por el cual se trabó el embargo) cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, debe entenderse que dicha adquisición se realizó bajo la sociedad de gananciales y, por lo tanto, es un bien social. La Sala también precisa que en los bienes sociales no pueden distinguirse acciones o

derechos (cuotas) por no tratarse de una copropiedad. Así, concluye que mientras exista sociedad de gananciales no puede trabarse embargo sobre los derechos expectativos que corresponderían a cada miembro en caso de fenecer la sociedad de gananciales.

En la Casación N° 2421-2002-La Libertad, (*El Peruano*, 30/09/2004), se establece que la sociedad de gananciales no responde por las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, si es que ella no le reporta algún beneficio. La Sala Suprema señala que en caso de que un cónyuge contraiga una obligación patrimonial, sin el conocimiento y consentimiento del otro cónyuge, dicha obligación no le será exigible a la sociedad de gananciales si es que no le hubiera representado algún beneficio. Al respecto, la Sala Suprema señala que es adecuado el criterio de responsabilidad por las obligaciones previsto en el artículo 315 del Código Civil, que dispone que la sociedad de gananciales solo responderá por las obligaciones asumidas por esta y no por obligaciones asumidas personalmente, por uno de los cónyuges, salvo que el objeto de estas hubiese tenido como beneficiario a la sociedad en conjunto.



JURISPRUDENCIA

Es infundada la reducción de alimentos, si no se acredita que el cumplimiento del monto fijado por alimentos, pone en peligro la propia subsistencia del accionante.

Resulta irrelevante para los fines del proceso, la situación económica de la demandada, puesto que la pensión alimenticia que se pretende reducir fue establecida de mutuo acuerdo, y es de presumir que al demandado le constaba la situación económica de su ex cónyuge al efectuar la propuesta de convenio (Exp. N° 376-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 133).

La separación convencional establece como requisito especial para su obtención y posterior disolución del vínculo matrimonial, el acuerdo de ambos cónyuges, respecto a todos los puntos que contiene la demanda.

Resulta evidente el conflicto de intereses entre ambos cónyuges sobre la propiedad de un inmueble, pues, por un lado, ambos afirman en la demanda que se trata de un bien adquirido dentro del matrimonio, y, posteriormente el cónyuge mediante escrito, asocia sin su consentimiento, el nombre de su cónyuge y expresa en forma unilateral que el referido inmueble es un bien propio que le transfirió su señora madre, hecho que limita el derecho de defensa de la cónyuge (Exp. N° 632-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 119).

Se requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en virtud del principio de literalidad (Exp. N° 951-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 287).

En los casos de separación convencional, ambos padres mantienen el ejercicio de la patria potestad, al no constituir dicho ejercicio, acto disponible de los mismos, como sí lo es la tenencia (Exp. N° 932-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 98).

El juez del proceso judicial de Separación Convencional y ulterior divorcio, debe resolver todo lo necesario en cuanto a las pretensiones subsidiarias a la petición principal de Divorcio Relativo atendiendo, en cuanto sea conveniente, al acuerdo de los cónyuges co-demandantes.

No debe confundirse el capital accionario con la titularidad de los activos de la persona jurídica, por más que los inmuebles sean su único activo o el activo más importante (Exp. N° 889-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 99-100).

Si los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal a una de separación convencional, en la audiencia de conciliación deben acordar los otros puntos de la propuesta de convenio como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales (Exp. N° 2577-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 112).

El convenio de las partes respecto a los bienes no es susceptible de ser modificado por el juez (Exp. N° 1512-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 58-59).

Es nula la sentencia de separación que no ha observado lo que ambos cónyuges han acordado.

La propuesta del convenio no es susceptible de ser modificada por el juez (Exp. N° 285-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 68-69).

No debe confundirse la patria potestad con la tenencia. Esta última es atributo de la patria potestad, la que puede ser materia de convenio, el que no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al niño o adolescente.

La patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. No puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres (Exp. N° 826-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 132).

ANTICIPACIÓN DE TUTELA

ARTÍCULO 576

Expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexo a la demanda, sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 575.

Comentario

1. La norma acoge la tutela anticipada, basada en la existencia de una demanda admitida de separación convencional y la existencia de un convenio al respecto, que regula el ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, el mismo que aparece anexo a la demanda.

No se trata técnicamente de una cautela, como la medida temporal sobre el fondo, que opera en los casos de divorcio por causal, cuando "a solicitud de cualquiera de los cónyuges, el juez autoriza que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal" (ver el artículo 680 del CPC) o en los casos de conflictos familiares con hijos menores (ver el artículo 677 del CPC).

Aquí, es el propio acuerdo, como ejercicio de la autonomía privada de partes, el que provoca la eficacia jurídica sobre lo pactado, y no por obra de la jurisdicción, sin embargo, su eficacia está condicionada a que dichas propuestas del convenio puedan ser acogidas en la sentencia final.

2. Uno de los efectos que recoge el convenio es la suspensión de los deberes de lecho y habitación. Cada uno de ellos queda por tanto, en libertad de elegir su propio domicilio. Como es lógico, la suspensión del deber de cohabitación lleva implícita la del débito conyugal, pero como ya se ha dicho no autoriza a los cónyuges, puesto que siguen siéndolo, para iniciar o mantener trato sexual con distinta persona.

Origina automáticamente el finecimiento de la sociedad de gananciales. Producida la separación convencional el régimen de gananciales, si era el que venía ejerciendo, queda *ipso jure* sustituido por el de separación de patrimonios.

La relación alimentaria entre marido y mujer experimenta modificación. La obligación es recíproca y depende de las posibilidades o rentas de cada uno. El juez

al momento de sentenciar fijará la pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba pasar al otro, observando en cuanto sea conveniente lo que ambos cónyuges acuerden, si se trata de una separación convencional.

Los acuerdos del convenio tienen eficacia jurídica, condicionados a lo que se disponga en la sentencia. Esto implica que el ejercicio de la patria potestad y la prestación de alimentos para los hijos, en los términos que aparecen regulados en el convenio, deja librada su valoración a la prudencia del juez para que se adecue al caso concreto según sus propias circunstancias.

REPRESENTACIÓN ESPECIAL

ARTICULO 577

Las actuaciones judiciales podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 58, 72, 75.

Comentario

1. Como se aprecia, la norma consagra la representación voluntaria, para lo cual, la persona que tenga capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer los derechos que en él se discuten, puede conferir a otra el poder de representarla en el proceso (ver el artículo 68 del CPC). En tal caso, la legitimación formal del representante será el efecto de la voluntad del representado, expresada en un negocio jurídico (poder) con las formalidades con las que se quiera celebrar (ver el artículo 72 del CPC) y las facultades que se quiera otorgar (artículos 74 y 75 del CPC). La norma en comentario, precisamente, requiere que las actuaciones judiciales sean realizadas, a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso. De ahí que el otorgamiento de dichas facultades se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente. En relación a la literalidad, la Casación N° 175-95-Pucallpa, del 10 octubre de 1996, señala: "si bien artículo 75 del CPC establece que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad y que no se presume la existencia de facultades no conferidas explícitamente, esto no implica que se debe otorgar un poder específico para que el apoderado conteste determinada demanda judicial, siendo suficiente para ello que se le hubiera conferido expresamente la facultad general de contestar las demandas que se presentan contra su representado".

2. El poder para la litis puede ser general o especial. Para este tipo de pretensiones, señala el artículo en comentario, las actuaciones judiciales podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso. Dichas facultades especiales aparecen reproducidas en el artículo 75 del CPC y se requiere de ellas "para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley".

3. No debe confundirse las facultades especiales, que se otorga por escritura pública o por acta, ante el juez del proceso; con el poder de representación judicial que refiere el artículo 80 del CPC, quien interviene en el proceso, con las facultades generales del artículo 74 del CPC. En este último caso, dicho poder confiere al defensor la posibilidad de representar a la parte en el proceso, esto es, cumplir y recibir en su interés todos los actos del proceso mismo que no estén expresamente reservados por ley a la parte personalmente o con facultades especiales.



JURISPRUDENCIA

Se requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en virtud del principio de literalidad (Exp. N° 951-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 287).

REVOCACIÓN

ARTÍCULO 578

Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia, cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión, en cuyo caso se archiva el expediente.

No se admite revocación parcial ni condicionada.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 555.

Comentario

1. La separación convencional permite que las partes, durante el proceso, puedan reanudar su vida conyugal o reafirmar su posición de poner fin al vínculo conyugal. En el primer caso, dice Cornejo, "si los cónyuges de buena fe creyeron imposible la convivencia matrimonial, llegan después de un período de separación al convencimiento que sus diferencias no son realmente insalvables, que la vida en común les depara ventajas que antes no apreciaron y que por todo ello hallan deseable y útil renovar sus normales relaciones".

2. La norma regula el arrepentimiento de uno de los cónyuges solicitantes de la separación convencional. Esta revocación debe operar dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia y lo puede hacer cualquiera de los cónyuges, en cuyo caso se archiva el expediente. Es un acto unilateral, puro, sin condicionamientos.

Este acto de renuncia a continuar con la pretensión, no requiere el concierto de voluntades, pues produce efecto la declaración unilateral de uno de ellos, caso distinto al de reconciliación, en el que la separación opera por acto bilateral de ambos cónyuges.

El artículo 346 del CC permite poner fin a la separación cuando cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriese después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges harán presente al juez dentro del mismo proceso, a fin de que la reconciliación se inscriba en el registro personal.

Si bien ambos mecanismos (la revocatoria y la reconciliación) se orientan a preservar la relación jurídica conyugal, es importante diferenciar que, en uno y en otro caso, opera la voluntad –unilateral o bilateral– de los cónyuges para preservar el vínculo conyugal. En ambos casos, basta la revocación o la reconciliación para que el proceso que se encontrare en giro se archive.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA

ARTÍCULO 579

La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 575.

Comentario

La sentencia que pone fin al proceso no solo debe limitarse a pronunciarse por la separación de cuerpos, sino que, además, debe apreciar las propuestas que acoge el convenio sobre la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces.

A pesar de tratarse de una separación convencional, donde las partes —de mutuo acuerdo— han definido los regímenes del ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, en los términos que aparecen en la propuesta del convenio; dichas prestaciones están sujetas a revisión por el juzgador, quien puede desaprobadas por contener acuerdos contrarios a la ley o por ser perjudiciales a los derechos de los menores o incapaces.

El artículo precisa que la sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, pero en los aspectos de los alimentos y la patria potestad (siempre y cuando aseguren adecuadamente tales derechos); mas no hace referencia a los acuerdos sobre la sociedad de gananciales que los cónyuges hayan establecido en el convenio.

Al apreciarse la propuesta sobre el ejercicio de la patria potestad, debe tenerse en cuenta que cuando se trata de una disolución del vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta de los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista en el artículo 340, concordante con el artículo 420 del CC, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o a ambos padres y se confía la misma al que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio del juez, atendiendo siempre al bienestar de los hijos.



JURISPRUDENCIA

El régimen de visitas, más que un derecho de los padres resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral. Está sujeto a variación, según las necesidades de los hijos. La patria potestad es una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres, con el nacimiento de los hijos matrimoniales, y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los cuales se ejercen, en tanto que esta no haya sido objeto de suspensión o pérdida (Exp. N° 1015-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 85).

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

Corresponde al juez fijar, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y acoger en la sentencia la propuesta del convenio, siempre que asegure adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad (Exp. N° 1547-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 130-131).

Siendo norma que la patria potestad se suspende en los casos de separación o divorcio de los padres, aún cuando la conciliación extrajudicial practicada por las partes ha sido presentada al proceso e incluso ratificada por las partes en la audiencia respectiva, ello no enerva el significado imperativo de dicha norma (Cas. N° 719-97-Lima, El Peruano, 10/12/98, p. 2205).

DIVORCIO

ARTICULO 580

En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación. El juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte. ()*

CONCORDANCIA:

C.C.

art. 354 párr. 1.

Comentario

1. La norma acoge el supuesto que el estado de separación convencional puede desembocar en la completa ruptura del vínculo (divorcio) si transcurridos dos meses los cónyuges, o uno de ellos, considera que no hay posibilidad de normalizar la vida conyugal. La Casación Nº 957-99 del 15 de noviembre de 1999 señala que "el artículo 354 del CC contiene dos supuestos, el primero referido a los casos de separación convencional, en el que cualquiera de los cónyuges puede, basándose en la sentencia de separación, pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial transcurridos seis meses desde su notificación, supuesto que presupone la existencia de una demanda conjunta en la que los cónyuges expresen de mutuo acuerdo la decisión de separarse. Y el segundo supuesto referido al derecho concedido al cónyuge inocente para que en los casos de separación por causal específica, pueda solicitar la disolución del referido vínculo. En consecuencia, dicha norma no resulta aplicable al caso en el que exista una sentencia recaída dentro de un proceso en el que se ventilaba una pretensión de divorcio por causal, que dispuso la separación de cuerpos entre los cónyuges atendiendo a una situación de hecho y no a la existencia de alguna de las causales contempladas en el artículo 333 del CC".

2. La declaración de divorcio que se solicita es de naturaleza constitutiva, porque busca alterar, cambiar la relación jurídica entablada para disolverla. En tanto no exista esa declaración judicial, la situación estará suspendida hasta que los cónyuges decidan exigir dicho pronunciamiento. En este mismo sentido, algunos

(*) Texto según el artículo 2 de la Ley Nº 28384 de 13/11/2004.

autores opinan: "cuando la existencia de la relación jurídica judicialmente declarada depende de la declaración judicial, forma un fallo constitutivo de ella. El proceso de separación conyugal, la declaración de certeza es constitutiva porque la modificación del régimen matrimonial denota mediante la fórmula de la separación no puede constituirse sin el proceso".

3. Mediante Ley N° 28384 se modificó los plazos que regulan el divorcio. La modificación del artículo 354 del Código Civil reduce el plazo de conversión de la separación convencional por divorcio de seis (06) a dos (02) meses. Así, el nuevo texto del mencionado artículo establece que transcurridos dos meses de la notificación de la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la declaración de disolución del vínculo matrimonial. Asimismo, conforme a la modificación del artículo 359, se elimina la obligación de elevar a consulta la sentencia de divorcio por separación convencional que no haya sido apelada.

4. Una posibilidad que puede concurrir en este período de separación de cuerpos es la reconciliación. Señala Cornejo⁽⁴⁰¹⁾ que la cesación de los efectos de la separación en virtud de haberse reconciliado los cónyuges significa por una parte, que se reanuda la vida en común, se reinstaurará en su caso, un régimen de gananciales que no será por cierto, el mismo que quedó liquidado si tal hubiera ya ocurrido, sino uno nuevo, se restituirá a ambos padres el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc. No podrá demandarse nuevamente la separación por los mismos hechos que fueron materia de un proceso terminado, sino solamente por causas nuevas o recién sabidas, situación en la cual los hechos que motivaron el juicio precedente solo podrán ser tenidos en cuenta en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de los nuevos motivos ahora alegados.

La reconciliación es bilateral, no formal, expresa o tácita, pura y simple, no pudiendo, por lo tanto, ser sometida a plazo, condición o cargo. La unión sexual de los esposos, por sí sola, no exterioriza la reconciliación a que hace referencia el artículo 346 del CC; sin embargo, hay otros criterios que sostienen que la reconciliación existirá, con solo probarse la unión sexual de los esposos, por esporádica o aislada que ella sea.

Las ofensas anteriores a la reconciliación quedan definitivamente extinguidas con la misma, no pudiendo alegarse ni aun en caso de reincidencia. Solo las ofensas, conocidas por los cónyuges en el momento de la reconciliación son perdonadas con ella, no así aquellas de las que no se tuviere conocimiento. La reconciliación restituye a los cónyuges todos los derechos y deberes personales del

(401) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 320.

matrimonio. La reconciliación en el divorcio puede ser alegada en tres momentos: a) al contestar la demanda; b) como hecho nuevo y c) después de dictada la correspondiente sentencia de divorcio.

5. A partir de la vigencia de la Ley N° 29227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, este artículo ha sufrido la modificación respectiva, a fin de comprender la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional.



JURISPRUDENCIA

Si los cónyuges han otorgado a su abogado las facultades generales de la representación a que se refiere el artículo 74 del CPC, debe ampararse la solicitud de disolución del vínculo presentada por su abogada, pues el artículo 354 del CC no exige en forma expresa el otorgamiento de facultades especiales para poder solicitar la disolución del vínculo del matrimonio (Exp. N° 98-558, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 320).

La solicitud de divorcio en base a la sentencia de separación convencional o separación por causal debe ser ejercido en forma personal por los cónyuges, no estando autorizado el abogado patrocinante para ejercer tal derecho en representación de su patrocinado, a menos que se le hubiese otorgado expresamente dicha facultad (Cas. N° 957-99-Ica, El Peruano, 26/12/99, p. 4408).

En un proceso sobre desalojo por ocupación precaria, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien; y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título (Cas. N° 1781-99-Callao, El Peruano, 26/12/99, p. 4405).

En el proceso de desalojo por falta de pago, lo único que tiene que definirse es si el demandado se encuentra o no en mora en el pago de la renta y no cabe pronunciamiento sobre la vigencia de uno u otro contrato porque ello es ajeno al real objeto de la materia controvertida y porque dicha determinación solo sería relevante si se tratara de desalojo por vencimiento de contrato (Cas. N° 202-2000, El Peruano, 30/08/2000, p. 6141).

Si los codemandantes han manifestado su voluntad de proseguir con la disolución del vínculo matrimonial, mediante escrito presentado a la Sala, ello no importa ratificación, porque en dicho acto no intervinieron los cónyuges co accionarles, sino únicamente el abogado patrocinante (Exp. N° 271-98, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 340-343).

No procede que el abogado, sin facultad expresa solicite la disolución del vínculo matrimonial amparándose en el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ello es un derecho sustantivo de los cónyuges, el que para ser ejercitado por el abogado o un tercero, debe contar con las facultades del artículo 75 del Código Procesal Civil (Exp. N° 611-98-1JF, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 343-346).

En los casos de separación convencional, luego de notificada la sentencia y transcurrido el plazo correspondiente, cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial.

No puede el juez disolver el vínculo matrimonial, sin que ninguno de los cónyuges lo haya solicitado (Exp. N° 345-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 108).

Aunque los ex cónyuges no plantearon la liquidación de la sociedad de gananciales en el procedimiento de separación convencional que tramitaron; ello, no es óbice para que la demandante instaure la acción correspondiente, para dilucidarlo.

Al disponer la corrección de los asientos registrales se cautela el derecho de la actora evitándole perjuicio patrimonial, pero, ello no acarrea resarcimiento indemnizatorio (Exp. N° 3128-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 262-263).

Debe declararse la nulidad de la sentencia si el abogado patrocinante no ha acreditado que se encuentra premunido de la facultad para solicitar la disolución del vínculo matrimonial de las coaccionantes y la declaración de ulterior divorcio (Exp. N° 3429-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 198-199).

Ninguno de los cónyuges coaccionantes ha pedido se declare disuelto el vínculo del matrimonio que contrajeron, careciendo el juez de facultad legal para sustituir alas partes en la presente acción, resolviéndola de oficio (Exp. N° 3050-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 199-200).

No puede solicitarse la disolución del vínculo matrimonial, antes de seis meses de notificada la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial. Es nula la sentencia consultada al no haberse cumplido con el plazo establecido por ley (Exp. N° 1681-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 97).

Cualquiera de los cónyuges podrá pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial, transcurrido seis meses de la sentencia de separación.

Es nula la sentencia expedida sin que las partes hayan solicitado la disolución del vínculo del matrimonio (Exp. N° 517-96, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 42-43).

Sub-Capítulo 3 INTERDICCIÓN

PROCEDENCIA

ARTÍCULO 581

La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del artículo 43 y 2 a 7 del artículo 44 del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 33 inc. 1.
C.C.	arts. 43 incs. 2 y 3, 44 incs. 2 a 7.
C.P.C.	arts. 547, 683.
C.N.A.	arts. 75 inc. a.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Colombia	arts. 447, 659, 660, 661, 662.
-----------------	--------------------------------

Comentario

1. La interdicción es la pretensión orientada a cuestionar el estado de incapacidad del individuo, a través de un procedimiento sumarísimo.

Clásicamente, se vinculaba la interdicción como un procedimiento para la declaración de la demencia, el que era calificado como el juicio de la insania, sin embargo, como lo precisa el artículo en comentario, son varios los supuestos a los que se puede recurrir para lograr la interdicción de una persona. Uno de ellos hace referencia a estar privado de discernimiento y a no poder expresar su voluntad de manera indubitable (ver los incisos 2 y 3 del artículo 43 del CC).

Como se aprecia de la redacción del propio artículo 43 del CC, los privados de discernimiento son personas absolutamente incapaces, porque se considera que carecen de las aptitudes mínimas para gobernarse a sí mismos y administrar sus bienes. Con el objeto de preservarles de su propia inconsciencia y de la explotación de los terceros, la ley los somete a un régimen de protección, equiparándolos a los menores y poniendo al cuidado de su persona y de sus bienes a cargo de un curador, tal como refiere la redacción del artículo 564 del CC. Algunos

autores —como Alsina⁽⁴⁰²⁾— opinan que “tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia cuando una solicitud igual se hubiese ya declarado improbadada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevivientes a la declaración judicial. No es posible, en efecto, someter a una persona a repetidos exámenes por denuncias antojadizas o interesadas cuando los hechos en que ellas se funden son los mismos; por eso la ley acuerda efectos de cosa juzgada a la resolución que declaró la improcedencia de la interdicción. Pero es natural que no comprenda los hechos posteriores al pronunciamiento, los que deben ser materia de un nuevo examen”.

2. La interdicción también se puede lograr bajo los supuestos de la incapacidad relativa. Uno de ellos se refiere al “deterioro mental que impida expresar su libre voluntad” (véase el inciso 3 del artículo 44 del CC). En estos casos, corresponde proveer de curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, aunque no sea demente ni sordomudo, pero librado a sí mismo no podría realizar ningún acto de administración, ni discurrir con probabilidad de acierto acerca de sus asuntos, ni cuidar de ellos personalmente; siendo tal incapacidad de carácter permanente y definitiva. Esta situación no podría ser extensiva a un menor de 14 años porque el menor impúber es absolutamente incapaz y está sometido a la representación legal, siendo sus actos igualmente nulos por falta de discernimiento.

El retardo mental también justifica la interdicción, como lo señala el inciso 2 del citado artículo 44 del CC. Señala Espinoza, citando a Santos Briz, que implica una perturbación patológica de la actividad intelectual del sujeto cuando a causa de una enfermedad psíquica, de disposición anímica anormal o de lesión en las células cerebrales, se halla perturbada de tal forma su capacidad de juicio o la formación de su voluntad que no pueden esperarse de él apreciaciones y enjuiciamientos normales.

El otro supuesto para la interdicción es la condición de pródigo, el que está sujeto a tres condiciones: a) la acción de dilapidar bienes; b) que opere bajo la preexistencia de un derecho sucesorio; y c) que exceda su porción disponible.

El dilapidar los bienes, denota irracionalidad, ligereza o falta de ponderación del valor de las cosas. Aguilar⁽⁴⁰³⁾ califica al pródigo como “el derrochador de sus bienes, el que hace gastos excesivos o frívolo consumo de sus bienes, aquel que no tiene un concepto claro del valor de las cosas y por ello los dilapida; algunos llegan a decir que en la prodigalidad hay una suerte de desarreglo mental, una falsa concepción de la riqueza”.

(402) ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., T. VI, juicios especiales, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 422.

(403) AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Pródigo” (Comentario al artículo 584 del Código Civil), *Código Civil comentado*, T. III (segunda parte), en Gaceta Jurídica, Lima, p. 586.

El contexto sucesorio en el que se desarrolla esta causal, requiere de la existencia de un cónyuge o herederos forzosos. Ello resulta reiterativo, porque el cónyuge es heredero forzoso, por tanto, al referirse al contexto sucesorio, bastaría calificarse de herederos forzosos; sin embargo, la gran interrogante que surge es saber si cabe alegar dicha causal cuando el pródigo no se ubique bajo dicho contexto sucesorio. Si partimos de la idea que la incapacidad busca evitar que la persona ingrese a una situación de insolvencia e insuficiencia para su propia subsistencia, convirtiéndose en una carga para su familia y para la sociedad misma, podríamos opinar que sí sería factible dicha intervención, sin embargo, el referente que se utilizaría para cuantificar la porción de disposición ya no sería el que se señala el artículo 584 del CC. Dicho artículo califica de pródigo al que dilapida bienes que exceden de su porción disponible, a contrario sensu, si la disposición irresponsable no excede dicho límite, ¿podría operar dicha causal para declarar su incapacidad?

La mala gestión constituye otra causal para la interdicción, siempre y cuando por dicha gestión "se ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos", tal como lo señala el artículo 585 del CC. Aguilar⁽⁴⁰⁴⁾ distingue el mal gestor del pródigo así: "En el caso de este, su desarreglo mental gira en torno a no apreciar el valor de las cosas y por ello el derroche de los mismos, mientras que en aquel sí hay concepto claro del valor de los bienes, pero no hay diligencia, conocimiento, pericia para administrar esos bienes y es esta impericia la que lo lleva a perder parte de su patrimonio".

Cotejando la descripción de los artículos 584 y 585 del CC se puede advertir que —existiendo herederos forzosos— la ley le pone un límite, la porción disponible, mientras que en el caso del mal gestor, la pérdida refiere a la mitad del patrimonio.

Para Juan Espinoza, el tratamiento de los pródigos y de los malos gestores en el Código Civil es desigual. Mientras que para la prodigalidad establece un criterio cuantitativo, para la mala gestión, cuenta con régimen mixto, en el que no solo se debe acreditar la pérdida de más de la mitad de los bienes, sino que se establece un criterio cualitativo, cuando "deja al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión". Considera que no solo debe limitarse a los titulares de la pretensión, como son los herederos forzosos, sino que también dependan económicamente del sujeto que se quiere declarar interdicto.

En cuanto a los ebrios habituales, se parte de la justificación que al ser habituales bebedores, estas personas carecen de facultades necesarias que le permitan realizar actos válidos por sí mismos, es necesario intervenir para tutelar sus propios intereses y los de su familia. En el caso de los toxicómanos, su incapacidad

(404) AGUILAR LLANOS, Benjamín. Op. cit., p. 588.

va a estar sustentada en el consumo de sustancias químicas (psicofármacos), que le va a generar una situación de dependencia hacia su consumo. En tales circunstancias, deberá designarse un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena (ver el artículo 586 del CPC).

3. Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público; salvo en los casos del pródigo y del mal gestor, que solo le corresponde a su cónyuge, sus herederos forzosos, y por excepción el Ministerio Público, de oficio a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados (ver el artículo 587 del CC). En el caso de la interdicción del ebrio y del toxicómano solo le corresponde al cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (ver el artículo 588 del CC).

Como señala la norma en comentario, la demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho. Calamandrei⁽⁴⁰⁵⁾, reafirmando la dialéctica del proceso, sostiene que "en el proceso, las partes son necesariamente dos, aún en los procesos llamados de única parte, porque la dialéctica del proceso ha originado que en los ordenamientos modernos la creación de una parte oficial artificial, como en el proceso penal acusatorio, en el cual el Ministerio Público se contrapone al imputado y como ocurre en la interdicción, en los que el interés del incapacitado es el único que debe tutelarse, a pesar de lo cual, la ley exige la presencia en juicio de un actor legitimado para obrar en contradictorio con él".

En relación a los intervinientes pasivos señalan algunas opiniones que solo son partes el curador provisorio y el Ministerio Público. No obstante ello, también se ha reconocido el derecho del presunto insano para intervenir en el proceso, porque mientras no se declare judicialmente su interdicción, no puede ser privado del derecho de defensa y porque puede aportar elementos de juicio que resulten útiles para apreciar el estado de su salud o para suplir la negligencia del curador provisorio.

Para nuestro Código Procesal, la demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide. En tales circunstancias, el interdicto puede intervenir en el proceso, a través de su curador procesal, para asegurar la defensa de este en el proceso (ver el artículo 61 del CPC). Fuera del proceso de interdicción no tiene ninguna representación, ni interviene en la administración de los bienes. Su única

(405) CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 147.

misión es representar y defender al interdicto, ya que la pretensión en debate pone en tela de juicio su capacidad.

4. Por otro lado, debemos precisar que la naturaleza jurídica del proceso de insania y su emplazamiento dentro de la jurisdicción voluntaria o contenciosa ha sido y es objeto de intensa discusión en la doctrina. Afirma Podetti, que en el proceso de insania las personas a quienes la ley autoriza a formular la denuncia, son sujetos procesales secundarios; sus facultades y cargas procesales son limitadas y su legitimación *ad procesum* puede ser temporal. Limitaciones que según Podetti derivan: a) de la naturaleza de orden público de la cuestión a dilucidarse, que amplía considerablemente las facultades del órgano jurisdiccional; b) de la circunstancia que el interés sustancial que mueve el proceso es el presunto insano; c) que las facultades y cargas consiguientes se distribuyen entre el órgano jurisdiccional, el curador, el insano y el denunciante; d) que no puede admitirse que el móvil del denunciante sea la declaración de insania, sino la constatación de si ella existe o no, y en caso asertivo, su declaración y la adopción de medidas de seguridad de las personas y bienes del interdicto⁽⁴⁰⁶⁾.

5. En cuanto a los criterios que se puede invocar para apreciar la incapacidad, el Código Civil cita a los siguientes: a los que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.

En tanto se define la interdicción, en atención a los criterios citados, resulta procedente recurrir a la medida innovativa, ante la inminencia de un perjuicio irreparable. El juez de la interdicción, a petición de parte o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción, la medida cautelar que exija la naturaleza y alcance de la situación presentada (ver el artículo 683 del CPC).

Esta norma resulta coherente con lo regulado en el artículo 567 del CC que dice: "el juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional". Véase el caso de los sujetos que se encuentren privados de discernimiento y que además sean peligrosos. En estos casos el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros.

5. Algunas opiniones como Santos Cifuentes⁽⁴⁰⁷⁾ consideran que se debe modificar el criterio de peligrosidad. Corrientemente en los peritajes se observa la tendencia a calificar de peligroso e incapaz total al enfermo de esquizofrenia, por el

(406) Citado por ALSINA, p. 420.

(407) CIFUENTES, Santos. "Tutela jurídica del enfermo mental", en: *Ponencias presentadas en el Congreso Internacional sobre Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 179.

solo hecho de serlo. "El mito social de la peligrosidad del enfermo mental, lleva a decretar internaciones negativas. Por eso es de toda urgencia crear puentes de comunicación entre la psiquiatría actual y el Derecho. El enfermo que tiene posibilidades frente a la vida, no debe verlas coartadas; la libertad es para su curación sumamente importante. La pérdida casi completa de la libertad, nombrándole un representante que lo sustituye como sujeto, impide examinar las posibilidades de alguna solución intermedia que mantenga los aspectos rescatables de la personalidad del enfermo, para permitirle el entrenamiento propio y los medios adecuados de una cura gradual". Considera que el Derecho debe permitir la gradualidad y la diferenciación, por cuanto está probado que las tipologías infranqueables, aparte de ser equivocadas en la realidad, producen efectos contrarios a la curación, dado que ponen restricciones, reprimen y cercenan en límites a veces innecesarios y contraproducentes a lo único que es importante en este campo jurídico: obtener el receso de la enfermedad y rescatar a la persona; por ello sostiene dicho autor que debería modificarse la ley para declarar la incapacidad parcial; de manejarse grados, de permitir al incapaz de realizar actos para los cuales no hay impedimento en su estado patológico.

La crítica del autor debe ser contrastada con lo que regula el Código Civil sobre la extensión y límites de la curatela. Señala el artículo 581 del CC; el juez al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel. Esto implica que el marco jurídico —al referirse a la incapacidad— sí permite las graduaciones, según las particularidades de cada interdicto.

6. Apréciase que la medida innovativa a que refiere el artículo 683 del CPC es una medida provisoria, en tanto se define el derecho que sustenta la pretensión principal; sin embargo, cuando se ha declarado la interdicción y no ha existido medida limitativa a la libertad del interdicto, para internar al incapaz en un establecimiento especializado, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del Consejo de Familia (ver el artículo 578 del CC).

Otra medida provisoria que el juez puede dictar, en tanto se defina la interdicción es la designación de un curador provisional. Véase el caso de la demencia notoria e indubitable. Aquí el juez podría ordenar se recaude los bienes del interdicto denunciado y se entregue, bajo inventario, a un curador provisional, para que los administre. El artículo 567 del CC al respecto señala: "el juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional".

Se considera notoria la demencia cuando el certificado médico que se acompaña a la demanda lo califica así expresamente; en su defecto, antes de nombrarse curador a los bienes debe oírse al presunto insano y consultar a los médicos que han suscrito el diagnóstico u otros especialistas. Esas funciones son de mera custodia y conservación de los bienes, y comprenden las gestiones necesarias

para el cobro de los créditos y pago de las deudas; sin embargo, si el insano se constituya en una amenaza para la seguridad ajena, que requiera por referencia médica de internamiento en un establecimiento especializado, el curador necesitará contar con autorización judicial para tal fin, la que podría definirse bajo los alcances del artículo 578 del CC, en forma provisoria, hasta la decisión final. Las funciones del curador provisional terminan con la sentencia que declara la interdicción, para dar lugar al nombramiento de curador definitivo, si fuere el caso.

7. La interdicción precede a la futura designación de curador procesal, de ahí que señale el artículo 567 del CC lo siguiente: "no se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda la declaración judicial de interdicción, salvo el caso del inciso 8 del artículo 44 del CC". Esto implica que a la pretensión de interdicción puede acumularse la pretensión accesoria para designar curador. En tanto, interpuesta la demanda de interdicción debe nombrarse para el demandado un "curador procesal" para que lo represente y defienda en el proceso, hasta que se pronuncie sentencia definitiva. La elección de la persona para el cargo de curador remite al juez a la prelación del artículo 569 del CC y a los directores de los asilos si los incapaces estuvieren asilados.

Declarada la interdicción, el juez proveerá al incapaz de un curador definitivo que tendrá a su cargo el cuidado de su persona y la administración de sus bienes. Como señala el artículo 576 del CC "el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios".

La designación de la persona del curador corresponde al juez, salvo los casos en que la ley establece quién ha de desempeñar esas funciones. Nuestro Código Civil contempla la prelación de curatela legítima en el siguiente orden: al cónyuge no separado judicialmente; a los padres; a los descendientes, prefiriéndose del más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo; a los abuelos y demás ascendientes; a los hermanos (ver el artículo 569 del CC).



JURISPRUDENCIA

Procede amparar la interdicción si se adviene el estado de deficiencia en la salud mental de la demandada que la priva de discernimiento, el que se agudiza dada su avanzada edad.

Por razones de economía procesal, debe nombrarse un curador procesal a la presunta interdicta, toda vez, que no existe oposición alguna para ello (Exp. N° 60073-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 503-504)

Los padres carecen de legitimidad activa para plantear la interdicción civil, invocando como causal la toxicomanía. La legitimidad para obrar es atribuida al cónyuge y a los familiares que dependen de él y –por excepción– al Ministerio Público, por sí o a instancia de algún

pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (Exp. N° 5501-99, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 453-454).

Para producir certeza respecto de la interdicción civil, resulta necesario que a la audiencia concorra el facultativo que expidió la certificación médica, conjuntamente con el presunto interdicto, para la respectiva ratificación prevista en el inciso 2 del artículo 582 del CPC así como, la identificación personal del demandado y la información que debe proporcionar directamente al juzgador, sobre el estado de salud actual del presunto interdicto (Exp. N° 23-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).

En los procesos sobre interdicción, la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto debe ser ratificada en la audiencia respectiva.

Es nula la sentencia que omite convocar al médico que extendió la certificación médica, pues no se ha verificado la vigencia y validez del contenido de dicho certificado, ni la identificación del facultativo respecto del presunto interdicto (Exp. N° N-1279-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 464).

Están sujetas a curatela las personas incapaces, que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento o sufran deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Procede amparar la interdicción de la persona que presenta severas expresiones de defecto de personalidad y discernimiento, que no le permitan llevar una vida laboral activa ni tomar determinaciones adecuadas para su despliegue en la vida civil (Exp. N° 436-98, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 137).

La interdicción civil está dirigida a establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, incurso en los supuestos previstos en el artículo 44 del C.C.

Debe ampararse la interdicción si se acredita que la presunta interdicta adolece de parálisis cerebral severa (Exp. N° 3337-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 74).

No se puede nombrar curador para los incapaces sin que proceda declaración judicial de interdicción.

Es imprescindible fijar la extensión y límites de la curatela a que debe estar sujeta el interdicto, teniendo en cuenta el grado de incapacidad de este (Exp. N° 734-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 80-81).

La interdicción es la declaración judicial de incapacidad de las personas mayores de edad que por impedimento físico o mental no pueden ejercer por sí mismas sus derechos (Exp. N° 1894-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 81-82).

Debe ampararse la pretensión del actor si se diagnostica a la interdicta demencia degenerativa, enfermedad de Alzheimer, demencia multi infartos.

Procede el nombramiento de curador después de la declaración de interdicción civil.

Debe declararse la nulidad del nombramiento de curador no solicitado por ser un exceso en el pronunciamiento del juez (Exp. N° 1579-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 82-83).

La pretensión del actor de obtener de los demandados, una indemnización por haber pretendido interdicarlo civilmente, es viable. Empero debe precisarse que tales daños son causados por culpa y que estos son de naturaleza moral.

Debe indemnizarse atendiendo a la magnitud y el menoscabo producido (Exp. N° 1723-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 165-167).

No procede amparar el pedido de interdicción si de los informes médico periciales practicados al demandado, refieren que la demencia senil no le impide expresar su voluntad libremente, de manera tal que no esté privado de discernimiento (Exp. N° 435-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 319-320).

Es procedente declarar la interdicción civil al establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona, como es la demencia presenil definitiva, o Enfermedad de Alzheimer (Exp. N° 81-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual; Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 456).

La declaración de interdicción está dirigida a establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona mayor de edad.

Resulta viable en este tipo de procesos el nombramiento de curador (Exp. N° 187-97, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 457).

Si bien no es materia del petitorio el nombramiento de curador del incapaz, a efectos de brindar una efectiva tutela jurisdiccional, por economía y celeridad procesal, debe integrarse a la sentencia sobre interdicción civil consultada la designación del curador (Exp. N° 9929-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 138).

No es posible nombrar curador para los incapaces sin que preceda la declaración judicial de interdicción.

No es viable el nombramiento de curador en un proceso de interdicción (Exp. N° 86-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 39-41).

Puede pedir la interdicción del incapaz, su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público. Para tal fin, debe considerarse como pariente del interdicto, a la madre política de este (Exp. N° 1757-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 41-42).

La demanda de interdicción se dirige contra la persona del presunto interdicto así como contra aquellas personas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieren hecho.

No es posible nombrar a curador para el incapaz sin que preceda la declaración judicial de interdicción.

Es obligación del juez, cuando declare la interdicción de un incapaz fijar la extensión y límites de la curatela, según el grado de incapacidad del interdicto (Exp. N° 95-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 188-189).

La interdicción es la declaración judicial de incapacidad de las personas mayores de edad que por impedimento físico o mental no pueden ejercer por sí mismas sus derechos (Exp. N° 1894-94, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 81-82).

Debe ampararse la pretensión del actor si se diagnostica a la interdicta demencia degenerativa, enfermedad de Alzheimer, demencia multi infartos.

Procede el nombramiento de curador después de la declaración de interdicción civil.

Debe declararse la nulidad del nombramiento de curador no solicitado por ser un exceso en el pronunciamiento del juez (Exp. N° 1579-95, Sexta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 82-83).

No procede amparar el pedido de interdicción si de los informes médico periciales practicados al demandado, refieren que la demencia senil no le impide expresar su voluntad libremente, de manera tal que no esté privado de discernimiento (Exp. N° 435-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 319-320).

ANEXOS ESPECÍFICOS

ARTÍCULO 582

Adicionalmente a lo previsto en el artículo 548, a la demanda se acompañará:

- 1. Si se trata de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan; y,*
- 2. En los demás casos: la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 222, 233, 425, 426 inc. 2.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 712-720.
C.P.C.M. Iberoamérica arts. 346-351.

Comentario

1. El artículo 548 del CPC está dedicado a la integración normativa en los procesos sumarísimos, ante la posibilidad de vacíos o lagunas de la Ley Procesal. Con la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. El artículo 548 del CPC nos remite a lo regulado en el artículo 476 del CPC; sin embargo, a través del presente artículo se exige para la interdicción lo siguiente:

En caso de que la incapacidad refiera al pródigo y al que incurre en mala gestión, se requiere el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan. La redacción de este inciso permite la incorporación de los testigos documentales, en caso no se pudiere viabilizar la declaración de testigos. En ese mismo sentido, también podría incorporarse al proceso el informe de peritos sobre la gestión del presunto interdicto y la cuantificación de los bienes perdidos o dilapidados, en la proporción que fija los artículos 584 y 585 del CC. Si bien no es propiamente una pericia, la información que se suministra al proceso es ingresada como un medio documental.

2. En los demás casos, que no sean los citados en el inciso 1, requieren de la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende

expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva. Ello es atendible, porque la norma no exige que la certificación del presunto interdicto sea realizada por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, para darle la connotación y los efectos de un documento público, sino que remite a la libertad de formas para demostrar —a través del documento— el estado del presunto interdicto. Como tal, requiere que quien suscriba dicha certificación la realice bajo juramento o promesa de veracidad. Como no se trata de un documento público, se hace necesario el reconocimiento de este, por quien aparece extendiendo la certificación médica. Dicho reconocimiento se hará en la audiencia de ley, en la que el otorgante deberá ratificarse en el contenido de su diagnóstico sobre el estado del presunto interdicto. Esto se justifica porque teniendo en cuenta la trascendencia de la interdicción, quien la promueva debe fundarse en un elemento objetivo que autorizara a suponer la existencia de motivos suficientes serios para someter al denunciado a la investigación de su estado mental y a todo lo que esa investigación puede requerir. Es importante que el informe médico señale, con la mayor precisión posible, el diagnóstico de la enfermedad, el pronóstico de la misma, el régimen aconsejable para la protección y asistencia del mismo.

3. Al margen de la prueba documental que se requiere se agregue conjuntamente con la demanda, el juez, en la etapa correspondiente del proceso y al margen de la ratificación de los médicos, podrá designar de oficio a dos médicos psiquiatras para que informen dentro de un breve término, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. Si los facultativos no estuviesen de acuerdo, el juez designará un tercero como dirimente de aquellos. La apreciación de la prueba pericial corresponde al juez, quien lo hará en la sentencia teniendo en cuenta los otros elementos de prueba que obran en el proceso.

Si ha sido admitida la competencia de los médicos peritos, ante la uniformidad de sus opiniones, principios científicos en que las fundan y la falta de otras pruebas o elementos que las contradigan, no cabe sino aceptar la incapacidad alegada. Las declaraciones prestadas por personas que carecen de conocimientos médicos y por facultativos que solo trataron socialmente al paciente, o por problemas médicos extraños a su personalidad psíquica, no pueden ser valoradas en la misma forma que las opiniones de especialistas, que revisten valor científico respecto a ese estado psíquico.

4. El elemento objetivo que autorice el inicio del proceso de interdicción, no puede ser otro que los certificados médicos de los que resulte la existencia de un estado de perturbación mental. No es suficiente atribuir la incapacidad, para admitir la demanda, sino que se requiere de evidencias objetivas y concretas que sean demostrativas de que hay motivos para presumir un estado de anormalidad en el denunciado.

Podría ocurrir que el demandante, que hubiese comprobado las perturbaciones del supuesto interdicto, no hubiera podido hacerlas verificar por un médico, porque no le fue posible lograr el acceso a este. Tal circunstancia no obstaba a la interposición de la demanda, pero previamente a la admisión de ella, debe materializarse el resultado del examen médico, pudiendo el juez ordenar a ese efecto la comparecencia del demandado, siempre que mediaren otros elementos concretos, como testigos documentales u otros documentos o evidencias, que hiciesen presumible el fundamento de la demanda. Véase que la norma requiere que se acompañe a la demanda la certificación médica sin embargo, cuando no fuere posible acompañar dicho certificado, el juez podría requerir —de manera extraordinaria— la opinión de un médico legista, para determinar el estado de incapacidad del emplazado.



JURISPRUDENCIA

La propietaria del inmueble de litis mal puede entablar demanda de reivindicación contra la inquilina. Es improcedente la demanda (Exp. N° 11-96-Lambayeque, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 291-293).

CASO ESPECIAL

ARTICULO 583

Quando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

art. IV, 113.

Comentario

La interdicción del incapaz puede ser solicitada por su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público; salvo en los casos del pródigo y del mal gestor, que solo le corresponde a su cónyuge, sus herederos forzosos, y por excepción el Ministerio Público, de oficio, a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados (ver el artículo 587 del CC).

En el caso de la interdicción del ebrio y del toxicómano solo le corresponde al cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (ver el artículo 588 del CC).

Frente a los supuestos descritos líneas arriba, la norma hace referencia a un caso especial, cuando el incapaz constituya grave peligro para la tranquilidad pública. En dicho caso, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona. El Ministerio Público puede solicitar la interdicción porque tiene a su cargo el cuidado de la persona y de los bienes de los incapaces. A través de este artículo se le otorga personería para suplir la omisión de los parientes, aunque se trate del cónyuge, pues como señala el inciso 1 del artículo 159 de la Constitución del Estado, corresponde al Ministerio Público promover de oficio, la acción judicial en defensa de los intereses públicos tutelados por el Derecho.

REHABILITACIÓN

ARTÍCULO 584

La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar, siguiendo las reglas de este subcapítulo. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. IV.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 624-637.

Comentario

1. La incapacidad declarada judicialmente puede cesar con el reestablecimiento del interdicto. La rehabilitación del incapaz en los casos de encontrarse privado de discernimiento y que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable; en los casos de los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos, se concede en la medida que el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial que desapareció el motivo. Igual procedimiento se sigue para los casos de rehabilitación por retardo mental y deterioro mental. Algunas opiniones al respecto consideran que en caso de duda, debe mantenerse la interdicción, pero no es necesaria que la seguridad sea definitiva, sino que la seguridad se mantenga estable, según el resultado del informe médico

En los casos de los pródigos, mala gestión, ebrios habituales y toxicómanos, la rehabilitación solo podrá ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela (ver el artículo 613 del CC).

2. La norma en comentario hace referencia a los sujetos que pueden pedir la rehabilitación del interdicto, la que puede ser ejercida por el propio interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar; sin embargo, bajo la normatividad del Código Civil (ver el artículo 610), se considera que la interdicción puede ser solicitada "por el curador y por cualquier interesado", pero no comprende de manera expresa al propio interdicto, como sí lo hace el Código Procesal.

Como consecuencia de la declaración judicial que levanta la interdicción por rehabilitación, cesa la curatela.

Como señala el artículo en comentario, en esta rehabilitación se conforma un litisconsorcio pasivo, pues se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, siempre y cuando no sea este el que promueva la rehabilitación.



JURISPRUDENCIA

La pretensión del actor de obtener de los demandados, una indemnización por haber pretendido interdicarlo civilmente, es viable. Empero debe precisarse que tales daños son causados por culpa y que estos son de naturaleza moral.

Debe indemnizarse atendiendo a la magnitud y el menoscabo producido (Exp. N° 1723-94, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 165-167).

Sub-Capítulo 4 DESALOJO

PROCEDIMIENTO

ARTICULO 585

La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.

Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.

Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código. ()*

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 679.

Comentario

1. El desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario.

Por la simplicidad de la pretensión, la norma señala que la restitución del predio se tramita bajo las reglas de un procedimiento breve y sencillo, como es el sumarísimo, ello en atención al principio de economía procesal; sin embargo, las reglas de este procedimiento se hacen extensivas a la restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios, como señala el artículo 596 del CPC.

(*) Texto según el artículo 1 de la Ley N° 29057 de 29/06/2007.

2. Este proceso requiere de una etapa de cognición, en el que el juez luego de oír a las partes y examinar las pruebas, dicta sentencia, haciendo lugar o rechazando la demanda y solo en el caso que el demandado no cumpla voluntariamente la sentencia se procede a su ejecución forzada, a través del lanzamiento, en aplicación del artículo 953 del CPC.

Lo sumario de este procedimiento comprende una sola audiencia, con una carga probatoria reducida, pues solo resulta admisible el documento, la declaración de parte y la pericia (ver el artículo 591) cuando el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo.

3. Para fijar la competencia para la restitución del predio es necesario tener en cuenta varios referentes. La materia, la cuantía y el territorio. En cuanto a lo primero, por referirse a pretensiones de relaciones privadas, le corresponde el juez civil, sin embargo, la cuantía basada en la renta mensual –si hubiere– permitirá que la competencia pueda comprender no solo a los jueces de primera instancia, sino a los jueces de paz letrados. Como señala el artículo 547 del CPC “cuando la renta mensual es mayor de cincuenta unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los jueces civiles. Cuando la cuantía sea hasta las cincuenta unidades de referencia procesal, son competentes los jueces de paz letrados”. Esto implica, que si no se ha establecido renta alguna, como el caso de la ocupación precaria, corresponderá el conocimiento del desalojo al juez de primera instancia.

En cuanto al territorio, debe repararse que si la pretensión de desalojo es personal, debe distinguirse si las partes se encuentran o no vinculadas por una relación contractual. En el primer supuesto, es juez competente el del lugar de ubicación del inmueble, en el segundo, corresponde al juez del lugar del domicilio del demandado. Cuando existen varios demandados el actor puede radicar la demanda ante el juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos, pues revistiendo la obligación de restituir carácter indivisible resulta aplicable al caso lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 24 del CPC.

4. Nótese que la redacción del artículo hace referencia al predio, remitiéndose al artículo 596 del CPC cuando se trate de bienes muebles e inmuebles, distintos a los predios. Para el Derecho, predio es una propiedad inmueble que se compone de una porción delimitada de terreno. La delimitación puede ser física, mediante vallas, mojones u otros sistemas, o simplemente jurídica, mediante la descripción en una escritura de propiedad. Con la aparición de las normativas sobre regulación urbanística, se ha limitado la capacidad del propietario a la hora de utilizar los terrenos, diferenciándolo en muchos casos en función del destino que se le da al predio, de ahí que tenemos clasificaciones de predios rústicos, predios industriales y urbanos. En cambio los bienes inmuebles (viene de la palabra inmóvil) son aquellos como casas o predios, que son imposibles de trasladar sin ocasionar daños a los mismos, porque forman parte de un terreno o están anclados a él.

5. La distinción entre predio y bien inmueble nos puede llevar a sostener que una misma persona no necesariamente es titular del terreno y de la fábrica que obre sobre él. Cuando el bien se encuentre ocupado por terceras personas ajenas a los titulares, ¿cómo podrá dilucidarse la restitución del bien? Mediante la Casación N° 2340-2002-Lima (*El Peruano*, 30 de julio de 2004) la Sala Suprema considera que “en un proceso de desalojo por precariedad, el juez está facultado para pronunciarse sobre la alegación de la propiedad de la edificación del inmueble, siempre y cuando lo sostenido esté debidamente acreditado y no se afecte el principio de congruencia.” La Sala Casatoria considera que la sentencia de vista revocó la apelada porque la actora solo es propietaria del terreno, sin haberse acreditado, conforme a la normatividad aplicable, la titularidad de la fábrica levantada sobre el terreno, obligación ineludible que ha incumplido y respecto de la cual incidieron tanto el demandado como el litisconsorte necesario al contestar la demanda, cuando indicaron que la actora adquirió un terreno y no la vivienda construida. No obstante, en dicha sentencia tampoco se estableció que los demandados sean propietarios de la fábrica, sin tener título para ocupar el inmueble. Al respecto, se consideran algunos datos estipulados en la cláusula cuarta del contrato de compraventa, en el que se dejó constancia que además del terreno se entregaba los aires, servidumbre, entradas, salidas y todo cuanto de hecho y derecho le correspondiese, al tratarse de una venta *ad corpus*. En ese sentido, la Sala considera que al no existir declaratoria de fábrica que objete el derecho de propiedad de la demandante sobre la construcción, se tendría que haber acreditado que es otra persona la que construyó y cuyos derechos no fueron adquiridos por la actora.

6. La redacción originaria de este artículo fue modificada a la versión actual, como resultado del proyecto de Ley N° 541/2006/CR de fecha octubre de 2006, en la que se proponía acumular a la pretensión de desalojo el cobro de arriendos. Se sostenía que ambas pretensiones se sujetarán a las reglas del procedimiento sumarísimo, dejando a salvo la posibilidad al demandante, si no opta por la acumulación, de hacer efectivo el cobro de arriendos en el proceso ejecutivo, tal como está contemplado en el artículo 693. Al margen de la propuesta legislativa, también concurre la posibilidad de la acumulación objetiva subordinada de pretensiones referidas al desalojo por falta de pago y por vencimiento de contrato.

Como se aprecia de la redacción actual de este artículo, se permite acumular la pretensión de pago de arriendos a la pretensión de desalojo por falta de pago, sin que ello afecte la posibilidad de recurrir al cobro de arriendos, en el proceso ejecutivo conforme lo establece el inciso 6 del artículo 693 del CPC. El primer argumento que se plantearía a esta acumulación objetiva de pretensiones, sería la no coincidencia con las vías procedimentales para cada pretensión pues, el cobro de arriendos, en atención a su naturaleza, tiene asignado el proceso ejecutivo a diferencia del desalojo por falta de pago que tiene asignado la vía procedimental sumaria. Uno de los requisitos que se exige para la procedencia de la

acumulación objetiva es que ambas pretensiones sean tramitables en una misma vía procedimental (ver el inciso 3 artículo 85 del CPC), situación que felizmente es superada por la propia redacción de la norma al exceptuarle expresamente de esa exigencia. Aquí prima un criterio de economía procesal y de evitar fallos contradictorios para viabilizar dicha acumulación. Quedará en la estrategia de cada litigante privilegiar la satisfacción acumulada o no de dichas pretensiones, sobre todo, si la suerte procesal de ambas pretensiones va a estar regida bajo el principio de la unidad del proceso, por tanto, basta que se impugne una pretensión amparada en la sentencia para que se suspenda la ejecución de dicha sentencia. La posibilidad de la ejecución anticipada de sentencia, en caso sea impugnada, no está presente literalmente en la norma, como sí opera en el caso de los alimentos, tal como lo recoge el artículo 566 del CPC.



JURISPRUDENCIA

Se debe entender que el arrendatario ocupa el bien arrendado cuando dicho bien se encuentra a su disposición, esto es, puede acceder a él en cualquier momento, aun cuando se encuentre totalmente vacío.

Mientras el arrendatario no formalice la devolución al arrendador, se considera, que continúa ocupando el bien arrendado (Exp. N° 470-99, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 238).

Reiteradas casaciones expedidas tienen establecido que en un proceso sobre desalojo por ocupación precaria, el actor debe acreditar fehacientemente su derecho de propiedad con relación al bien sublitis y que la parte demandada ejerce una posesión sin título que la respalde o habiéndolo tenido, este ha fenecido (Cas. N° 2474-99-La Libertad, El Peruano, 11/01/2000, p. 4526).

Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno sobre el cual se ha edificado cuando quien solicita el desalojo no tiene título de lo construido y los demandados sean dueños de lo edificado, pues no se puede ordenar la desocupación solo del lote prescindiendo de lo construido. La interpretación correcta de la posesión precaria es que el supuesto precario no deba tener título alguno, ni del terreno ni de la construcción, mientras que el propietario debe serlo tanto del terreno como de la construcción (Cas. N° 1780-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4339).

En un proceso sumarísimo sobre desalojo por ocupación precaria, resulta impertinente pretender determinar cuál de los justiciables tiene el mejor derecho de propiedad (Cas. N° 1922-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4342).

Desde el momento en que el demandado en un proceso de desalojo consigna al juzgado las llaves del inmueble materia de litis, se encuentra exento de la obligación de pagar la renta, en razón que la consignación que no ha sido objeto de oposición da por cumplida la prestación debida (Cas. N° 2232-97-Lima, El Peruano, 30/11/99, p. 4189).

La acción de desalojo por ocupación precaria no es la vía adecuada para dilucidar el mejor derecho de propiedad sino para definir si la posesión se ejerce con o sin título (Cas. N° 938-98-Lima, El Peruano, 04/01/99, p. 2350).

Si los demandados acreditan tener un justo título para ocupar el inmueble, como es el contrato de compraventa de acciones y derechos adquiridos en copropiedad con el demandante no puede ampararse la pretensión por ocupación precaria. No se puede dilucidar la validez del acto jurídico en este proceso, sino en el pertinente (Exp. N° 60068-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 162-163).

La carencia o falta de vigencia de título que justifique la posesión de un bien, determina la precariedad regulada en el artículo 911 del CC. No se encuentra dentro de ello, el derecho de habitación que alega la demandada, si la demandante constituyó dicho derecho a favor de su madre, la demandada, indefinidamente.

Si bien no se ha precisado plazo de vencimiento, por el cual las partes puedan dar por concluido el contrato, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1361 del CC (Exp. N° 1014-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 147-148).

No basta la mera afirmación que él inmueble alquilado no se encuentre sujeto al D. Ley 21938 sino que es necesario que se pruebe tal afirmación (Exp. N° 1173-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 114-115).

Se tramitan en proceso sumarísimo las acciones posesorias.

En un proceso por desalojo no cabe dilucidar el mejor derecho a la propiedad (Exp. N° 181-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 329-331).

La iniciación de un proceso de desalojo por ocupante precario, no acredita la perturbación de la posesión, por lo que no procede el interdicto de retener.

La carga de la prueba en todo proceso, recae sobre quien afirma un hecho o aquel quien lo contradice alegando hechos nuevos (Exp. N° N-687-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 473).

Debe ordenarse la desocupación del inmueble si la demandada no ha acreditado el pago de la renta por los meses cuya mora se le imputa en la demanda (Exp. N° N-264-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 458).

Nuestro ordenamiento procesal no permite que se desaloje a las personas, sin un previo juicio en el que hayan podido ejercer su derecho de defensa, aun cuando estas personas pudieran ser calificadas como usurpadores, invasores u ocupantes precarios, pues es precisamente en el proceso judicial en el que quedará demostrada o no la condición que se les atribuye, y, de ser procedente, se ordenará su desalojo (Exp. N° 320-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 459-460).

Si el cónyuge de la demandada recibió de su empleadora el inmueble de litis para que lo ocupe como vivienda; al haberse extinguido el vínculo laboral, el título que tenía la empleada para poseer el bien materia de esta acción ha fenecido.

El artículo 911 del CC señala que la posesión es precaria si se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido (Exp. N° N-586-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 463).

Mercede amparar la pretensión del demandante si este acredita debidamente su derecho de propiedad sobre el bien cuya desocupación solicita y el demandado en modo alguno, acredita la existencia de vínculo contractual o de otra naturaleza que justifique la ocupación del bien (Exp. N° 330-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 342-343).

Si el demandante entregó voluntariamente el inmueble de litis a los demandados, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.

La causa que dio origen a la posesión de los demandados es lícita, porque responde al apoyo familiar que les brindaron sus padres y suegros, respectivamente, hecho que no está impedido por la Ley (Exp. N° 1089-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 331-332).

Si el demandante entregó voluntariamente a los demandados el predio, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.

La relación sustantiva del dueño del inmueble de litis, es la de un propietario no poseedor frente a un poseedor no propietario, cuya situación jurídica se resuelve mediante la acción reivindicatoria (Exp. N° 591-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 337-339).

En la ocupación precaria corresponde al demandado probar la existencia del vínculo contractual o de otra naturaleza que justifique la ocupación del bien. El mejor derecho de propiedad alegado por los demandados no puede ser discutido en este proceso, más aún si no han probado ser socios de la actora como lo manifiestan (Exp. N° 01-4817-490, Quinta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 184).

Si los demandados han sido guardianes del predio, a quienes se dio fin mediante carta notarial a la relación contractual existente, su permanencia en el bien deviene en precaria. La minuta que acredita la calidad de propietaria a la actora, satisface la finalidad de solicitar la restitución del predio, máxime si en nuestro ordenamiento civil el Registro de Propiedad Inmueble no es constitutivo de derecho sino simplemente declarativo (Exp. N° 47196-99, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 187).

Si la demandante y demandado presentan al proceso documentos, con los que a priori, ambos acreditan la propiedad respecto del inmueble de litis se hace necesario para una calificación idónea de ellos, que sea dilucidada en un proceso más lato, que tenga como propósito la postulación, debate y resolución de lo estrictamente relativo a la eficacia de los títulos presentes y/o la declaración de verdadero propietario que pudiera tener uno u otro justiciable. En los procesos de desalojo por ocupación precaria no se discute la propiedad, debiendo acreditarse tal calidad por parte de quien plantea un derecho de restitución inmobiliaria (Exp. N° 349-99, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 189).

El hecho de la demandada de referir ser guardián del inmueble por autorización de los anteriores propietarios, no le faculta para seguir en uso del citado predio, al haber terminado el derecho de propiedad de los mencionados emplazados. El hecho que se encuentre tramitando un proceso de reivindicación y nulidad de remate respecto del bien transferido, no es motivo para que la demanda por ocupante precario no pueda ampararse, máxime si la demandada no ha acreditado tener justo título para ocupar el bien (Exp. N° 67-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 190).

Si habiendo acreditado la demandante la obligación del emplazado y el cumplimiento de los requisitos señalados por el Código sustantivo para el perfeccionamiento de los contratos como son la determinación del precio, la manifestación de voluntad y la indemnización, la demanda debe ser amparada. No resulta procedente la entrega del bien desde que este proceso solo pretende la formalización del derecho de propiedad que tiene esta parte (Exp. N° 47420-98, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 273).

La intervención del litisconsorcio pasivo, exponiendo como sustento de su petición el ser propietaria del bien del cual se pretende el desalojo, además que en su calidad de heredera mayoritaria ha suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con el demandado no resulta procedente, pues, no se advierte que la sentencia afecte a la recurrente en su calidad de copropietaria; toda vez que la discusión en este proceso se refiere al contrato de arrendamiento celebrado entre el padre (causante) del demandante y el demandado (Exp. N° 839 (4347-01), Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 387).

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO EN EL DESALOJO

ARTÍCULO 586

Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.

Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 598.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia arts. 657-663, 679-688.

Comentario

1. Palacio señala que la "acción de desalojo compete a todo aquel que tenga sobre la cosa un derecho de posesión o su representante, contra todo ocupante que no pretenda sobre la misma un derecho excluyente a la posesión o a la tenencia, aunque la ocupación repose sobre un derecho adquirido como consecuencia de un contrato que le acuerda la tenencia, por un término expreso o implícitamente limitado".

La norma hace referencia a los sujetos legitimados para demandar y ser demandados en el desalojo. A pesar de que la norma haga referencia solo a las partes, consideramos que los terceros también pueden incorporarse al proceso. Estos también están legitimados para actuar, por tener interés directo o indirecto en el resultado del proceso. Véanse los siguientes casos: el artículo 97 del CPC considera que está legitimado para intervenir en el proceso a título de tercero adhesivo simple o coadyuvante. En el caso del artículo 587 del CPC "si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia".

2. La norma hace expresa referencia al propietario, como uno de los legitimados para demandar. Ello es atendible porque el uso y disfrute del bien constituye la forma primaria del ejercicio de dominio, que puede cederse a título oneroso o gratuito.

El arrendador, quien tiene el uso y goce del bien, puede ceder o arrendar este, en las mismas condiciones que pudiera hacerlo el propietario; en consecuencia, este poseedor estará también legitimado para promover la acción de desalojo. Ello implica que este poseedor puede demandar el desalojo sin necesidad de que demuestre su calidad de propietario, porque en tal caso el derecho de dominio resulta ajeno a la causa de dicha pretensión.

Además de los citados, la norma deja a la particularidad de cada caso, que "todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio" pueda demandar el desalojo. Uno de ellos es el arrendatario que subarrienda, en todo o en parte el bien, siempre y cuando no esté prohibida la contratación. El arrendatario, en relación al subarrendatario contrae las obligaciones y adquiere derechos de arrendador y los efectos del subarriendo. Si el inquilino subarrienda se convierte en subarrendatario respecto del subinquilino y tiene contra este la acción de desalojo, independientemente de sus relaciones con el propietario.

Otro de los legitimados activos es el usufructuario. Este tiene el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no altere la sustancia. En tal sentido, el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho, a título oneroso o gratuito, pero es directamente responsable frente al propietario de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le entregó el bien. Su situación es análoga a la del arrendador principal, ya que sus relaciones con el inquilino se rigen por los términos del contrato, independientemente de las que resulten de su calidad de usufructuario frente al dueño de los bienes. Palacio⁽⁴⁰⁸⁾ considera que "el nudo propietario no puede (en el supuesto que se hubiese cumplido la tradición) demandar el cese de un arrendamiento contratado por el usufructuario, pues no tiene derecho para usar y gozar de la cosas de la que es propietario, ya que ese derecho le corresponde exclusivamente al usufructuario".

En el caso de los condóminos, el copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo, ni aun en la parte que le pertenece, sin el consentimiento de los demás partícipes (ver el artículo 971 del CC); sin embargo, cualquier copropietario puede promover las acciones posesorias, los interdictos y desalojo (ver el artículo 979 del CC).

La norma cuando refiere que "todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio", excluye expresamente de dicha legitimidad a los poseedores de hecho (ver el artículo 598 del CPC). Estos no podrán recurrir al desalojo sino a los interdictos. Si bien ambos tienen un modelo sumarísimo y buscan la restitución del bien despojado, dicha restitución busca tutelar la posesión de hecho, sin tomar en cuenta el derecho a la posesión que tuviere; situación distinta en

(408) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. VI, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 91.

el desalojo, en el que se ventilará la existencia o no del derecho al uso y goce del bien. Apréciase, además, que los interdictos encierran decisiones provisorias, ajenas a los efectos que generan las acciones petitorias en el desalojo. En conclusión, el propietario, arrendador, poseedor, usufructuario, usuario y el comodante son sujetos legitimados activos para demandar el desalojo; sin embargo, a pesar de que la norma no lo precise, consideramos que el garante de un predio alquilado, perfectamente podría intentar el desalojo del inquilino, al cual ha garantizado. Otras opiniones recomiendan en el propio contrato de arrendamiento insertar una cláusula de subrogación al garante en los derechos del propietario para que pueda también ejecutar el desalojo y evitar la prolongación en el tiempo. Es una cláusula difícil de obtener, pues el propietario podría negarse a firmar una pretensión en ese sentido.

3. Una persona puede poseer un bien como propietario, como poseedor mediato o inmediato, como mero tenedor, como ocupante precario.

El arrendatario, como poseedor inmediato, constituye uno de los sujetos pasivos de la relación procesal. En estos casos, media un contrato de arrendamiento, oral o escrito, por el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (ver el artículo 1666 del CC). Ello significa que el arrendador del bien puede ser el propietario, usufructuario, usuario, etc.

El derecho de pedir el desalojo no puede ser solicitado exclusivamente contra el inquilino o arrendatario, sino que ha de considerarse contra todo el que ilegal o indebidamente disponga de lo que otro pueda usar o gozar sin invocar un título o derecho legítimo y se niegue a devolverlo a su legítimo propietario o poseedor; esto es, que el desalojo también procede contra todo tenedor o precario cuya obligación de restituir sea exigible.

4. También puede ser requerido el precario o cualquier otra persona a quien le sea exigible la restitución.

El precario es quien ocupa la cosa a raíz de un acto de liberalidad o tolerancia por parte de su dueño y sin plazo alguno, razón por la cual este último puede requerir la devolución en cualquier momento. El precario no tiene vínculo alguno con el propietario u otro titular de derecho real sobre el bien, por tanto, se es precario frente a quien tiene derecho a poseer. Está expuesto a que el titular del derecho real le reclame el bien en cualquier momento.

El artículo 911 del CC toma esta condición del título para definir al ocupante precario bajo dos supuestos: la ausencia de título y el título fenecido. En el primer caso, se trata del poseedor que entró de hecho en la posesión, como el usurpador. Aquí nunca existió título; situación distinta al caso del ocupante con título fenecido, por decisión judicial, por cumplimiento del plazo o condición resolutoria, por mandato de la ley, etc. Aquí el título que generó la posesión ha fenecido.

Véanse los siguientes casos: el propietario que vende el bien, deja de ser propietario, ya no tiene título pero puede ser un poseedor no legitimado; si fenecce el título del poseedor por remate o venta judicial del bien, la posesión ejercida es de naturaleza precaria; si se posee un inmueble en virtud de un contrato de compraventa, al haberse resuelto este de puro derecho, tal título ha fenecido y, en consecuencia, dicha persona tiene la condición de precaria. En el contrato de comodato, cuando el título de comodante fenecce cuando el comodante le solicita la restitución del bien, en cuyo caso aquel tiene la condición de precario

El título es el hecho o acto jurídico en virtud del cual se invoca una determinada calidad jurídica, como ser propietario, arrendatario, usufructuario, esto es, el poseedor con título es poseedor con derecho y el poseedor sin título es poseedor sin derecho.

Hay opiniones —como la de Torres⁽⁴⁰⁹⁾— que consideran que si la posesión se sustenta en un título nulo (posesión ilegítima) el poseedor no puede ser demandado a través del desalojo, como ocupante precario, sino que se le demandará acumulativamente la nulidad o anulabilidad del título y la reivindicación del bien. Así, el que posee un predio sobre la base de un contrato de compraventa nulo puede ser demandado para que se declare la nulidad del acto jurídico de compraventa y para que restituya el bien a su titular (el demandante). Esta diferencia entre posesión ilegítima y posesión precaria aparece en los artículos 906 y 911 del Código Civil.

Hay que distinguir la posesión ilegítima de la precaria. En el primer caso, existe un título pero adolece de vicios, de forma o de fondo, que conlleva la nulidad o anulabilidad, en cambio en la posesión precaria nunca existió título alguno o el que se tenía ha fenecido; esto lleva a diferenciar que no es lo mismo posesión ilegítima de posesión precaria.

Ahora bien, el poseedor ilegítimo puede ser de buena o mala fe, tiene título pero inválido por defectos formales o de fondo, en cambio, precario es quien no acredita tener título para poseer un bien o cuando el que tenía ha fenecido; sin embargo, hay otros autores, como Avendaño, que identifican a la posesión precaria con posesión ilegítima. Lama More⁽⁴¹⁰⁾ también considera que el concepto actual de precario debe hacerle extensivo al que posee con título manifiestamente inválido; considera que la posesión ilegítima debe entenderse como aquella que se ejerce sin título alguno, por ser esta contraria al Derecho; que la posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima y que no debe ser considerado precario al poseedor ilegítimo que posee en virtud de un título cuya invalidez no sea evidente o resulte oponible al propietario.

(409) TORRES, Anibal. "La posesión precaria", en: *Revista Jurídica del Perú*, año LV, N° 62, mayo-junio de 2005, pp. 12.

(410) Ver en el Proyecto de Ley N° 538/2006-CR de fecha 20 de octubre de 2006.

Mediante la Casación N° 1437-99-Lima, publicada en *El Peruano* el 26 de diciembre de 1999, p. 407, se señala que "una de las clasificaciones de la posesión considera a esta como legítima o ilegítima, siendo la primera la que se conforma con el Derecho, mientras que la ilegítima es la contraria a Derecho; siendo la posesión de buena fe y la posesión de mala fe una subclasificación de la posesión ilegítima. El artículo 906 del CC establece que la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título, de donde se podría pensar que la ilegitimidad en la posesión solo estaría dada por la existencia de un título viciado; es decir que adolece de una causal de nulidad o anulabilidad, sin embargo, la ilegitimidad en la posesión también se presenta cuando esta se basa en un título en el que el transfiriente carece de legitimidad para ello. En este caso el defecto es de fondo, lo que nos conduce a admitir como causal de ilegitimidad de la posesión no solo el vicio formal que pudiese invalidar el título del adquirente, sino también su falta de derecho a la posesión; sin embargo, ambos supuestos parten de la existencia de un título, que por presentar defectos de forma o de fondo convierten a la posesión en ilegítima; debiendo entenderse como título al acto jurídico en virtud del cual se invoca una determinada calidad jurídica, es decir, hace referencia a la relación jurídica existente".

4. La norma hace referencia a los sujetos emplazados, sin embargo, también se puede recurrir a la citación (no emplazamiento) del garante con la demanda. El objetivo es notificarle de la acción por las repercusiones que va a tener a futuro para este. Si bien el garante termina con su obligación al vencer el contrato o al momento de la devolución del inmueble, por vencimiento de contrato se entienden también todos los efectos que deriven del mismo, esto quiere decir que el garante continúa obligado al pago de daños y perjuicios o de los alquileres que quedaron sin abonar, más allá de la finalización del contrato.

Un problema que se presenta en este tipo de contrataciones es la vigencia de la garantía. Si bien quien la otorgó lo hizo en atención a un plazo determinado en el contrato, lo que se busca es prolongar la garantía a los contratos ya vencidos. A pesar de que el artículo 1700 del CC precise que no se trata de una renovación del contrato, sino de una continuación del mismo, la idea es que los garantes deben desligarse de cualquier renovación del contrato hecha sin su aprobación. En ese escenario, algunas opiniones sostienen que una vez vencido el contrato, si el inquilino no se va y el propietario no se preocupa demasiado por desalojarlo porque sabe que tiene el garante para hacerse cargo, este último puede ponerle un freno a ambos, a través de una carta notarial, al final del contrato, intimándolo a hacer desalojar al inquilino, si es que se nota que no está muy apurado en retirarlo, bajo apercibimiento de quedar exonerado por su falta de acción. En cambio, si el inquilino se resiste a dejar el inmueble contra la voluntad del propietario, el garante entonces no queda liberado de su responsabilidad.



JURISPRUDENCIA

La doctrina vigente precisa que la legitimatio ad causam es un presupuesto sustancial, es decir, un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, pues contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés perseguido en el juicio. De lo antes expuesto, se llega a la conclusión de que evidentemente la actora si ostenta legitimidad para obrar en este juicio, pues, al resultar la propietaria del bien sub litis está facultada por el artículo 586 del Código Procesal Civil a incoar la presente acción. (...) en el desarrollo del proceso la parte demandada cuestionó la legitimidad activa de la actora y dicho medio de defensa fue desestimado por infundado en la audiencia única. Consiguientemente, no resulta viable que se ponga nuevamente en debate, a través del recurso extraordinario de casación, el cumplimiento del indicado requisito de la acción (Cas. N° 5123-2007-Lima, 03/03/2008).

La litisconsorte necesaria expone que es propietaria del departamento en controversia, lo que demostraría con la declaración jurada de autoavalúo que está a su nombre. Al respecto, en la contestación de la demanda, la recurrente esgrime que la propiedad del inmueble en controversia la ha adquirido por prescripción adquisitiva de dominio; no obstante, durante el decurso del proceso no lo ha acreditado. En consecuencia, al no contar la recurrente con título de propiedad se configura la posesión precaria (Cas. N° 5571-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 01/04/2008).

La demandante pretende el desalojo del inmueble situado en el Jirón Azángaro número 228, departamento 12 en el Cercado de Lima. La demandada aduce que la actora no cumplió con subsanar la demanda, pues expresa que no adjuntó la copia literal de dominio del bien en controversia; y que ella es la propietaria del inmueble sub litis, según la declaración jurada de autoavalúo que ha ofrecido en su contestación de la demanda. La actora al subsanar su demanda recauda el certificado registral inmobiliario, de que acredita la propiedad, entre otros, del Jirón Azángaro número 228. Este certificado registral se ha expedido al amparo del Decreto Supremo número 35-94-JUS, que es un documento público expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos, en el cual se certifica el nombre del propietario del inmueble y los gravámenes que existen sobre este. En tal sentido, el certificado registral inmobiliario acredita la propiedad del inmueble en controversia. La fórmula pars in toto est, esto es que la parte forma parte del todo, implica que el dueño de un área total, también lo es de una parte de ella (Cas. N° 5571-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 01/04/2008).

Si en la contestación de la demanda, la recurrente esgrime que la propiedad del inmueble en controversia la ha adquirido por prescripción adquisitiva de dominio; no obstante, durante el decurso del proceso no lo ha acreditado. En consecuencia, al no contar la recurrente con título de propiedad se configura la posesión precaria. Finalmente se precisa que en la Casación N° 2725-2005, del 10 de abril del 2006, publicada en El Peruano el 31 de agosto del 2006, este Supremo Tribunal ha establecido que el desalojo por ocupación precaria no es una acción real, ni es una acción reivindicatoria simplificada: es ciertamente una acción posesoria y de naturaleza personal. No está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión y por eso corresponde, además del propietario, a quien considere tener derecho a la restitución. En esta acción no se discute la propiedad de un bien, tan solo el derecho a poseer (Cas N° 5571-2007-Lima, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 01/04/2008).

El desalojo por ocupación precaria no es una acción real, ni es una acción reivindicatoria simplificada: es ciertamente una acción posesoria y de naturaleza personal. No está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión y por eso corresponde, además del propietario, a quien considere tener derecho a la restitución. En esta acción no se discute

la propiedad de un bien, tan solo el derecho a poseer (Cas. N° 2725-2005-Lima, del 10 de abril 2006, publicado en El Peruano el 31/08/2006, p. 17030).

Los contratos no son lo que las partes denominen sino lo que el negocio jurídico contiene. Aunque existe semejanza entre el arrendamiento y el usufructo no son figuras idénticas, pues en el arrendamiento una persona transfiere el uso de un bien a cambio de una renta el usufructo es un derecho real, temporal de usar y disfrutar los bienes ajenos.

En tal sentido, puede demandar la restitución del predio, todo aquel que considere tener derecho a la restitución (Exp. N° 30782-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 491).

Habiendo fallecido el arrendador, el contrato no se extingue sino que sigue surtiendo efectos entre los herederos del arrendador con la arrendataria, pues la muerte de aquel no está prevista como causal de resolución ni conclusión del arrendamiento (Exp. N° 98-45782, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 243).

Debe ampararse la demanda si se ha resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa del inmueble cuya desocupación se solicita, pues la demandada no cuenta con justo título que ampare su posesión, la que deviene en precaria (Exp. N° 49345-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 155).

Si a la demandada se le permitió quedar en el inmueble por el grado de familiaridad, tal como lo expresa la demandante, ello configura un derecho de uso y habitación, establecido por la propia actora a favor de los demandados, el mismo que carece de plazo determinado por no haberse fijado.

No se presenta la ocupación precaria, pues existe un derecho de uso y habitación, el cual constituye el título de la demanda (Exp. N° 40569-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 157).

Habiendo demostrado el demandado, mediante minuta de fecha cierta, haber adquirido la propiedad del bien; y habiendo celebrado este contrato de arrendamiento con terceros, los mismos que ocupan el bien, esa situación impide considerarles como poseedores precarios, toda vez que se encuentran premunidos de un título otorgado por quien se atribuye calidad de propietario (Exp. N° 17216-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 158).

En el desalojo por ocupación precaria el propietario debe tener el dominio sobre el bien de litis, debiendo el demandado por su parte acreditar si tiene título que ampare su posesión.

Si bien se acredita que el anterior propietario tenía con los demandados la relación de arrendamiento, los nuevos propietarios requirieron la desocupación del predio, lo que implica un aviso extrajudicial que pone término a la relación de arrendamiento existente; siendo así, el título de arrendamiento ha fenecido encontrándose los demandados en calidad de precarios (Exp. N° 1565-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 161).

Si no se ha acreditado que exista obligación de los copropietarios a respetar el contrato de arrendamiento posterior al fallecimiento de la primigenia propietaria, celebrado con el padre del demandado también fallecido; por tanto el demandado no tiene título que justifique su posesión sobre el inmueble de litis, se encuentra incurso en el artículo 911 del CC (Exp. N° 11538-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 153).

Debe ampararse la desocupación por precario si la demandante demuestra tener inscrito su derecho de propiedad, pues, el contenido de la inscripción se presume cierto y produce sus efectos mientras no se declare judicialmente su invalidez (Exp. N° 9448-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 154).

Si la demandada es hija de la arrendataria fallecida, es heredera forzosa de esta, por tanto, no es ocupante precaria pues se ha producido la continuación del arrendamiento, por aplicación, contrario sensu del inciso 5 del artículo 1705 del Código Civil (Exp. N° 40949-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 149).

Los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Si no se ha desvirtuado la condición de inquilino que tenía el causante, se produce la continuación del arrendamiento para su heredera forzosa (Exp. N° 40945-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 509-510).

El desalojo es una acción posesoria que no requiere de la demandante título de propiedad del predio, pues, el artículo 586 del Código Procesal Civil faculta a demandar a todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio.

El depósito judicial al Banco de la Nación a nombre del juzgado no tiene efecto alguno, ni acredita el pago de la renta, porque estuvo en poder de la demandada (Exp. N° 35383-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 504-505).

Resulta irrelevante para el desalojo, el requerimiento extrajudicial de restitución del bien y pago de la renta, pues, el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas (Exp. N° 45421-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 505-506).

Procede el desalojo por precario, mientras no exista sentencia firme que invalide el derecho de propiedad de la demandante, pues, se presume cierto y produce todos sus efectos el contenido de la inscripción registral, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

No corresponde al colegiado por razón de la materia en controversia ameritar las relaciones personales del cónyuge de la emplazada con la demandante (Exp. N° 24559-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 161-162).

Para amparar el desalojo por ocupante precario, el actor debe acreditar el dominio sobre el bien cuya restitución pretende, debiendo por su parte el demandado acreditar con qué título ampara la posesión que ejerce sobre el mismo.

El argumento que la demandada ocupa el bien en mérito al contrato de arrendamiento suscrito por su madre con los anteriores propietarios, no surte efectos frente al nuevo propietario por no estar inscrito, a tenor del artículo 1708 del Código Civil (Exp. N° 36058-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 153-155).

Cuando hay varios herederos, cada uno es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.

Si bien cada propietario tiene derecho a servirse del bien común, sin alterar su destino ni perjudicar el interés de los demás, sin embargo, si un codueño hace uso exclusivo del

mismo, los demás están facultados para ejercitar la acción indemnizatoria o realizar las acciones para hacer cesar la indivisión del bien, empero no resulta procedente el desalojo por ocupante precario (Exp. N° 28502-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 157-158).

Es infundada la demanda que pretende el pago por los frutos dejados de recibir, por la posesión que habrían venido detentando los demandados como ocupantes precarios del inmueble. El pago que se pretende se equipara en realidad a la renta dejada de percibir, lo que no guarda correspondencia con el concepto de frutos.

Frutos civiles son los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica (Exp. N° 141-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 151-152).

La norma contenida en el inciso 2 del artículo 1708 del CC es de carácter permisivo. Sus efectos surte, en caso que el adquirente así lo manifieste; pero, si este decide no continuar con el contrato de arrendamiento, se dará por concluido. El título que amparaba la posesión del demandado carece de eficacia frente al nuevo propietario (Exp. N° N-1303-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 478).

Si la demandante es la única propietaria del bien materia de desalojo, el contrato de arrendamiento celebrado con persona distinta de la demandante, no es oponible a esta, porque los contratos solo surten efecto entre las personas que lo han celebrado.

No resulta aplicable el artículo 1708 del CC por no estar inscrito el arrendamiento y porque no hay prueba alguna que evidencie que la demandante ha asumido la obligación de respetar dicho arrendamiento (Exp. N° N-1317-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 482).

Si el accionante es propietario del 70% de los derechos y acciones del inmueble de litis y la empresa demandada acredita ser propietaria del 30%, para plantear la pretensión de desalojo debe determinarse con precisión el bien o porción del bien a desocuparse. Como se busca la desocupación total del inmueble, se concluye que existe incertidumbre respecto a si dichos ambientes que ocupa el demandado, constituyen o no el setenta por ciento del predio (Exp. N° 53641-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 467-468).

Si el actor ha probado ser propietario del lote de terreno pero no de la fábrica existente sobre dicho terreno, no tiene legitimidad activa en el proceso. Dicha probanza es fundamental, pues, solo así el actor está habilitado para pedir la restitución de lo edificado (Exp. N° 453-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 469).

Al no acreditar la parte demandada, encontrarse al día en el pago de la renta convenida, resulta de amparo la pretensión de desalojo por falta de pago.

Si el demandado señala su condición de casado, es su obligación acreditar su estado civil, demostrar que su cónyuge se encuentre ocupando el bien y que haya formulado denuncia civil en el estadio respectivo, para poder amparar su derecho (Exp. N° 859-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 470).

Si bien la demandante no ha llegado a demostrar en forma convincente que el bien submateria sea propio, también es cierto que el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges, no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro. Debe ampararse

la pretensión de desalojo por ocupante precario, si la demandante en su calidad de cónyuge no asiente que los hijos de su marido continúen viviendo en la casa conyugal, mal se le podría obligar a actuar en contra de su voluntad (Exp. N° 211-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 471-472).

Cuando el arrendador pide la devolución del bien, una vez vencido el plazo del contrato, cursando el aviso de conclusión del arrendamiento, ya no cabe hablar de continuación del arrendamiento sino de fenecimiento del título del arrendatario, quien sin justificación alguna se niega a devolver el bien.

Es lógico y justo que el mal arrendatario pague la penalidad convenida o una prestación igual a la renta del periodo precedente, pues, se está usando sin autorización ni título el bien que se reclama (Exp. N° 152-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 473).

Si bien el demandado pretende justificar su posesión en el predio, bajo el argumento de la existencia de un contrato de arrendamiento celebrado con la copropietaria del predio, también es cierto que el copropietario del bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Si lo hace el arrendamiento es válido siempre y cuando los demás copropietarios lo ratifiquen expresa o tácitamente (Exp. N° 673-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 474-475).

Debe ampararse la demanda de desalojo si el demandado no acredita que el derecho de propiedad que tiene el accionante ha sido declarado judicialmente ineficaz; en tanto la inscripción de la propiedad en los registros de la propiedad inmueble, surte sus efectos.

Si se enajena el predio, los adquirentes solo respetarán el arrendamiento existente entre los ocupantes y los transfirientes, cuando dicho contrato esté inscrito o cuando se haya obligado a ello (Exp. N° 540-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 251-252).

Si el demandado recibió el inmueble para que lo ocupe en su calidad de guardián del edificio, ese derecho se extingue al dar por terminado el vínculo laboral, pues, el título que tenía el emplazado para ocupar el bien, ha fenecido (Exp. N° 2-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 148).

Con el desalojo se busca recuperar la posesión cedida. No puede hablarse de posesión precaria si en la diligencia preparatoria, no cuestionada ni objetada por la demandante, se ha acreditado que se estaría reclamando la posesión a quien también tendría la calidad de propietario. En este tipo de procesos no puede discutirse ni deliberarse sobre el derecho de propiedad (Exp. N° N-690-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 149-150).

Si el contrato de compraventa ha quedado resuelto, el título que tenía la demandada para poseer legítimamente el predio materia de desalojo, ha fenecido convirtiéndose en poseedora precaria (Exp. N° 433-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 151).

Si bien la compraventa es consensual y su inscripción no es un acto constitutivo del derecho que emana de dicho contrato, sin embargo, no se encuentra acreditado que el accionante cuente con prueba idónea que lo acredite como titular del predio, para poder amparar el desalojo por ocupante precario, más aún si se tiene en cuenta el tracto sucesivo según la partida registral (Exp. N° 503-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 152).

Debe desestimarse la demanda si el emplazado ha accedido a la posesión del predio en calidad de socio de la asociación demandante y no ha perdido dicha condición para que pueda producirse de pleno derecho la pérdida de su título posesorio (Exp. N° 739-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 153).

Si el demandado posee el bien inmueble en su condición de trabajador de la demandante, al haber cesado tal condición, la razón que justifica su posesión ha desaparecido, encontrándose bajo los alcances del artículo 911 del CC (Exp. N° 123-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 154).

No obstante que la demandada ha acreditado haber mantenido vínculo contractual con la arrendataria en relación al inmueble que ocupa; también es que tal relación no genera vínculos con el actual propietario, a quien no abona renta alguna por concepto de alquileres, ni menos acredita la existencia de título o contrato que los involucre, pese a conocer su calidad de propietario del predio (Exp. N° N-939-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 155-157).

Si el demandado ha poseído el inmueble con la facultad que le confería el título de propiedad y si dicho título ha cesado, con los resultados del posterior proceso de retracto, debe ampararse la demanda por ocupante precario en aplicación del artículo 911 del Código Civil (Exp. N° 1305-93-Ayacucho, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 584-585).

Aun cuando la actora no haya probado en forma fehaciente que la parte del bien que ocupan los emplazados sean precisamente la que es objeto del desahucio por ocupante precario, ello no impide que en aplicación de lo previsto por el artículo 979 del Código Civil la demandante inicie acciones posesorias para recobrar el bien, máxime que la parte demandada no ha cuestionado la calidad de propietario del accionante sobre el del inmueble de litis (Exp. N° 188-92-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 589-590).

Es requisito indispensable para el desahucio por ocupación precaria que el demandante acredite plenamente ser propietario del inmueble sublitis. La sola minuta de compra-venta y la del préstamo hipotecario no elevada a escritura pública no acredita plenamente la propiedad de la demandante máxime si no existe prueba de haber entregado el monto del préstamo hipotecario a la vendedora (Exp. N° 45-96-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 588-589).

Si bien el contrato de arrendamiento para que surta eficacia no requiere de formalidad alguna, sin embargo, es necesario que se demuestre su existencia a través de los medios probatorios pertinentes, a efecto de hacer valer las consecuencias que de este deriven (Exp. N° 58891-97; Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 222).

(...) No puede denegarse el derecho de un propietario con derecho protegido por el Estado y la ley de ejercer la posesión inmediata del bien, bajo el argumento de existir conflicto de propiedad sobre él, porque las presunciones de conocimiento de las inscripciones y de certidumbre de su contenido, previstas en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Civil, hacen que aquel no tenga sino que probar en el proceso como el que se tiene a la vista (Desalojo) la propiedad del inmueble y que el emplazado lo haga respecto al título que respalda su posesión o en todo caso a un derecho de igual o similar categoría que el opuesto (...) (Exp. N° 99-96, Segunda Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 504-505).

La acción y la contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio.

Si el juez ha fijado como único punto controvertido el determinar la ocupación precaria de la demandada; resulta obvio que las testimoniales ofrecidas por la demandada, deberán tratar sobre el punto o hecho controvertido fijado por el juez, aunque no se haya especificado el hecho controvertido respecto del cual deberán declarar (Exp. N° 774-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 278-280).

La enajenación de un bien arrendado origina los efectos del artículo 1708 del Código Civil mas no convierte en precario a un poseedor con título vigente (Exp. N° 342-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 125-127).

Siendo el demandado, hijo de los titulares del contrato de locación-conducción, al fallecimiento de uno de los titulares, dicho convenio continua para con él en su calidad de heredero, según el artículo 1710 del Código Civil.

A la codemandada en su condición de cónyuge del emplazado en mención, también le alcanza la eficacia del acuerdo (Exp. N° 343-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 123-124).

No se configura la posesión precaria, si la demandante ha autorizado el derecho de uso y habitación a favor de los demandados y sin plazo determinado. Existe posesión precaria cuando se trata de una posesión sin derecho o mala fe (Exp. N° 1179-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 152).

El concepto de uso precario a que se refiere el artículo 586 del CPC es quien ocupa sin título, sin consentimiento del dueño y sin pagar merced conductiva.

Es infundada la demanda si la demandante accedió voluntariamente a que los emplazados viviesen en el inmueble materia de desalojo (Exp. N° 65010-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 157-158).

El derecho de uso y habitación sin plazo determinado, constituye el título del demandado para no hacer viable la demanda de ocupación precaria (Exp. N° 13430-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 174-176).

Si bien los recibos de pago de la renta acreditan que la arrendataria ha continuado ocupando el bien con posterioridad a la fecha de vencimiento del contrato, estos no acreditan la existencia de un pacto de renovación, por el contrario, se aprecia que la demandada ha continuado con el arrendamiento bajo las mismas estipulaciones, conforme al artículo 1700 del CC (Exp. N° 28946-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 223).

Habiéndose por Ley prorrogado la vigencia de los contratos de arrendamiento, no puede exigirse obligaciones indemnizatorias por supuesta permanencia indebida del arrendatario, no obstante de haberse pactado el pago adicional por cada día que medie entre el vencimiento del contrato y la desocupación de este (Exp. N° 1689-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 61-63).

Quien tiene un derecho pre-establecido sobre el bien, no tiene la condición de precario (Exp. N° 1768-94, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 334-335).

Existiendo un contrato donde se origina el derecho de los demandados y habiendo estos pagado el correspondiente impuesto de alcabala, no tienen la condición de precarios (Exp. N° 603-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 336-337).

No procede amparar una acción por ocupación precaria si el actor ha limitado su accionar en contra de una persona que no ocupa el inmueble y que más aún no ha probado que existe (Exp. N° 235-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 80-81).

El hecho de haberse disuelto el vínculo matrimonial entre la demandada y su cónyuge no implica legalmente que la demandada se desvincule del contrato de arrendamiento, máxime si en la actualidad continua conduciéndolo y pagando la merced conductiva (Exp. N° 1247-95, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 124-125).

La enajenación de un bien arrendado origina los efectos del artículo 1708 del Código Civil mas no convierte en precario a un poseedor con título vigente (Exp. N° 342-96, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 125-127).

No pueden las partes en un proceso de desalojo, discutir cuestiones relativas al mejor derecho que le asiste a las partes sobre el predio (Exp. N° 507-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 326-327).

Si el demandante entregó voluntariamente el inmueble de litis a los demandados, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.

La causa que dio origen a la posesión de los demandados es lícita, porque responde al apoyo familiar que les brindaron sus padres y suegros, respectivamente, hecho que no está impedido por la Ley (Exp. N° 1089-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 331-332).

Deviene en improcedente la pretensión de la actora que no acredita el derecho de propiedad sobre el inmueble cuyo desalojo pretende (Exp. N° 231-NC-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 335-336).

Si el demandante entregó voluntariamente a los demandados el predio, resulta forzada la calificación de ocupantes precarios.

La relación sustantiva del dueño del inmueble de litis, es la de un propietario no poseedor frente a un poseedor no propietario, cuya situación jurídica se resuelve mediante la acción reivindicatoria (Exp. N° 591-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 337-339).

No procede amparar la demanda de desalojo si la demandante acompaña el contrato de compraventa del predio de litis y no así la escritura de transferencia debidamente inscrita.

La exigencia de escritura pública constituye garantía para el derecho de tercero (Exp. N° 498-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 341-342).

Si no se advierte inscripción a nombre del causante como de su ascendiente ni mucho menos de la Sociedad de Beneficencia Pública, carece la accionante de legitimidad que la autorice para reclamar el predio.

En los procesos de desalojo por ocupación precaria, es requisito sine qua non acreditar la titularidad del bien (Exp. N° 1132-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 426-427).

El arrendamiento está constituido por la prestación consistente en ceder el uso de un bien y como contraprestación el pago de cierta renta convenida.

Hallándose el demandado en uso del bien, debe cumplir con su contraprestación. En todo caso, consignar la renta a efectos de exigir el recibo con las formalidades tributarias (Exp. N° 621-97, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 214).

Debe ordenarse la desocupación del inmueble si la demandada no ha acreditado el pago de la renta por los meses cuya mora se le imputa en la demanda (Exp. N° N-264-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 458).

Mientras no se declare judicialmente resuelto el contrato de compra-venta, celebrado con el demandado, no se puede considerar a este ocupante precario del inmueble (Exp. N° 1354-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 65-67).

La garantía, dejada al momento de firmar el contrato de arrendamiento para cumplir con las obligaciones del contrato, no puede aplicarse al pago del canon arrendaticio, ya que su finalidad no es esa (Exp. N° 1326-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 95-96).

(...) Al no cumplirse el presupuesto inicial señalado (acreditación del derecho de propiedad del accionante en el desalojo por ocupación precaria), a fin de ejercitar el derecho reclamado, no resulta necesario calificar la condición de precariedad de los demandados (...) (Cas. N° 119-96-Huaura, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 516-517).

(...) El demandado ocupa el predio en base a un título idóneo, cuyo mérito no puede ser discutido en un procedimiento sumarísimo como el de autos (de desalojo por ocupación precaria) (...) (Cas. N° 3310-99-Piura, Sala Civil Transitoria, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 518-519).

La legitimidad para obrar de quien pretende el pago de la renta derivado de un contrato de arrendamiento requiere no solo ser el arrendador, sino también tener como tal la calidad de propietario, o por lo menos estar facultado por el propietario para arrendar el bien materia de la propiedad.

No habiéndose acreditado que el actor tuvo autorización para arrendar el bien a favor del ejecutado, carece de legitimidad para obrar al plantear la demanda. (Exp. N° 262-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 510-511).

Los herederos del arrendatario pueden continuar usando el bien, sustituyéndose en las condiciones del contrato. Estos arrendatarios no tienen la condición de ocupantes precarios (Exp. N° 65-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 465-466).

La ocupación precaria está determinada por el hecho de ejercer la posesión del bien sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido; empero no puede ser considerado precario el que prueba haber contribuido con dinero a la adquisición del inmueble, toda vez que existe una expectativa de propiedad (Exp. N° 332-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 467).

Para otorgar tutela jurisdiccional en los procesos de desalojo por ocupante precario, resulta intrascendente conocer la forma como asumió la posesión, siendo más bien de importancia el análisis del título actual con el que viene poseyendo (Exp. N° 598-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 468).

Corresponde al demandado que ocupa el predio acreditar que la posesión que ostenta se ampara en un título justificativo; en tanto que el demandante, debe demostrar que le asiste el derecho a solicitar la devolución del bien.

El contrato de arrendamiento no puede ser opuesto al adquirente que no asumió la obligación de respetarlo, máxime que no existe obligación legal de hacerlo por no encontrarse inscrito dicho acuerdo (Exp. N° 1409-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 151).

Existiendo un contrato de arrendamiento de duración indefinida, respecto al inmueble materia de desalojo, celebrado por el demandante con el padre de los demandados, a la muerte de este, se ha producido la continuación del arrendamiento para con los sucesores en aplicación del artículo 1705 del CC (Exp. N° 06-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 155-156).

Si bien los recibos de pago de la renta acreditan que la arrendataria ha continuado ocupando el bien con posterioridad a la fecha de vencimiento del contrato, estos no acreditan la existencia de un pacto de renovación, por el contrario, se aprecia que la demandada ha continuado con el arrendamiento bajo las mismas estipulaciones, conforme al artículo 1700 del CC (Exp. N° 28946-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 223).

Si no se advierte inscripción a nombre del causante como de su ascendiente ni mucho menos de la Sociedad de Beneficencia Pública, carece la accionante de legitimidad que la autorice para reclamar el predio.

En los procesos de desalojo por ocupación precaria, es requisito sine qua non acreditar la titularidad del bien (Exp. N° 1132-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 426-427).

No se considera como título posesorio el contrato de arrendamiento presentado por la demandada, si no demuestra la arrendadora haber tenido la calidad de tal.

El demandante, como nuevo propietario, no está obligado a respetar el referido contrato por no haber asumido dicha obligación, así como por no encontrarse inscrito, por lo que en virtud del artículo 1708 del C.C. puede darlo por concluido (Exp. N° 1591-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 477).

(...) El accionante (en el proceso de desalojo por ocupación precaria) debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien, tal como lo establece el artículo quinientos ochentiséis del Código Procesal Civil; y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien materia de controversia, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título" (Cas. N° 1781-99-Callao, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguéz, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 513-514).

No tiene la condición de arrendatario, el hermano de la titular, no obstante consignar la renta judicialmente a la muerte de esta (Exp. N° 1066-94, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 44-46).

No tiene la condición de ocupante precario la emplazada que adquiere el inmueble de litis por compraventa, no obstante su condición de inquilina (Exp. N° 1666-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp.46-47).

La titularidad que alega el actor no está suficientemente probada pues según la copia literal de dominio, se le asigna la propiedad del inmueble por testamento, siendo necesario que presente el actor el título supletorio o el testamento protocolizado ante el Notario (Exp. N° 1185-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 96-97).

Procede el desalojo de los demandados que no han acreditado fehacientemente guardar parentesco alguno o tener vocación hereditaria respecto de quien figura como inquilina en los recibos que acompañan, así como haber cumplido con el pago puntual de la renta, por el predio de litis (Exp. N° 656-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 328-329).

El concepto jurídico de ocupante precario a que se refiere el artículo 911 del Código Civil es la del uso del bien sin título ni vínculo contractual alguno con el propietario sin pagar renta (Exp. N° 697-95-Huánuco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 592-593).

En el proceso de desalojo por ocupante precario, el poseedor tiene la carga de la prueba de la existencia de un título que justifique su posesión (Cas. N° 1299-99-Lima, El Peruano, 09/11/99, p. 3894).

Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno sobre el cual se ha edificado cuando quien solicita el desalojo no tiene título de lo construido y los demandados sean dueños de lo edificado, pues no se puede ordenar la desocupación solo del lote prescindiendo de lo construido. La interpretación correcta de la posesión precaria es que el supuesto precario no deba tener título alguno, ni del terreno ni de la construcción, mientras que el propietario debe serlo tanto del terreno como de la construcción (Cas. N° 1780-99-Callao, El Peruano, 18/12/99, p. 4339).

Si los medios probatorios solo certifican un proceso de transferencia de propiedad en trámite y ni ratifican la existencia de un título de propiedad idóneo ni que el ocupante en el proceso de desalojo sea precario, de ningún modo podrán dichos medios de prueba cambiar el sentido de las sentencias expedidas a favor del presunto ocupante precario (Cas. N° 167-98-Callao, El Peruano, 21/11/98, p. 2077).

Tratándose de una acción de desalojo por ocupante precario, el accionante debe probar fehacientemente su condición de propietario del inmueble de litis.

No obstante la Sala ha observado que la documentación es insuficiente para identificar debidamente la propiedad, dicha observación no ha sido subsanada por la actora, por lo que en aplicación del artículo 196 del Código Procesal Civil debe declararse improcedente la demanda (Exp. N° 220-96, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 323-325).

Debe desestimarse la acción que bajo la invocación del artículo 1704 del CC. no prueba la existencia de un contrato de arrendamiento, para reclamar el desalojo máxime si es propietario, a quien se le atribuye maliciosamente la condición de inquilino (Exp. N° 331-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 340-341).

No cabe discutir en una acción de desahucio por ocupación precaria el derecho de propiedad que recíprocamente invocan las partes, menos pronunciarse acerca de quien le asiste el mejor derecho de propiedad.

Tratándose del derecho de propiedad no es admisible la coexistencia de las personas titulares del derecho real de propiedad (Exp. N° 86-95-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 586-588).

La acción posesoria que promueve el propietario basado en su calidad de dueño del bien, mediante el proceso de desalojo por ocupación precaria, no prescribe porque no se trata únicamente de discutir el mejor derecho a la posesión, sino que esta desde la perspectiva del demandante se deriva de su derecho de propiedad. Sostener lo contrario sería no dar una respuesta eficaz al justiciable, quien tendría que ejercitar una acción reivindicatoria, la misma que al igual que la acción de desalojo por ocupación precaria que inicia el propietario, tiene idéntica finalidad, esto es, obtener la restitución del bien del que ha sido privado su dueño. Ambas acciones se diferencian en que la acción reivindicatoria únicamente puede ser promovida por el propietario y la acción posesoria puede serlo por todo aquel que tenga un título posesorio incluyendo por tanto al propietario (Exp. N° 796-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 159).

Al haberse comprometido las partes a celebrar un contrato de compraventa sobre el bien cuya restitución se pretende, este ha caducado al año de su celebración, fecha desde la cual se ha extinguido todo vínculo contractual entre las partes. Al haber fenecido de ese modo el título que legitimaba la posesión de los demandados y que precisamente diera lugar a la entrega del inmueble a los demandados en atención al principio de la buena fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos debe ampararse el desalojo por ocupante precario. Los contratos preparatorios son aquellos que por voluntad de las partes, preceden a la celebración de un contrato y tienen por finalidad asegurar los sujetos así como las condiciones bajo las cuales ha de celebrarse el contrato definitivo (Exp. N° 719-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 173).

En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial. Si las partes pactaron que el contrato de arrendamiento quedará resuelto con la sola comunicación notarial que la demandante curse a la demandada; resuelto el contrato de arrendamiento de dicha manera, la demandada perdió el título que tenía para poseer el inmueble legalmente, por lo tanto resulta ocupante precaria porque el título que tenía ha fenecido (Exp. N° 1178-2002, Sexta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 174).

No procede amparar el desalojo por ocupante precario si la parte demandada ha acreditado haber celebrado contrato de arrendamiento con el anterior propietario del bien, más aún si dicho documento no ha sido materia de tacha por el accionante. En esta pretensión no está en discusión la propiedad del bien materia de litis, sino la posesión que detenta la parte demandada (Exp. N° 1645-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 176).

El contrato de adjudicación de un lote de terreno no puede asimilarse a uno de compraventa. Si el título que justifica la posesión de un lote adjudicado resulta ser la calidad de socio de la cooperativa, la exclusión de la misma por incumplir con pagar las cuotas ordinarias y extraordinarias produce como lógica consecuencia el fenecimiento del título de posesión, deviniendo la posesión en precaria (Exp. N° 937-02, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 180).

Si los demandantes no han probado fehacientemente que el derecho de propiedad con relación a la fábrica edificada en el terreno materia de litis les corresponde, deviene en improcedente la demanda (Exp. N° 21182-98, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 181).

Para amparar la pretensión de ocupante precario es necesario que el actor acredite plenamente ser titular del dominio del bien inmueble cuya desocupación se solicita, se acredite la ausencia de una relación contractual de arrendamiento entre el demandante y la demandada; y la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien, por parte de la emplazada (Exp. N° 33592-99, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 183).

No procede amparar la demanda de desalojo por ocupante precario si la demandada refiere que la totalidad de las construcciones del inmueble se realizaron dentro de la unión convivencial y posterior matrimonio con el demandado. Si bien no ha demostrado que las construcciones sobre el lote de terreno adquirido por el actor han sido efectuadas durante el régimen de la sociedad de gananciales, estas se presumen sociales, salvo prueba en contrario. La posesión precaria no solo se determina por la falta de título o fenecimiento del mismo, sino que además para ello deberá darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien (Exp. N° 40734-98, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 186).

Si el emplazado alega que se encuentra ocupando el inmueble con justo título por haber suscrito con la cónyuge del demandante la cesión del uso gratuito del bien, el mismo que no ha sido materia de tacha por el actor, no debe ampararse la demanda por ocupante precario. El acto de ceder la posesión de un inmueble, no resulta ser uno de disposición sino de administración y conservación, por lo que ante tal situación, la sociedad puede ser representada por cualquier de los cónyuges. El hecho que el actor se encuentre en proceso de divorcio con su cónyuge no le impide a esta última realizar actos de administración y conservación sobre los bienes de la sociedad (Exp. N° 565-02, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 297).

Si bien el demandado ingresó al predio por convenio expreso con el actor, comprometiéndose a abonar solo los consumos de telefonía, luz, agua y mantenimiento del predio, por cuanto ambos iban a realizar un negocio, dichos hechos configuran un derecho de uso y habitación, no dándose los presupuestos contenidos en el artículo 911 del Código Civil para amparar la ocupación precaria (Exp. N° 45459-98, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 298).

La legitimación en la causa o la legitimidad para obrar, consiste en ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial que lo autoriza para intervenir en el proceso como demandante o demandado respectivamente. Si bien la demandante no ha inscrito la subdivisión del bien, cuyo desalojo pretende, ello no resulta ser una exigencia para acreditar su derecho, por estar probado ser titular del dominio del inmueble materia de litis (Exp. N° 90-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 578).

Para interponer acción de desalojo no es requisito presentar copia literal –de Registros Públicos– del predio cuya restitución se pretende, por cuanto dada la naturaleza de la causalidad de la pretensión incoada, solo corresponde acreditar la propiedad del predio sub materia; más aún cuando las inscripciones registrales son actos publicitarios respecto

del derecho inscrito, por disposición del artículo 2012 del Código Civil. Tampoco se requiere como requisito para admitir la demanda, que el poder que se acompaña sea actualizado, máxime si el poder presentado por la actora, contiene las facultades previstas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil (Exp. N° 49097-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 643).

Cuando la causal de desalojo que se demanda se funda en la ocupación precaria, resulta necesario el establecimiento de dos aspectos puntuales: el título con el que recurre la parte accionante a fin de establecer la propiedad invocada y la condición de la ocupación de la parte demandada y eventualmente, la calificación del posible título con el que recurra a efectos de establecer la licitud o validez del mismo. Existe posesión precaria cuando se trata de una posesión sin derecho o de mala fe. No cabe discutir la propiedad del bien en esta clase de procesos (Exp. N° 1615-2002, Sexta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 647).

Cuando en un proceso de desalojo por ocupación precaria se perfila la necesidad –en vista de amparar la demanda– de efectuar una ponderación respecto al valor del título presentado por el demandante frente al valor de otro título presentado por el demandado, la pretensión de desalojo no resulta amparable. No procede amparar la demanda si el demandante ha acreditado tener derecho a la restitución del predio, conforme fluye del testimonio de compraventa, sin embargo, también se advierte la existencia del contrato de promesa de compraventa, en la que figura como compradora del mismo bien a la demandada (Exp. N° 40953-99 (pág. 3157), Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 648).

Si bien la demandante es titular de un lote de terreno, conforme aparece en los Registros Públicos, no procede amparar la pretensión de desalojo por precario porque no ha aportado prueba alguna que acredite su propiedad respecto de la edificación construida en dicho terreno (Exp. N° 22694-99, Sala Civil de Procesos sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 650).

No procede amparar la demanda de desalojo por ocupante precario si el demandado ha cedido de buena fe un inmueble de su propiedad para la ampliación del Hospital Nacional a cambio de recibir en permuta el que se encuentra poseyendo, propiedad de la Beneficiencia Pública. La discusión jurídica acerca del título del emplazado excede los límites del proceso sumarísimo, pues la discusión sobre su derecho deber tener las garantías probatorias necesarias (Exp. N° 973-02, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 654).

TERCERO CON TÍTULO O SIN ÉL

ARTÍCULO 587

Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien este le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso.

Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.

El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única.

Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 92, 93, 102, 103, 105, 107, 554, 555.

Comentario

1. La norma regula la posibilidad de que el actor denuncie la existencia de subarrendatarios u ocupantes ajenos a la persona a quien este le cedió la posesión, en su demanda. La denuncia no solo corresponde al actor, sino también puede operar por los propios emplazados, en atención al artículo 102 del CPC que dice: "el demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin que se le notifique del inicio del proceso".

Esto significa que en la demanda o en la contestación, las partes, sean demandantes o demandados, deben expresar si existen o no subarrendatarios u ocupantes terceros. El actor si lo ignora, podrá remitirse a lo que resulte de la diligencia de notificación (ver el artículo 587 del CPC), de la contestación a la demanda, o ambas. Véase que la determinación de terceros en el proceso constituye una carga que pesa sobre ambas partes, pero siendo el demandado quien necesariamente debe conocer la existencia de subarrendatarios u otros ocupantes, el actor puede limitar el cumplimiento de aquella información a las constancias de la diligencia de notificación del traslado de la demanda, de la contestación de esta, o de ambos actos.

El fundamento de la exigencia estriba en el hecho de que siendo la sentencia de desalojo ejecutable contra cualquier ocupante del inmueble, como señala el

artículo 593 del CPC, es razonable que todo aquel que revista esa condición sea notificado del traslado de la demanda o de la existencia del proceso a fin de que pueda hacer valer en él los derechos que estime asistirle.

2. La norma señala que en caso el demandante denuncie en su demanda, al tercero ajeno a la relación material, este será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso. Véase que se trata de una denuncia no de un emplazamiento ni de una incorporación al proceso como parte; en igual forma, si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.

La norma señala que el "tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única". No compartimos la calificación de "litisconsorcio voluntario" que se otorga al tercero en un proceso de desalojo. Como señala dicha norma "el tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única. Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107". Consideramos que debe intervenir en el proceso, pero en atención a su interés jurídico lo podríamos ubicar bajo la figura del tercero coadyuvante que regula el artículo 97 del CPC, de tal manera que si en la audiencia se advierte que este carece de título posesorio, debe operar la extromisión, figura que a tenor del artículo del 107 se orienta a separar del proceso al tercero legitimado, no a la parte, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia. Véase que el alcance de la eventual intervención de los ocupantes del inmueble se juzga con mayor rigor, en atención al título posesorio que presente el tercero.

3. Si bien el artículo 587 del CPC señala que "si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia"; sin embargo, debe precisarse que no todo tercero puede ser incorporado al proceso, por más que se encuentre en el bien. Véase el caso del servidor de la posesión, esto es, quien conserva la posesión en nombre del poseedor y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, por citar, la hija de los demandados que ocupa el bien, conservándolo por estar de viaje sus padres. Dicha situación no califica a la tercera como poseedora del inmueble de litis, para comprenderla bajo los alcances del presente artículo; tampoco está habilitada para formular el llamamiento posesorio, a que refiere el artículo 105 del CPC, pues dicho llamamiento es un deber que se imputa estrictamente a quien es demandado, para llamar o citar al legítimo poseedor para que sea integrado a la litis y como consecuencia de ello, quedar el llamante fuera del proceso. Esto es, si ha entablado la relación procesal válidamente con los arrendatarios del predio de litis, mal se podría exigir a la servidora de la posesión proceda al llamamiento posesorio, por no haber sido esta emplazada con la demanda y, por tanto, no ser

parte en el proceso. Aún más, si por algún error lo hubiere admitido, en la audiencia de ley, el juez al advertir que el tercero carece de título posesorio, aplicará lo dispuesto por el artículo 107 del CPC.



JURISPRUDENCIA

El tercer ocupante del predio, puede actuar como litisconsorte voluntario, en este caso no integra la relación procesal, pero habiéndose incorporado con la calidad de necesaria, se incorpora a la relación procesal, por lo que necesariamente debe ser incluido en el pronunciamiento jurisdiccional (Cas. N° 937-98-Lima, El Peruano, 21/12/92, p. 2271).

Quien teniendo un bien en nombre de otro; es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda. Y si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso, en cuyo caso el juez emplazará con la demanda al poseedor (Exp. N° 911-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 476-477).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única.

No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una persona como poseedor del mismo. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo la defensa de la misma al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título (Exp. N° 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única (Exp. N° 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348).

El tercer ocupante del predio puede actuar como litisconsorte voluntario, en este caso no integra la relación procesal, pero habiéndose incorporado con la calidad de necesaria, se incorpora a la relación procesal, por lo que necesariamente debe ser incluido en el pronunciamiento jurisdiccional (Cas. N° 937-98-Lima, El Peruano, 21/12/92, p. 2271).

Procede la denuncia civil de los subarrendatarios que ocupan el predio sub litis, toda vez que el resultado del mismo va a afectar sus derechos.

Si se permite la incorporación al proceso del tercero que ocupa el predio, es menester integrar a los otros ocupantes del inmueble materia de la pretensión demandada, a efecto que puedan hacer uso de su derecho a la tutela jurisdiccional (Exp. N° 44888-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 364-365).

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única.

No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una persona como poseedor del mismo. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo la defensa de la misma al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título (Exp. N° 165-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 348).

FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA

ARTÍCULO 588

Si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que solo se encuentra en relación de dependencia respecto de otro, conservando la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobre-cartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 105.

Comentario

1. La norma se vincula con el llamamiento posesorio a que refiere el artículo 105 del CPC. Parte del supuesto de una falta de legitimidad pasiva, al ser emplazado quien no tiene la condición de poseedor del predio de litis. Véase el caso del servidor de la posesión regulado en el artículo 897 del CC que dice: "(...)".

2. En el supuesto de que este servidor sea emplazado, este tiene el deber de proceder a la denuncia civil al poseedor legitimado. Este servidor debe realizar las diligencias pertinentes para colocar la pretensión del actor en condiciones viables frente al verdadero legitimado para intervenir. La exposición de motivos del Código General del Proceso Uruguayo⁽⁴¹¹⁾, al referirse al llamamiento posesorio dice: "(...) se trata de un deber de colaboración con la justicia que obliga a quien sabe por conocimiento propio que la demanda está erróneamente dirigida contra él a indicar el verdadero responsable, en virtud de la situación sustantivo que se ha planteado en el proceso (...)".

En esas circunstancias, corresponde al actor modificar su demanda (pues no hay emplazamiento válido) y dirigirla contra el denunciado, permitiéndose así la extromisión del primitivo demandado. Si el actor se opone al ingreso del denunciado, siguiendo la pretensión contra quien demandó, se expone a que la demanda sea rechazada por falta de legitimación en el demandado.

(411) Tomado de la exposición de motivos del Código General del Proceso Uruguayo, elaborado por Enrique Vescovi, Editorial Abaco, Montevideo, 1990, p. 198, citado por CARRIÓN Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Grijley, Lima, 2000, p. 315.

También tiene la posibilidad el demandado de ejercer la defensa procesal, a través de la excepción de falta de legitimidad pasiva, provocando la suspensión del proceso hasta que el demandante restablezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene.

3. Si el emplazado acredita su condición de servidor de la posesión, debe sobrecartarse el admisorio al poseedor legitimado y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación. La citación del legitimado para contradecir produce una sustitución procesal de parte; véase en ese sentido lo que señala el artículo 105 del CPC: "si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor".



JURISPRUDENCIA

En los procesos de desalojo, la parte demandante puede ser además todo aquel que se considere con derecho a la restitución del bien. Si de los recibos de arrendamiento se advierte que el uso del bien continúa a nombre del último concesionario titular, los sucesores legales de este tienen legitimidad para incoar el desalojo promovido (Exp. N° 30755-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 441).

Si los demandados, quienes ocupan el inmueble de litis como propietarios, vienen exigiendo judicialmente el cumplimiento del contrato a su anterior propietario y este ha transferido dicho inmueble al demandante, sin esperar que se defina la situación jurídica que conlleva la demanda de cumplimiento de contrato, no resulta posible amparar la demanda sobre desahucio por ocupación precaria, discutiendo el derecho de propiedad entre el demandante y demandado dentro de un proceso sumario (Exp. N° 279-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 591-592).

NOTIFICACIÓN

ARTÍCULO 589

Además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, esta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta.

Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C. Italia

arts. 664-668.

Comentario

1. Las notificaciones implican la manera como se comunica el juez con los justiciables en el proceso, con el fin de tener certeza que los actos procesales sean efectivamente conocidos por sus destinatarios. Ello va a permitir que las partes tengan la posibilidad de materializar los argumentos para su defensa, en atención al principio de bilateralidad que acompaña al proceso.

El Código permite el uso de diversos medios de comunicación que sean adecuados para el fin. Las notificaciones encierran ciertas formalidades, con efectos procesales, sin embargo el acto mismo de la notificación encierra una actividad netamente administrativa

2. El emplazamiento del demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real, si allí se encontrara; sin embargo, adicionalmente a este supuesto recogido en el artículo 431 del CPC, señala el artículo en comentario que la demanda debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si este fuere distinto.

El notificador tiene el deber de hacer saber la existencia del proceso, a cada uno de los subarrendatarios u ocupantes presentes en el acto de notificar, aunque no hubiesen sido denunciados, previniéndoles que la sentencia que se pronuncie producirá efectos contra todos ellos y que dentro del plazo fijado para contestar la demanda podrán ejercer los derechos que estimen corresponderles.

La norma señala "si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido" esto implica que frente a situaciones donde el predio de litis

carezca de numeración visible, sea por que hubiere sido retirado deliberadamente por los ocupantes demandados para evadir los efectos de la notificación o porque la estructura de su edificación y ubicación no permita su identificación numérica, el auxiliar judicial encargado de practicar tales notificaciones tiene el deber de materializar dicha notificación, dejando las cédulas en el predio de litis, previa descripción de este, tomando para ello evidencias propias del predio, como registro del medidor de consumo de electricidad o de agua, diseño del predio; además, deberá cumplir su cometido, inquiriendo a los vecinos sobre la identificación del predio, para lo cual redactará un acta sobre lo ocurrido.



JURISPRUDENCIA

Es nula la sentencia si la demandada solo ha sido notificada en su dirección domiciliaria y no en el predio materia de desalojo.

El apersonamiento de la demandada al proceso, no convalida ni subsana dicha omisión, pues ella tiene por objeto verificar si el predio se encuentra ocupado o no por un tercero (Exp. N° N-1159-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 480-481).

Tratándose de un proceso de desalojo, además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, esta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinto.

El conocimiento oportuno del texto de la demanda y la contestación de esta, no convalida la omisión de la notificación (Exp. N° 955-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 471).

DESALOJO ACCESORIO

ARTÍCULO 590

Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 85, 87.

Comentario

1. La norma hace referencia a la acumulación objetiva de pretensiones al permitir —en ejecución forzada— el lanzamiento, no derivado propiamente del proceso de desalojo, sino de la acumulación de otras pretensiones, que se han ventilado ante la vía procedimental abreviada o de conocimiento.

Esto significa que la pretensión de desalojo no solo puede ser dilucidada como única pretensión en los procesos sumarísimos sino que puede ser acumulada a otras pretensiones de mayor cobertura, que se ventilan en la vía procedimental abreviada o de conocimiento, siendo calificada la restitución bajo dicha acumulación como una pretensión accesoria, esto es, que existiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal se amparan también las demás. Véase en el caso de la siguiente acumulación de pretensiones: resolución de contrato, pago de frutos y restitución del bien materia de resolución. En caso se ampare la pretensión resolutoria, la misma que tiene la condición de principal, las relacionadas con el pago de frutos y restitución del bien, también serán de amparo.

Ahora bien, la referencia al lanzamiento que hace la norma en comentario, nos ubica en la ejecución forzada de la restitución demandada y amparada; sin embargo, la propia norma hace hincapié a la oportunidad en que pueden ser integradas estas pretensiones para la acumulación sobrevenida. Un primer momento es hasta el día de la audiencia de conciliación, sin embargo, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda, como sería el caso de los gastos procesales (ver el artículo 412 del CPC).

Véase que el citado artículo 97 del CPC hace referencia al momento de la incorporación de las pretensiones accesorias al proceso, sin embargo, ello se distancia de la oportunidad de la condena y de su ejecución forzada. La regla que debe operar en estos casos, es la condena positiva expresa a la pretensión accesoria acumulada, caso contrario, no se puede alegar la existencia de título para

dicha pretensión accesoria de restitución, menos se podrá recurrir a la ejecución forzada, esto es, al lanzamiento de una condena no declarada.

2. Para que proceda la acumulación debe contemplarse que estas sean de competencia del mismo juez y sean tramitables en una misma vía procedimental, como lo exige el artículo 85 del CPC. Esto significa que el monto de la indemnización a reclamar o el valor de los frutos no debe superar la cuantía para el procedimiento sumarísimo, esto es, que no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal (ver el inciso 7 del artículo 546 del CPC). Esto implica que en caso la acumulación superare la cuantía del procedimiento sumarísimo, ya no sería procedente esta.

El tema de la vía procedimental como requisito para la acumulación debe ser tomado con especial reflexión, sobre todo cuando a la pretensión originaria que se viene tramitando por la vía procedimental de conocimiento se pretende acumular pretensiones que se tramitan por la vía sumarísima. En esos casos consideramos que la vía procedimental no debe ser óbice para la procedencia de la acumulación. Como señala la Casación N° 1835-2005-Cono Norte, publicada en *El Peruano* del 3 de octubre de 2006, "las pretensiones no resultan ser incompatibles entre sí, si la elección de una no impide el ejercicio de la otra. En tal sentido, si se tramita el otorgamiento de escritura pública en un proceso de conocimiento, que es más amplio, no se afecta el debido proceso".



JURISPRUDENCIA

En virtud del principio de quien puede lo más puede lo menos, la acción que discute el desalojo para la entrega únicamente de la posesión, no se encuentra sujeta a plazo prescriptivo tan igual como la acción reivindicatoria (Exp. N° 9396-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 492).

Frente a un derecho real de propiedad, corresponde oponer otro de igual jerarquía, debiendo este estar inscrito con anterioridad al de aquel, a quien se opone.

Si de manera accesoria se ha planteado la restitución de la posesión del predio, su procedencia o improcedencia está ligada a la suerte que corra la pretensión principal (Exp. N° 4026-97, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 161-162).

Si bien el proceso tiene por objeto principal la desocupación del bien, el juez atendiendo al principio de economía procesal debe pronunciarse sobre la devolución de la garantía –la misma que ha sido consignada–, por ser un aspecto accesorio al conflicto principal (Exp. N° 692-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 332-333).

La restitución del bien está concebida como la reivindicación del mismo y no como una acción de desalojo; dado que quien lo solicita es el propietario no poseedor contra una poseedora no propietaria, haciendo ejercicio del ius reivindicandi (Exp. N° 1145-95, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 70-74).

LIMITACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

ARTÍCULO 591

Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, solo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 213, 233, 262.

Comentario

1. El contrato de arrendamiento es definido en el artículo 1666 del Código Civil, de la siguiente manera: "por el contrato de arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida".

Esta definición normativa nos permite precisar que estamos ante un contrato consensual, que se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades, que no requiere forma determinada para perfeccionarse y que contiene prestaciones recíprocas, por cuanto crea prestaciones a cargo de ambas partes, como es, la entrega del bien por el arrendador y el pago de una renta por el arrendatario. Para Bigio⁽⁴¹²⁾, "la reciprocidad se manifiesta no solo mediante la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino en la vinculación existente entre ellas, de tal manera que tienen la calidad de prestación y contraprestación".

Otra característica que concurre a esta contratación es la onerosidad, pues implica ventajas como sacrificios para el arrendador y el arrendatario. Asimismo se califica este contrato de conmutativo, porque las partes están en condiciones de conocer las ventajas que les va a reportar su celebración.

2. La reciprocidad de las prestaciones conlleva que el Código Civil establezca expresamente las obligaciones del arrendatario y del arrendador. Destaca como obligación esencial del arrendatario, el pago de la renta, entendida esta como la contraprestación por el uso del bien materia del contrato. Para Messineo⁽⁴¹³⁾, "el fundamento del deber de abonar el canon, no está en la efectividad del goce de la

(412) BIGIO CHREM, Jack. *El contrato de arrendamiento*, Gaceta Jurídica editores, Lima, s/ref., p. 31.

(413) Citado por BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, p. 81.

cosa por parte del arrendatario, sino en la privación del goce que sufre el arrendador; basta la posibilidad del goce exclusivo, para que el arrendatario esté obligado al canon; en efecto, tal posibilidad implica (sic) ya que el arrendador no puede gozar por su parte”.

El pago de la renta es la obligación principal a cargo del arrendatario, por ello es determinante para que se configure la relación material que se fije dicha prestación, caso contrario estaríamos ante un comodato o préstamo de uso.

El medio normal para acreditar el pago de la renta es el recibo que otorga el arrendador. El hecho de acreditarse el pago de alguna de las cuotas periódicas o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como señala el artículo 1231 del Código Civil.

3. El ordenamiento jurídico ante el hecho del arrendatario moroso, permite la resolución del contrato si no abona la renta por más de dos meses y quince días; (ver el inciso 1 del artículo 1697 del CC); además, ha diseñado un procedimiento ejecutivo para el cobro de la renta impaga, el mismo que será exitoso en el supuesto que el deudor tenga bienes, caso contrario se torna en una imposibilidad material su cobro.

El incumplimiento de las prestaciones recíprocas, faculta a la resolución del contrato. Uno de los supuestos de la resolución que recoge el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil, señala la falta de pago de la renta por un periodo de dos meses y quince días. Se trata de una resolución, que puede ser ejercitada por el arrendador, por contener un supuesto de incumplimiento voluntario posterior a la celebración del contrato y que según Bigio⁽⁴¹⁴⁾ “constituye una regla a favor del arrendatario, por cuanto le confiere un régimen especial distinto al que el Código Civil dispensa a todo deudor que incumple la prestación que le corresponde ejecutar. En efecto, [según] el artículo 1428 del Código Civil el perjudicado puede solicitar la resolución del contrato ante el incumplimiento de cualquier prestación. Tal situación no ocurre en el caso del arrendador, quien no puede –salvo pacto distinto– demandar la resolución del contrato ante la falta de pago de un solo periodo de renta”.

De lo desarrollado, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico regula al arrendamiento como un contrato de prestaciones recíprocas, destacando el pago de la renta como un elemento central a cargo del arrendatario, que en caso de incumplimiento genera la resolución del contrato.

4. Cuando en la relación de arrendamiento se discute la falta de pago o el vencimiento del mismo, se promueve la pretensión de desalojo, a través de un

(414) BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., p.137.

procedimiento sumarísimo, para brindar respuestas prontas ante tal incumplimiento, por ello, en atención al principio de economía procesal que busca que el proceso se realice procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, se ha limitado la carga probatoria de las partes a tres medios de prueba típica: los documentos, la declaración de parte y la pericia; sin embargo, debe precisarse que esa limitación es a la carga probatoria mas no a la facultad probatoria de oficio del juez, por tanto, este podría incorporar medios de prueba (de oficio) ajenos a los citados en el presente artículo.

A pesar de que se busque la simplificación de las formas del debate y los términos abreviados del proceso, en el procedimiento sumarísimo para el desalojo, es conocida la respuesta tardía del sistema judicial a ello, permitiendo que el inquilino no solo se reafirme en el no pago de la renta, sino en la de otros servicios básicos, como el consumo de agua, luz y mantenimiento si fuera el caso⁽⁴¹⁵⁾, contraviniendo con ello otra de sus obligaciones recogidas en el artículo 1681 del Código Civil que dice: "el arrendatario está obligado a pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan". La inercia del sistema para brindar respuestas oportunas frente al derecho ya conculcado, permite que el inquilino siga disfrutando de la mora, ante una tutela judicial débil.



JURISPRUDENCIA

El contrato de arrendamiento no constituye título ejecutivo. Es trascendente en la medida que prueba el monto a que asciende la renta por la que se ha obligado el ejecutado.

Si el demandado cuestiona el monto de la obligación demandada, no así la obligación misma de pagar los arrendamientos, el juez debe centrar la valoración de la prueba en los recibos impagos y en todos los medios que en forma conjunta dilucidan el debate (Exp. N° 1839-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 236).

El arrendamiento está constituido por la prestación consistente en ceder el uso de un bien y como contraprestación el pago de cierta renta convenida.

Hallándose el demandado en uso del bien, debe cumplir con su contraprestación. En todo caso, consignar la renta a efectos de exigir el recibo con las formalidades tributarias (Exp.

(415) Señala la medida cautelar (Expediente N° 231-06, Primer Juzgado de Paz Letrado de Jesús María, Sec.: Cereceda) interpuesta en el proceso de desalojo contra Carlos Bemuy Revilla y Carmen Flores de Bemuy lo siguiente: 1) Como se aprecia del reporte de consumo del servicio de luz eléctrica correspondiente al suministro N° 208766 de la Empresa Edelnor SAA, instalado en el predio de litis, se ha procedido al corte del servicio eléctrico, porque los demandados no han pagado el consumo de tres meses, ascendiendo la deuda al importe de 352 nuevos soles; 2) Ante el corte del servicio, el demandado ha procedido ilegalmente a reinstalarse el servicio, motivando que la empresa Edelnor SAA, verifique esta irregularidad y traslade a la propietaria del predio, donde está instalado el servicio cortado, los gastos de esta reinstalación clandestina. (...) no solo es la deuda por consumo de luz eléctrica sino que además viene dejando de pagar los arbitrios municipales que ascienden a 300 nuevos soles".

N° 621-97, Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia Actual*, Tomo 1, *Gaceta Jurídica*, p. 214).

(...) La presente acción de desalojo la inicia la demandante a título de arrendadora, y por el mérito del contrato de arrendamiento no cuestionado (...), invocando la causal de vencimiento del mismo; por lo que corresponde al demandado probar que el arrendamiento ha sido prorrogado o que cuenta con otro contrato que se encuentra vigente (...) (Exp. N° 588-98, Sala Civil para Proceso Sumarísimos y no Contenciosos, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, *Jurisprudencia en Derecho Probatorio*, *Gaceta Jurídica*, 2000, pp. 509-510).

Resulta irrelevante para el desalojo por vencimiento del plazo referirse a cuestiones relativas al monto de los alquileres devengados (Exp. N° 1160-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 325-326).

La garantía, dejada al momento de firmar el contrato de arrendamiento para cumplir con las obligaciones del contrato, no puede aplicarse al pago del canon arrendaticio, ya que su finalidad no es esa (Exp. N° 1326-95, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 95-96).

REQUERIMIENTO

ARTÍCULO 592

El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.

Comentario

1. El proceso sobre desalojo requiere de una etapa de cognición, en el que el juez, luego de oír a las partes y examinar las pruebas, dicta sentencia, haciendo lugar o rechazando la demanda.

En caso se ampare la demanda, la condena al desalojo se declarará. Si el demandado no cumple voluntariamente la condena se procede a su ejecución forzada, a través del lanzamiento. Precisamente, el artículo en comentario nos ubica en una nueva etapa del proceso, la ejecución, cuyo objeto central es la satisfacción forzada del derecho declarado en la sentencia firme o el acuerdo homologado por las partes.

2. El artículo en comentario condiciona el lanzamiento de los ocupantes del predio, a un criterio material y temporal, como es que hayan transcurrido seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.

Una aplicación textual de la norma, lleva a un sector de la judicatura a ordenar el lanzamiento, cumplido el supuesto de temporalidad, luego de haberse agotado los criterios materiales que describe la norma; sin embargo, hay otras posiciones en la judicatura que condicionan el lanzamiento a un acto procesal previo, como es el requerimiento, esto es la advertencia conminatoria para que desocupe el inmueble el condenado, en el plazo de seis días, caso contrario se procederá al lanzamiento.

El apercibimiento es tomado como una medida preventiva y tiene por finalidad corregir la incorrección de una conducta, a cuyo efecto se hace uso de la conminación de una sanción en potencia, en el acto mismo del apercibimiento. Esa conminación que hace el juez debe tener un sustento legal y con motivo de la conducta resistente de la parte, condenada para que esta haga algo. Agotado el requerimiento, recién se hace efectivo el apercibimiento decretado.

3. Apartándose del principio que recoge el artículo II del TP del CPC, que dice: "el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier

demora ocasionada por su negligencia", la norma precisa que el lanzamiento operará, a pedido de parte; ello en atención a que el impulso de oficio rige para la función cognoscitiva del proceso, como regla general, mas no para la ejecución, en el que prima la actividad de parte.

Como señala el artículo 713 del CPC, las resoluciones judiciales se ejecutarán a pedido de parte, por tanto, resulta coherente lo regulado en el presente artículo sobre la actividad de parte, pues el lanzamiento es una expresión de la ejecución forzada en los procesos de desalojo. Si bien el artículo II del TP condiciona la excepción del impulso de oficio a los casos expresamente señalados en este Código, el presente artículo no es una expresión de dicha excepción, pues no se invoca bajo la función cognoscitiva del proceso, como sí sería en el caso en que se debate la pretensión de divorcio por causal o separación de cuerpos, donde expresamente el artículo 480 del CPC señala que el proceso solo se impulsará a pedido de parte.

LANZAMIENTO

ARTÍCULO 593

Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.

Se entiende efectuado el lanzamiento, solo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.

Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.

Comentario

1. La sentencia de desalojo no puede ejecutarse contra el demandado que no haya tenido oportunidad de intervenir en el proceso, sea por hallarse afectado de irregularidades el acto de notificación; sin embargo, esta exigencia no es extensiva a los terceros que ocupen el bien, sin ser demandados. Como dice la norma "el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación".

Ello es atendible porque el artículo 587 regula la oportunidad para la incorporación de estos terceros al debate. Uno de ellos es por obra del propio actor, quien tiene el deber de denunciar a estos, ajenos a la relación establecida entre él y la persona a quien cedió la posesión; la otra posibilidad de incorporación de los terceros ocupantes es cuando son noticiados por el propio auxiliar judicial encargado de notificar el admisorio de la demanda. Véase que la norma permite la incorporación de los terceros al proceso de cognición sumarísima bajo la calidad de terceros coadyuvantes o colaboradores, esto es, terceros que se incorporan en el proceso para coadyuvar a la defensa del derecho del demandado en el proceso.

El efecto que tendrá la sentencia final sobre estos terceros será reflejo o indirecto, pues solo se condenará a la parte mas no a los terceros colaboradores. Agotada la función cognoscitiva del proceso, la intervención coadyuvante de terceros carece de razón de ser, pues el derecho ya está definido, ya está declarado y, por tanto, resulta coherente que ya no se requiera su intervención en el proceso, a pesar de presentarse como un tercero ocupante del predio donde se ejecutará el lanzamiento.

2. La ejecución de la sentencia de desalojo contra los ocupantes del inmueble solo se halla supeditada a la circunstancia de haber sido regularmente notificados del traslado de la demanda, no se requiere que ellos se hayan presentado al proceso.

La sentencia se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual con intervención del personal auxiliar del juzgado y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del demandado y demás ocupantes.

La prestación condenada se satisface con la entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Esta ejecución puede ser gradual hasta concluir con la entrega total del bien.

La norma regula un plazo de garantía, posejecución, computado luego de la ejecución íntegra de la prestación. Esta garantía tiene como finalidad asegurar en el tiempo la entrega del bien totalmente desocupado, pues en caso se vea esta alterada por obra del propio vencido, el vencedor podrá solicitar un nuevo lanzamiento. Véase que la norma hace hincapié que la alteración provenga por obra del propio vencido, para insistir nuevamente en el lanzamiento, caso contrario, si la afectación proviene por actuación de terceros, no procederá en dicho proceso el lanzamiento de estos, sino que se tendrá que promover una acción independiente a la concluida.

En materia de ejecución, de manera particular, se debe tomar en cuenta el uso del bien; por citar, hay que apreciar que el lanzamiento del inmueble, que se destina para el funcionamiento de un colegio, o al servicio de la educación, según la cuarta disposición final del D. Leg. N° 709, debe operar al término del año lectivo en que el mandato judicial adquiere la calidad de firme.

Cuando se trata de enajenación de inmuebles hipotecados a favor de empresas, vía remate judicial o por adjudicación directa, no será de aplicación lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1708 del CC, salvo que el respectivo contrato de arrendamiento se hubiera encontrado inscrito con anterioridad a la fecha de la constitución de la garantía hipotecaria (ver el artículo octavo de las disposiciones finales y complementarias de la Ley del Sistema Financiero, N° 26702). Tampoco opera el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble materia de remate judicial, en caso de haberse otorgado la adjudicación en pago al acreedor ejecutante de un porcentaje definido de acciones y derechos sobre dicho bien. El inciso 3 del artículo 739 del CPC señala que "el auto de transferencia del inmueble debe contener la orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario, dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento". En este caso, la adjudicación y transferencia que se le otorgó al ejecutante-adjudicatario son cuotas ideales (alícuotas) sobre todo el inmueble, apareciendo en una relación de copropiedad con las demás personas que detentan las acciones y derechos

sobre el inmueble, no siendo el cien por ciento de toda la propiedad materia de adjudicación. Además, se debe tener en cuenta que las acciones y derechos de los remates y las transferencias corresponden a cuotas ideales y no a un espacio específico del inmueble; por ello, de acceder a lo solicitado, se estaría afectando el derecho que sobre ese espacio no independizado tienen los demás condóminos⁽⁴¹⁶⁾.

(416) Sobre el particular, véase el Expediente N° 9454-2003, ante el 41 Juzgado Civil de Lima.

SENTENCIA CON CONDENA DE FUTURO

ARTÍCULO 594

El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento solo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.

Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, este deberá pagar las costas y costos del proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 330, 412, 593.

Comentario^(*)

1. Una de las expresiones de tutela preventiva que acoge el Código Procesal Civil la ubicamos en la condena a futuro regulada en el artículo 594 para los casos de desalojo.

Consiste en provocar la intervención de la jurisdicción para solicitar la condena del demandado, pese a que aún no ha vencido la obligación. Con ello, se busca que la jurisdicción obre por una prestación todavía no debida y que no se deberá sino hasta después de la condena, por lo cual no hay ninguna violación del derecho en el momento de la sentencia. En ese sentido, Micheli⁽⁴¹⁷⁾, señala que "la acción preventiva es concedida para conseguir la declaración de un derecho cuando este último, aún no habiendo sido violado o judicialmente discutido, se hace objetivamente incierto en su existencia o en su contenido, en cuanto de hecho el mismo es discutido o desconocido por otros".

La tutela preventiva puede apreciarse como característica funcional común a diversos tipos de acciones, esto porque puede cumplir la función de prevenir antes que reprimir la violación, la que puede ser cumplida por distintos tipos de tutela estructuralmente diversos, como por ejemplo, las acciones de mero conocimiento, las acciones cautelares o las condenas de futuro.

(*) El presente comentario ha sido tomado del trabajo realizado por LEDESMA, Marianella, "La tutela preventiva en las sentencias de futura ejecución", en: *Derecho & Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 25, 2005, Lima, p. 76.

(417) MICHELI, Gian Antonio. "Curso de Derecho Procesal Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 396.

En el caso de la condena de futuro desempeña una función preventiva, semejante a la tutela cautelar. Decimos ello porque ese interés (peligro de incumplimiento) exigido para tal condena coincide con el estado de peligro (*periculum in mora*) que es también condición normal del proceso cautelar; sin embargo, no pueden confundirse ambas figuras. Si se prescinde del interés, que nace del peligro y no de la lesión del derecho, se trata de casos de tutela ordinaria con efectos definitivos.

La medida cautelar y la condena de futuro tienen al menos un elemento bien distinto, las primeras tienden a realizar una tutela provisional, destinada a durar solo hasta que la declaración termine; en estas últimas, en cambio, la tutela jurisdiccional acordada por el juez es de carácter definitivo, pues la sentencia tiene la eficacia de cosa juzgada.

Por otro lado, es importante señalar que a diferencia de la condena ordinaria, el interés para obrar en la condena de futuro surge no del daño o lesión del derecho, sino del peligro de un daño jurídico, esto es, del probable incumplimiento de una obligación de prestación futura. Si no hay este peligro, carecería de justificación el ejercicio anticipado de la acción de condena.

Todo ello nos lleva a preguntarnos por qué no se busca tutela a través de medidas cautelares, en vez de acudir a las condenas de futuro. Intentando alguna respuesta diremos que las medidas cautelares tienen un carácter instrumental, que las priva de aptitud para tutelar por sí solas de forma definitiva una situación digna de protección, de ahí que hay que reconocer la insuficiencia de las medidas cautelares como instrumentos para la tutela de los acreedores antes del vencimiento; tal resultado solo pueden dispensarlo las condenas de futuro, aunque no puede excluirse, sin embargo, la posibilidad de que se acuerden medidas cautelares en apoyo de los procesos en que se ejerciten acciones de condena a prestación futura.

2. Las condenas de futuro son aquellas en las que el actor pide al órgano jurisdiccional que imponga al demandado la realización de una prestación, esto es, un comportamiento o una conducta positiva o negativa, de ese demandado: ya sea de dar, hacer o no hacer; si tiene éxito el accionante, no solo se declara la existencia del derecho, sino también que tal derecho debe ser satisfecho (mandamiento de prestación al demandado) y, si no ocurre esto voluntariamente, el actor puede, fundándose en semejante sentencia, provocar la ejecución de la prestación insatisfecha⁽⁴¹⁸⁾. Estas condenas asumen por tanto, una doble función: declarar el derecho y preparar la ejecución forzada.

(418) LOPEZ SIMÓ, Francisco. *Las condenas de futuro*, Aranzadi editorial, Navarra, 2001, p. 22.

Para Chiovenda⁽⁴¹⁹⁾, no siempre la sentencia de condena tiene como condición una violación, y aún menos una violación actual del derecho; esto ocurre, solo por regla general, pues hay casos en los que se puede obrar por una prestación no debida todavía y que no se deberá sino hasta después de la condena, por lo cual no hay ninguna violación del derecho en el momento de la sentencia: así se puede pedir preventivamente la condena del inquilino al abandono del inmueble para el día del vencimiento del plazo, o cuando el deudor incurre en mora en el pago de alguna cuota correspondiente a una prestación periódica (alimentos, intereses, rentas, etc.) pueden reclamarse todas, es decir, las cuotas vencidas y las exigibles en el futuro.

3. Existen diversas teorías que explican la condena a futuro. Unas sostienen que se limitan a declarar la existencia de una determinada prestación a cargo del demandado y a favor del actor; otras consideran que contiene una orden al demandado de realizar la concreta prestación que voluntariamente no cumplió; otra corriente asume que se prescinde de la voluntad del condenando para la realización de la prestación porque le coloca en una sujeción a los órganos coactivos del Estado, de tal forma que la prestación se realizará contra su voluntad.

4. Los caracteres más notables que la doctrina atribuye a esta figura son: la prestación no debe ser exigible en el momento de la demanda; y, la eficacia ejecutiva de la sentencia no debe ser inmediata, sino alejada o diferida. En otras palabras, la condena de futuro importa una condena cuando no se ha producido todavía el incumplimiento. Ella podrá, en el futuro, legitimar la ejecución forzada cuando el derecho a exigir la prestación se convierta en actual y el deudor no cumpla. Esto implica que no es necesario, para que exista una pretensión de condena, que la obligación que se impone nazca simultáneamente con la decisión que actúa la pretensión, sino que puede imponerse para un tiempo posterior, de ahí el nombre de condena futura.

5. Por otro lado, es importante señalar que el legislador puede emplear alguno de los tres siguientes sistemas:

El primero se orienta a positivar los concretos supuestos de condena de futuro, es decir, el propio legislador establece los casos en que el ordenamiento permite este tipo de pretensiones; el segundo sistema admite estas pretensiones con carácter general siempre que exista un específico interés en accionar, consistente en la verosimilitud o probabilidad del futuro incumplimiento de la prestación, dejando que el juzgador aprecie en cada caso concreto si se da ese interés, basándose para ello en determinadas circunstancias actuales, como el comportamiento

(419) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol.1, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1989, pp. 223-224.

del futuro deudor frente a otros acreedores actuales, o su voluntad manifestada de incumplir, o la precariedad de su situación económica que, alegadas y acreditadas, justifican acoger la condena de futuro; por último, el tercer sistema, en el que combinando los dos criterios anteriores, se permite los supuestos concretos establecidos en la ley, y también se prevé que se pueda interponer demanda de condena futura en cualquier otro supuesto en que se dé el interés específico de esta clase de condenas.

Frente a dichos sistemas, sostenemos que nuestro Código Procesal acoge el primer sistema descrito, esto es, el que positiva los concretos supuestos de acciones de condena de futuro, solo para los casos de desalojo. Chiovenda⁽⁴²⁰⁾ fundamenta el pronunciamiento de este tipo de condenas en el interés en accionar y enumera como más comunes, cinco casos de condenas de futuro: a) en la necesidad de prevenir el daño que derivaría de la falta de un título ejecutivo en el momento que la prestación sea debida (juicios preventivos); véase el caso del arrendador que no pudiese en el momento en que vence el plazo del arriendo, tener la cosa arrendada; b) en la conveniencia de evitar procesos reiterados para conseguir lo que es debido periódicamente (alquileres, alimentos u otras prestaciones periódicas); c) en la necesidad de tener un título ejecutivo para obtener la actuación de la ley respecto a una prestación que depende de una contraprestación del actor, cuando este declare estar dispuesto a la contraprestación; d) cuando la ley concede al juez la facultad de señalar un término al deudor, el señalamiento de este término puede hacerse a la vez que la condena, la cual es así realizable para el futuro (lo mismo ocurre cuando la sentencia se pronuncia a la vez sobre la resolución del contrato y la condena a una prestación, concediendo un plazo al demandado); f) en el caso de crédito exigible mediante requerimiento del acreedor en el domicilio del deudor y no requerido aún, la sentencia puede por economía de los procesos, condenar al pago condicionado al requerimiento en ese lugar.

En los casos citados, señala Chiovenda, que la sentencia que se dicta es de condena y no de mera declaración, porque el juez tiene como objetivo final la ejecución de la propia sentencia. Además, tal condena es necesariamente de futuro, porque al no haber ninguna violación del derecho en el momento de la sentencia, su eficacia está diferida en el tiempo; y siempre la admisibilidad de la condena de futuro se justifica, en todos los casos, con base al principio del interés en accionar, independientemente, por tanto, del hecho de una norma legal prevea expresamente la figura⁽⁴²¹⁾.

(420) CHIOVENDA Giuseppe. Op. cit. p. 224.

(421) Ver el artículo 100 del CPC italiano: Interés para accionar.- Para proponer una demanda o para oponerse a la misma, es necesario tener interés en ello.

6. Las condenas de futuro en sentido estricto no encierran verdaderas sentencias de condena, porque a pesar de su virtualidad para preparar la ejecución no puede haber declaración de responsabilidad, dado que el incumplimiento no se ha verificado todavía; tampoco se trata de sentencias que se reducen a la declaración de certeza de la obligación, sin embargo, la mayoría de la doctrina las conceptúa como sentencias de condena.

Es necesario distinguir las condenas de futuro de las sentencias de pura declaración. En las primeras, a pesar de que se obtienen cuando la violación del derecho no se ha llevado a cabo todavía (lo que no permite que se produzca en forma inmediata la ejecutoriedad propia de toda sentencia de condena) son verdaderas condenas y no sentencias de pura declaración, puesto que tiene por finalidad la realización forzosa en el momento del vencimiento. Por el contrario, la sentencia de declaración obtenida con anterioridad al vencimiento de la obligación no se convierte en título ejecutivo en el momento del vencimiento. La sentencia que no tuvo originariamente función preparatoria de la ejecución no puede adquirirla después.

7. Tampoco puede considerarse sentencia de condena futura a aquellas sentencias cuyo importe se debe determinar en ejecución de sentencia, no habiéndose fijado bases para la liquidación. Esto nos lleva a diferenciar las condenas de ejecución futura de la llamada condena genérica o de reserva. Esta siempre va a estar referida a prestaciones dinerarias pero ilíquidas, pues la sentencia no fija el importe concreto de esos daños: Ello conlleva la necesidad de liquidar la condena, esto es, determinar exactamente qué cantidad de dinero debe ser entregada por el deudor, con citación para ello de este; en cambio la condena de prestación futura, puede ser o no ser dineraria (véase el caso del desalojo en el caso del artículo 594 del CPC que busca la condena a la entrega del bien, vencido el plazo del arrendamiento).

Además, siendo dineraria, es posible que se conozca su cuantía, por ejemplo, si la sentencia condena al pago de las rentas adeudadas y todas las demás que vencieran en el futuro, la fijación del *quantum* dependerá de una simple operación matemática, en aplicación del artículo 689 del CPC.

La condena con reserva se produce cuando habiendo sido objeto de una declaración de condena, no será posible ni precisar la cuantía a que debe ascender la indemnización, ni tan siquiera establecer las bases o criterios para una posterior liquidación. Estamos ante una prestación actual, aunque ilíquida; en cambio en la condena de futuro, al momento de solicitar la condena del demandado y de dictarse la sentencia correspondiente, aún no ha vencido la obligación. Esto significa que aun cuando su importe concreto tenga que determinarse en el periodo de ejecución, no por eso la prestación impuesta al demandado en una sentencia de condena con reserva sea considerada como una condena de futuro.

Cuando la sentencia contiene una condena con reserva, esta puede ser inmediatamente ejecutada, porque se trata de una condena a prestación actual y en este sentido ejecutable de inmediato, solo que, al ser una condena ilíquida, debe integrarse con ciertas actuaciones previas al despacho de la ejecución para cuantificar la reserva.

Esto no significa que la sentencia que contiene una condena con reserva no sea directamente ejecutable. Una cosa es que sea necesario determinar el importe de la condena con reserva y otra, muy diferente, que la ejecución no pueda comenzar mientras no se produzca la exigibilidad de la prestación debida y su falta de cumplimiento, como ocurre en el caso de la sentencia que contiene una condena de futuro.

8. Otro aspecto que destacar se relaciona con el interés. El derecho del justiciable a la tutela concreta, sienta sus bases en el concepto de interés, el mismo que ha de ser positivo y concreto, jurídico y legítimo, nacido y actual.

La razón por la cual se impone al actor que alegue un interés nacido y actual, radica en que la función del juez se orienta a solucionar litigios ya nacidos, por lo que un interés simplemente eventual no sería suficiente; la exigencia de la resolución judicial ha de traducirse en utilidad práctica e inmediatamente tangible; en tal sentido, podría decirse que a las acciones de condena a prestación futura no le es imputable un interés actual, sin embargo ello no es cierto. Como señala López Simó⁽⁴²²⁾, los parámetros para medir la actualidad del interés son distintos: "cuando, dentro de la tutela preventiva, se alude a las denominadas acciones de condena de futuro se dice que el derecho del justiciable a la tutela radica en el concepto de interés pero en un interés que no arranca de la violación del derecho material privado, puesto que la lesión del mismo no se ha producido, sino que se asienta solo en el temor o en la posibilidad eventual, pero actual, de aquella violación".

Se discute mucho si un interés puede considerarse existente cuando la violación del derecho no ha ocurrido todavía. Una concepción más moderna de la función jurisdiccional lleva a ampliar dicha actividad hasta comprender hipótesis de tutela asegurada por el juez sin que el derecho sea violado, pero para impedir de algún modo su violación⁽⁴²³⁾.

A decir de López Simó, se trata de tutelar una situación actual, que no es antijurídica en sí, pero que el ordenamiento considera digna de protección porque se basa en la previsión fundada de una violación futura; y esa tutela actual que el

(422) LÓPEZ SIMÓ, Francisco. Op. cit., p. 38.

(423) MICHELLE GIAN, Antonio. Op. cit., p. 395.

ordenamiento otorga se asienta en un interés en obrar también actual porque se dirige a hacer surgir la protección de esa situación actualmente jurídica pero razonablemente previsible de futura violación. Es decir, en estas denominadas condenas de futuro, lo único futurible sería la lesión del derecho; lo demás –tanto la situación jurídica digna de protección como el interés del actor en poner en marcha la maquinaria judicial para protegerla– sería actual. Desde esta perspectiva, señala López Simó, ha de ponerse de relieve que el interés propio de las condenas de futuro, precisamente por su actualidad, encaja sin mayores dificultades dentro de la concepción ordinaria de este presupuesto de la acción.

9. Como se aprecia de la lectura del artículo 594 del CPC, este solo hace referencia a las condenas en caso de desalojo, cuando se tenga que demandar el vencimiento del plazo para restituir el bien; sin embargo, consideramos que no solamente pueden ser demandado derechos no vencidos como el desalojo, sino ampliarse a otros supuestos como pretensiones dinerarias, siempre y cuando el crédito no dependa de una contraprestación.

No existe en la norma procesal disposición alguna que prohíba ampliar los supuestos de condena a futuro, más allá de los que establece el artículo 594 del CPC.

Las prestaciones periódicas pueden también ser objeto de condena a futuro en relación a las prestaciones que venzan después de recaída la sentencia, pues conforme señala el artículo 428 del CPC, estas pueden operar antes de la sentencia, siempre y cuando hubiere “el actor reservado el derecho a ampliar la demanda si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional”.

A pesar de que la norma no lo señale, consideramos que las condenas a futuro deben hacer referencia a derechos existentes pero aún no vencidos; esto es, los derechos futuros quedan fuera del ámbito de aplicación de la condena a futuro. Además, debe tenerse en cuenta que el vencimiento de la prestación debe estar determinado, ya sea por la ley o por voluntad de las partes, o al menos poder determinarse, en función de un acontecimiento posterior, de acuerdo con el calendario; porque la ejecución va a empezar una vez transcurrida la fecha del calendario que menciona la sentencia, pero en tanto, se puede ir dictando la condena. Con esta figura se permite que el demandante tenga a la llegada del vencimiento un título de ejecución en mano, permitiendo así la efectividad de la tutela jurídica.

Otro aspecto que podría considerarse es la posibilidad que frente a la interposición de una demanda de condena ordinaria, se ponga de manifiesto que el derecho aún no esté vencido, en ese caso, el actor podría modificar su demanda a una condena a futuro; si por el contrario, pendiente una demanda de condena a futuro (ver el artículo 428 del CPC) y se produce el vencimiento antes de que recaiga la sentencia, aquí sí cabe, sin necesidad de modificar la petición, condenar a la prestación inmediata.

10. Otro de los supuestos que regula la norma es el efecto que produce el allanamiento del emplazado y la entrega del bien al vencimiento del plazo.

Una de las reglas que rigen para los gastos procesales señala que la parte que se allana o reconoce la demanda dentro del plazo para contestarla está exonerada de los gastos (ver artículo 413 del CPC), esto es que no es suficiente allanarse a la demanda para que opere la exoneración sino que ella debe darse dentro del plazo para la contestación con la demanda, luego de ese plazo, en el transcurso del proceso hasta antes de la sentencia, sí estaría sujeta a la condena de los gastos siempre y cuando sea vencida en el proceso.

En el caso de la tutela preventiva, estamos ante una sentencia con condición suspensiva, la misma que también va a afectar el modo del reparto del gasto procesal. Señala la norma el supuesto que "el emplazado se allane a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante" para que luego este pague las costas y costos del proceso.

Nótese que la norma no hace diferencia sobre el momento en que hubiere operado el allanamiento, si es en el plazo para contestar o luego de este. Solo se exige el supuesto del allanamiento y la entrega del bien al vencimiento del plazo.

Como se promueve antes del vencimiento del plazo contractual, las costas serán a cargo del accionante si el demandado se allana a la pretensión y desocupa el inmueble en la época convenida y pactada. Este allanamiento se desdobra; primero, debe producirse el acto de sumisión a lo reclamado y luego el cumplimiento en tiempo propio, es decir, el reintegro de lo locado en la oportunidad acordada.

Las ideas expuestas líneas arriba las resumimos así:

a. La tutela que dispensan las condenas de futuro responde a una concepción más moderna de la función jurisdiccional que lleva a ampliar la actividad jurisdiccional hasta comprender hipótesis de tutela asegurada por el juez, aun sin que el derecho sea violado, pero para impedir de algún modo su violación.

b. El nombre de condenas de futuro no es del todo adecuado, puesto que realmente no se trata de futuras condenas, sino de condenas presentes con ejecución futura, cuando el plazo venza o la condición se cumpla.

c. Una vez dictada la sentencia de condena de ejecución futura no será ejecutable mientras el derecho a prestación en ella declarado, no se haya hecho exigible: la ejecución forzosa solo puede tener lugar después de producida la exigibilidad del derecho, vencido el plazo o cumplida la condición.

d. En las condenas de ejecución futura, la sentencia no puede ir seguida de inmediata ejecución forzosa; pese a ello, se afirma que la sentencia es de condena,

y no de mera declaración, porque en esos casos el juez tiene como punto de mira, la ejecución de la propia sentencia.

e. Estas condenas tienen una regulación limitada a los procesos de desalojo, lo que no impide ampliar la cobertura a supuestos dinerarios, siempre que las prestaciones estén definidas en el tiempo.

Con ello se evitaría tener que acudir reiteradamente a los juzgados para obtener el cumplimiento de las obligaciones periódicas, pues bastará una sola sentencia como título para cada uno de los eventuales incumplimientos.

f. La condena a prestación futura integra un objeto procesal que no reclama mayores particularidades procedimentales que las que se deriven de la materia en debate (desalojo), cuyo cumplimiento a título futuro se reclama.

g. Con la condena de futuro, se logra una aproximación temporal entre el momento que se dispone del título de ejecución y el que produce la exigibilidad de la prestación, esto es, vencida la prestación y constatado su incumplimiento, el demandante dispone ya de un título para la ejecución de su derecho.

Con ello se ahorra tiempo y los peligros que conllevaría la tramitación del proceso declarativo de condena, pues ya se ha anticipado ese trámite, como parte de la tutela preventiva ejercida.

PAGO DE MEJORAS

ARTÍCULO 595

El poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. Este proceso no es acumulable al de desalojo.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 916, 917, 918, 919, 1682.
C.P.C.	art. 561 inc. 8.

Comentario

1. Las mejoras son modificaciones materiales realizadas por actividad humana o por obra de la naturaleza (aluvión), que hacen que el bien mantenga o incremente su valor económico. Algunos autores la califican como "gastos útiles y reproductivos que con determinados efectos legales, hace en propiedad ajena, quien tiene respecto de ella algún derecho similar o limitativo al dominio".

Las mejoras pueden ser apreciadas como necesarias, útiles y voluntarias. Las necesarias: son aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada y mantienen el valor constante del bien. Su no realización originaría una depreciación del valor de este (véase el caso de los trabajos para impedir el derrumbe de una casa); las útiles, no son fundamentales para el valor del bien, pero aumentan el valor de este (véase el caso de la instalación de una cisterna para agua, en la casa del propietario) las voluntarias calificadas de suntuarias, son aquellas de exclusiva utilidad para el que las hizo, por citar, instalar azulejos en el inmueble.

2. Las mejoras son ejecutadas, realizadas y pagadas en forma inicial por el poseedor, como consecuencia del derecho real sobre el bien. El poseedor tiene la facultad de exigir el reembolso al propietario, convirtiéndose este en deudor y el poseedor en acreedor, con facultad de exigir la prestación del reembolso y retener el bien hasta que la prestación sea concluida.

El reembolso no distingue si el poseedor es de buena o mala fe. Protege el perjuicio que sufriría el poseedor de mala fe si es que las mejoras no son reembolsadas, beneficiándose inadecuadamente el propietario. Se señala que se "distorsiona el valor del bien en el mercado y el costo marginal que el propietario del bien tendría: sería excesivo y perjudica al poseedor que es quien hizo el gasto de la

mejora, sin que el beneficio sea igual o similar al dinero invertido en la realización de las mejoras". El artículo 918 del CC hace referencia a la retención, como facultad que tiene el acreedor de retener el bien que tiene en su poder, si el crédito no se encuentra debidamente garantizado.

Las mejoras de recreo no son reembolsables, pues sirven al ornato y comodidad del poseedor. El poseedor tiene derecho a separar del bien que posee las mejoras de recreo efectuadas. En relación a la oportunidad, esta opera mientras el poseedor ejerce su derecho sobre el bien. Restituido el bien, ese derecho se pierde. El plazo para iniciar la acción de reembolso es de 2 meses de producida la restitución (ver el artículo 919 del CC).

3. La norma, aparentemente, nos podría llevar a suponer una acumulación de pretensiones, para dilucidar el desalojo y el pago de las mejoras; sin embargo, la redacción del artículo 595 del CPC condiciona a que el demandado por desalojo, interponga en otro proceso, demanda de pago de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación. Dice, además, el citado artículo 595 del CPC, que el proceso por mejoras no es acumulable al de desalojo. Esto implica que el proceso de desalojo y el proceso de mejoras nunca podrán reunirse para que las dos demandas se resuelvan en una única sentencia, esto es, que nunca operará la acumulación de procesos por disposición expresa de la ley. Ello resulta coherente con lo regulado en el artículo 559 del CPC, que dice que no es procedente la reconvención en los procesos sumarísimos, lo que no significa que se afecte al derecho de contradicción; todo lo contrario, la reconvención es una expresión del derecho de acción del demandado y no del derecho de contradicción. Las causas de dicha restricción se encuentran en la falta de complejidad y rapidez que requiere el trámite de los asuntos allí tratados, pues como dice el inciso 6 del artículo 546 del CPC, se recurre a dicha vía procedimental cuando "el juez considere atendible su empleo debido a la urgencia de la tutela jurisdiccional". En opinión de Ariano⁽⁴²⁴⁾, el propio artículo vincula uno y otro proceso en una extraña forma: cuando medie una previa demanda de desalojo, el poseedor demandado deberá interponer su demanda de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación, entonces, ¿por qué se constriñe al poseedor demandado en desalojo a demandar las mejoras en el momento indicado en el artículo 595 del CPC, si luego, una vez pendientes, no se pueden reunir y cada uno vivirá su propia vida sin interferir con el otro? ¿dónde está la racionalidad de este plazo "vinculado"?

4. Como hemos señalado, las mejoras son ejecutadas, realizadas y pagadas en forma inicial por el poseedor, como consecuencia del derecho real sobre el bien, sin embargo, esa condición no es atribuible al poseedor del artículo 595 del

(424) ARIANO, Eugenia. "Las mejoras entre el CC y el CPC: tratando de desenredar una madeja muy enredada", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2005, p. 80.

CPC por que este ejerce la posesión, no en atención a un derecho real, sino en virtud a un derecho personal, proveniente de un contrato que le confiere derecho de goce, como el caso del arrendatario y el comodatario, o un deber de custodia, como el depositario.

El poseedor a que refiere el artículo 917 del CC es aquel que se beneficia de las presunciones de la posesión (ver los artículos 912 y 914); por tanto, se encuentra en perfecta condición para usucapir la propiedad del bien, situación que no le corresponde al arrendatario, comodatario, depositario, usufructuario, etc. El artículo 917 del CC es aplicable al "poseedor no propietario" que sufre la pérdida de la posesión del bien como consecuencia de ser vencido en el proceso de reivindicación. Las mejoras del poseedor a que refiere el artículo 917 del CC no se asemejan a las realizadas por el poseedor, a que refiere el artículo 595 del CPC. En opinión de algunos autores, la fuente del equívoco está en la palabra "restitución" que aparece en el artículo 917 (artículo 919 del CC), pues dado que objeto del desalojo es la restitución de un predio o de cualquier otro bien, cada vez que ello se demande, podría pensarse que entre en juego el artículo 917 del CC. Ello no es así, por cuanto el derecho a la restitución que se puede hacer en el desalojo es la consecuencia de la violación de la obligación (contractual o legal) de "restitución" (artículo 586 del CPC).

5. La redacción del artículo 595 del CPC lleva a interpretar que existen dos momentos que tiene el poseedor para demandar el pago de mejoras: antes y después de la demanda de desalojo; sin embargo, ello resulta contraproducente con el poseedor del artículo 917 del CC, pues como sostiene Ariano⁽⁴²⁵⁾, "este jamás demandaría su pago antes de ser demandado, por el simple motivo que ese "poseedor" mejora un bien que posee como propio y no como bien ajeno. Si antes que ese dueño aparezca en escena, nuestro poseedor demanda el pago de mejoras, reconocería la titularidad ajena sobre el bien".



JURISPRUDENCIA

Las mejoras, entendidas como la alteración material del bien que tienen por finalidad repararlo, aumentar su valor o proporcionar mayor ornato o comodidad, deben ser abonadas por el dueño del bien al poseedor, salvo que se haya acordado expresamente que estas quedan en beneficio del propietario (Exp. N° 38716-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 163).

Es obligación del juez ordenar el monto exacto del pago de las mejoras útiles y necesarias que efectivamente se hayan realizado y se encuentren en el inmueble materia de litis y no de los recibos, teniéndose en cuenta además, el valor de depreciación de las mismas.

(425) Ibidem.

Es nula la sentencia que declara fundada el pago de mejoras basado en el dictamen pericial, que no disgrega aquellas mejoras que constituyen las necesarias y útiles; así como tampoco lo hace el juez (Exp. N° 52140-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 164).

El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual. Este criterio no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de necesarias.

En los casos que el poseedor debe ser reembolsado por mejoras, tiene derecho de retención (Exp. N° 341-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 163-164).

No puede ampararse el pago de mejoras si el demandante no acredita que posee el bien inmueble con título válido, ni que haya contado con la autorización expresa o tácita del demandado para efectuar la edificación que dice haber construido.

El denominado "formulario de declaración de fábrica en vía de regularización" no acredita por sí solo que el actor haya efectuado las obras que allí se precisan, por constituir una declaración jurada unilateral de este (Exp. N° N-1108-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 172).

Debe desestimarse la pretensión del pago de mejoras si se pactó que estas quedarán a beneficio de la arrendadora, sin obligación por parte de esta de reembolsar su importe.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Exp. N° 30857-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 166).

Las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución del predio deben ser abonadas al poseedor, no siendo esto así cuando las mejoras fueran hechas después de la citación con la demanda, en cuyo caso son de reembolso las mejoras necesarias.

Es nula la sentencia si el juez no ha tenido en cuenta el tipo de mejoras valorizadas, ni el tiempo de construcción a efecto de determinar su abono, teniendo en cuenta la fecha de la citación con la demanda (Exp. N° 1124-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 339).

El derecho de pago de mejoras y el derecho de retención se ejerce siempre por el poseedor contra el propietario, y no contra aquel de quien hubiese adquirido la posesión, si no tuviese tal calidad de propietario (Exp. N° 3292-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 159-160).

Si se pretende el pago de mejoras, el informe pericial no solo debe remitir a señalar las obras efectuadas, sino que debe precisar si constituyen una alteración material del bien a efecto de repararlo, o únicamente para aumentar su valor, o proporcionar mayor ornato o comodidad, conforme al presupuesto del artículo 916 del CC.

El informe pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimientos especializados en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad esclarecer algún hecho controvertido y brinda al juez elementos necesarios que contribuyan a crear convicción (Exp. N° 504-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 161-165).

Debe interponerse la demanda para el pago de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación de la demanda de desalojo (Exp. N° 1164-93, Quinta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 238-239).

Si la demandada dio en arrendamiento a la accionante un terreno totalmente desocupado por el término de cinco años en el que la actora ha levantado una construcción definitiva, dicha edificación levantada en terreno ajeno no tienen la naturaleza jurídica de las mejoras (Exp. N° 469-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 445-446).

Si bien en autos se designó dos peritos para la valuación de las mejoras objeto de litis la prescindencia de uno de ellos no puede constituir perjuicio en la impugnante, toda vez que la apelada que ha sido confirmada en parte por la recurrida ha considerado el peritaje de parte ofrecido por la recurrente, y dado que la valorización hecha por este perito y el designado por el juez difieren en la valorización de las mejoras, el juez de mérito opta por determinar dicho valor en forma prudencial (Cas. N° 216-96-Huaura, Editora Normas Legales S.A., Tomo 264, Mayo 1998, Trujillo-Perú, pp. A.9-A.11).

Resulta extemporáneo el pedido de pago de mejoras de tierras rústicas cuando el actor no ha ejercitado su reclamo en la oportunidad debida (comparendo del juicio de aviso de despedida) sino que lo hace un año después que se ejecutara la sentencia expedida en el mencionado proceso (Exp. N° 65-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 293).

Si el actor pretende darle el concepto de mejoras a una edificación y/o construcción completa sobre un terreno no resulta procedente el pago de ellas. Nuestro Código Civil, en su numeral 916, establece que existen tres tipos de mejoras, necesarias, útiles y de recreo, no refiriéndose de ninguna forma a construcciones completas sino a lo hecho sobre lo ya construido y/o edificado (Exp. N° 679-2002, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 294).

El poseedor tiene derecho al pago de mejoras cuando estas se han efectuado de buena fe, vale decir, cuando se han realizado con autorización expresa o tácita del propietario del predio o se han efectuado en la creencia que posee el bien con título válido (Exp. N° 1905-99, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 296).

RESTITUCIÓN DE OTROS BIENES

ARTÍCULO 596

Lo dispuesto en este sub-capítulo es aplicable a la pretensión de restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios, en lo que corresponda.

Comentario

1. El artículo hace referencia a la restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios. Bajo la clasificación de bienes inmuebles (viene de la palabra inmóvil), tienen esta consideración todos aquellos bienes como casas o fincas, que son imposibles de trasladar sin ocasionar daños a los mismos, porque forman parte de un terreno o están anclados a él.

A diferencia de los bienes, el derecho aprecia como predio a una propiedad inmueble que se compone de una porción delimitada de terreno, que puede ser física, mediante vallas, mojones u otros sistemas; o simplemente jurídica, mediante la descripción en una escritura de propiedad. Con la aparición de las normativas sobre regulación urbanística, se ha limitado la capacidad del propietario a la hora de utilizar los terrenos, diferenciándolos en predios rústicos, industriales y urbanos.

El presente artículo está referido a la integración normativa que opera para llenar los vacíos de la Ley Procesal, en el caso específico de la "restitución de bienes muebles e inmuebles, distintos a los predios". Véase el caso de los bienes fungibles entregados en arrendamiento, como las máquinas, artefactos, letreros, etc., a diferencia de lo regulado en el artículo 585 del CPC, que hace expresa referencia al procedimiento para la restitución de predios.

Mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Según Carnelutti, cuando esa integración permite recurrir a ordenamientos diversos, nos ubicamos ante la heterointegración. En ese sentido, véase el artículo IX del TP del CC: "las disposiciones del Código Civil, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza". En igual forma, "las disposiciones de este Código Procesal se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (ver la primera disposición final del CPC).

En cambio, cuando la solución se encuentra en el mismo ámbito de la ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas a ella, nos encontramos ante la autointegración.

La norma en comentario es precisamente un ejemplo de autointegración normativa, porque permite recurrir a la misma ley, invocando las reglas contenidas en el procedimiento de desalojo, para suplir el vacío en la regulación del procedimiento para bienes muebles e inmuebles distintos a los predios. Véase el caso de la pretensión que tiene por objeto asegurar la libre disposición de ciertos bienes muebles e inmuebles, cuando son detentados sin título alguno contra la voluntad de quienes tienen derecho a ella.

2. En el proceso de desalojo, bajo los supuestos del artículo 585 o del 596 del CPC, resulta aplicable la medida temporal sobre el fondo, que regula el artículo 679 del CPC, frente a la hipótesis que el arrendatario hubiese hecho abandono del bien arrendado, a fin de que el arrendador pueda requerir la tenencia de este, con el carácter de medida cautelar, debiéndose tomar razón del estado del bien inmueble e inventariarse los bienes muebles. Véase que el objeto de la cautela se orienta a preservar el bien arrendado del posible deterioro que pudiese experimentar a raíz del abandono, puntualizándose que la entrega del bien al arrendador supone la existencia de un proceso contencioso en trámite, en el que se busca el reconocimiento judicial del derecho a la restitución del inmueble y la obtención de una sentencia que condene al cumplimiento de esa prestación. Esta tenencia será provisional hasta que el fallo final firme condene la entrega.

Noticiado el juez por el demandante que el inquilino ha abandonado el inmueble sin dejar persona que haga sus veces, es recomendable que el juez no solo se guíe por la constatación policial que haga referencia al abandono, sino que se informe sumariamente al respecto, ordenando la verificación del estado del inmueble, sin perjuicio de inadagar entre los vecinos para saber de la existencia y paradero del inquilino. La viabilidad de la medida se halla supeditada a la circunstancia que el inmueble se encuentre totalmente abandonado, de manera que ella no procede si existen ocupantes, con prescindencia de la legitimidad de la ocupación, o si resulta acreditado que el abandono obedeció a causales extrañas a la voluntad del locatario, como ocurriría si lo hubiesen privado de su libertad.



JURISPRUDENCIA

Si el demandado ha venido percibiendo utilidades como consecuencia del indebido alquiler que ha efectuado de los aires del inmueble que conduce; pese a que el accionante ha solicitado de manera reiterada la devolución del bien, debe abonar los frutos, pues ha obtenido provecho económico.

Los frutos son provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. Estos pueden ser naturales, industriales y civiles (Exp. N° 63030-97, Sala

de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 148).

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos. Si la buena fe de los demandados duró hasta que se dispuso la desocupación y entrega del bien, en aplicación del artículo 908 del CC no gravita contra ellos obligación alguna de pagar frutos con anterioridad a dicho mandato pero sí los que se han producido con posterioridad (Exp. N° 226-95-Puno, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 257-258).

No puede ejecutarse el desalojo sobre un inmueble no independizado porque no puede determinar el área de desocupación.

El haber sido declarados herederos no le otorga ni quita derechos respecto de los bienes del causante, dado que la sentencia que los declara es meramente declarativa y no constitutiva de derechos (Exp. N° N-673-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 461-462).

Para acceder al pedido de restitución es indispensable que la peticionante haya sido desposeída del bien, esto es que no haya sido emplazada o citada como corresponde.

No resulta suficiente para acceder al pedido la sola condición del cónyuge del demandado sino que debe ser ocupante del predio (Exp. N° 1173-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 169-170).

Sub-Capítulo 5 INTERDICTOS

COMPETENCIA

ARTICULO 597

Los interdictos se tramitan ante el juez civil, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 605.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 920, 921.
C.P.C.	art. 605 párr. 2

Comentario

1. La posesión es calificada como un derecho real que se configura a partir de las conductas objetivas que se observan en las personas con relación a los bienes.

Clásicamente se sostenía que en la posesión concurren dos elementos: *corpus* y *animus*. El *corpus* permite el contacto físico con la cosa o posibilidad de tenerla; el *animus*, la intención de conducirse como propietario, esto es, no reconocer la propiedad de otro. Esto lleva a que concurren dos teorías: la subjetiva y la objetiva.

Nuestro Código Civil acoge la teoría objetiva (ver el artículo 896 del CC), cuyo principal exponente es Ihering. Descarta el *animus*, por su difícil probanza y la necesidad de ampliar el espectro de la posesión posesoria. El *corpus* lo flexibilizó al máximo, afirmando que es poseedor quien se conduce respecto de la cosa como lo haría un propietario, es decir, la usa o la disfruta. Para Ihering el *corpus* de la posesión debía sustentarse en una razón práctica: la apariencia de estar ejerciendo un derecho y a partir de ella permitir el ejercicio pacífico del dominio y sus atributos. El contacto físico o la posibilidad de él no es lo esencial, sino la apariencia que se desprende de la conducta del poseedor, cualquiera que sea esta. Si hay contacto o posibilidad del mismo no es lo central para la posesión.

La posesión supone el ejercicio de hecho no de derecho. Descarta la noción de legitimidad. Posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo). Ambos gozan por el solo hecho de ser poseedores, de todos los derechos que corresponde al poseedor; sin embargo, llegará un momento que

el poseedor ilegítimo tenga que restituir, pero, mientras ello no ocurra, es verdadero poseedor.

2. El artículo en comentario acoge uno de los mecanismos que tiene el poseedor (al margen que sea legítimo o ilegítimo) para la defensa de la posesión, como es el interdicto. A través de él, el Derecho protege la simple posesión, sin importarle que esta sea legítima o ilegítima, de buena o mala fe. Algunos autores definen al interdicto como “los procesos judiciales civiles sumarísimos, de prueba limitada exclusivamente a la posesión, destinados a resolver provisionalmente sobre la posesión actual, con prescindencia del derecho, tanto para mantenerla o conservarla como para recuperarla”⁽⁴²⁶⁾.

El simple hecho de la posesión justifica la protección de ella, pero de manera provisional, hasta que se dilucide en otro proceso de mayor amplitud —como es el proceso de conocimiento— “el derecho a la posesión”, todo ello, para evitar que se altere la paz social; sin embargo, los interdictos no pueden dejar de ser apreciados bajo una visión ética, como es, presumir la buena fe del poseedor; así como en el hecho para el poseedor que dicha posesión le conduzca a la adquisición de la propiedad a través de la usucapión.

Mostrando una explicación a esta tutela judicial preventiva, Torres⁽⁴²⁷⁾, citando a Messineo, dice: “si al titular de un derecho le estuviere permitido reprimir por sí mismo el ejercicio ajeno (aunque fuera arbitrario) del derecho de él (titular) y, por consiguiente, hacerse justicia por sí mismo (defensa privada de los derechos), resultaría turbada la pacífica convivencia social, por lo que es aconsejable sacrificar al titular del derecho, en beneficio del no titular, hasta tanto se declare en juicio que este no tiene derecho a la posesión (no es titular), solo entonces estará obligado a entregar el bien poseído; y podrá ser privado de él aun por la fuerza”.

Para nuestro Código Civil concurren tres mecanismos para la defensa de la posesión: la defensa de facto extrajudicial (artículo 920) y la defensa judicial, como los interdictos y las acciones posesorias (artículo 921). Estas últimas se configuran como remedios procesales distintos, pues mientras los primeros tutelaban la posesión actual, sin considerar si tiene derecho o no a la posesión, e incluso la mera tenencia, las segundas amparan la posesión jurídica, es decir, el derecho a la posesión.

Esto implica que cualquiera fuere el resultado del interdicto, siempre queda al vencido la posibilidad de discutir “el derecho a la posesión” en un proceso posterior, sin perjuicio, además, de la pretensión petitoria. El artículo 601 del CPC, al respecto señala: “la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta

(426) TORRES, Aníbal, *Derechos Reales*, T. I, Idemsa, Lima, 2006, p. 451.

(427) MESSINEO. Op. cit., p. 205, citado por TORRES Aníbal, Op. cit., p. 442.

la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento”.

Esto implica que la sentencia que se obtenga en la pretensión interdictal es provisoria, esto es, que constituirá cosa juzgada con relación al hecho de la posesión y a los actos perturbatorios, mas no con relación al derecho posesorio que las partes puedan reclamar a futuro en un proceso de conocimiento. Esto implica que la sentencia recaída en una acción posesoria sí produce los efectos de la cosa juzgada, no pudiendo reabrirse el debate sobre el derecho declarado judicialmente.

3. La norma regula la competencia en los interdictos. La distribución de la competencia responde a la necesidad de una mejor y eficiente administración de justicia. Razones de interés público y privado, motivos de economía funcional, presunciones de mayor o menor capacidad técnica, aptitud psíquica, necesidades de orden, comodidades de prueba, criterios de garantía y una equitativa facilidad que se otorgue para la defensa, han inducido al Estado a poner linderos al ejercicio de la potestad, delimitándola por medio de la regulación normativa. En líneas generales, podemos decir que la competencia responde a la aplicación del principio de la división del trabajo, porque permite asegurar el mayor acierto en la administración de justicia.

Para fijar la competencia se recurre a diversos criterios, como la cuantía la materia, el territorio, etc. En el caso en comentario, la competencia objetiva, no toma en cuenta la cuantía de la pretensión posesoria, sino la materia; de ahí que expresamente señale el artículo en comentario que “los interdictos se tramitan ante el juez civil”. Ello resulta coherente con lo regulado en el artículo 6 del CPC, que considera que la competencia solo puede ser establecida por la ley.

En cuanto a la competencia territorial, se puede recurrir al juez donde se encuentre el bien o los bienes, tratándose de pretensiones sobre derechos reales, a elección del demandante, como señala el inciso 1 del artículo 24 del CPC. Señala además la citada norma, “si la demanda versa sobre varios inmuebles, situados en diversos lugares será competente el juez de cualquiera de ellos”.

4. La norma acoge otro supuesto para delimitar la competencia territorial del juez civil: el despojo judicial. En tal caso, señala el artículo 605 del CPC, que el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución. Si el juez estima procedente el pedido, accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso. Esto implica que frente a un despojo judicial en el que no se ha emplazado o citado al desposeído, este, en primer orden, tiene la posibilidad de recurrir directamente ante el juez de la medida para lograr ser repuesto en la posesión del bien; caso contrario, ante la negativa del juez del desalojo, el tercero tiene expedito su derecho para hacerlo valer como

pretensión autónoma en otro proceso, como sería el caso del interdicto de recobrar; ello en aplicación del artículo 603 del CPC, que considera la procedencia del interdicto de recobrar cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo.

5. Diferente situación es la del servidor de la posesión (ver el artículo 897 del CC). Este no es poseedor porque su conducta no satisface un interés propio, sino el de otra persona. Desarrolla conductas y acciones sobre el bien, su accionar no constituye exteriorización de derecho propio, sino el ejercicio de un encargo. El servidor de la posesión no puede ejercer la defensa posesoria judicial como demandante, por carecer de legitimidad; sin embargo, sí podría ejercer la defensa posesoria extrajudicial a que refiere el artículo 920 del CC así: "repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias". Este servidor defiende la posesión para el poseedor, por tanto, está facultado para la autotutela cuando alguien intenta perturbarlo o despojarlo del cuidado del bien. En atención a la legítima defensa que justifica esta acción, tanto el poseedor como el servidor de la posesión están legitimados para su ejercicio.



JURISPRUDENCIA

El nuevo Código Procesal Civil ha derogado las normas relativas al interdicto de adquirir, el que se sustentaba en el mejor derecho a la posesión, reafirmando así, que para el derecho peruano, en materia posesoria el hecho hace el derecho y no a la inversa.

Los interdictos constituyen un instrumento procesal válido para la defensa de la posesión, típico derecho real, pero tal verdad no supone que con ellos solo se protejan los derechos reales adquiridos en forma derivada como los son aquellos derechos reales que se sustentan en la celebración de actos jurídicos de distinta naturaleza, sean bilaterales o unilaterales, intervivos mortis causa (Cas. N° 166-94-Lima, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, enero 1997, Trujillo-Perú, pp. A.12-A.16).

Si la construcción vecina a la propiedad del recurrente tiene vista sobre la integridad del inmueble de propiedad de este, violando su privacidad, dichos hechos dan lugar a un interdicto de obra nueva, pues la única forma de proteger adecuadamente el derecho supuestamente violado es impidiendo la continuación de la obra o la demolición de lo ya edificado en cuanto daña la propiedad del actor (Exp. N° 418-93-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Cíviles, Legrima, 1997, pp. 598-599).

El interdicto de retener es un medio procesal expedito en defensa de la posesión que tiene lugar cuando el poseedor es perturbado en la posesión. Se requiere para el ejercicio de la acción interdicta la concurrencia de dos elementos: que quien lo solicite se encuentre en actual posesión y que existan actos materiales que impidan la pacífica posesión (Exp. N° 1448-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 467-468).

La acción interdictal no admite otra discusión que la posesión material del bien objeto de la acción, por lo que la controversia respecto a la titularidad del inmueble debe dilucidarse en la vía correspondiente (Exp. N° 4652-99, Sala Civil Sub Especializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6. Gaceta Jurídica, p. 162).

En el interdicto de recobrar la pretensión se contrae a demostrar si la accionante estuvo en posesión del bien materia de litis y, que, el demandado lo haya privado de su posesión. Si bien la demandante es la encargada del mantenimiento de los jardines de la Unidad Vecinal, la misma que ha constituido la Asociación de Junta General de Propietarios de la Unidad Vecinal de Mirones, no significa que el poseedor ejerza de hecho las prerrogativas propias de un derecho y se comporte como un verdadero titular (Exp. N° 1212-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 167).

Procede el interdicto de recobrar si el demandante se encontraba en posesión del predio de litis y el demandado le ha privado de su posesión. En este proceso no se discute derechos de propiedad, del cual se deriva el derecho a la posesión, sino que el ejercicio de la presente acción constituye un medio de defensa expectatio de defensa de la posesión efectiva que se ejerza sobre el bien (Exp. N° 715-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 170).

LEGITIMACIÓN ACTIVA

ARTÍCULO 598

Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 586.

Comentario

1. La norma hace referencia a la legitimidad activa para promover el interdicto. Esa legitimidad recae no solo en el simple poseedor, sino también en el tenedor del bien, siendo irrelevante conocer si se tiene título o no para poseer legítimamente el bien. Esto implica que está perfectamente legitimado para actuar el usurpador de un bien que ve turbada su posesión.

Si asumimos que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes de la propiedad; la defensa que se le permite a todo poseedor afectado se orienta a recuperar la posesión fáctica que venía ejerciendo. No corresponde en este tipo de acciones dilucidar su derecho a la posesión, sino restituir la posesión —que de hecho ejercía— antes del despojo o perturbación, sin considerar si tiene derecho o no a la posesión. Ello se explica porque el fundamento de este tipo de tutela es provisional y sumaria, a fin de prevenir la violencia, evitando así que quien tenga “derecho a la posesión” haga justicia por sí mismo, sin perjuicio que dicho derecho o el mejor derecho a la posesión que tuviere, sea dilucidado posteriormente a través de las acciones posesorias.

2. La posesión fáctica legitima al poseedor para recurrir a la pretensión interdictal, sin hacer distinciones si busca recobrar la posesión del bien o el cese de la perturbación a la posesión de hecho de este, ya que el interdicto de retener se diferencia del de recobrar en cuanto a la amplitud de la lesión sufrida.

El interdicto de retener es una pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia; a diferencia del interdicto de recobrar que requiere que el actor haya sido privado, aunque sea en forma parcial, de la posesión o de la tenencia del bien. Esto implica que con el interdicto de retener se

busca que el accionante se mantenga en la posesión del bien, a diferencia del interdicto de recobrar que busca que la autoridad judicial reponga en la posesión al despojado de ella.

3. El interdicto puede ser ejercido incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación. Véase el caso del poseedor ilegítimo, usurpador, que ocupa el inmueble por varios años. Este, al ser despojado del bien –sin previo proceso–, perfectamente puede recurrir contra el propietario del bien (quien tiene otros derechos reales de distinta naturaleza al poseedor inmediato) para recobrar la posesión de hecho, a través de la pretensión interdictal.



JURISPRUDENCIA

(...) La carga de la prueba, radica en la parte demandante, en consecuencia le corresponde probar a esta, la posesión del bien que alega y los actos perturbatorios, en este juicio de interdicto de retener (...) (Exp. N° 1881-94, Primera Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 115).

(...) Para la defensa de la posesión por intermedio de los interdictos no es necesario evaluar los títulos de los que nace el derecho a la posesión, consecuentemente desde el punto de vista de la prueba, en el interdicto no tiene significación la prueba escrita de la posesión ni el título posesorio, sino que se discuten únicamente la posesión táctica y actual del actor y el hecho perturbatorio o de despojo; por lo cual, asumiendo la postura doctrinal predominante respecto de la institución sub exámine, se concluye que la posesión que ha sido contractual o judicialmente reconocida pero que no existe fácticamente no es posesión (Cas. N° 282-96-Ica, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 521-523).

Todo poseedor puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él (Exp. N° 1099-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 94).

Todo condómino puede utilizar los interdictos sin necesidad del concurso de los demás y aun puede ejercitarlo contra cualquiera de ellos que lo perturbe en el goce común (Exp. N° 112-96, Tercera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 321-322).

La persona que no está en posesión de la cosa, no obstante tener título para ello puede plantear la acción de interdicto de adquirir para requerir al que lo posee, siempre y cuando no se encuentre ocupándolo por más de un año, conforme lo dispone el artículo 994 del Código de Procedimientos Civiles (Exp. N° 873-89-Cusco, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 599-600).

Si la relación interdicta demandada se sustenta en el despojo del que fuera objeto la actora, para lo cual acompaña los documentos a nombre de su conviviente, el juez debe integrarlo a la relación procesal a fin de tener mejores elementos de juicio para resolver el conflicto (Exp. N° 1313-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, p. 478).

Es infundada la demanda sobre interdicto de retener si el accionante no tiene la condición de poseedor o tenedor del bien cuyo interdicto pretende.

No puede considerarse poseedor al demandante por encontrarse en relación de dependencia con la demandada, pues conserva la posesión a nombre de este en cumplimiento de órdenes e instituciones de aquellos (Exp. N° 549-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 600-601).

Una de las formas de proteger la posesión, es a través del ejercicio de acciones posesorias, en tanto que el derecho de propiedad se defiende a través de la acción reivindicatoria, siendo esta última imprescriptible a tenor del artículo 927 del Código Civil. La acción posesoria que promueve el propietario basado precisamente en su calidad de dueño del bien mediante el proceso de desalojo por ocupación precaria, tampoco prescribe, por cuanto no se trata únicamente de discutir el mejor derecho a la posesión, sino que esta deriva de su derecho de propiedad. Sostener lo contrario sería no dar una respuesta eficaz al justiciable, quien tendría que ejercitar la acción reivindicatoria, la misma que al igual que la acción de desalojo por ocupación precaria que inicia el propietario, tiene idéntica finalidad, esto es, obtener la restitución del bien del que ha sido privado su dueño. Ambas acciones se diferencian en que la reivindicatoria únicamente puede ser promovida por el propietario y la acción posesoria puede serlo por todo aquel que tenga un título posesorio incluyendo por tanto al propietario (Exp. N° 99-51287 (5166), Segunda Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 156).

La remisión de cartas notariales, la ubicación y contratación de personal policial en el inmueble de litis y el retiro de quince inquilinos de este, no constituyen actos perturbatorios por no haberse producido intimidación o coacción, ni generado perturbación con actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso, los mismos que puedan afectar la tranquilidad posesoria de la actora (Exp. N° 36389-2000, Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 164).

Si bien se ha acreditado que el demandado ha construido varios pisos de su inmueble sin contar con autorización municipal, y que probablemente para tales fines haya acumulado temporalmente desmonte en el frontis de su inmueble, causando molestias a sus vecinos, ello no puede atribuírsele como actos perturbatorios, toda vez que las ocurrencias sentadas ante la Policía Nacional tienen el carácter de hechos aislados que pueden calificarse como faltas o delitos, pero en modo alguno como actos perturbatorios de la posesión. Para tal calificación se precisa que el accionar del demandado tenga una eficacia tal que efectivamente turben la pacífica posesión haciéndola insoportable en un espacio de tiempo razonable, de modo que se justifique la intervención del órgano jurisdiccional para poner coto a los mismos (Exp. N° 536-2001, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 165).

PROCEDENCIA

ARTÍCULO 599

El interdicto procede respecto de inmueble, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público.

También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando esta es aparente.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 606, 607, 608.

Comentario

1. La norma reproduce –en parte– la redacción del artículo 921 del CC cuando considera que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos, siempre y cuando dichos bienes no sean de uso público. Véase que no están protegidos por los interdictos los bienes muebles no inscritos, los derechos extrapatrimoniales y los bienes del Estado destinados al uso público.

Se puede calificar de uso público a una extensión de terreno o espacio territorial cuyo dominio pertenece al Estado y su uso o aprovechamiento pertenece a todos los habitantes de un territorio. Así ocurre, por ejemplo, cuando en una calle o plaza pública se autoriza la instalación de un quiosco o bien se permite que el dueño de un bar sitúe unas mesas y sillas en la calle, retirados estos bienes del parque, no podrá el poseedor recurrir al interdicto para recobrar la posesión porque se trata de un bien de uso público. En igual forma, las actividades comerciales que se realizan sobre la vía pública, como la venta ambulante, cuando estos ambulantes sean retirados de la vía pública, no pueden recurrir al interdicto por tratarse de bienes de uso público.

En cambio, sí procede el interdicto de retener si se colocan mojones en una propiedad privada que la municipalidad considera incorporada al dominio público. Si aquella pretende recuperar la posesión de un bien, que sostiene pertenecer a ese tipo de dominio, debe recurrir a las vías legales para que sea reconocido su derecho y no proceder por sí y mediante el uso de la fuerza.

2. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando esta es aparente.

La servidumbre es un derecho real del cual es titular el dueño del predio dominante. Es una carga que sufre un predio en beneficio de otro. El predio dominante

tiene derecho a usar parte del predio sirviente e impide que el dueño de este ejerza alguno de sus derechos de propiedad.

La servidumbre es inseparable. El predio dominante necesita del predio sirviente. Se transfiere la servidumbre con los predios que la contengan. Se mantienen las servidumbres cualquiera sea el propietario del bien.

Las servidumbres positivas facultan al dueño del predio dominante a hacer algo en el predio sirviente, por ejemplo: servidumbre de paso. En las servidumbres aparentes se manifiestan por sus signos exteriores. Ella se encuentra regulada en el artículo 1040 del CC. Esta servidumbre es pública y rige la prescripción solo para la servidumbre aparente. Se equipara a la posesión, con justo título y buena fe para adquirir la servidumbre en cinco años o diez años si hay mala fe. Véase el caso de la clausura de un camino, cuando existen signos visibles de la servidumbre, ya que se ha transitado por más de un año.

Las servidumbres son aparentes —según Romero—⁽⁴²⁸⁾ cuando se manifiestan a simple vista, trabajos exteriores, tales como una ventana, una puerta, un canal; por ello se denominan también visibles. Ejemplo: la servidumbre de luz. En cambio las no aparentes son aquellas cuyo conocimiento no puede tenerse por ningún signo visible y solo se obtiene estudiando los títulos de propiedad. Por ejemplo, las servidumbres de no edificar a mayor altura. Una persona visita una finca y observa que solo tiene un piso; pero no puede saber si ello se debe a que existe una servidumbre que prohíbe edificar a mayor altura, lo que solo podría conocer estudiando los títulos de propiedad.

3. La servidumbre no puede estar limitada al titular del predio dominante, se extiende a todas las personas que estén relacionadas al predio dominante. El uso de personas extrañas, ajenas a la servidumbre es útil porque permite mantener la vigencia de la servidumbre y evitar la extinción de esta por el no uso (artículo 1050 del CC).

Al margen que la norma haga referencia a la servidumbre aparente, en las servidumbres positivas también procedería el interdicto de retener cuando el propietario del predio sirviente realice construcciones o efectúe trabajos sobre el predio de su propiedad siempre que pueda alterar el ejercicio de la servidumbre (ver el artículo 1047 del CC). Se faculta la variación al propietario del predio sirviente, en lugar y modo de su ejercicio, siempre que cumpla con dos condiciones: si el ejercicio de la servidumbre le es incómoda y que la modificación no perjudique el ejercicio de la servidumbre.

(428) ROMERO ROMANA. Op. cit., T. II, p. 343, citado por TORRES, Anibal. *Derechos Reales*, T.I, Idemsa, Lima, 2006, p. 457.

En la Casación N° 2424-01-Áncash, la Sala Suprema Civil ha señalado "resulta improcedente que el propietario del predio sirviente pretenda interponer acciones interdictales contra la servidumbre legal, pues si el actor pretende el retiro, en este caso, de los postes gemelos que sostienen un transmisor de energía eléctrica, así como de los cables eléctricos que también lo sostienen, debe proceder de acuerdo a lo normado por el artículo 98 de la ley de la materia, pues las acciones interdictales no proceden contra las servidumbres, salvo las aparentes".



JURISPRUDENCIA

Constituye requisito sine qua non para resolver los interdictos, acreditar en forma indubitable la posesión, objeto de litigio.

Es infundada la demanda, si de la inspección judicial con la intervención de peritos, no es posible precisar si la poza de agua ha sido construida como consecuencia de los actos perturbatorios que hubieren realizado los demandados (Exp. N° 58928-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 479-480).

En el interdicto de retener no se discute la propiedad sino la posesión, por tanto habiendo acreditado la accionante el ejercicio de la posesión merece amparar la demanda (Exp. N° 887-94, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 1, Cuzco, 1995, pp. 190-191).

REQUISITOS Y ANEXOS

ARTÍCULO 600

Además de lo previsto en el artículo 548, en la demanda deben expresarse necesariamente los hechos en que consiste el agravio y la época en que se realizaron.

Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 548.

Comentario

1. El artículo 548 del CPC está dedicado a la integración normativa en los procesos sumarísimos, ante la posibilidad de vacíos o lagunas de la Ley Procesal. Con la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. El artículo 548 del CPC nos remite a lo regulado en el artículo 476 del CPC; sin embargo, se exige de manera especial los requisitos siguientes:

a) Se exprese los hechos del agravio, el que se mide bajo dos supuestos: la perturbación de la posesión y la desposesión del bien.

El primer caso implica la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia. Requiere que se realicen contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer y sin que tengan como consecuencia una exclusión absoluta del poseedor, por ejemplo, la destrucción de alambrados y cercos, el retiro de tranqueras. Esto implica que los actos perturbatorios llevados a cabo contra la voluntad del poseedor (o tenedor) no proceden si el actor entregó voluntariamente la posesión o tenencia del bien al demandado.

En el caso que pese a mediar dicha exclusión, el actor haya calificado al interdicto como de retener, no corresponde, sin embargo, el rechazo de la demandada, sino la aplicación de las normas que se adecuen a las circunstancias de hecho alegadas y probadas, en atención al principio *iura novit curia* del artículo VII TP del CPC.

Con respecto a los actos emanados de autoridades administrativas, siempre que se transformen en turbaciones de hecho de la posesión o de la tenencia, el

interdicto de retener es procedente cuando aquellas se cumplen en forma irregular o en materias extrañas a sus facultades regladas y se lesionan de tal manera derechos de los particulares. Esto es, que las resoluciones administrativas no son susceptibles de impugnarse mediante la promoción del interdicto analizado cuando se ejecutan en ejercicio del poder de policía o respecto de bienes pertenecientes al dominio público y no afectados a concesión.

b) Se precise la época en que se realizaron los hechos que se denuncian. Ello porque el tiempo genera efectos en la viabilidad de la interdicción. Como señala el artículo 921 del CC y el 601 del CPC, "la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta su demanda", por tanto, el juez debe exigir desde el primer momento, información clara y precisa sobre cuándo se realizaron los hechos que afectaron la posesión del recurrente para que se pueda computar el plazo de prescripción e invocar como excepción.

c) Se acompañe medios de prueba referidos exclusivamente a probar dos hechos: la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio. La prueba solo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia equivocada por el actor, la verdad o falsedad de los actos de perturbación atribuidos al demandado, y la fecha en que estos se produjeron. La procedencia del interdicto solo está supeditada a la prueba que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y que el demandado ha perturbado estas mediante la realización de actos materiales.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, si bien el artículo no hace referencia a ella, debe comprender, en primer término, al autor material del acto perturbatorio de la posesión o de la tenencia, aun cuando adujere haber obrado por cuenta de terceros; pero, en el supuesto que aquel haya actuado en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, la demanda puede interponerse contra la entidad que representa.



JURISPRUDENCIA

Tratándose de interdictos el actor debe expresar además de los hechos en que consiste el agravio, la época en que estos se realizaron, para determinar si se encuentra vigente el derecho del accionante a recurrir al órgano jurisdiccional en defensa de la posesión de la que ha sido despojado, puesto que el plazo para ejercitarla previsto en el artículo 601 del CPC es de caducidad y no de prescripción (Exp. N° 569-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 472).

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

ARTÍCULO 601

La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 475 y ss.

Comentario

1. Las defensas posesorias pueden ser catalogadas, según el ámbito donde se ejerzan, como defensas extrajudiciales y judiciales. En este último caso, se puede recurrir a los interdictos y a las acciones posesorias, como lo señala el artículo 921 del CC.

El artículo en comentario considera que la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda, plazo que coincide con el señalado en el citado artículo 921 del CC.

Si bien la acción prescribe por el transcurso del tiempo, el derecho a la posesión se mantiene para ser ejercido a través de las acciones posesorias para lo cual la norma le asigna un procedimiento amplio como es el de conocimiento, a diferencia del procedimiento sumarísimo del interdicto.

Para otras legislaciones, el plazo que se fija para el ejercicio de la pretensión interdictal es calificada de caducidad; por tanto, ella puede ser declarada de oficio, *in limine*, disponiendo no dar curso al interdicto; caso contrario, el demandado puede hacerla valer como excepción; situación que no operaría invocar bajo la redacción del actual artículo, dejando la posibilidad de recurrir –a la parte– a la excepción de prescripción extintiva que regula el inciso 12 del artículo 446 del CPC; sin embargo, bajo la opinión de Torres⁽⁴²⁹⁾, se considera que dicho plazo debe entenderse como uno de caducidad y lo justifica así: “Si se establece que la demanda debe indicar necesariamente la época en que ocurrieron los hechos en que consiste el agravio es para que el juez se pronuncie de oficio, sin invocación de parte, sobre la extinción del plazo, por lo que se debe modificar el artículo 601 del CPC estableciendo que el plazo de un año es de caducidad y no de prescripción”.

(429) TORRES, Anibal. *Derechos Reales*, T. I, Idemsa, Lima. 2006, p. 462.

2. Como ya se ha dicho líneas arriba, la defensa posesoria judicial puede también orientarse a las acciones posesorias, en primer orden; sin embargo, puede darse el caso que si el demandante no interpuso la pretensión interdictal dentro del año de iniciado el hecho, pueda recurrir a las acciones posesorias para recuperar la posesión del bien.

En estos casos, hay que precisar que no todos los poseedores pueden recurrir a la acción posesoria, sino aquellos que tienen la condición de propietarios o que sean titulares de algún derecho real que los legitime para solicitar la restitución de la posesión; en cambio, los interdictos se orientan a la tutela de la posesión fáctica de un poseedor no legitimado, como podría ser la posesión del usurpador. Aquí el poseedor recobra o afianza su posesión de hecho inmediata, sin considerar si tienen derecho o no a la posesión, a diferencia de las acciones posesorias que sí corresponden a quienes tienen derecho a la posesión.

Con relación a la prueba, en el interdicto se debe acreditar la posesión del actor y el hecho perturbatorio o desposesorio, los cuales no requieren de prueba escrita; en cambio, en la acción posesoria sí tiene fuerza la prueba instrumental en el que conste el título posesorio que justifique el derecho a la posesión.

Por último, véase que el camino procesal a seguir en ambos casos es distinto. En las acciones posesorias le corresponde un procedimiento amplio, como es el de conocimiento, a diferencia del procedimiento sumarísimo que rige para los interdictos. En este último caso, la acción debe promoverse dentro del año, contado desde el inicio de la perturbación o despojo; a diferencia de la acción posesoria que puede promoverse en cualquier momento, aún después de vencido el año de los hechos perturbatorios o de despojo. En ese sentido, coincidimos con la opinión de Torres⁽⁴³⁰⁾, cuando señala que el vencido en el interdicto puede recurrir a la acción posesoria o a la acción reivindicatoria si tiene la calidad de propietario no poseedor; y a la acción de mejor derecho de propiedad si es que el poseedor actual también alega ser propietario.



JURISPRUDENCIA

Tratándose de interdictos el actor debe expresar además de los hechos en que consiste el agravio, la época en que estos se realizaron, para determinar si se encuentra vigente el derecho del accionante a recurrir al órgano jurisdiccional en defensa de la posesión de la que ha sido despojado, puesto que el plazo para ejercitarla previsto en el artículo 601 del CPC es de caducidad y no de prescripción (Exp. N° 569-7-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 472).

Todo poseedor puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él (Exp. N° 1099-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, p. 94).

(430) TORRES, Anibal. Op. cit., p. 455.

ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

ARTÍCULO 602

Se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdicial, las pretensiones de pago de frutos y la indemnizatoria por los daños y perjuicios causados.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 85, 87.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 614-618.

Comentario

1. La norma acoge la posibilidad de reunir varias pretensiones, provocando una acumulación objetiva y originaria de estas. La acumulación sirve para la satisfacción de dos o más pretensiones; como la restitución del bien, el pago de frutos y la indemnización por los daños causados.

Hay razones que justifican la acumulación como la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo darían lugar a diferentes procesos. Por otro lado, la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos, también la justifica.

En el primer caso, se obtiene una ventaja desde el punto de vista de la economía; en el segundo, en el de la justicia o de la certeza. Qué sentido tendría tener tres petitorios para reclamar en tres procesos distintos, como mayor tiempo, esfuerzo y dinero; pero, además, fundamentalmente —como ya se ha señalado— sirve para evitar fallos contradictorios.

2. Para que proceda la acumulación debe contemplarse que estas sean de competencia del mismo juez y sean tramitables en una misma vía procedimental, como lo exige el artículo 85 del CPC. Esto significa que el monto de la indemnización a reclamar o el valor de los frutos no deben superar la cuantía para el procedimiento sumarísimo, esto es, que no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal (ver el inciso 7 del artículo 546 del CPC). Esto implica que en caso la acumulación supere la cuantía del procedimiento sumarísimo, ya no sería procedente esta.

El tema de la vía procedimental como requisito para la acumulación debe ser tomado con especial reflexión, sobre todo cuando a la pretensión originaria que se viene tramitando por la vía procedimental de conocimiento se pretende acumular

pretensiones que se tramitan por la vía sumarísima. En esos casos consideramos que la vía procedimental no debe ser óbice para la procedencia de la acumulación. Como señala la Casación N° 1835-2005-Cono Norte, publicada en *El Peruano* del 3 de octubre de 2006, "las pretensiones no resultan ser incompatibles entre sí, si la elección de una no impide el ejercicio de la otra. En tal sentido, si se tramita el otorgamiento de escritura pública en un proceso de conocimiento, que es más amplio, no se afecta el debido proceso".

3. El artículo diseña la posibilidad de acumular otras pretensiones dinerarias al interdicto, como los frutos y la indemnización.

En cuanto a los frutos, diremos que es aquello que produce un bien sin que haya alteración ni disminución alguna de su sustancia. Los frutos son un excedente económico. Se insertan como factores de producción, pudiendo ser percibidos monetariamente o mediante especie, no siendo necesario que se destinen al consumo de manera directa o indirecta. A pesar de que los frutos como los productos son provechosos, la norma no hace referencia a las pretensiones orientadas al pago de los productos. Estos son los accesorios que se separan, extraen del bien y que alteran o disminuyen la sustancia del bien. Al ser obtenido, agota o destruye el bien del cual se extrae, lo que no ocurre con los frutos.

Los frutos pueden ser naturales (nacen o producen de modo espontáneo, sin la intervención del hombre), industriales, que se obtienen por el concurso de la industria o trabajo del hombre aplicado a la producción en general, y los frutos civiles son los que proceden del bien en correspondencia al goce que otra persona distinta de su propietario tiene del mismo. Ejemplo: rentas que el bien produce (arrendamiento).

En cuanto a la propiedad de los frutos, esta como regla general corresponde al propietario del bien; salvo que se asigne por acuerdo o ley. El titular del derecho de adquisición de los frutos puede serlo a título de propietario, de productor o derivado de dicha titularidad de una relación jurídica específica. El presente artículo permite que los frutos sean recabados no por el propietario del bien, sino por el poseedor de este.

Para el cómputo de los frutos se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (mano de obra, uso de maquinarias, transporte, etc.). A pesar de que la norma no hace referencia a los gastos en la generación de frutos naturales, debe reducirse para determinar si existen excedentes económicos, caso contrario, generaría un enriquecimiento sin causa. Quien hace suyos los frutos debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación.

**JURISPRUDENCIA**

Para que prosperen las acciones posesorias, los medios probatorios deben referirse exclusivamente a probar la posesión y el acto desposesorio, mas no el título que permite dicha posesión, sea cual fuese la naturaleza de dicho acto.

Es válido demandar acumulativamente al interdicto, la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios causados (Exp. N° 49483-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 512-513).

INTERDICTO DE RECOBRAR

ARTÍCULO 603

Procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo.

Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente.

CONCORDANCIAS:

C.C.	art. 920.
C.P.C.	art. 681.

Comentario

1. Este interdicto calificado también de despojo o de reintegración, permite al poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble del cual ha sido total o parcialmente despojado, requerir judicialmente la restitución de la posesión o tenencia perdidas.

Debe mediar un desapoderamiento efectivo del bien, no bastando la existencia de actos perturbatorios que justificarían, en todo caso, el interdicto de retener, y menos aún las molestias o menoscabos transitorios. Tampoco es necesaria la exclusión absoluta del poseedor o tenedor, siendo suficiente el despojo parcial, lo que ocurriría, por ejemplo, frente a la construcción de un edificio que encerrase parte de un terreno. Algunas legislaciones, a diferencia de la nuestra, exigen que el desapoderamiento se haya producido con violencia o clandestinidad, añadiendo inclusive el abuso de confianza, sin embargo, para nuestra legislación es de exigencia el simple despojo.

Como ya lo han determinado reiteradas ejecutorias, el interdicto de recobrar protege únicamente la posesión directa, actual e inmediata, mas no la indirecta o mediata (Cas. Nº 1909-2001); en tal sentido, si el interdicto de recobrar es planteado por quien no posee, pero cuenta con título posesorio para hacerlo, no es amparable, toda vez que no está en discusión el mejor derecho a la posesión, sino la mera situación fáctica de la posesión. La pretensión interdictal no admite otra discusión sobre la posesión material del bien objeto de la acción. La sentencia que resuelve un interdicto, no tiene ningún efecto respecto del derecho de propiedad.

Véanse a continuación algunos casos de procedencia: el despojo frente al cambio de cerradura y a la consiguiente negativa de permitir la entrada del inquilino; si el

actor se encontraba en la posesión o tenencia del departamento a partir de la fecha del fallecimiento de la causante y el demandado se introdujo en él en forma violenta, para lo cual debió forzar la cerradura alegando su condición de cónyuge supérstite y haber convivido siempre con la difunta; el despojo al locatario del local arrendado mientras este se hallaba detenido e imposibilitado de atender personalmente su negocio.

2. La legitimación activa para promover este interdicto pertenece, tanto al poseedor con posesión jurídica como al poseedor actual y momentáneo e incluso al mero tenedor. Solo se admitirán pruebas que tuvieren por objeto demostrar el hecho de la posesión o tenencia invocadas así como el despojo y la fecha en que este se produjo para los efectos del plazo de prescripción a que se refieren los artículos 921 del CC y 601 del CPC.

Como expresamente señala la redacción del artículo, requiere que el poseedor haya sido despojado, esto es, perdido la relación de hecho con las cosas y no haya mediado proceso previo. Si ha sido desposeído como consecuencia de una orden judicial, sin emplazamiento, procede el interdicto de recobrar.

El despojo es todo acto por el cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial. No requiere violencia, mala fe o dolo. Se configura con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor. Implica pérdida de posesión en virtud de un acto unilateral del tercero, el cual no es consentido por el poseedor primigenio.

3. El poseedor también puede recurrir a la defensa posesoria extrajudicial. Si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente. Toda posesión es protegida para el derecho. Solo no goza de ella los servidores de la posesión, en cuanto se refiere a la defensa posesoria judicial (artículo 921 del CC), pudiendo ejercer la defensa extrajudicial de hecho para recobrar el bien que conserva en nombre de otro.



JURISPRUDENCIA

Conforme a lo establecido en el artículo 598 del Código Procesal Civil, los interdictos son procedimientos judiciales destinados a mantener el statu quo de la posesión o sea conservarla o restituirla, vale decir, defenderla manteniendo la cosa por el poseedor; por consiguiente, se configura el despojo y procede el interdicto cuando el arrendatario entrega el bien a tercero sin consentimiento del arrendador que es el poseedor mediato, por cuya razón halla sustento el interdicto de recobrar previsto en el artículo 603 del Código Adjetivo (Cas. N° 4341-2007-Huarua, 1° Sala Civil Permanente Suprema, 29 de noviembre 2007).

No resulta viable amparar el interdicto, porque ello importa reponer al demandante en el derecho de posesión del que fue privado, el mismo que resulta materialmente imposible, pues el demandado ha efectuado edificaciones sobre el lote, no pudiendo reponer al estado anterior de posesión al demandante, tanto más, que no hay un pronunciamiento sobre la mala fe del demandado que posibilite la demolición o haga suyo lo edificado. En el interdicto no puede debatirse si el demandado actuó de buena o mala fe al levantar su vivienda, así como tampoco se puede analizar si el demandante ha perdido su condición de socio y que ello ha dado lugar a la pérdida del lote (Exp. N° 153-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 498).

Tratándose de un interdicto de recobrar corresponde al demandante acreditar el hecho efectivo de la posesión sobre el bien, con manifestaciones objetivas, como son los actos de utilización del predio al momento del despojo. No se puede discutir en este proceso, el título posesorio.

Si el demandado admite haber ingresado al bien, haciendo uso y disfrute de su derecho de copropietario, dicho derecho no se discute en el interdicto sino el despojo de la posesión (Exp. N° 38044-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 511-512).

En la acción interdictal no es procedente pronunciarse sobre la propiedad, sino se debe acreditar la posesión del demandante conjuntamente con la prueba fehaciente que acredite la desposesión.

Es infundada la pretensión si no se acredita que el demandado sea quien haya realizado el despojo del bien a la demandante, puesto que las partes en coordinación con sus respectivos abogados, acordaron la entrega de la llave del predio al presidente de la asociación donde se ubica el bien; por lo que, tampoco, se acredita que este último haya desposeído a la demandante (Exp. N° 48062-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 514-515).

Para que proceda el interdicto de recobrar, se requiere que quien ejerza la acción tenga la posesión inmediata del bien; al no acreditarse tal presupuesto resulta infundada la demanda (Exp. N° N-1064-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 483).

Si se acredita que el demandante ha estado en posesión del área demandada, habiendo sido perturbado la misma, el juez ordenará que se reponga en la posesión del que fue privado (Exp. N° 1417-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 483-484).

(...) El interdicto de recobrar es asunto en el que la cuestión controvertida se contrae a probar que el accionante estuvo en posesión del bien sub júdice, y que el emplazado lo ha privado de su posesión; y por ello las pruebas tienen por finalidad establecer estas dos situaciones factuales (...) (Exp. N° 514-95, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 525).

(...) Tratándose de un proceso sobre interdicto de recobrar, lo que se tiene que acreditar es la posesión que ejercía la demandante y el despojo del que es objeto por parte del demandado (...) (Cas. N° 2589-99-Cajamarca, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostriza Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, p. 524).

(...) Tratándose de un proceso de interdicto de recobrar, cuya finalidad es defender la posesión como un derecho, el demandante debe probar que tuvo la posesión y que fue despojado de la misma, para lo cual el juez, valorando los medios probatorios y apreciándose de manera conjunta, declarará fundada la demanda solo respecto de aquellas pretensiones cuyos hechos sustentatorios hayan sido fehacientemente acreditados (Cas. N° 1172-97-Apurímac, Sala de Derecho Constitucional y Social, Corte Suprema de Justicia, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica, 2000, pp. 526-528).

El interdicto de recobrar no puede ser el amparo si el despojo emana de una decisión administrativa del Gobierno Local, bajo la atribución de la Ley Orgánica de Municipalidades. Para revertir los efectos de la resolución administrativa no puede hacerse vía interdicto (Exp. N° 04-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 646).

Procede amparar la pretensión si se demuestra que el demandado ha despojado del lugar donde venían ambos trabajando, para quedarse en posesión de la totalidad del puesto de venta, tanto más, que planeó un traspaso que no efectivizó por no cancelar la totalidad de lo convenido (Exp. N° 7202-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 502).

DEMANDA FUNDADA E INTERDICTO DE RECOBRAR

ARTÍCULO 604

Declarada fundada la demanda, el juez ordenará se reponga al demandante en el derecho de posesión del que fue privado y, en su caso, el pago de los frutos y de la indemnización que corresponda.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 602.

Comentario

1. Uno de los efectos positivos para el actor, con la sentencia firme, es lograr la restitución de la posesión o tenencia del bien que fue despojado; sin embargo, esta restitución del bien no necesariamente se puede lograr a través de una sentencia que declara fundada la demanda —como refiere este artículo—; sino a través de medidas anticipadas que buscan declarar el derecho de fondo, sin sentencia, cuando existe una fuerte probabilidad del derecho a la restitución que se alega y la necesidad impostergable de quien la pide, como es el caso que recoge el artículo 681 del CPC.

Cuando el derecho invocado fuere casi probable y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución inmediata del bien, el juez podrá ordenarla previa contracautela que prestará el demandante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida. El artículo 681 del CPC señala: “en el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida”.

2. Si se declara fundado el interdicto de recobrar puede concurrir la posibilidad que el juez, además ordene el pago de los frutos y la indemnización que corresponda, si hubieren sido demandados. Hay que recordar que el artículo 602 del CPC permite la acumulación de dichas pretensiones, tanto para los interdictos de recobrar y de retener, generando una acumulación objetiva y originaria de estas.

Ambas pretensiones son accesorias de la principal, sin embargo, el amparo de cada una de ellas estará condicionado a la actividad probatoria que se desarrolle en ellas, de tal manera que podría declararse fundada la demanda en cuanto a la restitución del bien despojado e infundada en cuanto al pago de frutos o indemnización.

Debe tenerse en cuenta que para el cómputo de los frutos se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (mano de obra, uso de maquinarias, transporte, etc.). A pesar de que la norma no hace referencia a los gastos en la generación de frutos naturales, debe reducirse para determinar si existen excedentes económicos, caso contrario, generaría un enriquecimiento sin causa. Quien hace suyo los frutos debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación.



JURISPRUDENCIA

Si se acredita que el demandante ha estado en posesión del área demandada, habiendo sido perturbado la misma, el juez ordenará que se reponga en la posesión del que fue privado (Exp. N° 1417-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Mariánella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 483-484).

DESPOJO JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL

ARTÍCULO 605

El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar.

El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución. Si el juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso.

CONCORDANCIA:

C.P.C.

art. 597.

Comentario

1. La norma regula los mecanismos de defensa a que puede recurrir un tercero ante el despojo judicial. La condición elemental es que el tercero afectado no haya sido citado ni emplazado en el proceso en el que se ordenó la desposesión.

El despojo implica el desapoderamiento real y material del inmueble, al margen de que se haya producido con o sin violencia. No se trata de una acción posesoria propiamente dicha, desde que solo tiene por objeto restablecer el orden prohibiendo que nadie pueda hacerse justicia por sí mismo; tiende a restablecer el estado de hecho anterior al despojo, sin que sea admisible la discusión sobre la naturaleza de la posesión.

2. Cuando ese desapoderamiento provenga por mandato judicial, este puede ser atacado por parte de quien no intervino en el proceso, mediante el interdicto de recobrar.

En un primer momento, el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución. Dicho proceso debe ser el escenario natural donde este perjudicado deba exigir la restitución inmediata del bien. En concordancia con lo establecido en este artículo, Palacio⁽⁴³¹⁾ considera

(431) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. VI, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 28.

que es "inadmisible el interdicto contra resoluciones judiciales, pues los vicios procesales que eventualmente pueden afectar la posesión o la tenencia deben alegarse, mediante nulidades en el proceso en el que ocurrieron, aun cuando el afectado no haya sido parte en aquel".

3. Como señala la norma, si el juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él; caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer, a través del interdicto de recobrar. En consecuencia, no procede el interdicto de recobrar frente a la interposición de una demanda de desalojo, si la pretensión se dirigió contra quien ocupa el inmueble como arrendatario.

En el supuesto que el tercero desposeído interponga el interdicto de recobrar, como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede este tercero, invocando el artículo 681 del CPC, recurrir a la medida temporal sobre el fondo para lograr anticipadamente la restitución pretendida.



JURISPRUDENCIA

El interdicto tiene por objeto proteger el hecho de la posesión que se acredita por sus manifestaciones objetivas, independiente del título posesorio.

Tratándose de un despojo judicial, el demandante debe acreditar haber acudido ante el juez que dictó la orden judicial solicitando la restitución y que el despojo se haya efectuado sin ser emplazado o citado. El artículo 605 del CPC ampara la posesión contra los actos arbitrarios en que habría incurrido el juez, lo que implica que este no tuvo en cuenta las normas previstas en interés del poseedor o contraviniendo las disposiciones de ley (Exp. N° 1118-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 495).

Para acceder al pedido de restitución es indispensable que la peticionante haya sido desposeída del bien, esto es que no haya sido emplazada o citada como corresponde.

No resulta suficiente para acceder al pedido la sola condición del cónyuge del demandado sino que debe ser ocupante del predio (Exp. N° 1173-97, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, pp. 169-170).

Si el recurrente no interpone demanda interdictal ante el mismo juez que tramitó y ordenó el desalojo debe declararse la improcedencia de esta. El artículo 605 del Código Procesal Civil contiene un criterio de competencia respecto de la acción interdictal originada en un despojo judicial (Exp. N° 789-2002, Primera Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 644).

INTERDICTO DE RETENER

ARTÍCULO 606

Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión.

La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.

Admitida la demanda, el juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 268, 272, 684.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

C.P.C.N. Argentina arts. 610, 611, 612, 613.

Comentario

1. Este interdicto es calificado de perturbación, de pretensión por inquietación o acción conservativa. Evita que el poseedor sea perturbado en el ejercicio de su posesión o la perturbación de orden material: hechos y no amenazas. Es la pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia. La redacción del artículo en comentario precisa que "la perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso". Véase el caso de la destrucción de alambrados y cercos, el retiro de tranqueras, la utilización de un pozo de agua.

Como se aprecia, este interdicto presupone no el despojo de la posesión, sino realización de actos materiales o de otra naturaleza con los que perturba la

posesión. A través de la Casación N° 721-2002-Lima⁽⁴³²⁾, publicada el 2 de febrero de 2004, la Sala Suprema ha resuelto “el registro visual constituye un acto perturbatorio, pues evita el disfrute de la posesión (...) la Sala Superior al haber considerado que su Derecho a la privacidad e intimidad debería ser defendido y ventilado en la vía correspondiente, en clara alusión a la vía de amparo, restringe su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues le exige transitar una vía que es opcional, excepcional y residual”.

En ese mismo sentido aparece el siguiente pronunciamiento⁽⁴³³⁾: “con la inspección judicial, el informe pericial y el informe del jefe del área técnica de la Municipalidad, está acreditado que los ventanales del cuarto y quinto piso del edificio multifamiliar, de propiedad de los demandados, ofrecen plena viabilidad (sic) hacia el patio anterior y otros ambientes del inmueble colindante habitados por el demandante, con lo que se atenta contra su derecho a la privacidad e intimidad y consecuentemente perturbando su posesión, y facultando para accionar conforme a los artículos 598 y 606 del CPC, concordantes con el artículo 921 del CC”.

2. La procedencia del interdicto solo está supeditada a la prueba que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y que el demandado lo ha turbado en ellas mediante la realización de actos materiales y contra la voluntad del poseedor o tenedor, esto significa que el interdicto de retener no procede si el actor entregó voluntariamente la posesión o tenencia del bien al demandado. En la Casación 1698-97-Ica, la Sala Suprema ha señalado que “el interdicto de retener se interpone cuando el poseedor es perturbado en su posesión por actos ejecutados por el demandado o por encargo de él, con indicación de la fecha en que se practicaron. Los actos perturbatorios deben ser comprobados de manera objetiva, siendo para este caso la inspección judicial. No prospera la acción cuando la posesión se viene ejerciendo en forma conjunta, como es el caso de los copropietarios”.

Además, la procedencia de este interdicto se halla supeditada a la circunstancia que los actos turbatorios no tengan por resultado la exclusión absoluta del poseedor o tenedor, porque en tal hipótesis no corresponde aquel interdicto, sino el de recobrar.

La prueba idónea en este tipo de pretensiones es la pericia y el reconocimiento judicial, sin perjuicio que se pueda recurrir a otros medios de prueba pertinentes que permitan demostrar el hecho perturbatorio.

3. En cuanto a la oportunidad de la actuación probatoria, señala el artículo en comentario que esta opera luego de admitida la demanda. La actuación se entenderá

(432) Casación citada en el trabajo de TORRES, Anibal, *Decisiones Reales*, T. I, Idemsa, Lima, 2006, p. 478.

(433) Segunda Sala Civil de Trujillo. Exp. N° 147-98-Trujillo, publicado en Revista Normas Legales, t. 319, citado por TORRES, Anibal. Op. cit., p. 479.

con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado. La prueba solo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia equivocada por el actor, la verdad o falsedad de los actos de perturbación atribuidos al demandado, y la fecha en que estos se produjeron.

En la Casación N° 2283-00-Callao, del 20 de mayo de 2000 (publicada en *El Peruano*, 1 de marzo de 2004) se señala que "en un proceso de interdicto de retener, cabe la admisión de una prueba presentada luego de la etapa postulatoria si se trata de un medio probatorio ordenado por el juez en el admisorio". La Sala Suprema advierte que en el admisorio, el juzgador designó un perito para que intervenga en las diligencias de inspección judicial, quien entregó su informe pericial antes de llevarse a cabo la audiencia única (evidentemente, precluida la etapa postulatoria del proceso), sin observación alguna de las partes; sin embargo, la Sala considera que la prueba ordenada no es extemporánea y menos aún que su mérito constituya una trasgresión de normas procesales, pues tal actuación obedece a lo dispuesto por el artículo 606 del Código Procesal Civil.

4. No son interdictos de retener las turbaciones de derecho, sean judiciales o extrajudiciales, de manera que aquel no procede, frente a la interposición de una demanda, si la pretensión se dirigió contra quien ocupa el inmueble y el proceso se tramitó sin irregularidad procesal alguna. Según Palacio⁽⁴³⁴⁾, "el interdicto es inadmisibile contra resoluciones judiciales, pues los vicios procesales que eventualmente pueden afectar la posesión o la tenencia deben alegarse, mediante incidente de nulidad, en el proceso en el que ocurrieron, aun cuando el afectado no haya sido parte en aquel".

Con respecto a los actos emanados de autoridades administrativas, resulta procedente cuando aquellas se cumplen en forma irregular o en materias extrañas a sus facultades regladas y se lesionan de tal manera derechos de los particulares. Véase el caso de la colocación de mojones en una propiedad privada que el municipio considera incorporada al dominio público. Dice la casuística que "si aquella pretende recuperar la posesión de un bien que sostiene pertenecer a ese tipo de dominio debe recurrir a las vías legales para que sea reconocido su derecho y no proceder por sí y mediante el uso de la fuerza".

4. En el caso de las servidumbres, como señala el artículo 1035 del CC, "la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho a dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos".

(434) PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, T. VII, Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/ref., p. 28.

Esto implica que la posesión de una servidumbre se defiende por medio del interdicto, aunque esta sea aparente (ver el artículo 559 del CPC). Véase que procede el interdicto en el caso de la clausura de un camino cuando existen signos visibles de servidumbre y aquel se ha transitado por más de un año. No procede interdicto para defender la posesión de los yacimientos minerales, lagunas, fauna, flora.



JURISPRUDENCIA

El interdicto de retener es un medio de defensa posesoria que persigue el cese de los actos perturbatorios que impiden el pleno ejercicio de la posesión que ostenta la parte demandante, por lo que, para obtener tutela jurisdiccional mediante esta acción, debe acreditar el demandante estar en la posesión del bien sub-litis y la realización de actos perturbatorios por parte del demandado (Exp. N° 58928-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 501).

En un interdicto de retener, no se discute la propiedad sino la posesión, por tanto, la perturbación posesoria que da lugar a la acción incoada ha de consistir en actos materiales, asistiéndole al poseedor el derecho de servirse de los interdictos –incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza–.

Si no se ha acreditado por parte del demandante el ejercicio de la posesión en el piso donde se han efectuado las construcciones, merece desestimarse la demanda (Exp. N° 108-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 503).

El interdicto de retener es una defensa posesoria que persigue la casación de los actos perturbatorios de la posesión, así como la suspensión de una obra nueva o la demolición de una obra ruinosas.

Debe ampararse la demanda si de las inspecciones judiciales se advierte que las obras de construcción efectuadas en el predio del demandado vienen afectando el pleno ejercicio de la posesión de la demandante (Exp. N° 23-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 515-516).

Es improcedente la demanda si a la interposición de esta no se encontraba en posesión del bien el demandante, pues no está habilitado para ser parte activa de la relación procesal. La nulidad de oficio constituye una declaración del juez de carácter excepcional y solo procede cuando el acto procesal carece de los requisitos indispensables para la obtención de la finalidad, a fin de evitar un inútil dispendio de la actividad procesal (Exp. N° 29671-97, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 516-518).

El interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, significando que la perturbación posesoria que da lugar al interdicto ha de consistir en actos materiales. En estos procesos no cabe discutir la propiedad sino la posesión (Exp. N° 109-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 518-519).

El interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, significando que dicha perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza.

Es improcedente ordenar el cese de los actos perturbatorios en el interdicto porque la demandante ya no se encuentra en posesión del bien, sin perjuicio de ello, merece exonerarse de los gastos procesales pues ha tenido motivos atendibles para litigar (Exp. N° 8777-99, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 4, Gaceta Jurídica, pp. 520-521).

Los medios probatorios que deben concurrir al interdicto de retener deben estar referidos a la demostración de los hechos perturbatorios invocados por la accionante.

Procede la indemnización, si a la fecha de la interposición de la demanda, existían actos perturbatorios que han generado daños debido a las excavaciones que se realizaron en el inmueble de propiedad de la accionante, las que han turbado la tranquila posesión que esta detenta (Exp. N° 661-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 484-485).

No debe ampararse el interdicto de retener si no recae sobre bien inmueble o bien mueble inscrito.

Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.

No procede el interdicto de retener si se perturba la posesión del negocio, que utiliza el pasillo de una quinta, para lo cual la autoridad municipal le ha obligado a cerrarlo (Exp. N° 70-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 486-487).

Tratándose de interdictos de retener, la legitimidad activa de la parte demandante está sustentada en el solo hecho de considerarse perturbado en su posesión.

La relación jurídica sustantiva se da entre el poseedor y el agente perturbador, independientemente de no existir entre ambos relación contractual alguna. Son el poseedor y el perturbador los conformantes de la relación jurídica procesal (Exp. N° 912-98, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 412-413).

Para amparar la pretensión de interdicto de retener, debe acreditarse que el accionante se encuentra en posesión del bien y que existen actos perturbatorios que impiden el libre ejercicio de su derecho de posesión. El proceso interdictal no admite otra discusión que la posesión material del bien objeto de la acción. La sentencia que resuelve un interdicto, no tiene ningún efecto respecto del derecho de propiedad (Exp. N° N-735-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, p. 158).

La iniciación de un proceso de desalojo por ocupante precario, no acredita la perturbación de la posesión, por lo que no procede el interdicto de retener.

La carga de la prueba en todo proceso, recae sobre quien afirma un hecho o aquel quien lo contradice alegando hechos nuevos (Exp. N° N-687-97, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 473).

Es presupuesto para la procedencia del interdicto de retener que el demandante se encuentre en posesión del bien, al momento de la interposición de la demanda y que el demandado practique actos perturbatorios en esa posesión, de forma tal que, impidan al

actor conducir el inmueble en forma normal, vale decir, le causen perturbación en la posesión sin llegar a desposeerlo (Exp. N° 1290-98, Sala de Procesos Sumarísimos, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 3, Gaceta Jurídica, pp. 481-482).

La perturbación posesoria que da lugar al interdicto de retener ha de consistir en actos materiales. No puede ampararse si el actor funda su pretensión en el hecho de haber sido amenazado por funcionarios públicos (Exp. N° 287-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 2, Cuzco, 1995, pp. 323-324).

En el interdicto de retener resulta fundamental que el actor acredite la posesión del inmueble sub litis, así como los actos materiales perturbatorios (Exp. N° 117-96, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 322-323).

En las acciones sobre interdicto de retener carece de legitimidad para obrar el accionante que no tenga la posesión inmediata del bien.

La posesión es una relación de hecho entre la persona y la cosa (Exp. N° 364-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 597-598).

Es infundada la demanda sobre interdicto de retener si el accionante no tiene la condición de poseedor o tenedor del bien cuyo interdicto pretende.

No puede considerarse poseedor al demandante por encontrarse en relación de dependencia con la demandada, pues conserva la posesión a nombre de este en cumplimiento de órdenes e instituciones de aquellos (Exp. N° 549-90-Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, Legrima, 1997, pp. 600-601).

SENTENCIA FUNDADA E INTERDICTO DE RETENER

ARTÍCULO 607

Declarada fundada la demanda, el juez ordenará que cesen los actos perturbatorios y lo que corresponda de acuerdo al segundo párrafo del artículo 606, además del pago de los frutos y de la indemnización, de ser el caso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C.

arts. 602, 606.

Comentario

1. El interdicto de retener es la pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o la tenencia.

Para amparar esta pretensión, los actos perturbatorios deben exteriorizarse en actos materiales y ser realizados contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer y sin que tengan como consecuencia la exclusión absoluta del poseedor; sin embargo, en caso de mediar dicha exclusión, y el actor haya calificado al interdicto como de retener, no corresponde el rechazo de la demandada, sino la aplicación de las normas que se adecuen a las circunstancias de hecho alegadas y probadas, en aplicación del principio del *iura novit curia* (ver el artículo VII del TP del CC).

La procedencia del interdicto solo está supeditada a la prueba que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y que el demandado lo ha turbado mediante la realización de actos materiales

2. Uno de los efectos positivos para el actor es lograr el cese de los actos perturbatorios. Si la perturbación consiste en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso, se dispondrá la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones.

Además puede concurrir la posibilidad de que el juez, ordene el pago de los frutos y la indemnización que corresponda, si hubieren sido demandados. Hay que recordar que el artículo 602 del CPC permite la acumulación de dichas pretensiones, tanto para los interdictos de recobrar y de retener, generando una acumulación objetiva y originaria de estas.

Ambas pretensiones son accesorias de la principal, sin embargo, el amparo de cada una de ellas estará condicionado a la actividad probatoria que se desarrolle en ellas, de tal manera que podría declararse fundada la demanda en cuanto al cese de los actos perturbatorios, e infundada al pago de frutos e indemnización.

Debe tenerse en cuenta que para el cómputo de los frutos, se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (mano de obra, uso de maquinarias, transporte, etc.). A pesar de que la norma no hace referencia a los gastos en la generación de frutos naturales, debe reducirse para determinar si existen excedentes económicos, caso contrario, generaría un enriquecimiento sin causa. Quien hace suyos los frutos, debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación (ver el artículo 893 del CC).

ndice

General

TÍTULO XI FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

CAPÍTULO I	CONCILIACIÓN	
ARTÍCULO 323	Oportunidad de la conciliación	5
ARTÍCULO 324	Formalidad de la conciliación	8
ARTÍCULO 325	Requisito de fondo de la conciliación	20
ARTÍCULO 326	Audiencia de conciliación	27
ARTÍCULO 327	Conciliación y proceso	28
ARTÍCULO 328	Efecto de la conciliación	33
ARTÍCULO 329	Protocolo de la conciliación	35
CAPÍTULO II	ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO	
ARTÍCULO 330	Allanamiento y reconocimiento	36
ARTÍCULO 331	Oportunidad del allanamiento	40
ARTÍCULO 332	Improcedencia del allanamiento	42
ARTÍCULO 333	Efecto del allanamiento	52

CAPÍTULO III TRANSACCIÓN JUDICIAL		
ARTÍCULO 334	Oportunidad de la transacción	57
ARTÍCULO 335	Requisitos de la transacción	60
ARTÍCULO 336	Transacción del Estado y otras personas de Derecho Público	62
ARTÍCULO 337	Homologación de la transacción	64
ARTÍCULO 338	Normatividad supletoria	71
ARTÍCULO 339	Acto jurídico posterior a la sentencia	72
CAPÍTULO IV DESISTIMIENTO		
ARTÍCULO 340	Clases de desistimiento	75
ARTÍCULO 341	Aspectos generales del desistimiento	78
ARTÍCULO 342	Oportunidad	80
ARTÍCULO 343	Desistimiento del proceso o del acto procesal	85
ARTÍCULO 344	Desistimiento de la pretensión	89
ARTÍCULO 345	Desistimiento de pretensión no resuelta	93
CAPÍTULO V ABANDONO		
ARTÍCULO 346	Abandono del proceso	95
ARTÍCULO 347	Medidas cautelares	100
ARTÍCULO 348	Naturaleza del abandono	102
ARTÍCULO 349	Paralización que no produce abandono	106
ARTÍCULO 350	Improcedencia del abandono	108
ARTÍCULO 351	Efectos del abandono del proceso	116
ARTÍCULO 352	Las pruebas en el proceso abandonado	118
ARTÍCULO 353	Recursos	119
ARTÍCULO 354	Abandono y prescripción extintiva	121
TÍTULO XII MEDIOS IMPUGNATORIOS		
CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES		
ARTÍCULO 355	Medios impugnatorios	122
ARTÍCULO 356	Clases de medios impugnatorios	126
ARTÍCULO 357	Requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios .	129

ÍNDICE GENERAL

ARTÍCULO 358	Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios ..	132
ARTÍCULO 359	Incumplimiento de los requisitos	136
ARTÍCULO 360	Prohibición de doble recurso	139
ARTÍCULO 361	Renuncia a recurrir	141
CAPÍTULO II	REPOSICIÓN	
ARTÍCULO 362	Procedencia	143
ARTÍCULO 363	Trámite	145
CAPÍTULO III	APELACIÓN	
ARTÍCULO 364	Objeto	147
ARTÍCULO 365	Procedencia	152
ARTÍCULO 366	Fundamentación del agravio	156
ARTÍCULO 367	Admisibilidad e improcedencia	162
ARTÍCULO 368	Efectos	170
ARTÍCULO 369	Apelación diferida	173
ARTÍCULO 370	Competencia del juez superior	176
ARTÍCULO 371	Procedencia de la apelación con efecto suspensivo	184
ARTÍCULO 372	Procedencia de la apelación sin efecto suspensivo	186
ARTÍCULO 373	Plazo y trámite de la apelación de sentencias	188
ARTÍCULO 374	Medios probatorios en la apelación de sentencias	191
ARTÍCULO 375	Vista de la causa e informe oral	195
ARTÍCULO 376	Plazo y trámite de la apelación de autos con efecto sus- pensivo	198
ARTÍCULO 377	Trámite de la apelación sin efecto suspensivo	201
ARTÍCULO 378	Actos contra la sentencia expedida en segunda instancia .	204
ARTÍCULO 379	Cumplimiento de la sentencia de segunda instancia	206
ARTÍCULO 380	Nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo	208
ARTÍCULO 381	Costas y costos en segunda instancia	210
ARTÍCULO 382	Apelación y nulidad	212
ARTÍCULO 383	Devolución del expediente	216

CAPÍTULO IV	CASACIÓN	
ARTÍCULO 384	Fines de la casación	217
ARTÍCULO 385	Resoluciones contra las que procede el recurso	225
ARTÍCULO 386	Causales	228
ARTÍCULO 387	Requisitos de forma	240
ARTÍCULO 388	Requisitos de fondo	242
ARTÍCULO 389	Casación por salto	247
ARTÍCULO 390	Inadmisibilidad del recurso	249
ARTÍCULO 391	Nulidad de la resolución que admite el recurso	251
ARTÍCULO 392	Improcedencia del recurso	253
ARTÍCULO 393	Tramitación del recurso	255
ARTÍCULO 394	Actividad procesal de las partes	258
ARTÍCULO 395	Plazo para sentenciar	260
ARTÍCULO 396	Sentencia fundada y efectos del recurso	262
ARTÍCULO 397	Sentencia infundada	270
ARTÍCULO 398	Multa por recurso inadmisibile, improcedente o infundado .	272
ARTÍCULO 399	Costas y costos por recurso inadmisibile, improcedente o infundado	274
ARTÍCULO 400	Doctrina jurisprudencial	275
CAPÍTULO V	QUEJA	
ARTÍCULO 401	Objeto	284
ARTÍCULO 402	Admisibilidad y procedencia	287
ARTÍCULO 403	Interposición	290
ARTÍCULO 404	Tramitación del recurso	292
ARTÍCULO 405	Efectos de la interposición del recurso	294
TÍTULO XIII	ACLARACIÓN Y CORRECCIÓN DE RESOLUCIONES	
ARTÍCULO 406	Aclaración	296
ARTÍCULO 407	Corrección	299

TÍTULO XIV CONSULTA

ARTÍCULO 408	Procedencia de la consulta	302
ARTÍCULO 409	Trámite de la consulta	306

TÍTULO XV COSTAS Y COSTOS

ARTÍCULO 410	Costas	308
ARTÍCULO 411	Costos	310
ARTÍCULO 412	Principio de la condena en costas y costos	313
ARTÍCULO 413	Exención y exoneración de costas y costos	322
ARTÍCULO 414	Precisión de los alcances de la condena en costas y costos	325
ARTÍCULO 415	Acuerdo sobre costas y costos	328
ARTÍCULO 416	Desistimiento y abandono en la condena en costas y costos	330
ARTÍCULO 417	Liquidación de las costas	332
ARTÍCULO 418	Procedencia de los costos	334
ARTÍCULO 419	Pago de las costas y costos	337

TÍTULO XVI MULTAS

ARTÍCULO 420	Literalidad y destino de la multa	339
ARTÍCULO 421	Unidad de pago aplicable a la multa	342
ARTÍCULO 422	Liquidación y procedimiento	343
ARTÍCULO 423	Pago de la multa	345

**SECCIÓN CUARTA
POSTULACIÓN DEL PROCESO**

TÍTULO I DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

ARTÍCULO 424	Requisitos de la demanda	347
--------------	--------------------------------	-----

COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

ARTÍCULO 425	Anexos de la demanda	359
ARTÍCULO 426	Inadmisibilidad de la demanda	363
ARTÍCULO 427	Improcedencia de la demanda	371
ARTÍCULO 428	Modificación y ampliación de la demanda	395
ARTÍCULO 429	Medios probatorios extemporáneos	399
ARTÍCULO 430	Traslado de la demanda	403
ARTÍCULO 431	Emplazamiento del demandado domiciliado en la competencia territorial del juzgado	406
ARTÍCULO 432	Emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del juzgado	410
ARTÍCULO 433	Emplazamiento fuera del país	413
ARTÍCULO 434	Emplazamiento de demandados con domicilios distintos ..	415
ARTÍCULO 435	Emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados	416
ARTÍCULO 436	Emplazamiento del apoderado	419
ARTÍCULO 437	Emplazamiento defectuoso	420
ARTÍCULO 438	Efectos del emplazamiento	424
ARTÍCULO 439	Ineficacia de la interrupción	426
ARTÍCULO 440	Hechos no invocados en la demanda	428
ARTÍCULO 441	Sanción por juramento falso	430

TÍTULO II CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

ARTÍCULO 442	Requisitos y contenido de la contestación a la demanda ...	432
ARTÍCULO 443	Plazo de la contestación y reconvención	438
ARTÍCULO 444	Anexos de la contestación a la demanda	440
ARTÍCULO 445	Reconvención	441

TÍTULO III EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

ARTÍCULO 446	Excepciones proponibles	447
ARTÍCULO 447	Plazo y forma de proponer excepciones	500
ARTÍCULO 448	Medios probatorios de las excepciones	502

ÍNDICE GENERAL

ARTÍCULO 449	Contenido del auto que resuelve la excepción	505
ARTÍCULO 450	Decisión y recurso en las excepciones	510
ARTÍCULO 451	Efectos de las excepciones	515
ARTÍCULO 452	Procesos idénticos	518
ARTÍCULO 453	Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción	522
ARTÍCULO 454	Improcedencia de la excepción como nulidad	526
ARTÍCULO 455	Propuesta y trámite de las defensas previas	528
ARTÍCULO 456	Efectos del amparo de una defensa previa	530
ARTÍCULO 457	Costas, costos y multas de las excepciones y defensas previas	532

TÍTULO IV REBELDÍA

ARTÍCULO 458	Presupuesto para la declaración de rebeldía	534
ARTÍCULO 459	Notificación de la rebeldía	538
ARTÍCULO 460	Proceso y rebeldía	539
ARTÍCULO 461	Efecto de la declaración de rebeldía	541
ARTÍCULO 462	Ingreso del rebelde al proceso	544
ARTÍCULO 463	Rebeldía y medidas cautelares	545
ARTÍCULO 464	Costas y costos de la rebeldía	547

TÍTULO V SANEAMIENTO DEL PROCESO

ARTÍCULO 465	Saneamiento del proceso	548
ARTÍCULO 466	Efectos del saneamiento del proceso	556
ARTÍCULO 467	Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal	558

TÍTULO VI AUDIENCIA CONCILIATORIA, O DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

ARTÍCULO 468	Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio	560
ARTÍCULO 469	Finalidad de la audiencia	566
ARTÍCULO 470	Audiencia con conciliación	566
ARTÍCULO 471	Audiencia sin conciliación	566
ARTÍCULO 472	Regulación supletoria	567

TÍTULO VII JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

CAPÍTULO I	JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO	
ARTÍCULO 473	Juzgamiento anticipado del proceso	568
CAPÍTULO II	CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO	
ARTÍCULO 474	Conclusión del proceso	571

**SECCIÓN QUINTA
PROCESOS CONTENCIOSOS**

TÍTULO I PROCESO DE CONOCIMIENTO

CAPÍTULO I	DISPOSICIONES GENERALES	
ARTÍCULO 475	Procedencia	573
ARTÍCULO 476	Requisitos de la actividad procesal	578
ARTÍCULO 477	Fijación del proceso por el juez	580
ARTÍCULO 478	Plazos	582
ARTÍCULO 479	Plazo especial del emplazamiento	590

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO II	DISPOSICIONES ESPECIALES	
SUB-CAPÍTULO 1	SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO POR CAUSAL	
ARTÍCULO 480	Tramitación	592
ARTÍCULO 481	Intervención del Ministerio Público	604
ARTÍCULO 482	Variación de la pretensión	606
ARTÍCULO 483	Acumulación originaria de pretensiones	609
ARTÍCULO 484	Acumulación sucesiva	620
ARTÍCULO 485	Medidas cautelares	622

TÍTULO II PROCESO ABREVIADO

CAPÍTULO I	DISPOSICIONES GENERALES	
ARTÍCULO 486	Procedencia	625
ARTÍCULO 487	Fijación del proceso por el juez	630
ARTÍCULO 488	Competencia	632
ARTÍCULO 489	Normatividad supletoria	634
ARTÍCULO 490	Reconvención	635
ARTÍCULO 491	Plazos	637
ARTÍCULO 492	Plazo especial del emplazamiento	645
ARTÍCULO 493	Abreviación del procedimiento	647
ARTÍCULO 494	Apelación	649
CAPÍTULO II	DISPOSICIONES ESPECIALES	
SUB-CAPÍTULO 1	RETRACTO	
ARTÍCULO 495	Requisitos y anexos especiales	651
ARTÍCULO 496	Legitimidad pasiva	657
ARTÍCULO 497	Improcedencia	662
ARTÍCULO 498	Prestación desconocida	666
ARTÍCULO 499	Requisito especial de la contestación	667
ARTÍCULO 500	Improcedencia especial de la demanda	669
ARTÍCULO 501	Carga probatoria	671

COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

ARTÍCULO 502	Conclusión especial del proceso	673
ARTÍCULO 503	Acumulación sucesiva de procesos	676
SUB-CAPÍTULO 2 TÍTULO SUPLETORIO, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y RECTIFICACIÓN O DELIMITACIÓN DE ÁREAS O LINDEROS		
ARTÍCULO 504	Tramitación	679
ARTÍCULO 505	Requisitos especiales	699
ARTÍCULO 506	Emplazamiento	705
ARTÍCULO 507	Intervención del Ministerio Público	706
ARTÍCULO 508	Consulta	708
SUB-CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES		
ARTÍCULO 509	Procedencia	710
ARTÍCULO 510	Presunción de dolo o culpa inexcusable	717
ARTÍCULO 511	Competencia de grado	722
ARTÍCULO 512	Dictamen previo del Ministerio Público	724
ARTÍCULO 513	Agotamiento de medios impugnatorios	726
ARTÍCULO 514	Plazo	730
ARTÍCULO 515	Regulación de la responsabilidad	732
ARTÍCULO 516	Obligados al resarcimiento	735
ARTÍCULO 517	Efectos de la sentencia	739
ARTÍCULO 518	Demanda maliciosa	741
SUB-CAPÍTULO 4 EXPROPIACIÓN		
ARTÍCULO 519	Competencia por materia	743
ARTÍCULO 520	Requisitos de la demanda	748
ARTÍCULO 521	Emplazamiento de tercero al proceso	754
ARTÍCULO 522	Requisitos de la contestación	757
ARTÍCULO 523	Reconvención	760
ARTÍCULO 523-A	Contradicción	762
ARTÍCULO 524	Efectos de la declaración de rebeldía	765
ARTÍCULO 525	Medios probatorios	767
ARTÍCULO 526	Contenido del acta de conciliación	769

ÍNDICE GENERAL

ARTÍCULO 527	Audiencia de pruebas	771
ARTÍCULO 528	Ejecución de la sentencia	773
ARTÍCULO 529	Pretensión de tercero	778
ARTÍCULO 530	Posesión provisoria	779
ARTÍCULO 531	Caducidad	781
ARTÍCULO 532	Reversión	783

SUB-CAPÍTULO 5 TERCERÍA

ARTÍCULO 533	Fundamento	787
ARTÍCULO 534	Oportunidad	808
ARTÍCULO 535	Inadmisibilidad	811
ARTÍCULO 536	Efectos de la tercería de propiedad	817
ARTÍCULO 537	Efectos de la tercería de derecho preferente	821
ARTÍCULO 538	Connivencia y malicia	824
ARTÍCULO 539	Suspensión de la medida cautelar sin tercería	827

SUB-CAPÍTULO 6 IMPUGNACIÓN DE ACTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

ARTÍCULO 540	Procedencia	830
ARTÍCULO 541	Admisibilidad	830
ARTÍCULO 542	Competencia	830
ARTÍCULO 543	Representación especial	831
ARTÍCULO 544	Intervención del Ministerio Público	831
ARTÍCULO 545	Acumulación	831

TÍTULO III PROCESO SUMARÍSIMO

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 546	Procedencia	832
ARTÍCULO 547	Competencia	844
ARTÍCULO 548	Normatividad supletoria	847
ARTÍCULO 549	Fijación del proceso por el juez	848
ARTÍCULO 550	Plazos especiales del emplazamiento	850

ARTÍCULO 551	Inadmisibilidad o improcedencia	852
ARTÍCULO 552	Excepciones y defensas previas	856
ARTÍCULO 553	Cuestiones probatorias	858
ARTÍCULO 554	Audiencia única	861
ARTÍCULO 555	Actuación	866
ARTÍCULO 556	Apelación	871
ARTÍCULO 557	Regulación supletoria	873
ARTÍCULO 558	Trámite de la apelación con efecto suspensivo	875
ARTÍCULO 559	Improcedencias	877
CAPÍTULO II DISPOSICIONES ESPECIALES		
SUB-CAPÍTULO 1 ALIMENTOS		
ARTÍCULO 560	Competencia especial	880
ARTÍCULO 561	Representación procesal	886
ARTÍCULO 562	Exoneración del pago de tasas judiciales	888
ARTÍCULO 563	Prohibición de ausentarse	891
ARTÍCULO 564	Informe del centro de trabajo	893
ARTÍCULO 565	Anexo especial de la contestación	895
ARTÍCULO 566	Ejecución anticipada y ejecución forzada	897
ARTÍCULO 566-A	Apercibimiento y remisión al fiscal	901
ARTÍCULO 567	Intereses y actualización del valor	903
ARTÍCULO 568	Liquidación	906
ARTÍCULO 569	Demanda infundada	909
ARTÍCULO 570	Prorrateo	911
ARTÍCULO 571	Aplicación extensiva	916
ARTÍCULO 572	Garantía	922
SUB-CAPÍTULO 2 SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR		
ARTÍCULO 573	Aplicación supletoria	924
ARTÍCULO 574	Intervención del Ministerio Público	926
ARTÍCULO 575	Requisito especial de la demanda	930
ARTÍCULO 576	Anticipación de tutela	934

ÍNDICE GENERAL

ARTÍCULO 577	Representación especial	936
ARTÍCULO 578	Revocación	938
ARTÍCULO 579	Contenido de la sentencia	939
ARTÍCULO 580	Divorcio	941
SUB-CAPÍTULO 3 INTERDICCIÓN		
ARTÍCULO 581	Procedencia	945
ARTÍCULO 582	Anexos específicos	955
ARTÍCULO 583	Caso especial	958
ARTÍCULO 584	Rehabilitación	959
SUB-CAPÍTULO 4 DESALOJO		
ARTÍCULO 585	Procedimiento	961
ARTÍCULO 586	Sujetos activo y pasivo en el desalojo	968
ARTÍCULO 587	Tercero con título o sin él	987
ARTÍCULO 588	Falta de legitimidad pasiva	990
ARTÍCULO 589	Notificación	992
ARTÍCULO 590	Desalojo accesorio	994
ARTÍCULO 591	Limitación de medios probatorios	996
ARTÍCULO 592	Requerimiento	1000
ARTÍCULO 593	Lanzamiento	1002
ARTÍCULO 594	Sentencia con condena de futuro	1005
ARTÍCULO 595	Pago de mejoras	1014
ARTÍCULO 596	Restitución de otros bienes	1019
SUB-CAPÍTULO 5 INTERDICTOS		
ARTÍCULO 597	Competencia	1022
ARTÍCULO 598	Legitimación activa	1027
ARTÍCULO 599	Procedencia	1030
ARTÍCULO 600	Requisitos y anexos	1033
ARTÍCULO 601	Prescripción extintiva	1035
ARTÍCULO 602	Acumulación de pretensiones	1037
ARTÍCULO 603	Interdicto de recobrar	1040

COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

ARTÍCULO 604	Demanda fundada e interdicto de recobrar	1044
ARTÍCULO 605	Despojo judicial y procedimiento especial	1046
ARTÍCULO 606	Interdicto de retener	1048
ARTÍCULO 607	Sentencia fundada e interdicto de retener	1054
ÍNDICE GENERAL	1057